

Mayo de 2013

Reglamentación de la reforma a la justicia penal militar:

Profundización y extensión de los aspectos de preocupación de la reforma constitucional

A finales de marzo de 2013, [el gobierno colombiano presentó ante el Congreso un proyecto de ley estatutaria para reglamentar la reforma constitucional al fuero militar](#), en compañía del comandante de las Fuerzas Militares, general Alejandro Navas, entre otros. El proyecto ya ha sido aprobado en 3 de 4 debates y está a punto de ser adoptado ([El Espectador, Fuero militar a un debate de ser una realidad, 29 de mayo de 2013](#)). **Este proyecto de ley profundiza y extiende los aspectos de preocupación contenidos en la reforma constitucional** (ver [análisis de la reforma constitucional](#)). Revierte la lógica del Derecho internacional humanitario (DIH) al convertirlo en un instrumento permisivo y de protección de la Fuerza pública (FFPP) frente a la justicia, cuando el propósito del DIH es, al contrario, fijar límites a la guerra para proteger, en particular, a los civiles frente a sus efectos.

El proyecto de ley amplía el espectro de actuación de la FFPP, asegurando que la casi totalidad de los actos cometidos por un miembro de la FFPP recaiga bajo el DIH tal y como definido por esta ley. Cabe recordar que la reforma constitucional prevé que el DIH aplicaría para todos los crímenes cometidos por la FFPP, es decir tanto en la justicia militar como en la justicia ordinaria bajo la cual estarían los crímenes expresamente excluidos del fuero penal militar (crímenes de lesa humanidad, genocidio, desaparición forzada, ejecución extrajudicial, violencia sexual, tortura y desplazamiento forzado). Además, en su versión inicial, el proyecto de ley redefinía el crimen de ejecución extrajudicial de una manera tal que muchos de estos crímenes no serían considerados como tales.

Pedimos por lo tanto a la Unión Europea y a sus Estados miembro, a Suiza y Noruega:

- **Expresar públicamente y de manera urgente su preocupación frente a la reforma constitucional al fuero penal militar y al proyecto de ley estatutaria para su reglamentación, y llamar a las autoridades colombianas a que estas disposiciones sean retiradas;**
- **Insistir ante las autoridades colombianas para que se abstengan de promover y adoptar reformas que puedan reforzar y/o llevar a la impunidad en casos de violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, así como reformas que atentan contra la independencia de la justicia y el balance de los poderes;**
- **Llamar a las autoridades colombianas a cumplir con las recomendaciones que han sido formuladas por los distintos mecanismos de las Naciones Unidas al respecto, en particular en el último informe de la Oficina de la Alta Comisionada de Derechos Humanos en Colombia (7 de enero de 2013) y por el Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias (informe del 15 de mayo de 2012), para enfrentar la impunidad de los crímenes cometidos por agentes del Estado, y para cumplir con el derecho de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y proveer garantías de no repetición.**

ANÁLISIS DEL PROYECTO DE LEY ESTATUTARIA

Se presentan a continuación los principales aspectos de preocupación frente al proyecto de ley que reglamenta la reforma al fuero penal militar y pretende “precisar” las reglas del derecho internacional humanitario (DIH). Estos comentarios están basados en el proyecto de ley presentado por el Gobierno colombiano. Según información de la prensa, algunos cambios importantes habrían sido realizados en debates recientes. En estos casos, se informa acerca de estos cambios en el análisis, especificando la fuente debido a que no hemos tenido acceso a las versiones posteriores del proyecto de ley. Sin embargo cabe recordar que disposiciones modificadas o retiradas en algunos debates pueden resurgir en el documento final.

N.B.: salvo indicación contraria, “DIH” hace referencia a los estándares internacionales del DIH. Las “normas” hacen referencia a las normas internacionales del DIH, recopiladas por el CICR en el documento [CICR, El derecho internacional humanitario consuetudinario, volumen 1, Normas](#).

