
JAIME CUBIDES CÁRDENAS. Abogado y especialista en Derecho Público de la Universidad Autónoma de Colombia. Especialista y magíster en Docencia e Investigación con Énfasis en las Ciencias Jurídicas de la Universidad Sergio Arboleda y magíster en Derecho de la misma institución. Estudiante de doctorado en Derecho en la línea de investigación de Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Docente de la Facultad de Relaciones Internacionales de la Escuela Militar de Cadetes “General José María Córdova”. jaimecubides@gmail.com.

PAOLA ALEJANDRA ABRIL ZULETA. Integrante del semillero de investigación “Observatorio de justicia constitucional y Derechos Humanos”, del Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas (Cisjuc), de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Estudiante de Derecho de la misma institución. paabril49@ucatolica.edu.co.

JOHAN SEBASTIAN SUÁREZ PINILLA. Auxiliar de investigación del Grupo de Investigación “Persona, instituciones, exigencias de justicia” e integrante del semillero de investigación “Observatorio de justicia constitucional y Derechos Humanos”, vinculado al Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas (Cisjuc), de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Estudiante de Derecho de la misma institución. jssuarez96@ucatolica.edu.co.

Capítulo resultado de los proyectos de investigación “Justicia multinivel y aplicabilidad del control de convencionalidad en la tutela judicial efectiva de los Derechos Humanos dentro de la Fuerza Pública colombiana”, que forma parte de la línea de investigación “Equidad de género, seguridad y defensa”, del Grupo de Investigación en Ciencias Militares, adscrito y financiado por la Escuela Militar de Cadetes “General José María Córdova”. En colaboración con el proyecto titulado “Desafíos contemporáneos para la protección de Derechos Humanos en escenarios de posconflicto desde enfoques interdisciplinarios”, que forma parte de la línea de investigación “Fundamentación e implementación de los Derechos Humanos”, del Grupo de Investigación “Persona, instituciones y exigencias de justicia”, reconocido y categorizado como Tipo A por Colciencias, registrado con el código COL0120899 y vinculado al Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas (Cisjuc), adscrito y financiado por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

Jaime Cubides Cárdenas
Paola Alejandra Abril Zuleta
Johan Sebastian Suárez Pinilla

CAPÍTULO II

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en la restricción de los alcances del Fuero Penal Militar colombiano

RESUMEN

Este capítulo analiza la ampliación del Fuero Penal Militar en Colombia. Aunque se encontraron diferentes posturas que apoyaban y estaban en contra de dicha opción, existe una postura que resalta sobre las demás: la del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Desde esta perspectiva, el presente capítulo tiene como principal objetivo exponer la posición del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y cómo Colombia generó esta opción desde su legislación, para lo cual se expone la evolución histórica de la legislación del Fuero Penal Militar en Colombia y se analiza la incidencia del Estado social de derecho aplicado en Colombia en el Fuero Penal Militar. Por tal motivo, el texto se estructura en dos ejes temáticos principales: *i)* las nociones del Fuero Penal Militar desde la concepción de un Estado social de derecho y *ii)* el debate frente a la ampliación del Fuero Penal Militar. Finalmente, se concluye la permanencia y estabilidad del Fuero Penal Militar colombiano.

PALABRAS CLAVE

Ampliación; debate; Estado social de derecho; Fuero Penal Militar; Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

ABSTRACT

This chapter approaches the extension of the penal military jurisdiction in Colombia, finding different positions that were resting and were in opposition to the above-mentioned option, nevertheless, there exists a position that stands out on other: The Inter-American System of Human Rights one. From this perspective, this chapter has as principal aim to expose the position of the Inter-American System of Human Rights in the above mentioned subject matter and how Colombia generated this option from his legislation; exposing a historical evolution of the legislation of the penal military jurisdiction in Colombia and expressing the incident of the social State of right applied in Colombia in the penal military jurisdiction. For that reason, two principal thematic axes are had as structure: *i)* notions of the penal military jurisdiction under the conception of a social State of right and the *ii)* debate opposite to the extension of the penal military jurisdiction, finishing with the conclusion, of the permanency and stability of the Colombian penal military jurisdiction.

KEYWORDS

Debate; extension; Inter-American System of Human Rights; Penal Military Jurisdiction; Social State of Right.

Introducción

El Fuero Penal Militar (FPM) se concibe, dentro del marco constitucional colombiano, como el derecho que tienen los miembros de la Fuerza Pública (en las que se incluye a las Fuerzas Militares y Policía Nacional) para ser investigados y juzgados por sus pares en razón de las conductas ilícitas en el ejercicio de sus funciones. Con el propósito de llevar a cabo un estudio completo del FPM aplicado en Colombia se relacionará, dentro del presente texto, tanto su definición como las nociones generales frente al concepto de un *Estado social de derecho*, ya que, dentro del sistema político consagrado en la Constitución Política, es necesario tener en cuenta sus principios y fundamentos en relación con el FPM.

Ahora bien, este FPM incluye la idea de una Jurisdicción Penal Militar (JPM), la cual establece la competencia encargada para juzgar a las personas incluidas en dicho fuero. Por lo tanto, es pertinente realizar una descripción respecto de los proyectos de ley y actos legislativos situados cronológicamente entre los años 2012 y 2015, cuyo objetivo fue la ampliación del FPM. Igualmente, cabe señalar las posiciones políticas enmarcadas desde una visión constitucional y a la vez desde la postura del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), en lo que respecta a la ampliación del FPM, este último abordado según la perspectiva del derecho a la defensa de los militares y las garantías judiciales de la población civil.

Nociones del Fuero Penal Militar de orden jurídico-político

Antes de realizar las precisiones correspondientes frente a la normatividad en materia militar, es necesario establecer algunas nociones del FPM desde una visión cuantitativa, esto es, en el sentido de la satisfacción de unas necesidades básicas y materiales de manutención en un Estado social de derecho.

Concepciones de un Estado social de derecho

En primer lugar, se establece que, de conformidad con la Constitución Política, “Colombia es un Estado social de derecho¹” (Constitución Política de Colombia [CPC], 1991, art. 1), marco jurídico que se comprende como:

la forma de organización política que tiene como uno de sus objetivos combatir las penurias económicas o sociales y las desventajas de diversos sectores, grupos o

¹ Estado social de derecho: en el Estado social de derecho hay una prelación de las políticas sociales, donde el Estado ofrece las condiciones materiales adecuadas, basadas en principios democráticos y participativos para hacer efectivos los derechos de todas las personas (Herrán, 2013, p. 112).

personas de la población, prestándoles asistencia y protección. Exige esforzarse en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes del país una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance, el fin de potenciar las capacidades de la persona requiere de las autoridades actuar efectivamente para mantener o mejorar el nivel de vida, el cual incluye la alimentación, la vivienda, la seguridad social y los escasos medios dinerarios para desenvolverse en sociedad. (Corte Constitucional de Colombia [CorCC], Sentencia T-426, 1992)

La anterior postura de la Corte Constitucional concibe, desde una visión cuantitativa, la razón de por qué el Estado social de derecho busca cumplir las necesidades de sus representados, tanto económicas como sociales, prestando atención y protección a cada una de las personas que forman parte de la población nacida en el territorio nacional. Se entrevé de esta manera que, supliendo estas necesidades, las personas lleguen a tener una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance, con las cuales se logre la eficiencia de este tipo de Estado y que incluyan alimentación, vivienda, seguridad social y el diario vivir para dar seguridad y confianza.

