



A propósito de la posible participación en el tercer debate en cámara del proyecto de acto legislativo que pretende modificar el artículo 221 de la Constitución Nacional, el Centro de Estudios Juan Gelman realiza el presente documento que será repartido entre los Representantes a la Cámara para que tengan presentes las implicaciones de aprobar dicho proyecto a la luz del derecho internacional.

JUZGAMIENTO DE INFRACCIONES AL DIH SEGÚN EL DERECHO INTERNACIONAL

Introducción. La discusión que se surte actualmente en el congreso colombiano con el presente proyecto de reforma a la Constitución Nacional mediante el ACTO LEGISLATIVO NÚMERO 22 DE 2014 SENADO por el cual se reforma el artículo 221 de la Constitución Política de Colombia, contiene como elemento esencial el que la jurisdicción penal militar pase a conocer con exclusividad de las infracciones al DIH, quitándole la competencia que hasta el momento le fue asignada a la jurisdicción ordinaria por mandato de disposiciones internacionales y por la jurisprudencia de la misma Corte Constitucional.

En mi corta exposición me limitaré a abordar los siguientes puntos, a la luz del derecho internacional:

1. Los jueces ordinarios sin una formación militar, son competentes para conocer de infracciones al DIH.
2. De que forma algunas naciones hermanas abordan el tema del juzgamiento de infracciones al DIH en sus aparatos judiciales internos.
3. Problema del Concurso de conductas penales de graves crímenes internacionales –Crímenes de lesa humanidad vs Crímenes de guerra-.

1. Idoneidad para conocer de infracciones al DIH por parte de jueces ordinarios que no son militares.

1.1. Magistrados en Tribunales penales internacionales.

1.1.1. Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia.

Actualmente, cuenta con 20 jueces en activo, de los cuales ninguno es o ha sido militar. Es importante resaltar a su Presidente, Theodor Meron, elegido desde 2011, quien es reconocido por ser un gran estudioso y docente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario. Escritor de múltiples artículos y libros de los temas referidos, entre los cuales se encuentra su última obra: Humanizando las leyes de la Guerra: Escritos selectos de Richard Baxter.



1.1.2. Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

Actualmente, cuenta con 20 jueces en activo, de los cuales ninguno es o ha sido militar. Es importante resaltar igualmente que este Tribunal cuenta con los servicios del Profesor Theodor Meron, a quien anteriormente reseñábamos.

1.1.3. Tribunal Especial para Sierra Leona

Actualmente cuenta con 13 jueces en servicio activo, de los cuales ninguno ha sido militar. Resaltamos la labor ejercida allí por el gran doctrinante Antonio Cassese, fallecido en el año 2011. Su labor, desde la academia y desde su presencia en los Tribunales para la Ex Yugoslavia, Sierra Leona y Líbano ha sido ampliamente reconocida. Múltiples cargos ha ocupado, como en los comités contra la tortura de la ONU y el comité de Derechos Humanos del Consejo de Europa. Docente de Derecho Internacional de la Universidad de Florencia y autor de los libros *International Law and International Criminal Law*, publicados por Oxford.

1.1.4. Corte Penal Internacional

Actualmente cuenta con 17 jueces activos (La Juez Silvia Steiner, de Brasil, se encuentra finalizando diligencias) de los cuales ninguno es militar. Vale destacar al actual Presidente de la CPI, Sang Hyun Song, quien fue profesor durante más de 20 años en la universidad de Corea del Sur, donde enseñaba Derecho Civil y Penal. Además cuenta con estudios especializados en Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos.

Vale la pena resaltar también la carrera del abogado y profesor colombiano Rafael Nieto Navia, quien se desempeñó como juez al interior de la antigua Cámara Constitucional de la Corte Suprema de Justicia por 4 años, del TPIY durante 4 años y de la CortelDH durante 12 años, además de haber sido embajador de Colombia en Dinamarca, Suecia, Finlandia e Islandia.

La experiencia internacional en estas instituciones encargadas de investigar infracciones al DIH, muestra que las personas encargadas de realizar dichos juicios son personas civiles con amplia formación académica en temas de derecho internacional, y los cuales a pesar de no haber seguido una formación militar son ampliamente competentes e idóneos para analizar el derecho internacional humanitario y las implicaciones de un conflicto armado, en su labor de administrar justicia.



2. Análisis comparado frente a Experiencias Internacionales de Tribunales Penales Militares

Traigamos a colación, de que forma Estados Iberoamericanos desarrollan el tema de las infracciones al DIH al interior de sus ordenamientos jurídicos internos:

ARGENTINA: entiende que la jurisdicción militar solo conoce de los delitos y faltas exclusivamente militares, y a reglón seguido define las mismas como aquellas que afectan la existencia misma de la institución militar. (Art. 108 Código Penal Militar)
Adicionalmente, las infracciones al DIH hacen parte de la jurisdicción ordinaria por remisión de la Ley 26200, las cuales las desarrolla tal como se inscriben en el ER.

CHILE: Por su parte, Chile en su Código Penal Militar, no inscribe infracciones al DIH en ese instrumento, sino que somete las mismas ante la jurisdicción ordinaria por mandato expreso de la ley 20357, en la cual se tipifican entre otros crímenes como lesa humanidad, guerra y genocidio.

