

HUMAN RIGHTS WATCH

1630 Connecticut Avenue, N.W.
Suite 500
Washington, DC 20009
Tel: 202-612-4321
Fax: 202-612-4333; 202-478-2988
Email: hrwdc@hrw.org

AMERICAS DIVISION

José Miguel Vivanco, *Executive Director*
Daniel Wilkinson, *Managing Director*
Tamara Taraciuk, *Researcher*
Nik Steinberg, *Researcher*
Max Schoening, *Researcher*
Stephanie Morin, *Researcher*
Mariana Dambolena, *Associate*
Sylvie Stein, *Associate*

ADVISORY COMMITTEE

Lloyd Axworthy, *Chair*
Marina Pinto Kaufman, *Vice Chair*
Julien Studley, *Vice Chair*
Roberto Alvarez
Cynthia Arson
Carlos Basombrio
Peter D. Bell
Marcelo Bronstein
Paul Chevigny
John Dinges
Denise Dresser
Tom J. Farer
Myles Frechette
Alejandro Garro
Peter Hakim
Ronald G. Hellman
Stephen L. Kass
Andy Kaufman
Susanna Leval
Kenneth Maxwell
Jocelyn McCalla
Robert Pastor
Bruce Rabb
Michael Shifter
George Soros
Rose Styron
Javier Timmerman
Horacio Verbitsky
George Vickers
Alex Wilde

HUMAN RIGHTS WATCH

Kenneth Roth, *Executive Director*
Michele Alexander, *Deputy Executive Director, Development and Global Initiatives*
Carroll Bogert, *Deputy Executive Director, External Relations*
Jan Egeland, *Europe Director and Deputy Executive Director*
Iain Levine, *Deputy Executive Director, Program*
Chuck Lustig, *Deputy Executive Director, Operations*

Walid Ayoub, *Information Technology Director*
Emma Daly, *Communications Director*
Barbara Guglielmo, *Finance and Administration Director*
Peggy Hicks, *Global Advocacy Director*
Babatunde Olujobi, *Deputy Program Director*
Dinah Pokempner, *General Counsel*
Tom Porteous, *Deputy Program Director*
James Ross, *Legal & Policy Director*
Joe Saunders, *Deputy Program Director*
Frances Sinha, *Human Resources Director*
James F. Hoge, Jr., *Chair*

Washington, D.C., 25 de octubre de 2012

S.E. Juan Manuel Santos
Presidente de la República de Colombia
Casa de Nariño
Bogotá, D.C., Colombia

De mi mayor consideración:

Tengo el honor de dirigirme a S.E. para expresarle nuestra profunda preocupación por la enmienda constitucional impulsada actualmente por su gobierno para ampliar el alcance del fuero militar. La versión más reciente del proyecto de reforma¹ permitiría que graves violaciones de derechos humanos cometidas por militares— incluidas ejecuciones extrajudiciales, torturas y violencia sexual— sean investigadas y juzgadas por la justicia penal militar, lo cual contraviene de manera flagrante la jurisprudencia de los más altos tribunales de Colombia y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos². En nuestra opinión, esta reforma es injustificada. Su sanción prácticamente garantizaría la impunidad de atrocidades cometidas por militares. Además, llevaría a que Colombia incumpla las condiciones en materia de derechos humanos a las cuales está supeditada la asistencia militar estadounidense por ley. Estas requieren que todas las presuntas violaciones de derechos humanos cometidas por miembros de las fuerzas armadas colombianas “se remitan oportunamente a la justicia ordinaria para su investigación y juzgamiento.”³

¹ Texto aprobado en sexto debate del proyecto de acto legislativo N.º 192/12-Camara-16/12-Senado “Por el cual se reforman los artículos 116, 152, y 221 de la Constitución política de Colombia”.

² Ver, por ejemplo, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-358/97; Consejo Superior de la Judicatura de Colombia, N.º 110010102000200601121 00, Decisión del 14 de agosto de 2006; Corte Suprema de Justicia de Colombia, Caso número 26137, Decisión del 6 de mayo de 2009; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Sentencia del 26 de septiembre de 2006, Corte I.D.H., Serie C, N.º 154, párr. 131; Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia, Sentencia del 11 de mayo de 2007, Corte I.D.H., Serie C, N.º 163, párr. 200; Caso Radilla Pacheco vs. México, Sentencia del 23 de noviembre de 2009, Corte I.D.H., Serie C, N.º 209, párrs. 272 y 274.

