



Comisión Colombiana de Juristas

TRIBUNALES MILITARES

y graves violaciones de derechos humanos



Comisión Colombiana de Juristas

TRIBUNALES MILITARES

y graves violaciones de derechos humanos

Bogotá, 2011

© 2011 Comisión Colombiana de Juristas
Calle 72 No, 12 - 65, piso 7
Bogotá, Colombia
Tel: +57 1 744 9333 - Fax: +57 1 743 2643
ccj@coljuristas.org
www.coljuristas.org

® Tribunales militares y graves violaciones de derechos humanos

ISBN: 978-958-9348-52-9
Primera edición: diciembre 2011
Bogotá, Colombia

Autor
Federico Andreu-Guzmán
Subdirector de Litigio y Protección Jurídica de la Comisión Colombiana de Juristas

Portada
Zulma Rodríguez

Producción gráfica
Opciones Gráficas Editores Ltda.
Carrera 73A No. 64A-42
Teléfonos: 224 1823 - 4827071
Bogotá, Colombia
www.opcionesgraficas.com

Las opiniones presentadas en este documento son responsabilidad exclusiva de la Comisión Colombiana de Juristas.
Este estudio ha sido posible gracias al generoso apoyo de la Embajada de Suiza en Colombia.

Contenido

I.	Introducción	7
II.	Consideraciones generales	10
III.	Administración de justicia y separación de poderes	14
IV.	Tribunal independiente, imparcial y competente	21
	1. Del derecho de las víctimas a un tribunal independiente, imparcial y competente	23
	2. Del tribunal independiente	29
	3. Del tribunal imparcial	32
V.	Tribunal competente y juez natural	35
	1. Desarrollo histórico y derecho comparado	36
	2. Marco jurídico internacional	43
VI.	Jurisdicciones especializadas	48
VII.	Jurisdicción penal militar	53
	1. Tendencias y evolución	53
	a. La supresión de las jurisdicciones penales militares en tiempos de paz	57
	b. La integración de la jurisdicción militar en la jurisdicción ordinaria	58
	c. La “civilización” de los tribunales y procedimientos militares	59
	d. La restricción de los ámbitos de competencia de los tribunales militares	61

2. Marco jurídico internacional	64
a. Jurisprudencia internacional	68
b. Práctica de los órganos políticos	76
c. Instrumentos internacionales	77
3. Derecho comparado	79
4. Doctrina	86
VIII. De los delitos militares	89
1. Delitos militares	90
2. De los delitos de función	93
3. Delitos militares y crímenes de guerra	100
IX. Graves violaciones de derechos humanos	109
1. Marco jurídico internacional	110
a. Instrumentos y estándares internacionales	111
b. Jurisprudencia internacional de derechos humanos	113
2. Derecho comparado	124
X. Conclusiones	132
XI. Selección de textos internacionales	134
1. Instrumentos adoptados o recomendados por órganos intergubernamentales	134
2. Declaraciones o principios adoptados por conferencias de expertos y recomendados por órganos intergubernamentales	138

I. Introducción

“No hay ninguna razón válida, del punto de vista moral y jurídico, para sustraer de la jurisdicción ordinaria un militar que comete un crimen definido como tal en la legislación penal común”, Dalmo De Abreu Dallari¹

Una de las prácticas que más ha generado preocupación y críticas ha sido la de someter al fuero militar a los miembros de las fuerzas militares y de policía por graves violaciones a los derechos humanos, constitutivas de delitos. La experiencia ha demostrado que esta práctica constituye uno de las más grandes fuentes de impunidad en el mundo. En los casos de ejecución extrajudicial, tortura, desaparición forzada y violencia y abusos sexuales cometidos por militares o policías contra civiles, la práctica de someter a los autores de estos crímenes a los tribunales militares niega el derecho a un recurso efectivo y a la verdad de las víctimas y de sus familiares, y constituye por parte del Estado una transgresión a su obligación de investigar, castigar y reparar las graves violaciones a los derechos humanos.

Desde hace varias décadas, la comunidad internacional ha expresado su preocupación por esta práctica y la necesidad de que tribunales ordinarios conozcan de estos hechos y enjuicien a sus autores. Así, cabe mencionar la Reunión de Expertos celebrada en 1979, preparatoria del IV Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Crimen y el Tratamiento del Delincuente, realizado en 1981, que señaló la necesidad de mantener la jurisdicción civil para la represión de los abusos de poder y las violaciones de derechos humanos cometidas por personal militar o policial. Los

¹ Dalmo De Abreu Dallari, “Jurisdicciones nacionales y derechos humanos”, en *Jornadas Internacionales contra la Impunidad*, Comisión Internacional de Juristas y Comisión Nacional Consultiva de Derechos Humanos de Francia, Ginebra, 1993, pág. 213.

órganos de tratados de derechos humanos y los mecanismos especiales de las Naciones Unidas, así como la Corte y la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, han sido unánimes en considerar esta práctica incompatible con el derecho internacional de los derechos humanos. Igualmente, estos órganos internacionales han considerado que las graves violaciones a los derechos humanos — como la ejecución extrajudicial, la tortura, la desaparición forzada y la violencia y el abuso sexual — cometidas por militares o policías, no pueden ser consideradas delitos militares, actos de servicio o delitos de función.

La famosa frase del estadista francés Georges Clémenceau, “la justicia militar es a la justicia lo que la música militar es a la música”, refleja la gran polémica que siempre han suscitado los tribunales castrenses. Muchos de los defensores a ultranza del fuero militar han tradicionalmente rechazado las críticas con el expedito y fácil argumento de que se trata de argumentos antimilitaristas. El problema no radica en el bien fundado o no del Ejército y de la jurisdicción penal militar. En términos generales, el *quid* de la cuestión gravita en torno a determinar si la justicia militar reúne las condiciones propias de un tribunal independiente, imparcial y competente, establecidas por los principios generales y las normas internacionales, y si garantiza el debido proceso, así como el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos. Tratándose del juzgamiento de los responsables de graves violaciones de derechos humanos, la cuestión está en determinar si la jurisdicción penal militar constituye un tribunal competente que garantice efectivamente los derechos de las víctimas de estos crímenes y sus familiares a un recurso efectivo, a la justicia y a la verdad.

El tema de los tribunales militares es amplio y complejo, pero sin lugar a duda trascendental para la administración de justicia. Una justa y adecuada regulación de los tribunales militares, acorde al derecho internacional de los derechos humanos, es esencial para una correcta administración de justicia y una plena vigencia del derecho a un juicio justo, así como para erradicar la impunidad de las graves violaciones a los derechos humanos. En ese sentido es alentador el creciente número de países que han reformado sus jurisdicciones militares. Muchos han abolido los tribunales militares en tiempos de paz. Otros, ya sea mediante normas constitucionales o legales o por vía jurisprudencial,

han introducido salvaguardas para garantizar que las graves violaciones a los derechos humanos sean excluidas del ámbito de competencia de los tribunales militares.

El presente estudio no pretende abarcar toda la problemática de la administración de justicia por tribunales militares, sino que está centrado en la práctica del juzgamiento de militares y policías, autores o partícipes de graves violaciones a los derechos humanos, por tribunales militares.

II. Consideraciones generales

“La protección judicial [...] implica una doble dimensión. Por un lado, es consecuencia del derecho de las víctimas de violaciones a sus derechos humanos a alcanzar verdad, justicia y reparación como consecuencia de los hechos sufridos. Por otro lado, conlleva explícitamente la obligación de las autoridades jurisdiccionales de desarrollar los procesos judiciales a su cargo, bajo las estrictas medidas de seguridad, y determinando las figuras delictivas aplicables a tenor de las disposiciones del Derecho Internacional que resulten aplicables”, Tribunal Constitucional de Perú²

La administración de justicia juega un papel de trascendental importancia en la garantía y protección de los derechos humanos. La existencia de tribunales independientes, imparciales y competentes, así como la observancia de las normas del debido proceso, son condiciones esenciales prescritas por el derecho internacional de los derechos humanos para una recta administración de justicia. La existencia de un Poder Judicial independiente e imparcial, libre de interferencias y presiones por parte de los demás poderes públicos, y garante del debido proceso, es un elemento nuclear para el goce y la protección de los derechos humanos y una condición *sine qua non* para la vigencia del Estado de Derecho. Este papel ha sido subrayado ampliamente por todos los

² Tribunal Constitucional, sentencia de 9 de diciembre de 2004, *Recurso Extraordinario - Gabriel Orlando Vera Navarrete*, Expediente N.º 2798-2004-HC/TC.

sistemas intergubernamentales y en particular por sus órganos de protección de los derechos humanos.