ESPAÑA: tipifica una serie de conductas que afectan el correcto funcionar de la institución militar y hace la claridad de que solamente podrán ser juzgadas como delitos militares las conductas allí señaladas, haciendo claridad que de incluirse más, deberá hacerse acorde a los tratados y convenios internacionales. (Art. 5 y 7 código penal militar)

URUGUAY: igualmente en su código penal militar insiste en que las únicas infracciones de las que puede conocer la Justicia Penal Militar son aquellas que están directamente relacionadas con el funcionar de la institución militar, como por ejemplo la insubordinación o la desobediencia. Excluye así el conocimiento de asuntos relacionados con el DIH.

Estos ejemplos internacionales, muestran que es ampliamente reconocido por los Estados el hecho de que las infracciones al DIH sean objeto de análisis de la jurisdicción ordinaria.

3. Concurso de conductas penales internacionales.

La comisión de graves crímenes internacionales que afectan a la comunidad internacional en general, puede provocar la situación en la cual un mismo hecho o violación puede considerarse por el juez tanto como un crimen de lesa humanidad



como uno de guerra, sin afectarse el principio de *NON BIS IN IDEM*, para aquel que resulta procesado.

Existe una línea muy fina entre un crimen de Guerra, y un crimen de Lesa Humanidad. En ciertos casos, tales actos de crímenes de Guerra podrían entrar en la categoría de crímenes de lesa humanidad, al analizar los elementos contextuales y específicos de estos delitos. A propósito, el Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para Ruanda, afirmó que:

"Sobre la base de la ley y la jurisprudencia nacional e internacional, la Sala llega a la conclusión de que es aceptable para condenar a los acusados de dos delitos en relación con la mismo conjunto de hechos en las siguientes circunstancias: (1) Cuando dichos delitos tienen diferentes elementos, o (2) cuando las disposiciones que crean los delitos protegen intereses distintos; o (3) donde es necesario registrar una condena por ambos delitos con el fin de describir plenamente lo que el acusado hizo. Sin embargo, la Sala considera que no está justificado condenar a un acusado de dos delitos en relación con el mismo conjunto de hechos donde (a) una ofensa es un delito menor incluido en el otro, por ejemplo, el asesinato y lesiones graves, robo y hurto, o la violación y asalto indecente, o (b) cuando uno los cargos del delito se da en calidad de cómplice y los otros cargos en calidad de autor, por ejemplo, genocidio y la complicidad en el genocidio"¹

Situación no prevista en ningún apartado de la reforma aquí planteada y que genera una inseguridad jurídica enorme a futuro, frente a la obligación internacional del Estado de juzgar todos los crímenes internacionales y no generar impunidad frente a alguno de ellos.

4. Conclusiones.

¹ TPIR, The Prosecutor vs Jean-Paul Akayesu case no. ICTR-96-4-t para 468. "468. *On the basis of national and international law and jurisprudence, the Chamber concludes that it is acceptable to convict the accused of two offences in relation to the same set of facts in the following circumstances: (1) where the offences have different elements; or (2) where the provisions creating the offences protect different interests; or (3) where it is necessary to record a conviction for both offences in order fully to describe what the accused did. However, the Chamber finds that it is not justifiable to convict an accused of two offences in relation to the same set of facts where (a) one offence is a lesser included offence of the other, for example, murder and grievous bodily harm, robbery and theft, or rape and indecent assault; or (b) where one offence charges accomplice liability and the other offence charges liability as a principal, e.g. genocide and complicity in genocide*".



- Desde el punto de vista del derecho internacional y del derecho comparado, es la jurisdicción ordinaria, compuesta por jueces con formación no militar, quienes están llamados a juzgar infracciones al DIH.
- Los derechos al debido proceso de los miembros de la fuerza pública no resultan en absoluto vulnerados cuando las infracciones al derecho internacional humanitario son juzgadas por la jurisdicción ordinaria.
- Los delitos militares propios de la Jurisdicción Castrense, se analizan desde dos enfoques, el criterio material relativo al bien jurídico a proteger con el tipo penal, y el personal atendiendo a la condición de militar o policía del sujeto activo. Por lo anterior, los crímenes militares sí son objeto de la jurisdicción penal militar pues los objetos jurídicos protegidos (institución militar) resultan afectados. En cambio, el DIH no es propio de la jurisdicción penal militar, pues el objeto es la protección de las partes en conflicto y el respeto propio a dichas normas internacionales aplicables a los conflictos armados.
- La presente reforma no concibe el caso del concurso de conductas punibles internacionales, y por lo tanto no da respuesta a la situación en la cual una presunta comisión de un crimen de guerra siendo conocida por la Jurisdicción castrense pueda igualmente constituir un crimen de lesa humanidad sometido a la competencia de la jurisdicción ordinaria. En este caso se pueden plantear los siguientes cuestionamientos: ¿Se realizan dos juicios diferentes, sometidos a competencia de dos jurisdicciones diferentes? ¿Se califica la conducta en tanto crimen de guerra y se deja impune el crimen de lesa humanidad? ¿Estaría llamado el Consejo Superior de la Judicatura a dirimir conflictos de competencia negativa o positiva frente al juzgamiento de estos crímenes? ¿Acaso el principio del juez único natural no resultaría violentado, al someter al miembro de la fuerza pública a dos jurisdicciones diferentes por la comisión de un mismo hecho?

Por todo lo anterior, el Centro de Estudios Juan Gelman para la Justicia Penal Internacional y los Derechos Humanos, recomienda a los Honorables Representantes a la Cámara que no permitan que dicho proyecto siga su curso al interior del Congreso de la República, en atención a las graves implicaciones jurídicas que genera el mismo en contraste con la Constitución Nacional y Normatividad Internacional y a los vacíos jurídicos que plantea a futuro.