³ Public Law 112-74, *U.S. Government Printing Service*, Section 7045(a)(2); and Joint Explanatory Statement (H.Rep 112-331), Sec 7045(1)



HRW.org

I. El mito de la “inseguridad jurídica”

i. El acuerdo de 2006 entre el Ministerio de Defensa y Fiscalía: un chivo expiatorio

El argumento central que invoca el gobierno de S.E. para justificar la enmienda es que es necesaria para poner fin a la “inseguridad jurídica” que afecta a los militares. Esta supuesta “inseguridad jurídica” habría sido causada por el juzgamiento sin mérito de militares por violaciones de derechos humanos. No obstante, en múltiples reuniones mantenidas con autoridades civiles y militares de alto rango hemos solicitado que proporcionen ejemplos de la existencia de tales procesos ante la justicia ordinaria, pero no han podido aportar hasta ahora referencias ni siquiera de un caso que sustente esta afirmación.

El mito de la “inseguridad jurídica” se basa en tres argumentos erróneos. El primero es que los militares han visto menoscabada su “seguridad jurídica” como resultado de un acuerdo suscrito en 2006 entre el Ministerio de Defensa y la Fiscalía General de la Nación⁴. El acuerdo dispone que cuando se produzcan muertes en combate aparentemente legales o presuntas ejecuciones extrajudiciales en el marco de operativos militares, las autoridades de la justicia ordinaria deberían efectuar una inspección del lugar de los hechos e iniciar una investigación preliminar. Según se establece en el acuerdo, si los fiscales de la justicia ordinaria constatan que quienes murieron son bajas legítimas ocurridas en combate deben remitir la causa a la justicia penal militar. Pero cuando los fiscales de la justicia ordinaria encuentran evidencias de una presunta violación de derechos humanos, deben continuar investigando el caso. La adopción de esta política representó una garantía fundamental en vista de que en el pasado miembros del Ejército colombiano han ejecutado a civiles y luego han cambiado su vestimenta para simular que se trataba de integrantes de grupos armados irregulares muertos en combate. (Este tipo de ejecuciones extrajudiciales se conocen comúnmente como “falsos positivos”). Como ha sido señalado en 2010 por el Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, esta política “limita las posibilidades de los militares de encubrir los homicidios”⁵.

Aquellos que denuncian la llamada “inseguridad jurídica” señalan que el acuerdo de 2006 ha provocado entre los militares el temor de que si causan bajas legítimas de combatientes puedan ser investigados penalmente por autoridades de la justicia ordinaria. Este supuesto temor no tiene base en la realidad. Efectivamente, los

⁴ Ministerio de Defensa, “Mindefensa y Fiscalía firman acuerdo de Cooperación”, sin fecha, <http://www.mindefensa.gov.co/irj/go/km/docs/Mindefensa/Paginas/PoliticaAsuntosInt/DDHH/Boletines/B2/noticiappal.htm> (consultado el 10 de octubre de 2012).

⁵ Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Philip Alston, Misión a Colombia, A/HRC/14/24/Add.2, 31 de marzo de 2010, párr. 32.

fiscales de la justicia ordinaria inician investigaciones preliminares para verificar las muertes que se registran como bajas de combatientes ocurridas legalmente en enfrentamientos. Pero solamente pueden vincular a un militar a una investigación penal si tienen pruebas suficientes de que se ha producido una ejecución extrajudicial y no una muerte lícita de un combatiente.

Los hechos demuestran que los fiscales de la justicia ordinaria *no* están iniciando investigaciones contra militares ni juzgándolos en relación con bajas legítimas de combatientes. El Ministerio de Defensa indica que desde 2009, luego de que se desató el escándalo de los “falsos positivos”, la fuerza pública colombiana ha matado en combate a 1.964 guerrilleros y miembros de grupos sucesores de los paramilitares (a quienes el gobierno denomina Bacrim)⁶. Si estas muertes reportadas como bajas en combate estuvieran efectivamente dando lugar a la investigación penal de los militares involucrados, en este momento habría cientos o incluso miles de militares que estarían siendo investigados por la Fiscalía por presuntas ejecuciones extrajudiciales cometidas desde 2009. No obstante, según el Ejército, en la Fiscalía se encuentran en curso tan sólo 22 investigaciones de sus miembros por presuntas ejecuciones extrajudiciales cometidas entre 2009 y agosto de 2012⁷. Altos funcionarios del Ejército y el Ministerio de Defensa dijeron a Human Rights Watch que no tenían evidencias de que alguna de estas 22 investigaciones fueran infundadas⁸. (Por su parte, la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía informó que al 31 de agosto de 2012, estaba investigando 0 casos de presuntas ejecuciones extrajudiciales cometidas por agentes del Estado en 2012, 1 en 2011, 5 en 2010, y 13 en 2009, comparado con 817 casos de 2007 and 2008—antes de que el escándalo de los falsos positivos se destapara.⁹) Como ha sido señalado recientemente por el Representante en Colombia de la Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “[n]ingún soldado debe ir a la cárcel por combatir la guerrilla en el marco del Derecho Internacional Humanitario. Nuestra Oficina no ha encontrado ningún caso en el que esto haya sucedido”¹⁰.