Ahora bien, las acciones emanadas del Estado colombiano están dirigidas “a garantizar a los asociados condiciones de vida dignas, la verdad es que la definición encierra en sí misma un grado de complejidad mayor, en donde se entreteje una interrelación entre los derechos fundamentales” (Urueta, 2004, p. 329).

En ese orden de ideas, en cuanto se garanticen derechos básicos para una vida digna, se podrá establecer la relación de los derechos fundamentales con otros derechos. Al respecto, Nogueira (2009) argumenta que:

Los derechos económicos, sociales y culturales conforman junto con los derechos individuales y políticos los soportes básicos del sistema de derechos fundamentales, como, asimismo, todos ellos constituyen derivaciones de la dignidad intrínseca de la persona humana y se fundamentan en ellos. (p. 151)

Es preciso afirmar que los derechos fundamentales están en íntima relación con los derechos económicos, sociales y culturales. En su conjunto, son estos los que proporcionan dignidad humana³ a la persona y garantizan la seguridad del Estado.

2 Derechos fundamentales: los derechos obtienen el calificativo de fundamentales en razón de su naturaleza, esto es, por su inherencia con respecto al núcleo jurídico, político, social, económico y cultural del hombre. Un derecho es fundamental por reunir estas características y no por aparecer reconocido en la Constitución Nacional como tal. Estos derechos fundamentales constituyen las garantías ciudadanas básicas sin las cuales la supervivencia del ser humano no sería posible (CorCC, Sentencia T-418, 1992).

3 Dignidad humana: “(i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones).

Fuero Penal Militar y Jurisdicción Penal Militar a la luz del Estado social de derecho

Fuero Penal Militar

En Colombia se ha de entender el concepto de FPM cuando se acude ante tribunales militares en situaciones en las que los hechos han sido cometidos por personal en servicio activo. Cárdenas (2013) concibe así los límites institucionales para la Fuerza Pública:

En su organización institucional y en orden a garantizar su funcionalidad y fines esenciales, es claro que deben respetarse los principios democráticos de separación de los poderes públicos de suprema dirección y comandancia del Presidente de la República, y de subordinación del poder militar al poder civil. De allí que este diseño institucional posea, como uno de los rasgos principales de la Fuerza Pública⁴, gozar del fuero militar o lo que es igual, que esta no responde ante la justicia penal ordinaria⁵, sino que lo hace ante los tribunales militares en situaciones en las que los hechos bajo juicio se relacionan con acciones llevadas a cabo en relación con el servicio. (p. 64)

En atención al respeto del principio democrático de la separación de poderes, el FPM se relaciona directamente con el establecimiento de la seguridad jurídica, dado que miembros de la Fuerza Pública pueden ser juzgados por tribunales militares. Asimismo, las autoridades públicas asumen obligaciones importantes para proteger a las personas que viven en Colombia. El Ministerio de Defensa resalta que

[l]as autoridades están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades. Este mandato comporta para los miembros de la Fuerza Pública una obligación en doble sentido: de una parte, recuperar la seguridad en todo el territorio nacional, como requisito fundamental para el disfrute de los derechos a la vida e integridad física, presupuesto base para gozar de los demás. Y, de otra, asegurar que este deber se cumpla con estricto apego a la ley y respetando los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario⁶. (p. 1)

De otro lado, al tener como punto de vista la funcionalidad, del enunciado normativo 'dignidad humana', la sala ha identificado tres lineamientos: (i) la dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor. (ii) La dignidad humana entendida como principio constitucional. Y (iii) la dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo" (CorCC, Sentencia T-881, 2002).

⁴ Artículo 216. La Fuerza Pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional. Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas (CPC, 1991, art. 216).

⁵ Justicia penal ordinaria: la que se rige por el Código Penal en Colombia (Congreso de la República de Colombia [CRC], Ley 599, 2000).

⁶ Derecho Internacional Humanitario: el objetivo principal del Derecho Internacional Humanitario no es impedir la guerra, ni siquiera cuestionar su legitimidad, sino cuando se produzcan conflictos armados proteger

En cuanto a lo anterior, en el capítulo séptimo de la Constitución Política, donde se establecen las funciones de la Fuerza Pública, y en concordancia con su artículo 217, se encuentra la definición que corresponde a las Fuerzas Militares:

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. (CPC, 1991, art. 217)

Luego se prescribe, en el artículo 218 de la misma Constitución, que el cuerpo de Policía se organizará de la siguiente manera:

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. (CPC, 1991, art. 218)

Con lo anterior se puntualiza que la Fuerza Pública está conformada por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional. A este respecto, para hablar en propiedad de un FPM, cabe mencionar el artículo 29 de la Constitución Política, en donde se describe que nadie podrá ser juzgado sino bajo la jurisdicción del tribunal competente y mediante la observancia de cada juicio:

El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. (CPC, 1991, art. 29)

De ahí se deduce que el debido proceso es un principio que sirve de base para la JPM, puesto que el artículo 221 de la Constitución Política se puede relacionar con las conductas punibles que cometa la Fuerza Pública en servicio activo, para lo cual serán competentes las cortes marciales o tribunales especializados:

a las personas que no participan o han dejado de participar en las hostilidades y ciertos bienes cuya destrucción, lejos de favorecer o dar ventajas militares, podrán tener resultados no deseados en diferentes ámbitos (Centro de Estudio del Derecho Internacional Humanitario [CEDIH], 2001, p. 3).

De las conductas punibles cometidas 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 la investigación y juzgamiento de las conductas punibles de los miembros de la Fuerza Pública, en relación con un conflicto armado⁷ o un enfrentamiento que reúna las condiciones objetivas del Derecho Internacional Humanitario, se aplicarán las normas y principios de este. Los jueces y fiscales de la justicia ordinaria y de la Justicia Penal Militar o Policial que conozcan de las conductas de los miembros de la Fuerza Pública deberán tener formación y conocimiento adecuado del Derecho Internacional Humanitario. La Justicia Penal Militar o policial será independiente del mando de la Fuerza Pública. (CPC, 1991, art. 221; la nota ha sido añadida en el texto por los autores)

Sin embargo, se debe tener en cuenta cuáles son los elementos constitutivos de este fuero. Al respecto, Cárdenas (2013) aduce que

En ese marco, el legislador ha establecido como principios y reglas fundamentales bajo las cuales debe desenvolverse el fuero militar los siguientes: legalidad, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad, favorabilidad, exclusión de analogía, igualdad ante la ley, cosa juzgada, conocimiento de la ley, juez natural, funcionalidad de la pena y de las medidas de seguridad, integración y prevalencia de las normas rectoras. (p. 73)

Por lo tanto, es posible afirmar que el FPM forma parte de un régimen especial que lleva a cabo la excepción de un juez natural⁸, de manera que cualquier miembro de la Fuerza Pública llega a ser sometido a juicio por la JPM del nivel correspondiente. Cabe recalcar que debe estar en cumplimiento de su deber legal y constitucional cuando suceden los hechos, para que de esta manera se entienda que sus actos están dentro de las funciones del servicio. De acuerdo con esto, en la Sentencia C-141 de 1995, la Corte Constitucional expresa que “la Constitución Política establece de manera expresa e inequívoca la existencia de la Justicia Penal Militar (JusPM) y del respectivo Código Penal Militar (CPM), los cuales le dan sustento legítimo al fuero” (CorCC, Sentencia C-141, 1995).