1. El proyecto de ley distorsiona el DIH

El proyecto de ley revierte la lógica del DIH

- **Donde el DIH apunta a la protección de las personas que no participen directamente en las hostilidades** mediante la imposición de límites a la acción de los actores armados (art. 3 común de los Convenios de Ginebra y [Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional](#) – PII), **el proyecto de ley busca la protección de la Fuerza Pública (FFPP) frente a la justicia** (art. 5 – seguridad jurídica: “Los miembros de la Fuerza Pública (...) (n)o serán responsables por el supuesto incumplimiento de deberes que no han sido establecidos de manera expresa y específica en la Constitución o las leyes”) (sobre este punto ver [columna de Gustavo Gallón, director de la Comisión colombiana de juristas, Principio pro violador vs Principio pro persona](#))
- **En esa misma lógica, el proyecto de ley restringe la aplicación del DIH a la FFPP** (art. 14) cuando el Protocolo II aplica a todas las personas afectadas por un conflicto armado no internacional (art. 2 PII)

El proyecto de ley distorsiona los principios generales del DIH, abriendo la puerta a mayor impunidad y a un riesgo de incremento de las infracciones al DIH.

- **Principio de distinción:** el proyecto de ley socava el principio de distinción entre personas civiles y combatientes, debido a que amplía las condiciones bajo las cuales los civiles pierden su protección y pueden ser, por lo tanto, combatidos (ver más abajo).
- **Principio de proporcionalidad:** el proyecto de ley reduce la protección a personas civiles y bienes civiles. Prohíbe los daños “manifiestamente excesivos” (art. 5 y 22.2), en contraste con el DIH que prohíbe los actos que les generen daños “excesivos” (norma 14 del DIH).

- **Principio de precaución** (para más detalles ver cuadro en anexo):
 - o **El proyecto de ley incluye aspectos de este principio** (art. 5, 22, 23, 24 y 25) **pero deja varios otros de lado**. Las obligaciones de aviso a la población civil; de seleccionar los objetivos militares que sean lo menos dañinos posible para la población civil; de no situar objetivos militares en medio de la población civil y de alejarla de los objetivos militares no han sido incluidas en el proyecto de ley. Significa por lo tanto que su incumplimiento no tendría consecuencias para la FFPP.
 - o **Los aspectos incluidos fueron matizados, reduciendo su exigibilidad**.

- **Principio de humanidad**: el proyecto de ley prevé que *“no se generarán daños superfluos o males innecesarios a las personas que hayan dejado las hostilidades”* (art. 5.c). **Esta formulación resulta poco clara y su protección muy baja**. Esto contrasta con el PII que prevé la obligación de protección de las garantías fundamentales de las personas que han dejado las hostilidades: *“Garantías fundamentales: 1. Todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas, estén o no privadas de libertad, tienen derecho a que se respeten su persona, su honor, sus convicciones y sus prácticas religiosas”* (art. 4 PII). **El proyecto de ley abre por lo tanto la puerta a la violación de los derechos fundamentales de las personas desmovilizadas, capturadas o fuera de combate**.

2. El proyecto de ley amplía el espectro para la actuación de la FFPP:

- **Se amplía el espectro de grupos contra los cuales la FFPP puede actuar**:
 - o La definición de *“grupo armado”* (art. 8) es más amplia que en el DIH, por la ausencia de referencia a un control territorial de parte de estos grupos (art. 1 PII)
 - o El proyecto de ley inicial incluyó la posibilidad para el Presidente de ordenar el uso de la fuerza contra *“grupos determinados”* (art. 8), lo cual abriría las posibilidades de forma casi indefinida, cuando el DIH sólo hace referencia a grupos armados (PII). Según información publicada en la prensa, este artículo habría sido modificado en recientes debates debido a las críticas que generó ([El Espectador](#), prec.). Sin embargo, aun existe la posibilidad de que esta disposición sea restablecida en la versión final de la ley.