⁶ Cifras correspondientes al período de enero de 2009 a septiembre de 2012. Ministerio de Defensa, “Información de criminalidad, resultados operacionales, afectación de las propias tropas y pie de fuerza”, sin fecha, http://www.mindefensa.gov.co/irj/go/km/docs/Mindefensa/Documentos/descargas/estudios%20sectoriales/info_estadistica/Avance%20de%20la%20Politica%20de%20Defensa%20y%20Seguridad.pdf (consultado el 9 de octubre de 2012).

⁷ Trece investigaciones sobre presuntas ejecuciones extrajudiciales cometidas en 2009, 6 en 2010, 3 en 2011 y 0 en 2012. Entrevista de Human Rights Watch con oficial del Ejército, Bogotá, 27 de agosto de 2012.

⁸ Entrevista de Human Rights Watch con oficial del Ejército, Bogotá, 27 de agosto de 2012; entrevista de Human Rights Watch con alto funcionario del Ministerio de Defensa, Bogotá, 27 de agosto de 2012.

⁹ La Unidad no ha obtenido ninguna sentencia condenatoria contra ningún militar por casos de presuntas ejecuciones extrajudiciales cometidos entre 2009 y 2012.

¹⁰ “Intervención del Señor Todd Howland, Representante en Colombia de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en la Universidad Sergio Arboleda de Bogotá”, Todd Howland, Representante en Colombia de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 30 de agosto de 2012, <http://www.hchr.org.co/publico/pronunciamentos/ponencias/ponencias>.

En todo caso, vale la pena subrayar que el acuerdo de 2006 ni siquiera está siendo aplicado en la actualidad. Dicho acuerdo instaba a agentes del Cuerpo Técnico de Investigación (CTI) de la Fiscalía a inspeccionar los sitios donde se hubieran producido bajas en combate aparentemente legítimas o presuntas ejecuciones extrajudiciales y a remitir la investigación preliminar a los fiscales de la justicia ordinaria. No obstante, este año Colombia creó el Sistema de Asistencia de Investigación Criminal a las Fuerzas Militares, que asigna a la Dirección de Investigación Criminal de la Policía Nacional (DIJIN) la atribución de efectuar las inspecciones en sitios donde se hayan producido muertes presuntamente en combate y remitir los casos a los fiscales de la justicia ordinaria. La DIJIN está adscrita al Ministerio de Defensa, y sus unidades especiales que llevan a cabo las inspecciones sobre muertes reportadas como bajas lícitas en combate residen en las instalaciones militares. El Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias ha expresado su preocupación respecto de esta nueva política y “subray[ó] la necesidad de que los exámenes forenses sean realizados por entidades independientes, y observ[ó] que la DIJIN no cumple con ese criterio”¹¹. Un alto funcionario de la DIJIN informó a Human Rights Watch que la DIJIN había efectuado inspecciones de todas las muertes en combate notificadas durante 2012¹².

ii. La supuesta eficiencia de la justicia penal militar

El segundo argumento, también erróneo, invocado por aquellos que defienden la noción de la “inseguridad jurídica” es que los fiscales de la justicia ordinaria avanzan más lentamente en la investigación de supuestos abusos militares de lo que podría hacerlo la justicia penal militar. Según esta teoría, militares inocentes están siendo detenidos y encarcelados durante períodos prolongados sin haber sido condenados por ningún delito. Es cierto que de los aproximadamente 1.800 miembros del Ejército que están encarcelados por presuntas ejecuciones extrajudiciales muchos aún no han sido condenados. No obstante, quienes impulsan la reforma no han aportado pruebas de que las imputaciones contra estos militares sean infundadas.

No es cierto que la justicia penal militar estaría en condiciones de investigar y juzgar casos de derechos humanos con mayor celeridad que los fiscales de la justicia ordinaria, como fue sugerido por el Ministro de Defensa Juan Carlos Pinzón cuando señaló que “[n]o hay duda de que se cometieron unos excesos y unas actividades deshonorosas y criminales... Pero si tuviéramos una justicia militar trabajando ya tendríamos a toda esa gente sentenciada, los inocentes a un lado [y] los culpables

(consultado el 9 de octubre de 2012).

¹¹ Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Christof Heyns, Adición, Recomendaciones complementarias al país: Colombia, A/HRC/20/22/Add.2, 15 de mayo de 2012, párr. 39.

¹² Entrevista de Human Rights Watch con un funcionario de la DIJIN, Bogotá, 31 de agosto de 2012

guardados”¹³. Si bien en el ámbito de la justicia ordinaria las investigaciones y el juzgamiento de abusos militares avanzan con lentitud, la justicia penal militar es un ejemplo de impunidad—y no de rendición de cuentas—por delitos atroces.