7 Conflicto armado no internacional: los enfrentamientos armados prolongados que ocurren entre fuerzas armadas gubernamentales y las fuerzas de uno o más grupos armados, o entre estos grupos, que surgen en el territorio de un Estado [Parte en los Convenios de Ginebra]. El enfrentamiento armado debe alcanzar un nivel mínimo de intensidad y las partes que participan en el conflicto deben poseer una organización mínima (Comité Internacional de la Cruz Roja [CICR], 2008, p. 6).

8 Juez natural: la Corte ha tenido oportunidad de hacer énfasis en que el respeto al debido proceso en este campo, concretado en el principio de juez natural, implica la garantía de que el juzgamiento de las conductas tipificadas como delitos será efectuado, independiente de la persona o institución en concreto, por los funcionarios y órganos que integran la jurisdicción ordinaria (CorCC, Sentencia C-200, 2002).

Con estos lineamientos constitucionales, se puede entender que “el fuero penal militar da lugar a la existencia de un régimen penal especial y el general lo constituye el régimen penal ordinario” (CorCC, Sentencia C-1149, 2001). Consecuentemente, al establecer la correlación entre lo que significa el FPM y la finalidad propia de las Fuerzas Armadas en un Estado social de derecho, se dilucida el supuesto de que “el Estado social de derecho se manifiesta plenamente en el mandato de protección especial a los más débiles” (Zamudio, 2016, p. 102).

Desde esta perspectiva, es posible determinar la existencia de un FPM en función de los sectores civiles vulnerables. Una vez considerado esto, Cárdenas (2013) ha sostenido que

[e]l fuero penal militar es el derecho de los miembros de la Fuerza Pública a ser juzgados por un juez especializado diferente al que ordinariamente tiene la competencia y cuya finalidad es que dentro del marco de la Constitución (art. 221), estén cubiertos en sus actividades del servicio por un marco jurídico especial; por ende, esta justicia constituye una excepción constitucional a la regla del juez natural. Para el funcionamiento de esta justicia especializada se crearon los tribunales militares, que en ningún caso podrán juzgar a los civiles. (p. 85)

Este aspecto permite vincular de entrada el concepto de FPM, en su acepción restringida, con las Operaciones para el Mantenimiento de la Paz, tal como se desarrollará en el último capítulo. En efecto, el campo de aplicación del FPM está circunscrito a la naturaleza y función de la Fuerza Pública, de acuerdo con lo estipulado por la Constitución Nacional para garantizar la paz y el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, con base en lo anterior, Colombia recurre a las Fuerzas Militares como una autoridad protectora, que busca mantener la soberanía, el orden y la paz en el Estado. En el cumplimiento de su misión constitucional, las Fuerzas Militares deben respetar los parámetros que expone el capítulo séptimo de la Constitución Política, correspondiente a la Fuerza Pública, considerando como Fuerzas Militares permanentes el Ejército, la Armada, la Fuerza Aérea y la Policía Nacional, en cuanto cuerpo armado de naturaleza civil.

Jurisdicción Penal Militar

Expuesto el concepto de FPM, es necesario mencionar los elementos comprendidos dentro de la JPM. Este concepto se abordará a la luz del caso Palamara Iribarne vs. Chile⁹ (citado por Guzmán, 2011), a partir del cual se puede colegir que:

⁹ Tal como reza la Sentencia del 22 de noviembre de 2005, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorIDH), los antecedentes del caso se refieren a “la supuesta prohibición, en marzo de 1993, de la publicación del libro del señor Humberto Antonio Palamara Iribarne, titulado *Ética y Servicios de Inteligencia*, ‘en

[e]n un Estado democrático de derecho¹⁰ la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las Fuerzas Militares. Por ello, solo se debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar. (párr. 127)

La JPM se guía de acuerdo con intereses jurídicos especiales, puesto que se juzgarán a los miembros de las Fuerzas Militares por estar vinculados con funciones que la ley les asigna. Los militares serán juzgados por aquellos delitos o faltas que afecten a bienes jurídicos propios del orden militar, con lo cual se proporciona el marco de una jurisdicción especial que comprenda todo lo que como Fuerzas Militares les corresponde. De otra parte, en la Sentencia C-878 de 2000, se define el contenido de su aplicación al entender:

que la jurisdicción penal militar solo tendrá competencia para conocer de los delitos comunes que llegue a cometer el miembro de la Fuerza Pública, cuando estos delitos tengan relación directa con el marco de las actividades asignadas a la Fuerza Pública por la Constitución. Si la mencionada relación no existe, la competencia para conocer de la comisión de un delito de esta naturaleza será privativamente de la jurisdicción ordinaria. (CorCC, Sentencia C-878, 2000)

Relación entre Fuero Penal Militar y Jurisdicción Penal Militar

En primer lugar, se habla de FPM en cuanto se dé un vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio. En segundo lugar, se hablará de JPM cuando se determina el ámbito de la competencia del caso. Igualmente, la Corte Constitucional explica el alcance del FPM y la aplicación excepcional de la JPM, en cuanto

el cual abordaba aspectos relacionados con la inteligencia militar y la necesidad de adecuarla a ciertos parámetros éticos¹⁰; la presunta incautación de los ejemplares del libro, los originales del texto, un disco que contenía el texto íntegro y la matricería electrostática de la publicación, todo efectuado en la sede de la imprenta donde se publicaba el libro; así como la supuesta eliminación del texto íntegro del libro del disco duro de la computadora personal que se encontraba en el domicilio del señor Palamara Iribarne, y a la incautación de los libros que se encontraban en dicho domicilio”. Previo estudio y una vez examinadas todas las pruebas, la CorIDH dictó sentencia condenatoria contra el Estado chileno y dispuso una serie de sanciones y reparaciones en favor del demandante. Toda la cuestión suscitada por este caso gira en torno al procedimiento militar en tiempos de paz y la prohibición de violaciones o el señalamiento de excepciones consignadas para ello en el Código Penal Militar del Ejército chileno. Al respecto, véase el excelente artículo de Bravo (2007). (Nota del Ed.)

