



COMISION ANDINA DE JURISTAS
SECCIONAL COLOMBIANA

Filial de la Comisión Andina de Juristas, organismo regional con sede en Lima, con status consultivo ante la ONU

Bogotá, 25 de agosto de 1995

Con un atento saludo:

Me permito presentar enseguida una evaluación de los trabajos de la Comisión Redactora del Código Penal Militar, en la que me correspondió intervenir como miembro.

El principal empeño de esta intervención se orientó a obtener un acercamiento entre el sector civil de la Comisión en torno a los tres disensos que se detallan en el artículo anexo. La concreción de ese acercamiento, que no era evidente desde un principio, felizmente se logró.

Resta ahora una inmensa labor por realizar ante el Presidente de la República, ante el Congreso y ante la sociedad colombiana, para que en el proyecto de ley respectivo se plasme la postura civilista, respetuosa de los derechos humanos, en relación con esos tres disensos. Su colaboración puede ser decisiva para ello.

Cordialmente,

GUSTAVO GALLON GIRALDO
Director



COMISION ANDINA DE JURISTAS SECCIONAL COLOMBIANA

Filial de la Comisión Andina de Juristas, organismo regional con sede en Lima, con status consultivo ante la ONU

Balance de la Comisión Redactora del Código

JUSTICIA MILITAR: ¿SER O NO SER?

Son dos, en realidad, los proyectos de Código Penal Militar surgidos de la Comisión Redactora creada por el gobierno mediante decreto en febrero, y cuyas funciones terminaron el 15 de agosto de 1995. Uno, apoyado por las Fuerzas Armadas, conduciría a mantener intacta en lo esencial la actual justicia militar. El otro proyecto, respaldado por los sectores civiles de la comisión, supondría una modificación importante para enfrentar la impunidad en materia de violaciones de derechos humanos, dentro de los límites establecidos en la Constitución.

Aparentemente, el informe de la comisión contiene un solo articulado sobre múltiples materias aprobadas en su mayoría por consenso. Pero existió disenso sobre lo fundamental entre los 8 comisionados civiles y los 8 comisionados pertenecientes a la fuerza pública. Es decir, de una parte quienes representaban al ministerio de Gobierno (hoy del Interior), el de Justicia, Planeación Nacional, la Consejería Presidencial para Derechos Humanos, la Defensoría del Pueblo, la Fiscalía, la Procuraduría y la Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana. Y, de otra parte, el Ministerio de Defensa, la Escuela Superior de Guerra, la Inspección General de las Fuerzas Militares, la Inspección General del Ejército, la de la Armada, la de la Fuerza Aérea y la de la Policía, además de la vicepresidencia del Tribunal Superior Militar. Este disenso sustancial se expresó sobre los siguientes tres aspectos:

1. *Los delitos que corresponde juzgar a la justicia militar.* La Constitución dispone, en su artículo 221, que se trata de los delitos cometidos por militares y policías en servicio activo y en relación con el mismo servicio. Para los comisionados de origen civil, el código debería aclarar expresamente que "no pueden considerarse delitos relacionados con el servicio las graves violaciones de derechos humanos y de derecho humanitario, tales como las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, las torturas, las desapariciones forzadas o el genocidio". El sector castrense, por el contrario, consideró que sería inconstitucional hacer esa precisión en el código, porque sólo el juez podría en cada caso, y de acuerdo con las pruebas existentes, determinar si el delito ha tenido relación con el servicio o no. Es esa la misma tesis prevaleciente en el Consejo Superior de la Judicatura, y que ha escandalizado a la opinión al enterarse de que la violación carnal cometida por el comandante de la Policía en Huila contra una menor integrante de la Policía Cívica Juvenil en Neiva se consideró acto de servicio y su juzgamiento se atribuyó a la justicia militar, en momentos en que la Comisión discutía este punto (ver *El Tiempo*, julio 8/95, pág. 16A). Ninguno de los partidarios de esta segunda tesis pudo responder qué hechos podrían conducir al juez a considerar un genocidio como un acto propio del servicio.