La Asamblea General de las Naciones Unidas ha reiterado en numerosas oportunidades que “el imperio del derecho y la adecuada administración de justicia [...] cumplen un papel central en la promoción y protección de los derechos humanos”³ y que “la administración de justicia, incluidos los organismos encargados de hacer cumplir la ley y del enjuiciamiento y, en particular, un poder judicial [...], en plena conformidad con las normas contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos, son esenciales para la plena realización de los derechos humanos sin discriminación alguna y resultan indispensables para los procesos de democratización y el desarrollo sostenible”⁴. En su informe *Fortalecimiento del Estado de Derecho* a la Asamblea General de las Naciones Unidas, el Secretario General destacó que “cada vez se reconoce más la importancia del Estado de Derecho para el respeto de los derechos humanos y la del papel que cabe a jueces y abogados en la defensa de los derechos humanos”⁵. Como bien lo afirmó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “la efectiva independencia del Poder Judicial es un requisito imprescindible para la vigencia práctica de los derechos humanos en general”⁶. De allí que los diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, trátase de convenciones o de textos declarativos, tanto de alcance universal como regional, contengan abundantes disposiciones sobre la administración de justicia.

Numerosas legislaciones nacionales establecen ámbitos de competencia de los tribunales militares tan amplios, que todo delito cometido por un militar es de resorte de la justicia castrense, convirtiéndose el fuero militar en un verdadero fuero de casta. El tema de la “justicia militar” trasciende el ámbito judicial y está en el corazón mismo de la vigencia de un Estado de Derecho. En muchos países, la jurisdicción castrense y el espíritu de cuerpo

³ Ver, por ejemplo, las resoluciones 50/181 de 22 de diciembre de 1995 y 48/137 de 20 de diciembre de 1993, tituladas “Los derechos humanos en la administración de justicia”.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Documento de las Naciones Unidas A/57/275, párrafo 41.

⁶ *La Situación de los Derechos Humanos en Cuba: Séptimo Informe*, documento de la Organización de los Estados Americanos, OEA/Ser.L/V/II.61, doc. 29, rev. 1, 1983, pág. 67, párrafo 2.

que la ha caracterizado históricamente, convierten a los tribunales militares en verdaderos instrumentos del poder militar frente al poder civil. No pocas veces, los tribunales militares sustraen a los miembros de las fuerzas armadas y a las instituciones militares del imperio del derecho y del escrutinio de la sociedad. En numerosos países, la “justicia militar” comparte el clima de opacidad que rodea a las instituciones castrenses. En 1979, el Auditor General Militar de Bélgica John Gilissen constataba que en varios países “el problema de la Justicia militar está cubierto por el secreto que cubre a toda la organización militar”⁷. Esta situación no ha dejado de ser todavía una realidad en varios países.

La administración de justicia por tribunales militares ha sido objeto de preocupación por parte de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos. Desde temprana hora, varios mecanismos de las Naciones Unidas expresaron su preocupación por la “justicia militar”. Así, cabe destacar los trabajos del Comité, de la antigua Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, sobre el derecho de todo individuo a no ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado (1956-1962). En su informe final, al constatar la práctica de otorgar competencia a tribunales militares sobre civiles en tiempos de excepción, el Comité recomendaba que las privaciones de libertad se ajustaran a los procedimientos penales ordinarios y los detenidos tuvieran el derecho a ser oídos por tribunales ordinarios⁸. Posteriormente, la antigua Subcomisión de Lucha contra las Medidas Discriminatorias y de Protección de las Minorías de las Naciones Unidas encargó la realización de un estudio sobre la igualdad en la administración de justicia. En su informe final de 1969, el Relator Especial encargado del estudio, Mohammed Ahmed Abu Rannat, recomendó que los civiles acusados de delitos políticos no fueran juzgados por tribunales militares y que los militares autores de delitos comunes fueran procesados por tribunales penales ordinarios⁹. Más recientemente, en 1999, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que “cuando

⁷ John Gilissen, *Évolution actuelle de la justice militaire - Rapport général*, en *Huitième Congrès International, Ankara, 11-15 octobre 1979, L'Évolution actuelle de la justice militaire, Recueils de la Société internationale de droit pénal militaire et de droit de la guerre*, Tomo VIII, Volumen 1, Bruselas, 1981, pág. 28 (original en francés, traducción libre).

⁸ Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/826/Rev.1, de 1962, párrafos 786 y 787.

⁹ Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/296, de 10 de junio de 1969, párrafos 538 y 552.

la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso, el cual, a su vez, encuéntrase íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia”¹⁰.

Tanto los instrumentos internacionales de derechos humanos como la jurisprudencia de las cortes y los órganos de tratados de derechos humanos, son reiterativos en afirmar que los tribunales militares deben reunir las mismas características de independencia, imparcialidad y competencia inherentes a todo tribunal de justicia. Así lo han reiterado el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas¹¹, la Corte Europea de Derechos Humanos¹² y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos¹³, al igual que la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos¹⁴.

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 30 de mayo de 1999, *Caso Castillo Petrucci y otros c. Perú*, en serie C: No. 52, párrafo 128.

¹¹ Ver, entre otros: Comité de Derechos Humanos, *Observación General N° 32, Artículo 14, El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia*, párrafo 22.

¹² Ver entre otros: Corte Europea de Derechos Humanos, sentencia de 4 de mayo de 2006, *Caso Ergin vs. Turquía* (N° 47533/99); sentencia de 21 de septiembre de 2006, *Caso Maszni vs. Rumania* (N° 59892/00); y sentencia de 10 de mayo de 2001, *Caso Chipre vs. Turquía* (N° 25781/94).

¹³ Ver, entre otros: Comisión Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos, Decisión de 6 de noviembre de 2000, Comunicación 224/98, *Caso Media Rights Agenda vs. Nigeria*, párrafos 60 y siguientes; y Decisión de 7 de mayo de 2001, Comunicación 218/98 (Nigeria), párrafo 44.

¹⁴ Ver, entre otros: Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 30 de mayo de 1999, *Caso Castillo Petrucci y Otros Vs. Perú*, serie C No. 52, párrafo 129; y sentencia de 18 de agosto de 2000, *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú*, serie C No. 69, párrafos 74 y 114. Ver, igualmente: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Segundo Informe sobre la situación de los derechos humanos en Perú*, documento OEA/Ser.L/V/II.106, doc. 59 rev., de 2 junio 2000, Capítulo II “Administración de justicia y Estado de derecho”; e *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*, documento OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., de 22 octubre 2002.

III. Administración de justicia y separación de poderes

“El principio de la separación de poderes corre parejo con la exigencia de garantías legales establecidas al más alto nivel de la jerarquía normativa, por la Constitución o por la ley, evitando toda injerencia del poder ejecutivo o de la autoridad militar en el funcionamiento de la justicia”, Emmanuel Decaux, Relator Especial sobre la Administración de Justicia por Tribunales Militares¹⁵

El principio de separación de poderes es un elemento esencial para una correcta administración de justicia. En su informe *Fortalecimiento del Estado de Derecho*, el Secretario General de las Naciones Unidas afirmó que “entre los elementos esenciales del Estado de Derecho destacan la independencia del poder judicial, [...] la definición y limitación de las facultades del gobierno, [...] un marco legal que proteja los derechos humanos y normas que rijan el comportamiento de la policía y otras fuerzas de seguridad que sean compatibles con los principios internacionales”¹⁶. Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha reiteradamente señalado que la tutela de los derechos humanos implica la existencia de un control institucional de la supremacía de la ley y el mantenimiento y respeto del Estado de Derecho, el cual depende de tres principios fundamentales, a saber:

¹⁵ *La administración de justicia por los tribunales militares - Informe presentado por el Relator Especial de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, Emmanuel Decaux*, E/CN.4/2006/58 de 13 de enero de 2006, párrafo 13.