10 Estado democrático de derecho: se puede sostener que la teoría del Estado democrático de derecho de Elías Díaz se basa en una concepción tanto formal como material en la que el imperio de la ley, la seguridad jurídica, encuentra su fundamento en dos principios ético-políticos: el principio de los derechos individuales básicos y el principio de la soberanía popular (Alarcón, 2015, p. 229).

[h]a sido el propio Constituyente, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación, el que limitó el alcance del fuero militar y la aplicación excepcional de la jurisdicción penal militar, al señalar los elementos estructurales de este, pues expresamente señaló que solo podrán ser juzgados por la jurisdicción penal militar, los miembros activos de la Fuerza Pública, entiéndase Fuerza Militar y Policía Nacional, cuando estos cometan un delito relacionado con el servicio mismo. Así, se ha dicho que son dos los elementos que deben estar presentes para que opere la competencia de las Cortes marciales o tribunales militares. El primero, de carácter subjetivo, pertenecer a la institución castrense y ser miembro activo de ella, el segundo, de carácter funcional, por cuanto el delito cometido debe tener relación con el servicio. (CorCC, Sentencia C-878, 2000)

Como resultado de lo anterior, se asume que esa JPM solo podrá juzgar aquellos miembros activos de la Fuerza Pública (incluyendo Fuerza Militar y Policía Nacional) cuando la comisión de ese delito se relacione con el servicio mismo. Por lo tanto, resulta necesario establecer la correlación entre un carácter subjetivo, que incluye pertenecer y estar activo en la institución, y un carácter funcional, en el cual el delito tenga que cometerlo en correspondencia con el servicio; así la JPM podrá operar en competencia de las cortes marciales o tribunales militares.

Relación entre el Estado social de derecho y el Fuero Penal Militar

En este punto es útil traer a colación la relación que Cermeño (2004) establece entre las ideas que comprenden el Estado de derecho y el FPM:

En el Estado de Derecho, las existencias de los fueros no constituyen en realidad un privilegio, más bien es la respuesta a una necesidad de orden social, la cual no es otra que la de preservar la independencia y la propia dignidad de quienes cuentan con determinado cargo o investidura, constituyéndose en favor de las funciones públicas y el orden institucional, mas no como un simple favorecimiento que se le hace a determinadas personas. (p. 3)

A pesar de que la anterior cita hace referencia al Estado de derecho, se debe resaltar que en el Estado social de derecho es necesaria esa división de acuerdo con el cargo, puesto que respeta su orden constitucional y sus funciones. Así, deben existir unos órganos encargados de administrar justicia, analizando tanto la situación como la persona involucrada, motivo por el cual,

[b]ajo tales condiciones, tanto los tribunales que administran justicia, como las leyes en las que se basan para hacerlo, son los mismos para las situaciones jurídicas, siendo esta regla general. Empero, como oposición a esta, surge una garantía especial en razón de cierta investidura, cargo o función pública, que le otorga a

determinadas personas unas garantías específicas, con relación a los tribunales encargados de pronunciarse frente a derecho y los procedimientos para llevarlo a cabo. (Cermeño, 2004, p. 6)

Igualmente, en la Sentencia C 533 del 2008 se especifica que

[p]ara tener derecho al fuero penal militar, además de la condición de miembro de la Fuerza Pública en servicio activo, se requiere que el delito tenga relación con el mismo servicio, lo que no significa que la comisión de delitos sea un medio aceptable para el cumplimiento de la misión castrense; por el contrario, el objetivo del derecho penal militar es excluir comportamientos reprochables que, pese a tener relación con el servicio, denotan desviación respecto de sus objetivos o medios legítimos, que son repudiables y sancionables a la luz de la Constitución y la ley, pues en un Estado de Derecho no es tolerable el uso de medios ilegítimos para la consecución de sus fines. Sin embargo, es posible que en el ejercicio de las tareas o misiones propias de la Fuerza Pública, voluntaria o culposamente, esta se altere radicalmente, o se incurra en excesos o defectos de acción originando una desviación de poder capaz de desvirtuar el uso legítimo de la fuerza. En efecto, son estas conductas a las que se aplica el fuero penal militar y a las que se les aplica el Código Penal Militar. (CorCC, Sentencia C-533, 2008)

Finalmente, para cerrar este eje temático, se puntualiza que tendrán FPM todos aquellos que estén en los cargos con investidura de Fuerza Pública y cometan delitos en contra de la Constitución y la ley. Por esta razón deben ser juzgados de acuerdo con esa misma condición, ya que no estarían cumpliendo con los fines que les son propios. Tales conductas deben tener FPM y se les aplicará el CPM por estar implicados institucionalmente en dicha circunstancia.

Debate frente a la ampliación del Fuero Penal Militar

Tras haber establecido las nociones del FPM y su importancia dentro del ordenamiento jurídico colombiano, en lo que sigue se abordará la dicotomía entre el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos (SIDH)¹¹ y la JPM en la ampliación del FPM. Por lo tanto, en primer lugar, se examinarán los antecedentes de la ampliación del FPM de manera general, para posteriormente exponer las discusiones que se han desarrollado en el SIDH.

11 El SIDH lleva a cabo todos sus ideales a través de la ComIDH y la CorIDH (Acosta, 1998, p. 151).

Ampliación del Fuero Penal Militar

La ampliación del FPM surge a raíz del reclamo que hicieron las Fuerzas Militares sobre la

inseguridad jurídica derivada del juzgamiento de militares y policías por parte de jueces ordinarios, que, debido al desconocimiento de la labor militar y policial, cometían “errores” en la apreciación y el juzgamiento de hechos sucedidos en medio de operaciones regulares de la Fuerza Pública. (Universidad del Rosario, OPIP, 2015)

En atención al planteamiento por parte de las Fuerzas Militares, la seguridad jurídica en el contexto actual se percibe desde una visión de previsibilidad y certeza, en otras palabras, “como conocimiento cierto del ordenamiento jurídico aplicable y de los intereses que jurídicamente se protegen” (Gallego, 2012, p. 77). De esta manera, se atribuye a la jurisdicción penal ordinaria la falta de conocimiento de cara al ordenamiento jurídico aplicable en materia de evaluación especializada frente a las operaciones regulares de la Fuerza Pública, lo cual genera una situación de inseguridad jurídica respecto a los intereses jurídicos objeto de protección de las Fuerzas Militares.

Con el propósito de establecer una línea de tiempo para los pronunciamientos de orden legislativo, se pondrán en consideración tres proyectos de ley que tenían como finalidad conjunta ampliar el FPM. Sin embargo, se debe destacar la relevancia del Acto Legislativo 02 del 2012.