2. *La obediencia debida.* La Constitución colombiana establece este principio en su artículo 91 en los siguientes términos: "En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en

detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta. Los militares en servicio quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden". Para los sectores civiles de la Comisión Redactora, la obediencia debida no puede aplicarse en casos de graves violaciones a los derechos de la persona, tales como las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, las torturas, las desapariciones forzadas o el genocidio. En este punto fueron acompañados también por el Ministerio de Defensa. Los restantes comisionados estuvieron en desacuerdo con que esa precisión se incluyera en el código. Sostuvieron que los manuales militares establecen lo mismo, porque la obediencia no puede ser ciega, pero que sería inconstitucional decirlo así en el código y pondría en peligro la disciplina entre las tropas. Nadie pudo explicar sin embargo cómo puede ser constitucional el rechazo de la obediencia ciega en la práctica, e inconstitucional la expresión de ese rechazo en la norma legal.

3. *Quién juzga, y cómo, en la justicia militar.* Para los comisionados de origen civil, la justicia militar debe ser independiente, autónoma e integrante de la rama judicial. Los comisionados de las Fuerzas Armadas no se decidieron a incluir esa frase como un artículo del código. Para algunos de ellos, la justicia militar debe hacer parte de la rama ejecutiva. Pero si fuese entonces dependiente del Presidente y del ministro de Defensa, no podría predicarse su independencia y autonomía.

Quienes ejerzan la función judicial en la justicia militar deben ser verdaderos jueces, es decir con formación jurídica, y dictar sus fallos en derecho, o sea sin vocales o jurados militares. Así lo propusieron los comisionados de la Defensoría, la Fiscalía, la Procuraduría y la Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana. Para los miembros de las Fuerzas Armadas, los jueces deben ser formados en la disciplina militar, con la asesoría de abogados como "auditores de guerra", y debe preservarse la institución de los vocales y el procedimiento de los "consejos de guerra".

En suma, respecto de este tercer disenso, se contrapusieron las concepciones de una justicia disciplinaria y de una justicia propiamente judicial.

El dilema del príncipe

El Presidente de la República deberá escoger cuál de estos dos códigos presenta como proyecto de ley al Congreso. La Comisión Redactora fue creada por el gobierno con el evidente propósito de atender los múltiples reclamos por impunidad en violaciones de derechos humanos expresados tanto por la sociedad colombiana como por los organismos vigilantes del tema en la OEA, en Naciones Unidas y en las organizaciones internacionales de carácter privado. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos había expresado en su Segundo Informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia en 1994 la necesidad de reformar la justicia militar. Los Relatores de Naciones Unidas sobre ejecuciones extrajudiciales y sobre torturas, que visitaron al país en octubre de 1994, se pronunciaron de manera coincidente en su informe ante la Comisión de Derechos Humanos rendido en febrero de 1995.

La Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías ha expedido, el 18 de agosto de 1995, por primera vez en su historia, una resolución en la que se declara profundamente preocupada por las violaciones de derechos humanos en Colombia y pide a la de Derechos Humanos que examine en su reunión de marzo de 1996 el cumplimiento que haya hecho

el gobierno colombiano de las recomendaciones formuladas por Naciones Unidas. Entre tales recomendaciones se encuentra la de enfrentar la impunidad originada en el juzgamiento de violaciones de derechos humanos por la justicia militar, carente de la necesaria autonomía, y en la aplicación inconveniente del principio de obediencia debida. Si se tratara de satisfacer las necesidades de justicia de la población colombiana, y los reclamos internacionales en la materia, no cabe duda de que el Presidente debería escoger el proyecto de código penal militar respaldado por los sectores civiles de la Comisión Redactora, entre ellos su oficina asesora en derechos humanos, dos ministerios y un departamento administrativo. Sería ese un código en el que los militares fueran juzgados por verdaderos jueces, sin aplicación del principio de obediencia ciega, y sin competencia de la justicia militar sobre graves violaciones de derechos humanos y de derecho humanitario.

Pero la decisión presidencial se encuentra atravesada por otros factores adicionales. En medio de la enorme dificultad para mantener la estabilidad del gobierno, creada por la creciente aparición de pruebas sobre financiación de la campaña electoral con dineros de narcotraficantes, el gobierno decidió decretar el 16 de agosto de 1995 el estado de conmoción interior. Justificó la medida de excepción en el alto nivel de violencia existente en Colombia, y reclamó el concurso de la sociedad y de la fuerza pública para hacerle frente. Es difícil imaginar cómo logre un apoyo igualmente excepcional de esta última si no escoge el proyecto de código penal militar propuesto por el sector castrense en la Comisión Redactora: una justicia militar impartida por militares, competente para juzgar incluso graves violaciones de derechos humanos y de derecho humanitario, y sin restricciones en la aplicación del principio de obediencia debida.