Asimismo, una de las causas principales que explican la lentitud de los procesos penales contra militares por violaciones de los derechos humanos han sido las tácticas dilatorias empleadas por sus abogados defensores. En mayo de 2011, la ex Fiscal General Viviane Morales envió una carta al Presidente del Consejo Superior de la Judicatura pidiendo a este organismo que adoptara medidas destinadas a controlar el uso de tales tácticas en causas de derechos humanos, incluido un conocido caso de 2010 sobre un teniente del Ejército que asesinó a tres niños en el departamento de Arauca, tras violar a una de las víctimas. La entonces Fiscal General Morales señaló al respecto:

“Lo preocupante de esta situación es que este no es el único caso, en que miembros de la fuerza pública vinculados a procesos penales acuden al cambio reiterado y sistemático de defensores para dilatar el procedimiento...[E]sa práctica se ha convertido en costumbre en los procesos en los que interviene la Defensoría Pública Militar (DEMIL)...lo cual ha venido entorpeciendo y dilatando el juzgamiento de los casos conocidos como ‘falsos positivos’”¹⁴.

Como ejemplo de esta práctica, un alto funcionario de la Fiscalía mencionó a Human Rights Watch un proceso de “falso positivos” de Soacha en el cual se celebraron 936 audiencias durante un período de tres años debido a las tácticas dilatorias empleadas por defensores de los militares. Estos defensores también han incurrido en prácticas irregulares para afectar los procedimientos, tales como “[hacerse] pasar por funcionarios de la Fiscalía [e] intimidar[r] a varios testigos procesales y familiares de víctimas de presuntas ejecuciones extrajudiciales”, según lo hizo saber la Oficina del Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos¹⁵.

La gran cantidad de casos a cargo de los fiscales de la justicia ordinaria es otro obstáculo que se interpone a la celeridad de la investigación y el enjuiciamiento de militares acusados de violaciones de derechos humanos. En 2011, su gobierno adoptó medidas para abordar este problema y expidió un decreto para ampliar la

¹³ “‘El fuero devuelve tranquilidad a los militares’, dice Álvaro Uribe”, *El Colombiano*, 19 de marzo de 2012, [http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/E/el_fuero_devuelve_tranquilidad_a_los_militares_dice_alvaro_uribe.asp](http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/E/el_fuero_devuelve_tranquilidad_a_los_militares_dice_al_varo_uribe/el_fuero_devuelve_tranquilidad_a_los_militares_dice_alvaro_uribe.asp) (consultado el 3 de octubre de 2012).

¹⁴ Ver una copia de la carta en “Fiscalía, preocupada por dilación en procesos”, revista *Semana*, 31 de mayo de 2011, <http://www.semana.com/nacion/fiscalia-preocupada-dilacion-procesos/157697-3.aspx>

¹⁵ Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, A/HRC/19/21/Add.3, 31 de enero de 2012, Apéndice I (5d).

planta de la Fiscalía¹⁶. Poco después, la Fiscalía emitió una resolución reglamentaria¹⁷ y anunció que incorporaría 41 nuevos fiscales a la Unidad de Derechos Humanos, que se encargarían exclusivamente de casos de presuntas ejecuciones extrajudiciales cometidas por agentes del Estado. No obstante, según nos indicó un alto funcionario de la Fiscalía, hasta octubre de 2012 ninguno de los 41 fiscales había sido nombrado¹⁸. Si Colombia tiene intención de acelerar las investigaciones sobre derechos humanos vinculadas con militares, asegurar el nombramiento de estos 41 fiscales será una medida considerablemente más efectiva que remitir las causas a la justicia penal militar.

iii. La supuesta falta de “conocimiento especializado” de la justicia ordinaria

El tercer argumento igualmente erróneo detrás del mito de la “inseguridad jurídica” es que los fiscales de la justicia penal ordinaria no deberían conocer casos de abusos militares dado que, a diferencia de las autoridades de la justicia militar, no cuentan con “conocimientos especializados” para ello. No resulta claro por qué se supone que las autoridades de la justicia penal militar tendrían más experticia sobre temas como violencia sexual, tortura y ejecución extrajudicial de civiles. De todos modos, las causas sobre delitos que requieren un alto nivel de especialización, como aquellas vinculadas con responsabilidad médica y delitos financieros, no están sujetas a una jurisdicción especial y simplemente se recurre a testimonios periciales, si hace falta. No existe razón alguna para que ese mismo criterio no se aplique a abusos presuntamente cometidos por miembros de la fuerza pública. Sin embargo, si existe preocupación respecto del nivel de conocimiento de las autoridades judiciales civiles, esto podría remediarse fácilmente fortaleciendo la capacitación que reciben en materia de derecho internacional humanitario y normas internacionales de derechos humanos.

iv. La posición del Ministro de Defensa Juan Manuel Santos difiere de la actual posición del Presidente Juan Manuel Santos