Estas disposiciones posibilitan un incremento en la militarización del país. Resultan preocupantes considerando que la presencia de actores armados – tanto legales como ilegales – en los territorios suele ser acompañada de violaciones a los DDHH e infracciones al DIH. Frente a la presencia de los grupos paramilitares (o *“Bacrim”*), el Estado colombiano debería reconocer su carácter de grupo armado. Estos grupos ya responden a los criterios internacionales de la definición de grupos armados, por lo tanto no existe una necesidad de ampliar la definición del DIH para que la FFPP pueda actuar en contra de los mismos. El reconocimiento de las *“Bacrim”* como grupo armado permitiría además de reconocer a sus víctimas como víctimas del conflicto armado y darles acceso, entre otros, a los mecanismos de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras. Ya que hasta la fecha las víctimas de estos grupos no son reconocidas como tales lo cual lleva a una vulneración de sus derechos a la verdad, justicia y reparación.

- **Se amplían las condiciones bajo las cuales los civiles pierden su protección y pueden ser, por lo tanto, combatidos:** las definiciones de “*blanco legítimo*” - “*se entiende por blanco legítimo la o las personas que forman parte de los grupos armados que cumplan una función directamente relacionada con las actividades hostiles del mismo*” (art. 10) - y de la “*participación directa en las hostilidades*” - “*quien realice actos que, inequívocamente, tengan la potencialidad de causar un daño*” (art. 11) – son más amplias que el DIH. En efecto, según el DIH, las personas civiles gozan de protección contra los ataques, “*salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación*” (art. 13 PII). La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha afirmado que con la expresión “*participación directa en las hostilidades*” se entiende, en general, “*actos que por su índole o finalidad tienen por objeto causar efectivamente daño al personal o material del enemigo*” (CIDH, Tercer informe sobre los derechos humanos en Colombia in [CICR, El derecho internacional humanitario consuetudinario, volumen 1, Normas](#)). El proyecto de ley quita la intencionalidad y los límites en el tiempo. **Socava por lo tanto el principio de distinción entre personas civiles y combatientes.**

3. El proyecto de ley define un espectro amplio en el cual el DIH – tal y como definido por esta ley – debería ser aplicado a la FFPP

El proyecto de ley prevé que el DIH será aplicado cuando la conducta “*ocurra en un contexto de hostilidades*” (art. 14). Las “*circunstancias*” previstas como “*indicios de que la conducta ha ocurrido en el contexto de hostilidades*” son definidas de manera muy amplia:

- Los conceptos de “*grupo armado*” y “*blanco legítimo*” han sido ampliados. Como resultado de ello, podrían abarcar a la mayoría de las situaciones en las cuales puedan estar involucrados miembros de la FFPP (ver punto anterior).
- El simple requisito de una “*convicción de que el sujeto pasivo era un blanco legítimo*” amplía más aun lo anterior. Así, siguiendo los términos del proyecto de ley, la “*convicción*” de que una persona realice actos que tengan “*la potencialidad*” de causar un daño - o sea una situación puramente hipotética – podría hacer caer la conducta bajo esta ley.
- Además de la ejecución de una acción, se incluye su planeamiento, preparación y los “*procedimientos inmediatamente posteriores*” a la realización de una acción, lo cual podría abarcar la totalidad de los momentos de actuación de la FFPP.

4. El proyecto de ley limita la responsabilidad de los miembros de la FFPP, favoreciendo la impunidad

- **Responsabilidad del superior militar o policial (art. 32):**
 - o **El proyecto de ley limita su responsabilidad a los hechos ocurridos “*en desarrollo de las hostilidades*”**, en contraste con el ámbito de aplicación previsto para la ley que incluye también las operaciones anteriores y posteriores al desarrollo de las hostilidades. **Existe por lo tanto un riesgo de que el superior militar o policial quede exento de responsabilidad en caso de crímenes cometidos en el planeamiento, la preparación, o después de la operación.**