¹⁶ Documento de las Naciones Unidas A/57/275, párrafo 1.

el principio de la limitación del poder, el principio de legalidad, y el principio de reconocimiento de los derechos fundamentales¹⁷.

El principio de separación de poderes es inherente al Estado de Derecho. El Comité de Derechos Humanos ha enfatizado, en varias oportunidades, acerca de la necesidad de que todo Estado parte en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos garantice una efectiva separación de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial¹⁸. En ese sentido, el Comité de Derechos Humanos ha precisado que “la falta de claridad en la delimitación de las competencias respectivas de las autoridades ejecutivas, legislativas y judiciales puede poner en peligro el Estado de Derecho y la aplicación de una política coherente de derechos humanos”¹⁹. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha considerado que “el funcionamiento real del poder judicial, [es] condición *sine qua non* para el restablecimiento del Estado de Derecho”²⁰.

La Corte Europea de Derechos Humanos ha reafirmado que el respeto al principio de separación de poderes es un principio esencial para el funcionamiento de una democracia y que no se puede poner en tela de juicio²¹. Ha señalado también que todo tribunal o juez debe ser independiente de los poderes Ejecutivo y Legislativo²², así como de las partes del proceso judicial²³.

¹⁷ Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos – 1998, documento OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 6 rev., de 16 de abril 1999, Capítulo IV, Sección 3 “Paraguay”, párrafo 49.

¹⁸ “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Rumania”, de 28 de julio de 1999, documento de las Naciones Unidas CCPR/C/79/Add.111, párrafo 10. Ver, igualmente, las “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Perú, de 15 de noviembre de 2000, documento de las Naciones Unidas CCPR/CO/70/PER, par. 10; El Salvador, documento de las Naciones Unidas CCPR/C/79/Add.34, de 18 de abril de 1994, párrafo 15; Túnez, documento de las Naciones Unidas CCPR/C/79/Add.43, de 10 de noviembre de 1994, párrafo 14; y Nepal, de 10 de noviembre de 1994, documento de las Naciones Unidas CCPR/C/79/Add.42, párrafo 18.

¹⁹ “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Eslovaquia”, en documento de las Naciones Unidas CCPR/C/79/Add.79 de 4 de agosto de 1997, párrafo 3.

²⁰ “Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: Chad”, documento de las Naciones Unidas A/50/18, de 22 de septiembre de 1995, párrafos 653-668.

²¹ Corte Europea de Derechos Humanos, sentencia de 13 de febrero de 2003, Caso *Chevol c. Francia*, Petición No. 49636/99, párrafo 74.

²² Corte Europea de Derechos Humanos, sentencia de 9 de diciembre de 1994, Caso *Refinerías de Stran Greek y Stratis Andreadis c. Grecia*, Petición No. 13427/87, párrafo 49.

²³ Corte Europea de Derechos Humanos, sentencia de 16 de julio de 1971, Caso *Ringeisen c. Austria*, Petición No. 2614/65, párrafo 95.

Y ha precisado que ello significa que ni la judicatura ni los jueces que la componen pueden estar subordinados a otros poderes del Estado o a las partes involucradas en el proceso judicial²⁴.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al observar la situación de la justicia peruana bajo la administración del Presidente Alberto Fujimori, caracterizada por la creciente militarización del sistema judicial —tanto en lo que atiene con la función jurisdiccional como con la investigación de los delitos— recordó que: “la desnaturalización del Estado de Derecho en el Perú afecta el corolario fundamental de los derechos humanos, vale decir, el derecho de acudir ante autoridades judiciales independientes e imparciales con el fin de que aseguren el respeto a los derechos fundamentales y los principios esenciales de la democracia representativa a la luz de la separación efectiva, y no meramente formal, de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial”²⁵.

El principio de separación de poderes es la piedra angular y condición *sine qua non* para la existencia de una administración de justicia independiente e imparcial, al igual que un elemento consustancial al Estado de Derecho. Así lo ha destacado el Relator Especial sobre la independencia de los jueces y abogados Param Cumaraswamy, al señalar que “el principio de la división de poderes, [es] base de los requisitos de la independencia e imparcialidad del poder judicial. El entendimiento y respeto del principio de la división de poderes es indispensable para un Estado democrático”²⁶. En ese orden de ideas, el Relator Especial precisó que “los requisitos de independencia e imparcialidad de la justicia son universales y se basan tanto en el derecho natural como en el positivo. En el plano internacional las fuentes de este último derecho radican en los compromisos convencionales, las obligaciones consuetudinarias y los principios generales del derecho. [...] Los principios fundamentales de la independencia y la imparcialidad de la justicia [...] son ‘principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas’ en el sentido del inciso c) del párrafo 1 del Artículo 38 del Estatuto de la

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Segundo Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en el Perú*, documento OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 59 rev., de 2 junio 2000, párrafo 238.

²⁶ Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/1995/39, párrafo 55.

Corte Internacional de Justicia”²⁷. Con ello concluyó que la noción general de justicia, tal como está concebida en la Carta y en los trabajos de las Naciones Unidas, comprende el respeto a los derechos humanos y está condicionada por la independencia y la imparcialidad de la justicia como medio para proteger los derechos de la persona humana.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos, es la garantía de la independencia de los jueces”²⁸. Así, esta institución “considera necesario que se garantice la independencia de cualquier juez en un Estado de Derecho”²⁹. De igual manera, la Corte ha precisado que “el principio de independencia judicial constituye uno de los pilares básicos de las garantías del debido proceso, motivo por el cual debe ser respetado en todas las áreas del procedimiento y ante todas las instancias procesales en que se decide sobre los derechos de la persona. [...] el principio de independencia judicial resulta indispensable para la protección de los derechos fundamentales, por lo que su alcance debe garantizarse inclusive, en situaciones especiales, como lo es el estado de excepción”³⁰.

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha subrayado que “la efectiva independencia del Poder Judicial es un requisito imprescindible para la vigencia práctica de los derechos humanos en general”³¹. Asimismo ha precisado que el “derecho a un juicio justo se sustenta en los conceptos fundamentales de la independencia e imparcialidad de la justicia que, al igual que los principios del derecho penal [...], son ampliamente considerados como principios generales del derecho internacional indispensables para la debida administración de justicia y la protección de los derechos humanos fundamentales. El requisito de independencia, a su vez, requiere que los tribunales sean autónomos de otras ramas del gobierno, estén libres de influencias, amenazas o interferencias de cualquier origen o por cualquier

²⁷ *Ibidem*, párrafos 32 y 34.

²⁸ Sentencia de 31 de enero de 2001, *Caso Tribunal Constitucional c. Perú*, serie C No. 71, párrafo 73.

²⁹ *Ibid.*, párrafo 75.

³⁰ Sentencia de 30 de junio de 2009, *Caso Reverón Trujillo c. Venezuela*, serie C No. 197, párrafo 68.

³¹ *La Situación de los Derechos Humanos en Cuba: Séptimo Informe*, documento OEA/Ser.L/V/II.61, doc. 29, rev. 1, 1983, pág. 67, párrafo 2.

razón, y cuenten con otras características necesarias para garantizar el cumplimiento apropiado e independiente de las funciones judiciales, incluidas la estabilidad de un cargo y la capacitación profesional adecuada”³².