Tal vez lo más llamativo del modo como el actual gobierno ha empleado el argumento sobre “inseguridad jurídica” para impulsar la reforma es que, durante la gestión de S.E. como Ministro de Defensa, formuló un argumento exactamente opuesto cuando adoptó medidas destinadas a prevenir ejecuciones extrajudiciales. En una directiva de 2007, S.E. ordenó a las fuerzas militares que en todos los casos en que se produjeran muertes en combate aparentemente legítimas o presuntas ejecuciones extrajudiciales, la policía judicial —y no la justicia penal militar— debía ser la encargada de recabar las pruebas y remitirlas a los fiscales de la justicia

¹⁶ Decreto 2248 de 2011 *Por el cual se modifica la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación*. Diario Oficial No. 48.114, <http://www.avancejuridico.com/actualidad/documentosoficiales/2011/48114/d2248011.html>

¹⁷ Fiscalía General de la Nación, Resolución No. 0-2116, 12 de agosto de 2012.

¹⁸ Entrevista telefónica de Human Rights Watch con alto funcionario de la Fiscalía General de la Nación, 5 de octubre de 2012.

ordinaria para que pudieran iniciar una investigación preliminar¹⁹. Señaló en esa directiva que la presencia de policía judicial en el lugar de los hechos “*garantiza la seguridad jurídica*” (énfasis agregado) de todas las actuaciones militares. La directiva también explica acertadamente que “[t]anto la Corte Constitucional como el Consejo Superior de la Judicatura de manera reiterativa han señalado que la competencia de la Justicia Penal Militar es restrictiva y excepcional, y sólo debe investigar y conocer de los delitos relacionados con el servicio, entendidos estos como *los mismos [que] se deriven directamente del ejercicio de la función militar o policial que la Constitución les ha asignado*” (énfasis agregado). El proyecto de enmienda constitucional contravendría abiertamente esta jurisprudencia al remitir a la justicia penal militar causas sobre ejecuciones extrajudiciales, torturas, violaciones sexuales y otras violaciones de derechos humanos que no guardan relación con la función constitucional de las fuerzas militares.

El gran enigma es por qué S.E. ha modificado su posición sobre este importante asunto. Desde que S.E. contribuyó a establecer la jurisdicción ordinaria sobre violaciones de derechos humanos cuando era Ministro de Defensa, se ha incrementado la cantidad de casos en que se logra justicia por presuntas ejecuciones extrajudiciales cometidas por militares, y el número de nuevos casos denunciados ha disminuido drásticamente. En agosto de 2012, la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía estaba investigando 1.727 casos de presuntas ejecuciones extrajudiciales perpetradas por agentes del Estado (en su mayoría cometidas por miembros del Ejército entre 2004 y 2008) que afectaban a 3.000 víctimas, y había obtenido condenas en 159 causas. No hay pruebas de que las condenas dictadas no hayan sido debidamente fundadas. De hecho, en más del 40 por ciento de las condenas dictadas en estos casos, los imputados aceptaron los cargos²⁰. Toda la evidencia demuestra que militares colombianos no están siendo investigados ni juzgados en relación con muertes lícitas de guerrilleros ocurridas durante enfrentamientos, sino que están respondiendo ante la justicia por haber asesinado a civiles.

¹⁹ Directiva Permanente N.º 19/2007 de Juan Manuel Santos C., Ministro de Defensa, a Freddy Padilla de León, Comandante General de las Fuerzas Militares, y Luz Marina Gil García, Directora Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, 2 de noviembre de 2007, disponible en http://www.mindefensa.gov.co/irj/go/km/docs/Mindefensa/Documentos/descargas/Documentos_Home2/dir_19_07.pdf (consultado el 9 de octubre de 2012).

²⁰ Al 31 de agosto de 2012, la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación había obtenido 229 condenas en 159 casos de ejecuciones extrajudiciales, y 94 de estas condenas se derivaron de la aceptación de cargos para sentencia anticipada.

II. La enmienda constitucional propuesta: un golpe al estado de derecho

i. Ejecuciones extrajudiciales, violencia sexual, y torturas irían a la justicia penal militar

La versión más reciente del proyecto de enmienda incorporaría al artículo 221 de la Constitución un inciso que prevé que las violaciones al derecho internacional humanitario por miembros de la fuerza pública “serán conocidas exclusivamente” por tribunales militares, excepto los crímenes de lesa humanidad, el genocidio y las desapariciones forzadas. Por consiguiente, la justicia penal militar investigaría y juzgaría todos los demás tipos de violaciones de derechos humanos, incluidas ejecuciones extrajudiciales, tortura y violencia sexual. Permitir que las fuerzas militares se auto-investiguen por sus propios abusos prácticamente garantizaría la impunidad de estos hechos. Como mencionamos anteriormente, la justicia penal militar carece de la independencia, imparcialidad y, por ende, también de la credibilidad necesarias para asegurar que militares que cometieron abusos rindan cuentas ante la justicia por estos actos²¹.