- El proyecto de ley prevé su responsabilidad en caso de que *“El superior militar o policial omita la prevención del delito o la denuncia del mismo a las autoridades competentes, teniendo la posibilidad fáctica de prevenirlo o denunciarlo, según sea el caso”*. Ello cuando el DIH también prevé una obligación de reprimir la conducta. El Estatuto de Roma prevé por ejemplo su responsabilidad en caso de que *“No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento”* (art. 28).
 - El proyecto de ley limita los supuestos en los cuales podría considerarse que el superior *“debería haber sabido”* que sus subordinados iban a cometer crímenes. Prevé que esto tiene lugar si el superior, *“en las circunstancias del momento, tenía información confiable que advertía sobre la alta probabilidad de la comisión del delito”*. Cuando, siguiendo la práctica recogida a nivel internacional *“basta un conocimiento inferido”* (norma 153).
- **Responsabilidad de superiores militares o civiles por autoría mediata:** la definición de la autoría mediata (art. 33) incluida en el proyecto de ley inicial incorporaba varias condiciones **limitando de forma extraordinaria los casos en los cuales un superior pudiera ser considerado responsable por infracciones al DIH**. En efecto, según estas disposiciones, se hubiera considerado responsable únicamente en casos en los cuales se pruebe *“más allá de toda duda razonable”* que dirige una *“estructura jerárquica ilegal”* y que *“el aparato actúa completa y estructuralmente al margen del derecho”*, lo cual excluye los crímenes cometidos por miembros de la FFPP que no pertenezcan a estas estructuras. Esta condicionalidad generó fuertes críticas (ver en particular las [declaraciones del representante liberal, Guillermo Rivera Flórez](#)) lo cual llevó a que fuera retirada en los recientes debates (El Espectador, prec.). Sin embargo, sigue existiendo la posibilidad de que esta disposición sea retomada en el momento de adopción de la versión final de la ley. Además, se contempla su responsabilidad solamente en caso de que haya ordenado la conducta, dejando de lado los casos de responsabilidad por omisión o tolerancia de infracciones al DIH, es decir ante la ausencia de acción de su parte para prevenir, reprimir o denunciar las conductas. Esta disposición facilita la impunidad de los superiores.
 - **Obediencia debida y exención de responsabilidad: el proyecto de ley revierte la lógica de los estándares internacionales.** Donde el derecho internacional prevé que el cumplimiento de órdenes superiores no exime de responsabilidad salvo excepciones (art. 33 del Estatuto de Roma por ejemplo), el proyecto de ley prevé una *“ausencia de responsabilidad por cumplimiento de órdenes superiores”* salvo excepciones (art. 36), por lo tanto el principio sería la ausencia de responsabilidad. La inclusión de una lista de crímenes para los cuales la obediencia debida se excluirá – que corresponde prácticamente a la lista de crímenes excluidos de la justicia militar por la reforma constitucional - hace temer que la obediencia debida no sea excluida para otros crímenes, entre los cuales crímenes de guerra y reclutamiento de niños soldados por ejemplo.
 - **Responsabilidad por daños a personas civiles o bienes civiles: el proyecto de ley exime de responsabilidad:**
 - a los superiores por la orden de lanzar el ataque cuando la planeación cumple con el deber de verificación y los principios de distinción, proporcionalidad y precaución tal y como definidos por esta ley

- a las personas que ejecutan esta orden cuando la ejecución cumple con el deber de verificación y los principios de distinción, proporcionalidad y precaución tal y como definidos por esta ley

Estas disposiciones (art. 38 B) resultan problemáticas dado que los principios a los cuales hacen referencia han sido distorsionados (ver más arriba). Además, en el caso de los superiores, podría implicar una exención de responsabilidad frente a la obligación de suspender o anular un ataque planeado con anterioridad y para el cual advierten que provocará daños a personas civiles o bienes civiles, en caso de que la planeación del ataque cumpla con estos principios.

5. Justicia penal militar: la regla; justicia ordinaria: la excepción.

El proyecto de ley limita más aún los supuestos en los cuales los crímenes tendrían que recaer bajo la competencia de la justicia ordinaria.