Cronológicamente, en el año 2012, por medio del Acto Legislativo 02 del mismo año, se comenzó a buscar la ampliación del FPM. Esto produjo una reforma a los artículos 116, 152 y 121 de la Constitución Política. De dicho Acto Legislativo, se plasmaron seis artículos, de los cuales cabe resaltar tres aspectos significativos. En primer lugar, por medio del apartado primero, se buscó adicionar cuatro incisos al artículo 116 de la Constitución Política, de manera que se afianzó la creación de un “Tribunal de Garantías Penales que tendrá competencia en todo el territorio nacional y en cualquier jurisdicción penal” (Acto Legislativo 02, 2012, art. 1). Asimismo, se estableció, dentro del mismo acápite, que se servirá al juez de control de garantías tanto para conocer de cualquier proceso penal contra miembros de la Fuerza Pública como para controlar la acusación penal de los anteriores miembros, favoreciendo de esta manera el cumplimiento de presupuestos materiales y formales para iniciar el juicio oral. Al mismo tiempo, el mencionado tribunal dirimirá conflictos entre la Jurisdicción ordinaria y la Jurisdicción penal militar (Acto Legislativo 02, 2012, art. 1). En segundo lugar, buscando la adición del literal “g” al artículo 152 de la Constitución, se facultó al Congreso de la República para regular

leyes estatutarias en función de los artículos 116 y 221 de la Constitución Política. Por último, dentro del artículo 3 del presente Acto Legislativo, se quiso también reformar el artículo 221 de la Constitución Política, cuya finalidad era crear un fondo para financiar el sistema de defensa técnica y especializada de los miembros de la Fuerza Pública, además de especializar la manera de juzgarlos.

Con respecto a tal Acto Legislativo, cabe anotar que la Corte Constitucional lo declaró inexecutable en su totalidad por medio de la Sentencia C-740 del 2013, pues consideró que incurría en vicios de forma por contravenir la prohibición de realizar sesiones simultáneas, con lo cual causaba una “grave lesión al principio democrático, al afectar seriamente las condiciones necesarias para el adecuado y tranquilo desarrollo de ese debate, al punto de invalidarlo, lo que a su turno implica incumplimiento del requisito de los ocho debates sucesivos” (CorCC, Sentencia C-740, 2013).

Si se quisiera compendiar la línea de tiempo para exponer los proyectos de ley encaminados a ampliar el FPM, se encontrarían los siguientes proyectos de ley:

Proyecto de ley 085 de 2013 (Senado) / 210 de 2014 (Cámara). Por medio de esta iniciativa se buscó reestructurar la JusPM para lograr la implementación del sistema penal acusatorio en los procesos de su competencia. En forma simultánea llegó a ser reglamentario de la Ley 1407 del 2010, correspondiente al CPM. De ahí que, dentro de los artículos 8 y 9 del citado proyecto, se mencionen las instancias y los contenidos jurídicos para su aplicación:

Artículo 8. De los Juzgados penales militares o policiales de conocimiento especializado. Los juzgados penales militares o policiales de conocimiento especializado, conocen de:

1. Homicidio.
2. Infracciones contra el Derecho Internacional Humanitario.
3. Delitos contra la protección de la información y de los datos.
4. Delitos contra la fe pública.
5. Delitos contra la administración pública, con excepción de los delitos de peculado sobre bienes de dotación, peculado culposo, abuso de autoridad, abuso de autoridad especial y omisión de apoyo.
6. Delitos contra la Seguridad Pública.
7. Delitos contra la seguridad de la Fuerza Pública.
8. Delitos contra la población civil.
9. Delitos contra la existencia y la seguridad del Estado.

Artículo 9. De los Juzgados penales militares o policiales de conocimiento. Los juzgados penales militares o policiales de conocimiento, conocen de:

1. Delitos contra la disciplina.
2. Delitos contra el servicio.
3. Delitos contra los intereses de la Fuerza Pública.
4. Delitos contra el honor.
5. Lesiones personales.
6. Delitos contra el patrimonio económico.
7. De los demás delitos que no tengan asignación especial de competencia.

(Proyecto de Ley 085, 2013, art. 8)

Los anteriores delitos se proyectaron para ser de conocimiento de la JusPM, estableciendo de manera perceptible la asignación de competencia respecto de los delitos contra el Derecho Internacional Humanitario (DIH) y los delitos contra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH).

Proyecto de Acto Legislativo 022 de 2014 en Senado. La finalidad del marco normativo del mencionado proyecto fue reformar el artículo 221 de la Constitución Política, a partir de la idea,

en primer lugar, del establecimiento de parámetros claros para fijar la competencia de la jurisdicción penal ordinaria y de la jurisdicción penal militar y, en segundo lugar, de la obligación de aplicar el derecho internacional humanitario, el marco sustantivo que ha de regir el juzgamiento de los miembros de la Fuerza Pública, en especial en operaciones y procedimientos llevados a cabo en el contexto de un conflicto armado. (Proyecto de Acto Legislativo 022, 2014)

Entonces, se comprende que, al establecer límites a la jurisdicción penal ordinaria, se deja fuera de la competencia de la JusPM todo lo que tiene que ver con hechos relativos a “crímenes de lesa humanidad, [...] delitos de genocidio, desaparición forzada, ejecución extrajudicial, violencia sexual, tortura y desplazamiento forzado” (Proyecto de Acto Legislativo 022, 2014).

Con la misma idea, al situar los delitos mencionados dentro de la jurisdicción penal ordinaria, se corrobora la tesis de que la JPM amplía el fuero militar por abarcar dentro de su competencia la facultad de investigar conductas relativas a “las detenciones arbitrarias, tratos crueles, inhumanos y degradantes, envenenamiento de fuentes de agua, secuestro, interceptación ilegal de comunicaciones, entre otras docenas de conductas violatorias de derechos” (Federación Internacional de Derechos Humanos [FIDH], 2014. De esta manera, se ratifica que la intención de conferir los delitos ya mencionados a la competencia de la justicia penal ordinaria

implica ampliar el FPM inmediatamente, haciendo que este conozca de los delitos enmarcados dentro del DIDH y del DIH.

Proyecto de ley 129 de 2014 en Cámara de Representantes. En atención a esta iniciativa se arguye que

consiste en un proyecto de ley que busca establecer reglas para la investigación, acusación y juzgamiento de los miembros de la Fuerza Pública en el marco del Derecho Internacional Humanitario aplicable en situación de hostilidades. En otras palabras, es una iniciativa que tiene como propósito volver el Derecho Internacional Humanitario el parámetro legal aplicable para los miembros de la Fuerza Pública y, por lo tanto, sobre el que se debe basar el juicio de reproche penal que se pueda dirigir contra ellos. (Comisión Colombiana de Juristas, 2014)

Acto Legislativo 01 del 2015. Para cerrar la línea cronológica respecto a la ampliación del FPM, se trae a colación el Acto Legislativo 01 del 2015. Mediante el artículo 1¹² de este documento, se reformó parcialmente el artículo 221 de la Constitución Política colombiana. Su objetivo era que la investigación y juzgamiento de las conductas punibles de los miembros de la Fuerza Pública, con ocasión del conflicto armado interno o un conflicto enmarcado dentro de los requisitos del DIH, se ciñan a las reglas de este (Acto Legislativo 01, 2015, art 1).