En cuanto a la exclusión de crímenes de lesa humanidad de la justicia penal militar, cabe hacer presente que de acuerdo con el derecho internacional, y según fue confirmado recientemente por la sala de casación penal de la Corte Suprema²², las ejecuciones extrajudiciales, la violencia sexual y otros abusos militares únicamente podrían ser juzgados como delitos de lesa humanidad si forman parte de un ataque *generalizado o sistemático* contra la población civil, efectuado *con conocimiento* del ataque y *de acuerdo con la política de un Estado u organización*²³. En palabras del Fiscal General Eduardo Montealegre, “[e]l crimen de lesa humanidad no es toda grave violación de derechos humanos. El [E]statuto [de Roma] de la Corte Penal Internacional dice que tienen que ser ataques sistemáticos o generalizados contra la

²¹ Ver carta enviada por José Miguel Vivanco, Human Rights Watch, a Juan Manuel Santos, Presidente de la República de Colombia, 12 de diciembre de 2011; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N.º 43/08, Caso 12.009, Leydi Dayán Sánchez, Colombia, 23 de julio de 2008, párrs. 76 y 77.

²² Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Proceso N.º 34180, Decisión del 23 de mayo de 2012.

²³ El artículo 7(1) del Estatuto de Roma establece que se entiende como “crimen de lesa humanidad” cualquier caso de asesinato, tortura, violación sexual u otro tipo de abusos “cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”. Conforme al artículo 7(2)a, “por ‘ataque contra una población civil’ se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política”.

población civil”²⁴. Por ende, si se sanciona la actual enmienda, para poder emprender acciones en los tribunales de la justicia ordinaria, los fiscales deberán demostrar en cada caso que la víctima de violencia sexual, tortura o ejecución extrajudicial fue agredida en el marco de un ataque generalizado o sistemático perpetrado por militares contra la población civil con conocimiento de dicho ataque y de conformidad con una política oficial.

El proyecto de enmienda no especifica qué autoridad determinaría si un hecho denunciado como violación de derechos humanos constituye un delito de lesa humanidad y debe ser investigado por las autoridades de la justicia ordinaria. Es probable que esta función corresponda a la comisión mixta integrada en parte por personal de la justicia penal militar que la reforma crearía para “intervenir” cuando “exista duda” sobre la jurisdicción competente. Si bien la última versión del proyecto legislativo indica que la naturaleza de la intervención de dicha comisión se definiría a través de una futura ley estatutaria, las versiones iniciales de la enmienda establecían que se ocuparía de constatar las circunstancias de cada caso y determinar si debían remitirse a la justicia militar o la justicia ordinaria. Cualquier intervención por parte de una comisión integrada por personal de la justicia penal militar en la investigación de presuntas violaciones de derechos humanos representaría un severo retroceso respecto de la actual jurisprudencia y las política públicas colombianas, que prevén que en caso de duda las autoridades de la justicia ordinaria deberían hacerse cargo inicialmente de la investigación de presuntas violaciones de derechos humanos.

En este sentido, vale la pena mencionar que la enmienda también crearía un “Tribunal de Garantías Penales” de similar composición (cívico-militar)²⁵ que tendría la facultad de determinar la legalidad de todas las investigaciones o procesos contra miembros de la fuerza pública acusados por cualquier delito en el que estén comprometidos. Como señalaron los 11 expertos de las Naciones Unidas en su carta abierta al gobierno, la creación del tribunal, “haría más difícil probar alegaciones...violaría el principio de igualdad en el acceso a la justicia...atentando así contra el Estado de Derecho. Esta situación corre el riesgo de generar un clima de impunidad.”²⁶

²⁴ “Fiscal General: ‘Puede ocurrir que ningún guerrillero pague cárcel’”, revista Semana, 8 de septiembre de 2012, <http://www.semana.com/nacion/fiscal-general-puede-ocurrir-ningun-guerrillero-pague-carcel/184261-3.aspx> (consultado el 10 de octubre de 2012).

²⁵ El “Tribunal de Garantías Penales” estaría integrado por seis Magistrados, tres de los cuales serían miembros de la fuerza pública en retiro.

²⁶ Carta abierta de titulares de mandatos de los Procedimientos Especiales del Consejo de Derechos Humanos al Gobierno y a los representantes del Congreso de la República de Colombia, 22 de octubre de 2012, ver <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=12683&LangID=S>

ii. La remisión de casos pendientes en la justicia ordinaria a la justicia penal militar