En su *Estudio sobre las medidas necesarias para hacer más efectiva la autonomía, independencia e integridad de los miembros del poder judicial*³³, la Comisión Interamericana formuló recomendaciones concretas en ese campo. Recomendó a los Estados de la región tomar medidas para “garantizar la no intervención de los poderes ejecutivo y legislativo en los asuntos propios del Poder Judicial; dotar al Poder Judicial del apoyo político y de los medios necesarios para que cumpla su función de garante de los derechos humanos a plenitud; asegurar la exclusividad del ejercicio de la jurisdicción por parte de los miembros del Poder Judicial, derogando las jurisdicciones especiales; [y] mantener la vigencia del Estado de Derecho, y declarar estados de emergencia solamente cuando ello sea absolutamente necesario, en los términos de los artículos 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, estructurando adecuadamente dicho régimen, de modo que no afecte la independencia de los distintos órganos del poder”³⁴.

El Comité de Derechos Humanos ha considerado que la noción de “un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley [artículo 14 (1) del Pacto] [plantea cuestiones relativas] a la independencia efectiva del poder judicial con respecto al poder ejecutivo y al legislativo”³⁵. Posteriormente, el Comité ha precisado que “la noción de “tribunal”, en la segunda oración del párrafo 1 del artículo 14 [del Pacto], se refiere a un órgano, cualquiera sea su denominación, creado por ley, independiente de los poderes ejecutivo y legislativo, o que goza en casos específicos de independencia judicial al decidir cuestiones jurídicas en actuaciones de carácter judicial”³⁶. Este organismo ha

³² *Informe Terrorismo y Derechos Humanos*, Documento OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., de 22 octubre 2002, párrafo 229.

³³ *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1992-1993*, documento OEA/Ser.L/V/II.83, Doc. 14, de 12 marzo 1993, Capítulo V (I).

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ *Observación General 13 – Artículo 14*, párrafo 3, en documento de las Naciones Unidas HRI/GEN/1/Rev.1.

³⁶ Comité de Derechos Humanos, *Observación General N° 32, Artículo 14, El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia*, párrafo 18.

considerado que “el ejercicio del poder judicial conlleva que sea aplicado por una autoridad independiente, objetiva e imparcial respecto de las cuestiones que tiene que abordar”³⁷. Asimismo ha considerado que “un sistema judicial imparcial e independiente es un requerimiento esencial para el cumplimiento de varios artículos del Pacto, particularmente el artículo 14”³⁸, de tal suerte que la injerencia del Poder Ejecutivo en el Poder Judicial socava la independencia e imparcialidad de la judicatura. Igualmente, el Comité ha considerado que “una situación en que las funciones y competencias del poder judicial y del poder ejecutivo no son claramente distinguibles o en la que este último puede controlar o dirigir al primero es incompatible con el concepto de un tribunal independiente e imparcial a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 14 del Pacto”³⁹.

Varios instrumentos internacionales reiteran el principio de separación de poderes y muy especialmente en lo que atiene al Poder Judicial. Así, cabe destacar los *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura*⁴⁰, cuyo Principio No. 1 prescribe que “la independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura”. Asimismo, la *Carta Democrática Interamericana*⁴¹ prescribe en su artículo 3 que “son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales [...] la separación e independencia de los poderes públicos”. Igualmente, cabe destacar los *Principios generales relativos a*

³⁷ Decisión de 22 de marzo de 1996, Comunicación N° 521/1992, Caso *Vladimir Kulomin c. Hungría*, párrafo 11.3, en documento de las Naciones Unidas CCPR/C/56/D/521/1992, de 1° de agosto de 1996.

³⁸ “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Perú”, documento de las Naciones Unidas CCPR/CO/70/PER, de 15 de noviembre de 2000, párrafo 10.

³⁹ Decisión de 20 de octubre de 1993, Comunicación No. 468/1991, Caso *Angel N. Oló Bahamonde c. Guinea Ecuatorial*, párrafo 9.4. Ver igualmente *Observación General N° 32, Artículo 14, El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia*, párrafo 19.

⁴⁰ Adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985.

⁴¹ Aprobada el 11 de septiembre de 2001 por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos.

*la independencia de los jueces del Consejo de Europa*⁴², que reiteran que la independencia de los jueces debe ser garantizada, entre otros, mediante cláusulas constitucionales y legales, y que “los poderes ejecutivo y legislativo deberían asegurar que los jueces sean independientes y que no se adopten medidas que pongan en peligro su independencia”⁴³. Cabe también mencionar la *Resolución sobre el respeto y fortalecimiento de la independencia de la magistratura*, adoptada en 1996 por la Comisión Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos⁴⁴.

Como corolario del principio de separación de poderes, sólo los órganos judiciales del Estado están habilitados para impartir justicia. Así lo ha reiterado el Comité de Derechos Humanos al precisar que incluso en tiempos de guerra o en estado de urgencia: “sólo un tribunal de derecho puede enjuiciar y condenar a una persona por un delito”⁴⁵. Igualmente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que “en un Estado constitucional y democrático de derecho, donde se respeta la separación de poderes, toda pena establecida en la ley debe ser impuesta judicialmente y tras haberse establecido la culpabilidad de una persona dentro de un juicio justo con todas las garantías. La existencia de una situación de emergencia no autoriza al Estado para desconocer la presunción de inocencia, ni tampoco confiere a las fuerzas de seguridad el ejercicio de un *ius puniendi* arbitrario y sin límites”⁴⁶. Además, ha destacado que el derecho internacional de los derechos humanos prohíbe toda condena penal decretada por un órgano que no constituya un tribunal⁴⁷.

⁴² Adoptados mediante la Recomendación N° R (94) 12 sobre “la independencia, eficacia y papel de los Jueces”, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 13 de octubre de 1994.

⁴³ Principio 2 (b).

⁴⁴ Adoptada en abril de 1996, en el 19° período de sesiones de la Comisión Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos.

⁴⁵ Documento de las Naciones Unidas, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, del 31 de agosto de 2001, párrafo 16.

⁴⁶ Informe N° 49/00, Caso 11.182, *Rodolfo Gerbert, Ascencio Lindo y otros c. Perú*, de 13 de abril de 2000, párrafo 86.

⁴⁷ Informe No. 49/00, Caso 11.182, *Carlos Molero Coca c. Perú*, de 13 de abril de 2000, párrafo 86. Ver, igualmente: Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 32, Artículo 14: El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia*, párrafo. 18.

IV. Tribunal independiente, imparcial y competente

“Los principios de imparcialidad e independencia constituyen en todos los Estados los rasgos distintivos del fundamento y la legitimidad de la función judicial. Los conceptos de imparcialidad e independencia del poder judicial postulan tanto atributos individuales como condiciones institucionales. [...] la imparcialidad e independencia del poder judicial no son tanto privilegios del poder judicial como derechos humanos de los destinatarios de la justicia”, L.M. Singhvi, Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminación y Protección de Minorías de las Naciones Unidas⁴⁸

Ser juzgado por un tribunal independiente, imparcial y competente, es un derecho universalmente reconocido. Numerosos tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos lo reafirman y amparan⁴⁹. El Derecho Internacional Humanitario igualmente lo ampara⁵⁰.

⁴⁸ Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1985/18, párrafo 75.

⁴⁹ Así cabe destacar, en el ámbito universal, la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (artículo 10); el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (artículo 14, 1); la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial* (artículo 5,a); la *Convención sobre los Derechos del Niño* (artículos 37,d y 40,2); los *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura*; las *Directrices sobre la Función de los Fiscales* y los *Principios Básicos sobre la Función de los Abogados*. A nivel de los sistemas regionales de derechos humanos, cabe destacar: el *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* (artículo 6,1); la *Recomendación N° R (94) 12 sobre la independencia, eficacia y papel de los jueces*, del Comité de Ministros del Consejo de Europa; las *Lineas directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre los derechos humanos y la lucha contra el terrorismo* (Directriz IX); la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión*

Este derecho está íntimamente vinculado con el derecho a la igualdad ante los tribunales. Ambos no son solamente derechos humanos sino también principios esenciales y característicos de una recta administración de justicia. Así lo ha destacado el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas: “el derecho a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia y a un juicio imparcial es un elemento fundamental de la protección de los derechos humanos y sirve de medio procesal para salvaguardar el imperio de la ley [que] los Estados Partes deben respetar, independientemente de su tradición jurídica y de su derecho interno”⁵¹.