- El proyecto de ley reconfirma lo establecido por la reforma constitucional al fuero penal militar, es decir que **las infracciones al DIH** – tal y como entendidas por esta ley – **“serán de competencia exclusiva de la Justicia Penal Militar”** (art. 45), **salvo excepciones**, es decir:
 - los crímenes expresamente excluidos (crímenes de lesa humanidad, genocidio, desaparición forzada, ejecución extrajudicial, violencia sexual, tortura y desplazamiento forzado) – sobre este punto ver las reservas expresadas en el [documento de análisis de la reforma constitucional](#)
 - las conductas *“que no tengan relación próxima y directa con el servicio”* (art. 45). Sin embargo, el proyecto de ley limita los efectos de esta disposición al prever también que *“la ocurrencia de un delito o de una infracción de los deberes funcionales del miembro de la Fuerza Pública no rompe, por sí sola, la relación con el servicio”* (art. 46)

Cabe recordar que, de conformidad con la reforma constitucional, la justicia militar será aquella encargada de las primeras diligencias y de la calificación de los crímenes. Existe por lo tanto un alto riesgo de que los crímenes sean calificados de forma a no recaer en la justicia ordinaria.

- El proyecto de ley prevé además que *“La simple ausencia de información sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la conducta no configura, por sí sola, una duda sobre la jurisdicción competente”* (art. 47). Por lo tanto, **es muy probable que en caso de duda sobre la calificación del crimen, el caso se quede bajo la jurisdicción militar.**

El proyecto de ley también limita las posibilidades de actuación de la justicia ordinaria.

- Cabe recordar **que la reforma constitucional al fuero penal militar impone la aplicación del DIH**– tal y como definido por esta ley – **por la justicia ordinaria** en los casos en los cuales estén involucrados miembros de la FFPP. **Esta situación resulta problemática, en particular debido a los numerosos problemas que presenta el proyecto de ley, ya que podría propiciar la impunidad de los crímenes cometidos.**
- El proyecto de ley incluye una definición de los crímenes excluidos de la competencia de la justicia militar. **En la definición del crimen de ejecución extrajudicial han sido introducidos**

elementos que lo restringen. En la práctica, podría resultar en que solamente una parte de los “*falsos positivos*” pueda ser conocida por la justicia ordinaria. En efecto, una ejecución extrajudicial sólo se consideraría como tal si “*el servidor público (...) matare a una persona y puesto con este propósito después de haberla dominado en estado de absoluta indefensión*” (art. 43). Como lo recordó la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) en su [último informe anual sobre Colombia](#) (7 de enero de 2013), “*las Naciones Unidas utilizan el término "ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias" para incluir una amplia gama de violaciones del derecho a la vida, entre ellas, aunque no exclusivamente, los "falsos positivos"*”. A finales de mayo, se anunció en la prensa la intención de los legisladores de modificar esta disposición de forma a que se asegure que todos los casos de ejecución extrajudicial pasen a la justicia ordinaria ([El Espectador, Reforma a fuero militar dejará claro qué es un 'falso positivo', 23 de mayo de 2013](#)). Sin embargo no tenemos información de que este cambio haya sido realizado en los últimos debates.

Las disposiciones relativas a la composición y al funcionamiento de la justicia penal militar evidencian su ausencia de imparcialidad e independencia

Además del hecho de que **miembros de la FFPP en servicio activo** – que no sean del mando - puedan ejercer funciones en la justicia penal militar (art. 49), el proyecto de ley prevé que “*La justicia penal militar o policial será administrada (...) por una Unidad Administrativa Especial*”, cuyo **Consejo Directivo** “*podrá*” ser integrado por “*el Comandante General de las Fuerzas Militares y el Director de la Policía Nacional*” (art. 52). Carece por lo tanto de independencia.

A esto cabe añadir que el proyecto de ley prevé también la posibilidad de que “*por razones de seguridad*” **la sede de los despachos de la justicia penal militar o policial pueda ser ubicada en el interior de las unidades militares y policiales** (art. 63), lo cual afecta también su independencia, además de constituir un obstáculo para las víctimas de crímenes cometidos por la propia FFPP a la hora de denunciarlos.