Además de afectar posibles violaciones de derechos humanos que se cometan en el futuro, la enmienda constitucional resultaría en la remisión a la justicia penal militar de investigaciones y juicios sobre violaciones de derechos humanos cometidas en el pasado que se encuentran actualmente en curso en la justicia ordinaria. Son dos los argumentos más contundentes que podrían invocar ante los jueces los defensores de militares para conseguir este traspaso. En primer lugar, podrían plantear una interpretación *a contrario sensu*—cuya aplicación es habitual entre los jueces colombianos— del artículo transitorio 4 de la enmienda. Dicho artículo dispone que “[l]os procesos penales que se adelanten contra los miembros de la Fuerza Pública por los delitos expresamente *excluidos* del conocimiento de la Justicia Penal Militar en el inciso 2 del artículo 3 del presente acto legislativo [genocidio, delitos de lesa humanidad y desaparición forzada] y que se encuentren en la justicia ordinaria, *continuarán en esta*” (énfasis agregado). Esto significa, que conforme a esa norma transitoria, los procesos que están hoy en la justicia ordinaria por delitos que constituyan genocidio, crímenes de lesa humanidad o desaparición forzada, seguirán en la justicia ordinaria. Y por consiguiente *a contrario sensu* puede razonablemente entenderse que todas las otras violaciones al derecho internacional humanitario de miembros de la fuerza pública hoy conocidas por la justicia ordinaria (como serían las torturas, violaciones sexuales o ejecuciones extrajudiciales que no tengan la sistematicidad o generalidad de un crimen de lesa humanidad) no seguirían en la justicia ordinaria sino que pasarían a la justicia militar.

En segundo lugar, los miembros de la fuerza pública que estén siendo investigados o juzgados por violaciones de derechos humanos podrán exigir la aplicación retroactiva de la ley más favorable (principio de favorabilidad) y reclamar el derecho a ser investigados, procesados y juzgados por autoridades de la justicia militar. Incluso podrían invocar la nueva posición del gobierno colombiano, según la cual la “seguridad jurídica” de los militares únicamente podrá ser garantizada por la justicia penal militar.

iii. Falsos positivos

A pesar de que el Ministro de Defensa Juan Carlos Pinzón ha manifestado lo contrario²⁷, la sanción de la enmienda podría dar lugar a que las causas de “falsos positivos” que están siendo investigadas o juzgadas por la justicia ordinaria se remitan a la justicia penal militar. Los militares que han sido acusados en relación

²⁷ “Aprobado en quinto debate reforma al fuero penal militar”, radio Caracol, 26 de septiembre de 2012, <http://www.caracol.com.co/noticias/actualidad/aprobado-en-quinto-debate-reforma-al-fuero-penal-militar/20120926/nota/1768649.aspx> (consultado el 10 de octubre de 2012).

con falsos positivos podría exigir que su caso se traslade a la jurisdicción militar con el argumento de que aun en la peor circunstancia, la ejecución extrajudicial que les ha sido imputada constituiría un delito aislado y no formaría parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, efectuado con conocimiento del ataque y de conformidad con una política oficial. Para ello, podrían citar la posición del gobierno colombiano, que, sobre los falsos positivos, manifestó ante las Naciones Unidas que “no se trataba de un fenómeno generalizado y que esos homicidios ilegales sólo eran casos aislados”²⁸. También podrían invocar las decisiones de autoridades de la justicia colombiana, que en general no han clasificado los casos de falsos positivos como delitos de lesa humanidad, según fue informado por un alto funcionario de la Fiscalía y constatado a través de decenas de sentencias judiciales examinadas por Human Rights Watch²⁹. Además, con frecuencia los falsos positivos han sido juzgados como casos de “homicidio en persona protegida”, que el Código Penal colombiano define como “el que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, ocasione la muerte de persona protegida, conforme a los Convenios Internacionales sobre Derecho Humanitario ratificados por Colombia” (énfasis agregado). Dado que es un delito cuya tipificación lo clasifica como una violación del derecho internacional humanitario, si la reforma constitucional se aprueba los casos de “homicidio en persona protegida” serían investigados y juzgados por la justicia penal militar, ya que establece que todas las violaciones del derecho internacional humanitario serán de competencia exclusiva de los tribunales militares.

El Ministro Pinzón ha intentado minimizar la preocupación sobre la remisión de los casos de falsos positivos a la justicia penal militar con el argumento de que estos no tienen “relación con el servicio”³⁰. Este argumento se sustenta en la jurisprudencia actual de los altos tribunales de justicia colombianos que disponen que las violaciones graves de derechos humanos y otras conductas “contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública” en ningún caso guardan relación con el servicio, y por lo tanto, deben estar sujetas a la jurisdicción penal ordinaria³¹. Sin embargo, justamente el propósito de la enmienda es dejar sin efecto esta jurisprudencia al añadir un párrafo al artículo 221 de la Constitución que dispone que las violaciones del derecho internacional humanitario por miembros de las fuerzas de seguridad

²⁸ Comisión de Derechos Humanos de la ONU, Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Christof Heyns, Adición, Recomendaciones complementarias al país: Colombia, A/HRC/20/22/Add.2, 15 de mayo de 2012, párr. 8.

²⁹ Entrevista telefónica de Human Rights Watch con alto funcionario de la Fiscalía General de la Nación, 5 de octubre de 2012.