Cabe señalar que el Comité de Derechos Humanos ha considerado igualmente que “el requisito de la competencia, independencia e imparcialidad de un tribunal en el sentido del párrafo 1 del artículo 14 [del Pacto] es un derecho absoluto que no puede ser objeto de excepción alguna”⁵². Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que “los requisitos más fundamentales de un juicio justo no pueden ser suspendidos al amparo del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario”⁵³. Dentro de las “protecciones [que] se aplican en la investigación, procesamiento y sanción de delitos, inclusive los vinculados al terrorismo, independientemente de que esas iniciativas puedan adoptarse en tiempos de paz o de emergencia nacional, incluido el conflicto armado”⁵⁴, la Comisión Interamericana destacó “el derecho a ser juzgado por un

Europea (artículo 47); la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (artículo XXVI); la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (artículo 8,1); la *Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos* (artículos 7 y 26); la *Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño* (artículo 17); la *Carta Árabe de Derechos Humanos* (artículo 13); y la *Carta de París para una nueva Europa: Una nueva Era de Democracia, Paz y Unidad*.

⁵⁰ Así cabe mencionar: el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949; los artículos 84 y 130 del III Convenio de Ginebra; los artículos 54, 64 a 74 y 117 a 126 del IV Convenio de Ginebra; el artículo 75 del Protocolo I; y el artículo 6 del Protocolo II.

⁵¹ Comité de Derechos Humanos, *Observación General N° 32, Artículo 14, El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia*, párrafos 2 y 4.

⁵² Comité de Derechos Humanos, *Observación General N° 32, Artículo 14, El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia*, párrafo 19 y Dictamen de 28 de octubre de 1992, Comunicación N° 263/1987, *González del Río c. el Perú*, párrafo 5.2.

⁵³ *Informe Terrorismo y Derechos Humanos*, documento OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., de 22 octubre 2002, párrafo 261.

⁵⁴ *Ibidem*.

tribunal competente, independiente e imparcial de conformidad con las normas internacionales aplicables”⁵⁵.

No obstante, el derecho a un tribunal independiente, imparcial y competente no es exclusivo de los justiciables de la justicia penal. Las víctimas de graves violaciones de derechos humanos y sus familiares también tienen, en el marco de un recurso efectivo, derecho a que su causa y sus derechos sean determinados por un tribunal independiente, imparcial y competente.

1. Del derecho de las víctimas a un tribunal independiente, imparcial y competente

Todas las víctimas de violaciones de derechos humanos o sus familiares tienen derecho a un recurso efectivo, lo cual está consagrado en la mayoría de los instrumentos de derechos humanos universales y regionales y es reconocido como un principio de derecho internacional consuetudinario⁵⁶.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Véanse: *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (artículo 2.3); *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes* (artículo 13); *Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial* (artículo 6); *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* (artículos 12, 17.2 (f) y 20); *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional* (artículo 6.2); *Declaración Universal de Derechos Humanos* (artículo 6.2); *Declaración para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* (artículos 9 y 13); *Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias* (Principios 4 y 16); *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder* (Principios 4-7); *Declaración y Programa de Acción de Viena* (párrafo 27); *Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia* (párrafos 13, 160-162 y 165); *Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos* (*Declaración sobre los Defensores de Derechos Humanos*) (artículo 9); *Convención Europea de Derechos Humanos* (artículo 13); *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (artículo 47); *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (artículos 7.1(a) y 25); *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (artículo XVIII); *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas* (artículo III (1)); *Convención Interamericana para Prevenir*

Aunque el derecho a un recurso no se menciona específicamente en los tratados internacionales como un derecho no derogable⁵⁷, es uno de los derechos fundamentales y esenciales para la protección efectiva de los demás derechos humanos y debe garantizarse incluso en tiempos de emergencia⁵⁸. El Comité de Derechos Humanos estipuló que el deber jurídico de proporcionar recursos para cualquier violación de las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos “constituye una obligación inherente del Pacto en su conjunto”⁵⁹ y, por ende, es inderogable. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que “el derecho a un recurso efectivo ante los jueces o tribunales nacionales competentes, constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”⁶⁰.

Si bien, en el ámbito interno, los Estados tienen un margen de discrecionalidad en cuanto la implementación del derecho a un recurso efectivo, la naturaleza del recurso varía de acuerdo a la naturaleza y gravedad de la violación. Es así como tratándose de graves violaciones de derechos humanos el recurso efectivo debe ser de naturaleza judicial ante los tribunales penales⁶¹ y debe ser

y Sancionar la Tortura (artículo 8.1); *Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos* (artículo 7(a)); y *Carta Árabe de Derechos Humanos* (artículo 9).

⁵⁷ Cabe precisar que la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* prohíbe la suspensión de garantías judiciales que son esenciales para la protección de derechos no derogables (artículo 27.1). De igual forma, la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* prescribe que el recurso de *habeas corpus* no es derogable.

⁵⁸ Véase: Comité de Derechos Humanos: *Observación general No. 29, Suspensión de obligaciones durante un estado de excepción*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, de 31 de agosto de 2001, párrafo 14; Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Resolución sobre el *habeas corpus*, E/CN.4/RES/1992/35, de 28 de febrero de 1992, párrafo 2; Corte Europea de Derechos Humanos, *Aksoy c. Turquía*, sentencia de 18 de diciembre de 1996, Informes 1996-VI, párrafo 83; y Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión consultiva OC-8/87, El Habeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, de 30 de enero de 1987, series A No. 8, párrafo 42, y *Opinión consultiva OC-9/87, Garantías judiciales en Estados de Emergencia*, de 6 de octubre de 1987 (párrafos operativos 2 y 3).

⁵⁹ Comité de Derechos Humanos: *Observación general No. 29, Suspensión de obligaciones durante un estado de excepción*, op. cit. 4, párrafo 14.

⁶⁰ Sentencia de 3 de noviembre de 1997, *Caso de Castillo Páez c. Perú*, párrafo 82.

⁶¹ Ver, inter alia: Comité de Derechos Humanos, Dictamen de 29 noviembre 1989, Caso *F. Birindwa ci Bithashwiwa y E. Tshisekedi wa Mulumba C. Zaire*, Comunicación No. 241/198, párrafo 14; Dictamen de 13 noviembre de 1995, Comunicación No. 563/1993, Caso *Nydia Erika Bautista c.*

sustanciado de acuerdo con las reglas del debido proceso legal y los requerimientos del juicio justo o debido proceso legal⁶². En efecto, este tipo de violaciones vulneran derechos humanos inderogables o normas imperativas del derecho internacional (*jus cogens*) como son las prohibiciones relativas a la tortura y los actos inhumanos⁶³, la desaparición forzada⁶⁴, las ejecuciones extrajudiciales⁶⁵,

Colombia, párrafo 8.2; Dictamen de 29 de julio de 1997, Comunicación No. 612/1995, Caso *José Vicente y Amado Villafañe Chaparro, Luis Napoleón Torres Crespo, Ángel María Torres Arroyo y Antonio Hugues Chaparro Torres c. Colombia*, párrafo 8.2. Ver, igualmente: Comité para la Eliminación de Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General No. 19 sobre violencia contra la mujer*, 29 enero de 1992, A/47/38, par. 24 (t); Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Principios y directrices sobre el derecho a un juicio justo y a la asistencia legal en África*, Principio C (a).