Tentaciones falsamente salomónicas

Puede ser, sin embargo, que resulte imponiéndose una tercera vía. No es descartable que el Presidente trate de dar gusto a uno y otro de los dos sectores de la Comisión Redactora, pronunciándose diferenciadamente sobre cada uno de los tres grandes disensos planteados.

Así, por ejemplo, sería probable que estuviera de acuerdo en incluir dentro del código la precisión de que la obediencia debida no puede invocarse para graves violaciones de derechos humanos y derecho humanitario. Ello sería concordante con la posición que tomó frente a las objeciones formuladas por el anterior gobierno contra el proyecto de ley sobre desaparición forzada de personas, una de las cuales se refería justamente a la obediencia debida. Y coincidiría igualmente con los lineamientos señalados en su discurso de instalación de la Comisión Redactora, donde reiteró el desacuerdo del gobierno con la tesis de la obediencia ciega.

Más difícil sería que el Presidente decidiera ubicar a la justicia militar dentro de la rama judicial, en contradicción con quienes en las Fuerzas Armadas reclaman que ella sea parte de la rama ejecutiva. En el mencionado discurso de instalación de la Comisión Redactora, el Presidente expresó también como lineamiento para el nuevo código la necesidad de separar el ejercicio del mando militar y el de la función de juzgamiento. Puede ser grande la tentación de plasmar ese postulado simplemente en una norma que prohíba al juez militar ejercer simultáneamente el mando de tropa, sin atreverse a dar el paso de ubicar a dicho juez por fuera de la estructura jerárquica castrense, que lo obliga a obedecer y le resta independencia.

En tales condiciones, es crucial la decisión que el Presidente tome sobre el primero de los disensos, es decir, sobre si las graves violaciones de derechos humanos y de derecho humanitario pueden ser o no consideradas como delitos cometidos en relación con el servicio y juzgadas dentro de la justicia militar. El coordinador de la Comisión Redactora, doctor Antonio Cancino, se manifestó en este punto partidario de considerar en cada caso "la relación funcional", pero no en la forma laxa como lo ha hecho el Consejo Superior de la Judicatura, sino con restricciones expresadas en fallos de la Corte Suprema de Justicia, que atribuyen a la justicia ordinaria el conocimiento de hechos que ostensiblemente no encajen dentro de las propias funciones militares o policivas. El problema con esa posición es que, al no expresar claramente en el código cuáles serían tales hechos ostensibles, fácilmente podría dar lugar a que continuaran la vaguedad y el abuso hoy existentes. El doctor Yesid Reyes, miembro de la Secretaría de la Comisión y colaborador del doctor Cancino, suscribió con los sectores civiles el disenso sobre este punto, así como sobre los dos restantes.

Superar el espíritu de cuerpo

La determinación que tome el Presidente es fundamental porque la decisión final, si la hay, corresponde al Congreso, donde las posiciones de las Fuerzas Armadas han demostrado tener gran receptividad. Recuérdese que en 1994 el Senado aprobó por inmensa mayoría las tres objeciones formuladas por el Presidente Gaviria contra el proyecto de ley sobre desaparición forzada de personas (y no solamente las dos respaldadas por el Presidente Samper). De igual forma, en junio de 1995 el Senado y la Cámara aprobaron en primera vuelta, y con una rapidez pasmosa, un proyecto de reforma al artículo 221 de la Constitución para establecer que los jueces militares deben ser militares en servicio activo o en retiro. Así pues, aun cuando no es imposible, sí se anuncia difícil la aceptación que el Congreso pueda dar al proyecto de código respaldado por el sector civil de la comisión redactora.