Habiendo presentado de manera general los proyectos de ley y actos legislativos trascendentales que sirvieron de base para la ampliación del FPM, ahora se abordará la discusión originada en el SIDH en torno a esta cuestión. Pero antes se expondrán los argumentos que se han ofrecido para justificar dicha ampliación.

Argumentos en favor de la ampliación del Fuero Penal Militar

En el año 2011, a modo de un planteamiento inicial, Jean Carlos Mejía, el entonces director de la Defensoría Militar (DEMIL), manifestó por parte de la Fuerza Pública que:

la estructura del fuero militar sigue estando en pañales [...] lo que hay que decir es que es un tema fundamental para las operaciones militares y los operativos policiales

12 Artículo 1.º. El artículo 221 de la Constitución Política quedará así: De las conductas punibles cometidas 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 la investigación y juzgamiento de las conductas punibles de los miembros de la Fuerza Pública, en relación con un conflicto armado o un enfrentamiento que reúna las condiciones objetivas del Derecho Internacional Humanitario, se aplicarán las normas y principios de este. Los jueces y fiscales de la justicia ordinaria y de la Justicia Penal Militar o Policial que conozcan de las conductas de los miembros de la Fuerza Pública deberán tener formación y conocimiento adecuado del Derecho Internacional Humanitario (Acto Legislativo 01, 2015, art. 1).

y en nada afectará o violará los Derechos Humanos ni el DIH. (“Fuero militar, un debate que apenas comienza”, 2011)¹³

El funcionario consideró así que los avances del FPM hasta esa fecha habían sido incongruentes con la labor que, desde su entidad, ellos mismos desempeñaban frente a las operaciones militares y los operativos policiales. Desde este enfoque, Jean Carlos Mejía argumentaba que era, por ende, necesario reformar la estructura del fuero, al suponer que de esta manera no cabía la posibilidad de violentar los Derechos Humanos (DDHH) ni el DIH. En el mismo sentido, se ha dicho que “las Fuerzas Militares, como actor doméstico, [han insistido en varias ocasiones] en la necesidad de modificar el fuero militar, ampliando la jurisdicción militar para conocer en primer orden los delitos cometidos” (Valdivieso, 2012).

De acuerdo con esto, es posible destacar que tales pronunciamientos llevan implícito una serie de pautas encaminadas a proteger los derechos de la Fuerza Pública. Mediante esto se entiende que “el fuero militar es una garantía para la institución militar y policial y no un privilegio” (Rodríguez, s. f.). En otras palabras, el fuero militar es el derecho que tienen los miembros de la Fuerza Pública para poder exigir de un ordenamiento jurídico la plena garantía de sus derechos como institución militar o policial. Tal cosa hace referencia concretamente a la protección de la seguridad jurídica en relación directa con el derecho de defensa. En consecuencia, la ampliación del FPM es objetiva respecto de la seguridad jurídica.

Manifestaciones del SIDH en la ampliación del Fuero Penal Militar

Existe una gran preocupación en torno al sometimiento de hechos relacionados con violaciones de los DDHH al ámbito especial del FPM, al ser estos cometidos por miembros de las Fuerzas Militares y de Policía (Guzmán, 2011, p. 7). Por esta razón, dentro del SIDH, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorIDH) ha hecho importantes pronunciamientos respecto del FPM, haciendo precisiones frente a la imparcialidad e independencia de la justicia, el acceso a la justicia y el juez natural competente para conocer acerca de conductas violatorias de los DDHH.

En primer lugar, el derecho de acceso a la justicia está vinculado con el juez natural para conocer de un caso. Por esto, en el año 2000 la CorIDH precisó que

¹³ Frente a la polémica de la ampliación al FPM, se realizó entrevista al entonces director de la Defensoría Militar, Jean Carlos Mejía. Para consultar la entrevista parcial, remítase a “Fuero Militar, un debate que apenas comienza” (2011).

[e]n un Estado Democrático de Derecho, la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las Fuerzas Militares. Así, debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y solo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar. (CorIDH, Caso Durand y Ugarte vs. Perú, párr. 117)

La precedente consideración de la CorIDH hace alusión a la importancia que tiene proteger intereses jurídicos especiales, con lo cual se concibe la obligación de un Estado social de derecho de velar por la protección de dichos intereses por medio de mecanismos eficaces y con el fin de restringir el alcance de la JPM¹⁴. De la misma manera, esa restricción obedece a intereses constitucionales de un ordenamiento jurídico como el acceso a la justicia o del juez natural al momento de solicitar información. Por lo cual, la CorIDH en el mismo año señaló que:

la jurisdicción militar se establece en diversas legislaciones para mantener el orden y la disciplina dentro de las Fuerzas Armadas. Por ello, su aplicación se reserva a los militares que hayan incurrido en delitos o faltas en el ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias. [...]. El traslado de competencias de la justicia común a la justicia militar y el consiguiente procesamiento de civiles por el delito de traición a la patria en este fuero [...] supone excluir al juez natural para el conocimiento de estas causas. Al respecto, la Corte ha dicho que “[c]uando 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, encuéntrase íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia”. (CorIDH, Caso Cantoral Benavides vs. Perú, párr. 112)

14 En 1986, Norberto Durand Ugarte y Gabriel Pablo Ugarte Rivera fueron detenidos por efectivos de la Dirección contra el Terrorismo (Dircote) del Estado del Perú, acusándoseles de haber participado en acciones terroristas. Su detención se hizo sin orden judicial y sin ser encontrados cometiendo el delito. Ambos fueron juzgados y encarcelados en el Establecimiento Penitenciario “San Juan Bautista”. Durante un amotinamiento de los internos ese mismo año en las instalaciones del centro penitenciario, miembros de la Marina de Guerra del Perú, en combinación con la Guardia Republicana, iniciaron un operativo de intervención militar que terminó en la demolición de la unidad carcelaria. Entre los innumerables muertos y desaparecidos tras la acción militar se encontraban Norberto Durand Ugarte y Gabriel Pablo Ugarte Rivera. Una vez recibida la demanda hecha por los familiares de los desaparecidos, la Comisión Interamericana estudió el caso y las violaciones contra varios de los artículos de la Convención Americana de Derechos Humanos. La CorIDH ordenó al Estado peruano a reparar al padre y hermano de las víctimas, junto con la esposa de uno de ellos, de forma integral. Para más detalles, consulte la ponencia presentada en el XVII Congreso Latinoamericano, IX Iberoamericano, I Nacional sobre Derecho Penal y Criminología (25, 26, 27 y 28 de octubre de 2005, Ecuador), a cargo de la doctora Doris M. Yalle Jorges, del Ministerio de Justicia del Perú, con el título de “El caso Durand y Ugarte: aportes jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su incidencia frente al derecho interno peruano”. Disponible en internet: <http://www.alfonsozambrano.com/memorias/estudiantes/comision1/Ponencia23.doc>. (N. del Ed.)