⁶² Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso *Bámaca Velásquez c. Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2000, serie C No. 70, párrafos 184-196; Caso *Juan Humberto Sánchez c. Honduras*, sentencia de 7 de junio de 2003, serie C No. 99, párrafos 114-136; Caso *Myrna Mack Chang c. Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2003, serie C No. 101, párrafos 159-218; y Caso *Maritza Urrutia c. Guatemala*, sentencia de 27 de noviembre de 2003, serie C No. 103, párrafo 111.

⁶³ Ver, entre otros: Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, *El Fiscal c. Anto Furundzija*, sentencia No. IT-95-17/1-T, párrafo 154, *El Fiscal c. Delalic y otros*, IT-96-21-T, párrafo 454 y *El Fiscal c. Kunarac*, IT-96-23-T y IT-96-23/1-T (de 22 de febrero de 2001); Resolución A/RES/59/183 de la Asamblea General de las Naciones Unidas; Resolución E/CN.4/RES/2005/39 de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas; Comité contra la Tortura, *Observación General No. 2 “Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes”*, CAT/C/GC/2 de 24 de enero de 2008, párrafo 1; *Informe del Relator Especial sobre la Tortura de las Naciones Unidas*, documento de Naciones Unidas E/CN.4/1986/15, de 19 de febrero de 1986, párrafo 3; Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 8 de Julio de 2004, Caso *Hermanos Gómez Paquiyauri c. Perú*, párrafo 111, sentencia de 27 de noviembre de 2003, Caso *Maritza Urrutia c Guatemala*, párrafo 89 y sentencia de 18 de agosto de 2000, Caso *Cantoral Benavides c. Perú*, párrafo 95; y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., de 22 de octubre de 2002, párrafo 155.

⁶⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Goiburú y otros vs. Paraguay*, sentencia de 22 de septiembre de 2006, serie C N° 153, párrafos 82 y 84; Caso *Gómez Palomino vs. Perú*, sentencia de 22 de noviembre de 2005, serie C N° 136, párrafo 92; Caso *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador. Excepciones preliminares*, sentencia de 23 de noviembre de 2004, serie C N° 118, párrafos 100 a 106; Caso *19 Comerciantes vs. Colombia*, sentencia de 5 de julio de 2004, serie C N° 109, párrafo 142; Caso *Godínez Cruz vs. Honduras*, sentencia de 20 de enero de 1989, serie C N° 5, párrafos 163 a 167; y Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, serie C N° 4, párrafo 153. Ver, igualmente, Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Caso *El Procurador c. Zoran Kpreskic et al.*, sentencia de 14 de enero de 2000, IT-95-16-A, párrafo 566

⁶⁵ Ver, entre otros: Sexto Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (1980), Resolución No. 5 relativa a las Ejecuciones extrajudiciales, párrafos 2 y 5, Documento de Naciones Unidas A/CONF.87/14/Rev.1 (1981); Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Barrios Altos vs. Perú*, sentencia de 14 de marzo de 2001, serie C No. 75; y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Recomendación El Asilo y relación con Crímenes Internacionales* de 20 de octubre de 2000, OEA/Ser.L/V/II.111, doc. 20 rev. 16.

la toma de rehenes⁶⁶, las violencias sexuales⁶⁷ y los castigos colectivos⁶⁸ y, en consecuencia, deben ser castigados penalmente⁶⁹. La jurisprudencia de derechos humanos ha concluido que, en virtud del deber de garantía consagrado en los tratados de derechos humanos y los principios generales del derecho, los Estados tienen la obligación de investigar, juzgar y sancionar penalmente a los autores de graves violaciones de derechos humanos⁷⁰.

⁶⁶ Ver, entre otros: Comité de Derechos Humanos, *Observación general No. 29, Estados de emergencia (artículo 4)*, adoptada el 24 de julio de 2001, Documento de Naciones Unidas CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, párrafo 11.

⁶⁷ Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, sentencia de 16 de noviembre de 1998, Caso *Le Procureur c. Delalic et consorts*, N° IT-96-21-T y Sala de Apelaciones, sentencia de 12 de junio de 2002, Caso *Le Procureur c. Kunarac et al.*, expediente IT-96-22 et IT-96-23/1; *La Tortura y otros tratamientos o castigos crueles, inhumanos o degradantes, Informe del Relator Especial, Sr. P. Kooijmans, designado de acuerdo con la Resolución 1985/33, E/CN.4/1986/15*, de la Comisión de Derechos Humanos, 19 de febrero de 1986; e *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, documento de la OEA OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., de 22 de octubre de 2002, párrafo 16.

⁶⁸ Ver, entre otros: Comité de Derechos Humanos, *Observación general No. 29, Estados de emergencia (artículo 4)*, adoptada el 24 de julio de 2001, Documento de Naciones Unidas CCPR/C/21/Rev.1/Add.1, párrafo 11; y Regla 103, "los castigos colectivos están prohibidos", en Comité Internacional de la Cruz Roja, *Customary International Humanitarian Law, Volume I, Rules*, Cambridge Press University, 2005, pág.374.

⁶⁹ Ver al respecto, entre otros: *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes* (artículos 4, 5 y 7); *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura* (artículos 1 y 6); *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* (artículos 3, 4, 5, 6 y 7); *Declaración para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* (artículos 2, 4,7, y 16); *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas* (artículos I y IV); *Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias*; *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial* (artículos 3 y 4); *Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer* (artículo 2); *Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados* (artículo 4) ; *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en pornografía* (artículos 3, 4 y 5); *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional* (artículo 5); *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer* (artículo 7); Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, *El Fiscal c. Anto Furundzija*, sentencia No. IT-95-17/1-T, párrafo 154.

⁷⁰ Ver *inter alia*, Comité de Derechos Humanos: *Observación General No. 31, Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*; Dictamen de 27 de octubre de 1995, Comunicación No. 563/1993, Caso *Nydia Erika Bautista c. Colombia*; Dictamen de 29 de julio de 1997, Comunicación No. 612/1995, Caso *José Vicente y Amado Villafañe Chaparro, Luis Napoleón Torres Crespo, Angel María Torres Arroyo y Antonio Hugues Chaparro Torres c. Colombia*. Comité contra la Tortura: *Observación General No. 2, Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes*, y la Decisión relativa a las comunicaciones Nos. 1/1988, 2/1988 y 3/1988

Así que, para satisfacer su derecho a un recurso efectivo, toda víctima de una grave violación de derechos humanos o sus familiares tienen el derecho a acceder a la justicia penal —esto es, ante un tribunal independiente, imparcial y competente— para la determinación de sus derechos a la verdad, justicia y reparación⁷¹. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que “del artículo 8 de la Convención se desprende que las víctimas de las violaciones de los derechos humanos, o sus familiares, deben contar con amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los respectivos procesos, tanto en procura del esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables, como en busca de una debida reparación”⁷².

Varios instrumentos internacionales desarrollan de manera específica la participación de las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos en los procesos penales: los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*⁷³, de las Naciones Unidas (“Principios de reparación”); el *Conjunto de principios actualizado*

(Argentina), de 23 de noviembre de 1989, párrafo 7. Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, sentencia de 21 de Julio de 1989, serie C No. 7; Caso *Godínez Cruz c. Honduras*, sentencia de 21 de julio de 1989, serie C No. 8; Caso *Caballero Delgado y Santana c. Colombia*, sentencia de 8 de diciembre de 1995, serie C No. 22; Caso *El Amparo c. Venezuela*, sentencia de 14 de septiembre de 1996, serie C No. 28; Caso *Castillo Páez c. Perú*, sentencia de 3de noviembre de 1997, serie C No. 34; Caso *Suárez Rosero c. Ecuador*, sentencia de 12 de noviembre de 1997, serie C No. 35; y Caso *Nicholas Blake c. Guatemala*, sentencia de 24 de enero de 1998, serie C No. 36. Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Caso *Osman c. Reino Unido*, sentencia de 28 de octubre de 1998, Aplicación 23452/94; Caso *Aksoy c. Turquía*, sentencia de 18 de diciembre 1996, Aplicación No. 21987/93; Caso *A. c. Reino Unido*, sentencia de 23 de septiembre de 1998, Aplicación No. 25599/94; Caso *Kurt c. Turquía*, sentencia de 25 de mayo de 1998, Aplicación No. 24276/94; Caso *Mahmut Kaya c. Turquía*, sentencia de 28 de marzo de 2000, Aplicación No. 22535/93; Caso *Kiliç c. Turquía*, sentencia de 28 de marzo de 2000, Aplicación No. 22492/93. Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos: Caso *Asociación Africana Malawi y otros c. Mauritania*, Comunicaciones Nos. 54/91, 61/91, 98/93, 164/97, 196/97, 210/98 (mayo 2000) y Caso *Centro de Acción sobre Derechos Económicos y Sociales y el Centro de Derechos Económicos y Sociales c. Nigeria*, Comunicación No. 155/96 (octubre 2001).