³⁰ El Ministro de Defensa Pinzón habría efectuado esta afirmación durante el sexto debate legislativo del proyecto en el Congreso. Ver Presentación informe de Ponencia para sexto debate al proyecto de Acto Legislativo No. 16 de 2012 Senado, 192 de 2012 Cámara, “Por el cual se reforman los artículos 116, 152, y 221 de la Constitución Política de Colombia”.

³¹ Ver, por ejemplo, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-358/97; Consejo Superior de la Judicatura de Colombia, N.º 110010102000200601121 00, Decisión del 14 de agosto de 2006; Corte Suprema de Justicia de Colombia, Proceso N.º 26137, Decisión del 6 de mayo de 2009.

“serán conocidas exclusivamente” por la justicia penal militar. Si la enmienda se sanciona, la nueva Constitución de Colombia —y no la jurisprudencia desarrollada a partir del texto constitucional anterior— sería la base para determinar qué delitos cometidos por la fuerza pública tienen “relación con el servicio” y, por consiguiente, están sujetos a la jurisdicción militar.

iv. La Corte Penal Internacional

La sanción de la enmienda podría además tener consecuencias serias para Colombia con respecto a la Corte Penal Internacional (CPI). Actualmente, la CPI monitorea la situación en Colombia y tiene competencia para entender en delitos de lesa humanidad cometidos en el país desde noviembre de 2002 y en crímenes de guerra perpetrados con posterioridad a noviembre de 2009. La CPI debería iniciar una investigación si Colombia no se muestra dispuesta a juzgar crímenes de guerra o delitos de lesa humanidad, o no puede realmente hacerlo. La investigación de casos de abusos militares en la justicia penal militar podría socavar gravemente la independencia e imparcialidad de los procedimientos, y si estos son incompatibles con una verdadera intención de juzgar a los responsables, Colombia podría exponerse a la posibilidad de ser investigada por la CPI, incluso por los casos de falsos positivos³².

Con independencia de si las autoridades colombianas concluyen que los falsos positivos son delitos de lesa humanidad, la CPI podría eventualmente adoptar su propia determinación respecto de estos delitos que se hayan cometido después de noviembre 2002. En este sentido, cabe mencionar que el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha manifestado su preocupación ante “el patrón extendido”³³ de falsos positivos, y que la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos habría señalado que la magnitud de los casos podía indicar que fueran “sistemáticos y generalizados”³⁴. La Fiscalía de la CPI también ha anunciado que está reuniendo información sobre los procedimientos vinculados con denuncias de falsos positivos³⁵.

³² Conforme se establece en el artículo 17 del Estatuto de Roma: “A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, la Corte examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias... Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia”.

³³ Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 40 del Pacto, CCPR/C/COL/CO/6, 4 de agosto de 2010, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/441/27/PDF/G1044127.pdf?OpenElement> (consultado el 11 de octubre de 2012), párr. 14.

³⁴ “U.N. says Colombian military executing civilians”, CNN, 1 de noviembre de 2008, http://articles.cnn.com/2008-11-01/world/colombia.UN_1_colombian-military-units-security-forces-human-rights?_s=PM:WORLD

³⁵ Fiscalía de la Corte Penal Internacional, “Report on Preliminary Examination activities”, 13 de diciembre de 2011, párr. 82.

Excmo. Presidente Santos, las fuerzas armadas colombianas no están afectadas por una supuesta “inseguridad jurídica”. Si los militares temen ser juzgados por haber causado bajas legítimas de combatientes durante enfrentamientos, entonces el Ministerio de Defensa debería revisar los programas de entrenamiento y formación para corregir esta percepción infundada. Asimismo, si el gobierno de S.E. tiene interés en agilizar las investigaciones sobre abusos militares, debería fortalecer la justicia ordinaria. Sin embargo, sería un paso equivocado adoptar una reforma que cause un profundo retroceso para el estado de derecho con la finalidad de resolver un problema que en realidad no existe.

Aprovecho la oportunidad para expresarle los sentimientos de mi más alta consideración y estima.



José Miguel Vivanco
Human Rights Watch

CC: Dr. Angelino Garzón, Vicepresidente de la República de Colombia
CC: Dr. Fernando Carrillo, Ministro del Interior
CC: Dra. Ruth Stella Correa, Ministra de Justicia y del Derecho
CC: Dr. Juan Carlos Pinzón, Ministro de Defensa
CC: Dra. María Ángela Holguín, Ministra de Relaciones Exteriores
CC: Dr. Eduardo Montealegre, Fiscal General de la Nación
CC: Dr. Sergio Jaramillo, Alto Asesor Presidencial de Seguridad Nacional
CC: Dr. Carlos Urrutia, Embajador de Colombia en Estados Unidos
CC: Dr. Roy Barreras, Presidente del Senado
CC. Dra. Karime Mota, Presidenta de la Comisión Primera del Senado