A pesar de que tal pronunciamiento de la CorIDH fue dirigido hacia el Estado peruano¹⁵, en el caso *Las Palmeras vs. Colombia*¹⁶ se reiteró dicha cita, indicando que la JPM está encaminada tanto a imponer orden y disciplina como a investigar y juzgar las actuaciones de las Fuerzas Armadas. Así se establece que al trasladar competencias respecto de la justicia común a justicias militares, se está incurriendo en una grave violación hacia el juez natural, quien es el facultado constitucionalmente para conocer de determinados casos, y de igual manera se infringe el derecho al acceso a la justicia al no garantizar el debido proceso, ya que este juez natural como “juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, independiente e imparcial” (CorIDH, *Caso Las Palmeras vs. Colombia*, párr. 53). En este marco jurídico al que atiende el juez natural respecto de la imparcialidad e independencia, quedó consagrado dentro de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) así:

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. (OEA, 1969, art. 8.1)

15 Así se presentan los sucesos en la ficha técnica del caso en cuestión: “Los hechos del presente caso se contextualizan en una época donde existió una práctica generalizada de tratos crueles, inhumanos y degradantes con motivo de las investigaciones criminales por delitos de traición a la patria y terrorismo. El 6 de febrero de 1993, Luis Alberto Cantoral Benavides fue detenido, sin una orden judicial, por agentes de la Dirección Nacional contra el Terrorismo (Dincote) en su domicilio ubicado en el distrito La Victoria, ciudad de Lima. Luis Cantoral estuvo incomunicado por más de una semana en el centro de la Dincote y a los 15 días después de su detención tuvo acceso a un abogado. Asimismo, fue objeto, por parte de efectivos policiales y miembros de la Marina, de actos de violencia. Fue vengado, esposado con las manos en la espalda, obligado a permanecer de pie, golpeado en varias partes del cuerpo, etc. Asimismo, fue exhibido públicamente a través de los medios de comunicación, vestido con un traje a rayas como los que usan los presos, como integrante del Partido Comunista del Perú Sendero Luminoso y como autor del delito de traición a la patria, cuando aún no había sido legalmente procesado ni condenado. Luis Alberto Cantoral Benavides fue procesado por el fuero militar por el delito de traición a la patria. Fue absuelto, pero se remitió lo actuado al fuero común para que fuera juzgado por el delito de terrorismo. En dicho proceso fue condenado a 20 años de pena privativa de libertad por el delito de terrorismo. Sin embargo, Luis Cantoral solicitó un indulto a la Comisión ad hoc creada por la ley N.º 26.555 y dicho beneficio fue concedido. En total, Luis Alberto Cantoral Benavides estuvo privado de libertad en forma ininterrumpida desde el 6 de febrero de 1993 hasta el 25 de junio de 1997, cuando fue liberado”. Disponible en internet: http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=328. Una narración de primera mano sobre el caso por parte de la víctima fue publicada por él mismo: Cantoral (2008). (N. del Ed.)

16 Como reza en la ficha técnica del caso, este “se refiere a la responsabilidad internacional del Estado colombiano por la muerte de Artemio Pantoja Ordóñez, Hernán Javier Cuarán, Julio Milciades Cerón Gómez, Edebraiz Cerón Rojas, William Hamilton Cerón Rojas, Hernán Lizcano Jacanamejoy y Moisés Ojeda por parte de miembros de la Policía Nacional y el Ejército, así como de la falta de investigación y sanción de responsables de los hechos”. Disponible en internet: http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=242. (N. del Ed.)

En atención al señalamiento de la CADH, se establece que la imparcialidad e independencia de la justicia se concibe como un derecho inherente a la persona, ya que deriva de la facultad que tiene un individuo de exigir las garantías judiciales oportunas y pertinentes para un caso determinado. En este mismo sentido, el SIDH ha precisado que:

la calidad de juez natural para las eventuales violaciones a los Derechos Humanos, a diferencia de lo expuesto por los diferentes proyectos de ley, no se encuentra en la capacidad del juez para entender las dinámicas de la guerra o la confrontación (jueces militares), sino en la naturaleza del bien afectado, que cuando no es del orden militar debe ser tramitado por la justicia ordinaria en todos los casos. (Universidad del Rosario, 2015)

La anterior manifestación fue dirigida directamente a los proyectos de ley para ampliar el FPM, pues les contraría en lo que concierne al derecho del acceso a la justicia en atención al juez natural, resaltando que este debe estar en plena capacidad, no de entender las dinámicas de la guerra, sino de ser plenamente competente para tramitar casos que atañen a la naturaleza del bien afectado de las víctimas. Como aclaración complementaria a lo anterior, en el estudio del Caso 19 Comerciantes vs. Colombia (2000)¹⁷, la CorIDH dictaminó en el año 2004 que

f) la jurisdicción penal militar no satisface los estándares de independencia e imparcialidad requeridos en el artículo 8.1 de la Convención, en virtud de su naturaleza y estructura. De acuerdo con la Convención, las víctimas de un ilícito o sus familiares tienen derecho a que “un tribunal penal ordinario determine la identidad de los responsables, los juzgue e imponga las sanciones correspondientes con las debidas garantías”. (CorIDH, Caso 19 Comerciantes vs. Colombia, párr. 157)

Por medio de la anterior sentencia se expone que en aplicación del artículo 8.1 de la CADH, la estructura y naturaleza de las garantías judiciales existentes en el contexto jurídico colombiano son ineficaces, puesto que no se garantiza el derecho de acceso a la justicia a las víctimas de un ilícito, al vulnerarse la imparcialidad e

¹⁷ En el resumen de la ficha técnica se describen los pormenores del caso como sigue: “Los hechos del presente caso ocurrieron el 7 de octubre de 1987, cuando miembros de un grupo paramilitar que operaba en el Municipio de Puerto Boyacá detuvieron a 17 comerciantes, presuntamente por sus relaciones con grupos guerrilleros. Los comerciantes se dedicaban a actividades comerciales, tales como transporte de mercaderías o de personas, o compra y venta de mercancías en la frontera colombo-venezolana. Luego de su detención, fueron asesinados y descuartizados por lo que lanzaron sus cuerpos a un río. Dos semanas después de ocurridos los hechos, otros dos comerciantes fueron en búsqueda de los desaparecidos. Igualmente fueron detenidos y asesinados por el grupo paramilitar. Ante la desaparición de los 19 comerciantes, sus familiares interpusieron una serie de recursos legales a fin de localizarlos. No obstante, no se realizaron mayores investigaciones ni se sancionó a los responsables de los hechos”. Disponible en internet: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=274&lang=e.

