

El Acto Legislativo 1 del 2015 modificó el artículo 221 de la Constitución

¿Reforma de la justicia penal militar?

La exigencia más grande para la justicia castrense es la creación de unos tribunales verdaderamente independientes e imparciales.

KAI AMBOS* y
JOHN ZULUAGA**
Especial para ÁMBITO JURÍDICO

La reforma del artículo 221 de la Constitución Política (A. L. 1/15) reintroduce parcialmente el artículo 3º del Acto Legislativo 2 del 2012, que había sido declarado inexecutable por la Corte Constitucional, en la Sentencia C-740 del 2013.

La configuración de dicha disposición y, por medio de la misma, de los presupuestos constitucionales de la llamada justicia penal militar (JPM), se hizo a través de tres incisos con temáticas y finalidades diferentes.

El primero de ellos 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 estos se encuentren en “servicio activo” y las conductas punibles que se vayan 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 al Código Penal Militar (L. 1407/10).

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 (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.

Finalmente, el inciso tercero establece una diferencia entre la JPM y el mando de la fuerza pública y, sobre esa base, señala que la primera es independiente de la segunda. La estructura del “nuevo” artículo 221 superior 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.

Criterios de competencia

La delimitación *ratione personae* que contiene el inciso 1º conduce a la valoración, por un



FOTO/ Reuters

lado, de un criterio “personal” que exige ser miembro de la fuerza pública en servicio activo y, por el otro, 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 se consideró acertadamente: “Las conductas que no tengan relación próxima y directa con una actividad del servicio no serán objeto de investigación y juzgamiento de la JPM”, sino—así debería agregarse— de la justicia ordinaria.

Si bien se trata de un criterio abierto, su incorporación en el artículo 221, a diferencia de la

“La delimitación entre JPM y justicia ordinaria será consecuencia de un ejercicio de interpretación, muchas veces sometido a las veleidades del intérprete”.

redacción inicial de la reforma, 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 solo 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 de-

limitación 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 artículo 221 no representa un aporte sustancial para la solución de este viejo problema.

Recepción del DIH

Con la inclusión expresa del DIH como parámetro de investigación y juzgamiento, el inciso segundo del artículo 221 se perfila como una norma de integración por medio de la cual el DIH no solo 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 supraleales (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. 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 artículo 1º del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra.

Por otro lado, causa curiosidad la preferencia por el DIH, ya que su desarrollo legal por medio de la Constitución 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 artículo 221 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, la reforma a esa disposición no explica cómo debería calificarse legalmente el requisito de conexión y, sobre todo, si esta 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.

Problemas de la JPM

Ahora bien, el inciso 3º incorpora un mandato genérico que ordena que la JPM sea independiente del mando de la fuerza pública. A pesar de ello, ni el mismo artículo 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 Derechos Humanos (órgano de control del Pacto de Derechos Civiles y Políticos), la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por la falta de imparcialidad e independencia y, así mismo, por la influencia de la jerarquía militar en la promoción, evaluación y calificación de los operadores dentro de la JPM.

Por todo 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 institución. También es Juez del Tribunal Provincial de Göttingen y delegado al Tribunal Superior de Braunschweig (Alemania).

** John Zuluaga (LL.M.) es Doctorando e investigador adscrito al Cedpal.

OBJETIVO:

Generar un espacio de formación que permita a los concursantes a la convocatoria de notarios, obtener conocimientos y competencias teórico-prácticas que fortalezcan el desempeño de sus funciones en la labor notarial de conformidad con el acuerdo 001 de 2015 del Consejo Superior que convocó al concurso público y abierto para el nombramiento en propiedad e ingreso a la carrera notarial, el cual permite apropiación de su responsabilidad como funcionarios públicos del Estado proporcionando a los ciudadanos seguridad jurídica.

	Ciudad	Fechas del curso
Duración 84 horas, en seis (6) sesiones de 14 horas Viernes de 2:00 p.m. a 8:00 p.m. Sábados de 8:00 a.m. a 5:00 p.m.	Bogotá	Agosto: 14 y 15; 21 y 22; 28 y 29 Septiembre: 4, 5; 11 y 12; 18 y 19
	Cali	Agosto: 28 y 29 Septiembre: 4 y 5; 11 y 12; 18 y 19; 25 y 26 Octubre: 2 y 3
	Barranquilla	Septiembre: 4 y 5; 11 y 12; 18 y 19; 25 y 26 Octubre: 2 y 3; 9 y 10
	Medellín	Septiembre: 11 y 12; 18 y 19; 25 y 26 Octubre: 2 y 3; 9 y 10; 16 y 17

Consulte más en www.alegis.com

Bogotá 425 5322 • Línea Nacional 01 8000 511144
Fax: 410 3554 ext.: 1670 • E-mail: ap@alegis.com.co

LEGIS
INFORMACIÓN & SOLUCIONES