⁷¹ Para mayores desarrollo, ver: Comisión Colombiana de Juristas y Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo”, *Denegación de justicia y proceso penal -Los derechos de las víctimas de violaciones de derechos humanos y el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004)*, Opciones Gráficas Editores Ltda., Bogotá, 2011, disponible en www.coljuristas.org.

⁷² sentencia de 16 de agosto de 2000, Caso *Durand y Ugarte Vs. Perú*, serie C No. 68, párrafo 129.

⁷³ Adoptados por resolución No. 60/147 de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 2005. Estos Principios están disponibles en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/reparaciones.htm>.

para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad⁷⁴, de las Naciones Unidas (“Principios contra la impunidad”); los *Principios y Directrices sobre el Derecho a un Juicio Justo y a la Asistencia Legal en África*, de la Unión Africana; y la *Decisión Marco relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal*, de la Unión Europea⁷⁵. Cabe destacar que los *Principios* contra la impunidad han sido empleados igualmente como referentes jurídicos por órganos estatales y tribunales nacionales, en particular la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia de Colombia⁷⁶. Entre estos, el principio 19 estipula que:

«Aunque la iniciativa del enjuiciamiento es en primer lugar una de las misiones del Estado, deberán adoptarse normas procesales complementarias para que las propias víctimas, sus familiares o herederos puedan tomar esa iniciativa, individual o colectivamente, en particular como partes civiles o como personas que inician un juicio en los Estados cuyo derecho procesal penal contemple esos procedimientos. Los Estados deberán garantizar la amplia participación jurídica en el proceso judicial a todas las partes perjudicadas y a toda persona u organización no gubernamental que tenga un interés legítimo en el proceso»⁷⁷.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que, en todas las etapas del procedimiento penal (tanto investigativa como de juicio), se debe garantizar que las víctimas o sus familiares tengan pleno acceso y capacidad

⁷⁴ La aplicación de este Conjunto de principios ha sido reiteradamente recomendada por la ex Comisión de Derechos Humanos y el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. El Conjunto de principios ha sido reproducido en el documento de Naciones Unidas E/CN.4/2005/102/Add.1 de 8 de febrero de 2005 y está disponible en: http://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?si=E/cn.4/2005/102/Add.1.

⁷⁵ Adoptada por el Consejo de la Unión Europea el 15 de marzo de 2001, disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001F0220:ES:NOT> y <http://www.poderjudicial.go.cr/salatercera/tratados/V%C3%ADctima1.htm>.

⁷⁶ Ver por ejemplo: Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-426/06 de 31 de mayo de 2006, expediente D-5935; y Corte Suprema de Justicia (Sala penal) de Colombia, Decisión sobre recurso de apelación, de 11 de julio de 2007, Caso *Orlando César Caballero Montalvo / Tribunal Superior de Antioquia*.

⁷⁷ Principio 19, párrafo 2.

de actuar; dispongan de amplias oportunidades procesales para formular sus pretensiones y presentar elementos probatorios, tanto en el esclarecimiento de los hechos y la sanción de los responsables, como en la búsqueda de una justa reparación⁷⁸. Igualmente ha indicado que las pretensiones formuladas por las víctimas o sus familiares, así como los elementos probatorios aportados en el procedimiento penal, deben ser analizados de forma completa y seria por las autoridades judiciales antes de pronunciarse sobre los hechos, las responsabilidades, las penas y las reparaciones⁷⁹.

2. Del tribunal independiente

Los *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura* establecen las premisas *sine qua non* para preservar la independencia de los jueces. Así, el *Principio No. 1* prescribe que “la independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura”. El Principio No. 3 establece que “la judicatura será competente en todas las cuestiones de índole judicial y tendrá autoridad exclusiva para decidir si una cuestión que le haya sido sometida está dentro de la competencia que le haya atribuido la ley”. El Principio No. 4 prescribe que “no se efectuarán intromisiones indebidas o injustificadas en el proceso judicial, ni se someterán a revisión las decisiones judiciales de los tribunales. Este principio se aplicará sin menoscabo de la vía de revisión judicial ni de la mitigación o conmutación de las penas impuestas por la judicatura efectuada por las autoridades administrativas de conformidad

⁷⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos: sentencia del 4 de julio de 2006, *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, serie C No 149, párr. 193; sentencia del 1 de julio de 2006, *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, serie C No. 48, párr. 296; y sentencia del 7 de junio de 2003, *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, serie C No. 99, párr. 186. En ese mismo sentido, ver: *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, párr 63; *Caso de los 19 Comerciantes vs. Colombia*, párr. 186; y *Caso Las Palmeras vs. Colombia*, párr. 59.

⁷⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos: sentencia del 4 de julio de 2006, *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, serie C No. 149, párr. 193 y sentencia del 1 de julio de 2006, *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, serie C No. 48, párr. 296.

con lo dispuesto en la ley”. El Principio No. 6 prescribe que “el principio de la independencia de la judicatura autoriza y obliga a la judicatura a garantizar que el procedimiento judicial se desarrolle conforme a derecho, así como el respeto de los derechos de las partes”.

La noción de independencia de la justicia implica necesariamente que todo tribunal o juez debe ser independiente del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo⁸⁰, así como también de las partes del proceso judicial⁸¹. Esto significa que ni la judicatura ni los jueces que la componen pueden estar subordinados a otros poderes del Estado o a las partes involucradas en el proceso judicial⁸². Asimismo, los tribunales deben ser verdadera y efectivamente independientes y también permanecer libres de influencias o presiones de cualquiera de las demás ramas del poder público u otro sector⁸³. Aquellas situaciones en que las funciones y competencias del poder judicial y del poder ejecutivo no son claramente distinguibles o en las que este último puede controlar o dirigir al primero, son incompatibles con el concepto de un tribunal independiente e imparcial⁸⁴.

Uno de los aspectos esenciales de la independencia de los tribunales es que sus magistrados y jueces sean funcionarios judiciales y no tengan ningún tipo de subordinación o dependencia jerárquica respecto de los demás poderes, en particular el Ejecutivo. El Comité de Derechos Humanos ha señalado que “la destitución de jueces por el poder ejecutivo, por ejemplo antes de la expiración del mandato para el que fueron nombrados, sin que se les dé ninguna razón concreta y sin que dispongan de una protección judicial efectiva para impugnar la destitución, es incompatible con la independencia

⁸⁰ Corte Europea de Derechos Humanos, sentencia de 9 de diciembre de 1994, *Refinerías de Stran Greek y Stratis Andreadis vs. Grecia*, Caso N° 22/1993/417/496, párrafo 49.

⁸¹ Corte Europea de Derechos Humanos, sentencia de 16 de julio 1971, *Ringeisen vs. Austria*, párrafo 95.

⁸² *Ibidem*. Ver igualmente Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 30 de junio de 2009, *Caso Reverón Trujillo c. Venezuela*, serie C No. 197.

⁸³ Ver los *Principios básicos sobre la independencia de la judicatura*, Principios 1, 2, 3 y 4.

