

## ¿Reforma de la justicia penal militar?

A propósito de la modificación del Artículo 221 de la Constitución y la (re)introducción del fuero penal militar en Colombia

Kai Ambos y John Zuluaga\*

La reforma del Art. 221 de la Constitución colombiana (en adelante “CN”) reintroduce parcialmente el Art. 3 del Acto Legislativo 02 de 2012, que había sido declarado inexecutable por la Corte Constitucional colombiana (véase sentencia [C-740 de 2013](#)). La reconfiguración del Art. 221 CN y, por medio del mismo, de los presupuestos constitucionales de la llamada justicia penal militar (en adelante “JPM”), se hizo a través de tres incisos con temáticas y finalidades diferentes. El primer inciso hace una delimitación *ratione personae* de las competencias de la JPM y restringe la misma a los miembros de la fuerza pública bajo la condición de que los mismos se encuentren en *servicio activo* y las conductas punibles a investigar tengan relación directa con dicho servicio. El mismo inciso, además, sintetiza la estructura y organización de la JPM y especifica las competencias funcionales dentro de la misma. Concretamente establece dos órganos judiciales: cortes marciales y tribunales militares, los cuales desempeñan sus funciones con arreglo a la Ley 1407 de 2010 (CP Militar). El segundo inciso determina el marco normativo que delimita el juzgamiento de los miembros de la fuerza pública. A esos fines, fija la obligación de aplicar el *derecho internacional humanitario* (en adelante “DIH”) como marco sustantivo para el desarrollo de investigaciones y juzgamientos en el contexto del conflicto armado. Esta vinculación del DIH se extiende al desempeño judicial tanto en la jurisdicción ordinaria como en la JPM. El inciso tercero establece una diferencia entre la JPM y el mando de la Fuerza Pública y sobre esa base establece que la primera es independiente de la segunda. La estructura del “nuevo” Art. 221 CN circunscribe así el ámbito de aplicación objetivo y subjetivo de la JPM; sin embargo, su redacción promueve múltiples ambigüedades y con ellas problemas de interpretación sobre los criterios de competencia y la recepción del DIH en la investigación y juzgamiento de miembros de la fuerza pública.

### 1. Criterios de competencia

La delimitación *ratione personae* que contiene el Art. 221 inc. 1 CN conduce a la valoración, por un lado, de un criterio “personal” que exige ser miembro de la Fuerza Pública en servicio activo y, por otro lado, un criterio “relacional” según el cual la conducta investigada debe tener conexión con el servicio. Esta conexión al mismo tiempo constituye, *argumentum e contrario*, un factor de exclusión de competencia. En este sentido en la exposición de motivos de la reforma (véase [Gaceta 567 de 2014](#)) se consideró acertadamente que “las conductas que no tengan relación próxima y directa con una actividad del servicio no serán objeto de investigación y juzgamiento de la justicia penal militar” (sino - así debería agregarse - de la justicia ordinaria). Si bien se trata de un criterio abierto, su incorporación en el Art. 221 CN, a diferencia de la redacción inicial de la reforma (véase [Gaceta 145 de 2015](#)), no conlleva a la inclusión de un *numerus clausus* de conductas y, en ese sentido, no sería un parámetro estricto para determinar los casos frente a los cuales la JPM perdería competencia. Además, la llamada “gravedad inusitada del delito” a la que se hace referencia en la exposición de

motivos (para indicar que algunos crímenes – por su gravedad – no serían de conocimiento de la JPM) tampoco ofrece mejores rendimientos para los análisis de exclusión de competencia pues no logra determinar por qué sólo la gravedad de la conducta conlleva a negar la conexión con el servicio y tampoco establece umbrales claros de gravedad. De esta manera, la competencia de la JPM se resolverá *case by case*. Aunque en la misma exposición de motivos se alude a un criterio jurisprudencial según el cual, en caso de duda, el asunto debe ser remitido a la justicia ordinaria, lo cierto es que la delimitación entre JPM y justicia ordinaria será consecuencia de un ejercicio de interpretación, muchas veces sometido a las veleidades del intérprete. De hecho, frente a ello la reforma del Art. 221 CN no representa un aporte sustancial para la solución de este (viejo) problema.

## **2. Recepción del DIH**

Con la inclusión expresa del DIH como parámetro de investigación y juzgamiento, el inciso 2 del Art. 221 CN se perfila como una norma de integración por medio de la cual el DIH no sólo se incorpora sino que se expande a todas las investigaciones y juzgamientos de conductas *conexas* al conflicto armado. El reenvío expreso al DIH se hace a pesar de que existe un sistema de integración de normas supralegales (bloque de constitucionalidad). El argumento para ello fue que la responsabilidad penal de la Fuerza Pública se venía evaluando – en muchos casos – con base en lecturas aisladas de conceptos propios de un derecho penal para tiempos de paz y en el contexto de la vida civil (véase [Gaceta 567 de 2014](#)). No obstante, la aplicación del DIH supone la existencia de un conflicto armado, por mucho tiempo negado por el gobierno colombiano y de hecho actualmente dudosa tomando en cuenta el umbral del Art. 1 del Prot. Adicional II a los Convenios de Ginebra.

Por otro lado, causa curiosidad la preferencia por el DIH, ya que su desarrollo legal por medio del CP colombiano supone un incremento de injusto y culpa que se manifiesta en un alto marco punitivo – en comparación con tipos penales semejantes en el derecho penal ordinario. De todos modos, en tiempos de paz – o sea faltando un conflicto armado en el sentido antes mencionado – no sería aplicable el DIH como referente normativo material para la judicialización de la Fuerza Pública y, por lo tanto, tampoco sería competente la JPM.

Finalmente, la recepción enfática que hace el Art. 221 CN del DIH acoge la conexión del acto con el conflicto a la manera de un criterio de determinación de competencia de la JPM (*jurisdictional element*). Sin embargo, el reformado Art. 221 CN no explica cómo debería calificarse legalmente el requisito de conexión y sobre todo si dicha conexión repercute sobre las condiciones subjetivas de la responsabilidad individual. Si la conexión es, como pensamos nosotros, un elemento de tipicidad la solución correcta debe estar comprendida en el dolo del autor. Solamente desde este enfoque se justifica la valoración de la conducta respectiva violatoria del DIH como crimen de guerra.

## **3. Problemas de la justicia penal militar**

El Art.221 inc. 3 CN incorpora un mandato genérico que ordena que la JPM sea independiente del mando de la Fuerza Pública. A pesar de ello, ni el mismo Art. 221 ni la exposición de motivos que lo fundamenta dicen algo respecto a la concreción de la independencia como garantía. Son conocidos los reiterados reproches a la JPM por el Comité

de DDHH (órgano de control del Pacto de Derechos Civiles y Políticos), la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por falta de imparcialidad e independencia y, asimismo, por la influencia de la jerarquía militar en la promoción, evaluación y calificación de los operadores dentro de la JPM. Por ello la exigencia más grande para la JPM es superar estas críticas con la creación de unos tribunales verdaderamente independientes e imparciales que no duden en condenar “su propia gente” si así demanda la ley.

\***Kai Ambos** es Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional en la Georg-August-Universität Göttingen (Alemania) y Director del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) de la misma Universidad. Juez del Tribunal Provincial de Göttingen, actualmente delegado al Tribunal Superior de Braunschweig (Alemania). **John Zuluaga** (LL.M.) es Doctorando e investigador adscrito al CEDPAL.