independencia de la justicia. Y esto a causa de someter a conocimiento y competencia de la JusPM lo que le corresponde a la justicia ordinaria. Frente a este último planteamiento, en el año 2005, respecto al caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia¹⁸, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (ComIDH) expuso que

g) la asignación de parte de la investigación a la justicia penal militar viola los derechos a la protección judicial y a las garantías al debido proceso [...].

f) cuando el Estado permite que las investigaciones las dirijan los órganos potencialmente implicados, como el fuero militar, la independencia y la imparcialidad se ven claramente comprometidas. La jurisdicción castrense no es competente para juzgar violaciones a los Derechos Humanos ya que estas no son faltas relacionadas con la función militar y esta jurisdicción debe aplicarse por excepción solamente a delitos de función cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas. (ComIDH, Caso de la “Masacre de Mapiripán”, párr. 190)

Sin lugar a duda, el dictamen de la ComIDH en el caso de la “Masacre de Mapiripán” es uno de los criterios más enfocados respecto del FPM, pues, pese a que se establece que los principios que ya se han nombrado, tocantes a la independencia e imparcialidad de la justicia, sí son vulnerados cuando se somete a conocimiento de la JPM un asunto del cual no es competente (como es el caso de violaciones a los DDHH), esto se soporta además en el hecho de que, en 2009, la CorIDH expresó que “frente a situaciones que vulneren los Derechos Humanos de civiles bajo ninguna circunstancia puede operar la jurisdicción militar” (CorIDH, Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, párr. 274). De esta manera se deduce que, según el pronunciamiento de la Corte en el año 1997, “juzgar delitos comunes como si fueran militares por el solo hecho de haber sido ejecutados por militares, es violatorio de la garantía de un tribunal independiente e imparcial” (CorIDH, Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua, párr. 274). Asimismo, por quebrantar las garantías judiciales correspondientes al acceso a la justicia de un juez natural.

La ComIDH señaló en el año 2013, frente al Acto Legislativo 02 de 2012, que si se hubiera aprobado, constituiría para el Estado colombiano un grave retroceso en materia de DDHH. También señaló que la JusPM no es competente para investigar casos de violaciones a los DDHH, porque no se estaría garantizando el cumplimiento de obligaciones estatales de proveer garantías judiciales en atención

18 El resumen del hecho es señalado en la ficha técnica del caso como sigue: este “se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la muerte, lesiones y abusos cometidos en contra de pobladores de la localidad de Mapiripán por parte de agentes paramilitares, así como la falta de investigación y sanción de los responsables”. Disponible en internet: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=252&lang=es.

a los derechos de las víctimas, en relación con una conducta extralimitada por parte de los miembros de la Fuerza Pública (ComIDH, Informe anual, 2013).

Es evidente la preocupación por parte del SIDH frente a la ampliación del FPM, ya que esto implicaría un grave retroceso en materia de protección a los DDHH. Por esto, la ComIDH ha enfatizado, según lo expuesto anteriormente, la eventual impunidad respecto de la JusPM con el simple hecho de someter a su sola competencia la investigación de violaciones a los DDHH, lo cual es contrario a los principios de imparcialidad e independencia de la justicia. Igualmente, no sería posible hacer efectivos estos principios, puesto que existe una línea de mando que no garantiza una investigación objetiva frente a una conducta de ejercicio extralimitado de sus funciones entre miembros de la Fuerza Pública. En este sentido, existiría impunidad al momento de iniciar las respectivas investigaciones por parte de la JusPM (OEA, 1999). Es así que para el SIDH la ampliación del FPM propicia la impunidad al tergiversar la protección de los DDHH, al tiempo que desconoce las recomendaciones de la ComIDH y las sentencias de la CorIDH.

Conclusiones

A la luz de un Estado social de derecho, Colombia tiene la obligación de establecer mecanismos de protección en favor de los derechos consagrados dentro de la Constitución Política. Estos deben tener plena observancia del principio de la dignidad humana, con lo cual se materializa su aplicabilidad dentro de un contexto social, cultural y político específico, teniendo como enfoque adicional el respeto hacia las obligaciones internacionales en materia de DDHH. Desde esta perspectiva, se establecen derechos derivados del FPM, como lo son la seguridad jurídica y el derecho a ser investigado y juzgado por un tribunal con conocimiento de causa en las actividades militares; de modo contrario, surgen derechos también para la población civil, tales como el derecho a las garantías mínimas judiciales, la imparcialidad e independencia de la justicia al juzgar un caso en el que se hubiesen transgredido los DDHH.

Dentro del marco jurídico político del Estado colombiano, se entrelaza el FPM con los mecanismos de protección de los derechos de la JusPM, en atención a las garantías jurídicas de los miembros de la Fuerza Pública para ser juzgados por infracciones al derecho en ejercicio de su cargo, por un tribunal competente y con conocimiento de la labor militar. Se precisa además la disimilitud del FPM y la JPM, puesto que el primero hace referencia a la vinculación entre el delito cometido por los miembros de la Fuerza Pública con la razón propia de su servicio; mientras que la JPM determina el ámbito de competencia para el caso específico.

De cara al SIDH, el Estado colombiano tiene la obligación de garantizar el ejercicio efectivo de la justicia en atención a los DDHH conexos con las garantías judiciales, con lo cual, por una parte, se establece la relevancia del FPM dentro de un Estado social de derecho (siempre y cuando este se someta a principios de imparcialidad e independencia de la justicia penal militar); por otra parte, las garantías judiciales abarcan una serie de derechos para la población civil concretados en el acceso a la justicia, la imparcialidad de la justicia y que, en atención al bien afectado, se garantice el juez natural competente para conocer de una determinada transgresión a los DDHH.

Existe una línea paralela en la discusión de la ampliación del FPM, ya que la Fuerza Pública defiende la ampliación del FPM en atención a la seguridad jurídica para sus miembros, pero el SIDH tiene una opinión diferente, pues afirma que existiría un grave retroceso en materia de DDHH al ampliar el FPM, por cuanto violaría el principio de imparcialidad e independencia del juez natural. Con esto, además, se podría transgredir el derecho de acceso a la justicia y el derecho de defensa de las víctimas ocasionadas por conductas ilícitas por parte de los miembros de la Fuerza Pública.

Sigue abierto el debate frente a la ampliación del FPM en cuanto a la prevalencia de los miembros de la Fuerza Pública para garantizar la plena efectividad de la seguridad jurídica, al establecer delitos determinados para ser investigados y juzgados por la JPM o por un juez que conozca la labor que desempeñan. Por lo demás, se han de preponderar las garantías judiciales de la población civil, con el objetivo de que las transgresiones a los DDHH sean conocidas por un juez investido de independencia e imparcialidad como el juez natural.

Así, pues, se ha otorgado cierta importancia a la posición del SIDH en relación con la visión que tiene del FPM un determinado país, en este caso, Colombia. No obstante, es necesario llevar a cabo un estudio comparado entre países de la misma región. Por esta razón, en el siguiente capítulo se hace dicho estudio tras evaluar diferentes alternativas constitucionales entre Colombia y Ecuador.