Si la discusión fuera sólo técnica y científica, el Congreso debería adoptar un código que excluya de la justicia militar el juzgamiento de las graves violaciones de derechos humanos y de derecho humanitario, que precise adecuadamente el alcance de la obediencia debida y que preserve escrupulosamente la independencia del juez militar. Durante las sesiones de la comisión redactora se realizaron dos importantes seminarios con expertos de Estados Unidos, Argentina, España y Portugal para conocer cómo funcionaba esa institución en otros países. También se conoció el sistema de Canadá, aunque no pudo lograrse la presencia física del respectivo experto en Colombia. El primero de dichos seminarios, sobre el sistema estadounidense, fue auspiciado por el Ministerio de Defensa. El segundo, sobre los países restantes, fue promovido por la Defensoría del Pueblo, la Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana y el Centro de Investigación y Educación Popular -Cinep-. Los dos eventos fueron de gran altura y ampliamente ilustrativos y documentados.

En medio de las explicable diferencias existentes entre cada país, la enseñanza de estas comparaciones coincide en lo sustancial con los planteamientos defendidos por el sector civil en los tres grandes disensos de la comisión redactora. El juzgamiento de los militares dentro de una jurisdicción militar especializada no es un asunto de principios ni de honor, como algunos lo piensan, sino de eficacia, de disciplina y de transparencia. En Estados Unidos el fiscal civil decide en cada caso si la investigación y el juzgamiento se realizan por la justicia militar o por la ordinaria, teniendo en cuenta las posibilidades y conveniencias para la justicia, y puede someter al juez civil incluso delitos típicamente militares, sin que eso produzca ninguna fricción con las fuerzas

armadas. En Argentina, sólo los delitos estrictamente militares pueden ser juzgados por los tribunales militares. En España, al igual que en Canadá, delitos como el homicidio cometidos dentro del país únicamente pueden ser juzgados por la justicia común. En Portugal no existe el principio de obediencia debida, y en los tres países restantes no puede invocarse en caso de graves violaciones. Más aún, en ninguna de las experiencias estudiadas existe el fuero militar para la policía, tema que sin embargo no fue objeto de discusión en la comisión, cuyo encargo era la propuesta de un texto legal, y no una modificación de la Constitución, que en Colombia dispone lo contrario. Quizás una buena síntesis del principio que inspira en común a los casos estudiados es el expresado por uno de los expertos estadounidenses, el Contra-Almirante Harold E. Grandt: "la justicia en general, y la justicia penal militar en particular, debe ser percibida *por todos* como justa, so pena de estar condenada al fracaso".

Es probable que varios de estos planteamientos hayan sido compartidos a título personal por alguno de los comisionados provenientes de la fuerza pública. De hecho, uno de ellos en público coincidió con la propuesta de precisar que la obediencia debida no podía invocarse en casos de graves violaciones de derechos humanos y derecho humanitario. Pero debió desistir de ese planteamiento en vista de que no fue acompañado por sus compañeros de armas. Y en privado, se escucharon opiniones favorables a la integración de la justicia militar con verdaderos jueces, formados en derecho, plenamente autónomos frente al respectivo comandante militar. Pero el espíritu de cuerpo pudo más que el raciocinio jurídico.

No fue suficiente para superar esa limitación el ánimo cortés que afortunadamente prevaleció en las deliberaciones de la comisión. Sus miembros, y todos los asesores, sin excepción, procuraron siempre expresar sus planteamientos dentro de los parámetros del derecho y de la jurisprudencia, con pleno respeto por la opinión ajena. En esto fue decisiva la alta calidad personal de todos los integrantes, y la tónica infundida por los dos copresidentes, la doctora Pilar Gaitán de Pombo, en representación del Ministerio de Defensa, y el Mayor General Ramón Eduardo Niebles Uscátegui, director de la Escuela Superior de Guerra. Gracias a ello, el trabajo de la comisión fue una valiosa experiencia humana, que permitió a militares y civiles confrontar sus visiones en un tema tan sensible y plantear sus diferencias civilizadamente.

Queda pendiente resolverlas también civilizadamente, en provecho de la justicia, de la población colombiana y de la adecuada realización del servicio público confiado a las fuerzas armadas.

Gustavo Gallón Giraldo

Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana

Bogotá, agosto de 1995

Carrera 10 N° 24-76 Of. 1101
Teléfonos: 2832332-2832569-2811052-2832661
Email: cajsc@colnodo.apc.org
Fax: 3428819 A.A. 58533
Bogotá