⁸⁴ Comité de Derechos Humanos, Dictamen de 20 Octubre de 1993, Comunicación N° 468/1991, Caso *Angel N. Oló Bahamonde c. Guinea Ecuatorial*, párrafo. 9.4, Documento de la ONU CCPR/C/49/D/468/1991, 10 de noviembre 1993. Ver, igualmente: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr. de 22 octubre 2002, párrafo 229.

del poder judicial”⁸⁵. La Corte Europea de Derechos Humanos consideró que la Comisión de Policía Suiza, con jurisdicción para conocer y sancionar las contravenciones imputadas a policías y compuesta por un sólo miembro —un policía—, no reunía las condiciones de independencia propias de un tribunal⁸⁶.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la independencia de los jueces “debe ser garantizada por el Estado tanto en su faceta institucional, esto es, en relación con el Poder Judicial como sistema, así como también en conexión con su vertiente individual, es decir, con relación a la persona del juez específico. El objetivo de la protección radica en evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación”⁸⁷. Asimismo, la Corte ha precisado que “el Estado está en el deber de garantizar una apariencia de independencia de la magistratura que inspire legitimidad y confianza suficiente no sólo al justiciable, sino a los ciudadanos en una sociedad democrática”⁸⁸. El Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre la Detención Arbitraria consideró en un caso que el hecho de que la mayoría de los magistrados de un Tribunal de Seguridad fuesen funcionarios del Gobierno, era contrario al requisito del artículo 14 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* relativo a un tribunal independiente⁸⁹. En ese mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos ha considerado que el hecho de que un tribunal estuviera integrado por funcionarios del Poder Ejecutivo, militares en servicio activo en un caso bajo examen, violaba el derecho a un tribunal independiente⁹⁰.

⁸⁵ *Observación general No. 32*, Doc. Cit., párrafo 20.

⁸⁶ Corte Europea de derechos Humanos, sentencia de 29 de abril de 1988, *Caso Belilos c. Suiza*, párrafos 66 y 67.

⁸⁷ Sentencia de 30 de junio de 2009, *Caso Reverón Trujillo c. Venezuela*, serie C No. 197, párrafo 67.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ Decisión N° 40/1993 (Djibouti), de 29 de septiembre de 1993, en documento de las Naciones Unidas E/CN.4/1994/27.

⁹⁰ Dictamen de 6 de noviembre de 1997, Comunicación N° 577/1994, *Caso Víctor Alfredo Polay Campos c. Perú*, documento de las Naciones Unidas CCPR/C/61/D/577/1994, 9 de enero de 1998, párrafo 8.8. Ver, igualmente: Dictamen de 27 de octubre de 1987, Comunicación N° 159/1983, *Caso Raúl Cariboni, c. Uruguay*, párrafo 10.

3. Del tribunal imparcial

El Principio No.2 de los *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura* prescribe que “los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo.” La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “la imparcialidad del tribunal es uno de los aspectos centrales de las garantías mínimas de la administración de justicia”⁹¹. Igualmente, el Comité de Derechos Humanos ha considerado como “un aspecto fundamental de un juicio justo de conformidad con el significado del artículo 14 del Pacto: el de que el Tribunal deba tanto ser, como parecer ser independiente e imparcial”⁹².

Si bien la imparcialidad de un tribunal se define como la ausencia de prejuicio, de animadversión o de simpatía por una de las partes, las jurisprudencias del Comité de Derechos Humanos⁹³, la Corte Europea de Derechos Humanos⁹⁴, y la Comisión⁹⁵ y la Corte⁹⁶ Interamericanas, coinciden en que la imparcialidad

⁹¹ Informe N° 78/02, Caso 11.335, *Guy Malary c. Haití*, de 27 de diciembre de 2002, párrafo 74.

⁹² Decisión de 6 de noviembre de 1999, Comunicación N° 577/1994, *Caso Víctor Alfredo Polay Campos c. Perú*, párrafo 8.8, documento de Naciones Unidas CCPR/C/61/D/577/1994, de 9 de enero de 1998.

⁹³ Comité de Derechos Humanos, Dictamen de 23 de octubre de 1992, Comunicación 387/1989, *Caso Arvo O. Karttunen c. Finlandia*.

⁹⁴ Ver, por ejemplo: sentencia de 1° de octubre de 1982, *Caso Piersack v. Bélgica*; sentencia de 24 de mayo de 1989, *Caso Hauschildt c. Dinamarca*; sentencia de 14 de septiembre de 1987, *De Cubber c. Bélgica*; sentencia de 27 de noviembre de 1987, *Ben Yaacoub c. Bélgica*; sentencia de 1° de marzo de 1990, *Jo Kristinsson c. Islandia*; sentencia de 23 de mayo de 1991, *Oberschlick c. Austria*; sentencia de 25 de febrero de 1992, *Pfeifer y Plankl c. Austria*; sentencia de 24 de enero de 1993, *Fey c. Austria*; sentencia de 2 de febrero de 1996, *Putz c. Austria*; sentencia de 26 de febrero de 1993, *Padovani. C. Italia*; sentencia de 16 de diciembre de 1992, *Sainte-Marie c. Francia*; sentencia de 25 de noviembre de 1993, *Holm c. Suecia*; sentencia de 22 de abril de 1994, *Saraiva de Carvalho c. Portugal*; y sentencia de 28 de septiembre de 1995, *Masson y Van Zon c. Países Bajos*.

⁹⁵ Ver, por ejemplo: Informe N° 78/02, Caso 11.335, *Guy Malary c. Haití*, de 27 de diciembre de 2002; Informe N° 17/94, *Guillermo Maqueda c. Argentina*, OEA/Ser. L/V/II.85, Doc. 29, 9 de febrero de 1994; e *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr. de 22 octubre 2002.

⁹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 5 de agosto de 2008, *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) c. Venezuela*, serie C No. 182, párrafos 55 y ss.

de los tribunales debe ser examinada tanto desde una perspectiva subjetiva como desde una objetiva. No es suficiente que el tribunal y el juez sean imparciales de hecho, también deben ser percibidos como tales. Un tribunal o un juez sólo pueden ser considerados imparciales si reúnen las condiciones de imparcialidad tanto subjetivas como objetivas. La Corte Interamericana ha señalado “que si bien es cierto que la independencia y la imparcialidad están relacionadas, también es cierto que tienen un contenido jurídico propio [...] la imparcialidad exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad”⁹⁷. A diferencia de la imparcialidad personal o subjetiva que se presume a menos que exista prueba en contrario, la Corte señaló que “la denominada prueba objetiva consiste en determinar si el juez cuestionado brindó elementos convincentes que permitan eliminar temores legítimos o fundadas sospechas de parcialidad sobre su persona. Ello puesto que el juez debe aparecer como actuando sin estar sujeto a influencia, aliciente, presión, amenaza o intromisión, directa o indirecta, sino única y exclusivamente conforme a —y movido por— el Derecho”⁹⁸.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que este doble examen de la imparcialidad del tribunal, tiene por objeto “garantizar la inexistencia de un prejuicio real de parte del juez o el tribunal, así como garantías suficientes para evitar toda duda legítima en este sentido. Estos requisitos, a su vez, exigen que el juez o el tribunal no abriguen sesgo real alguno en un caso en particular y que el juez o el tribunal no sean razonablemente percibidos como inclinados por un sesgo de ese tipo”⁹⁹. Esta institución coincide con la Corte Europea de Derechos Humanos al precisar que “el aspecto subjetivo de la imparcialidad del tribunal trata de determinar la convicción personal de un juez en un momento determinado, y la imparcialidad subjetiva de un

⁹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 5 de agosto de 2008, *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) c. Venezuela*, serie C No. 182, párrafos 55 y 56.

⁹⁸ *Ibid.*, párrafo 56.

⁹⁹ *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr. de 22 octubre 2002, párrafo 229.

juez o de un tribunal en el caso concreto se presume mientras no se pruebe lo contrario”¹⁰⁰. Asimismo, la Comisión ha señalado que el “aspecto objetivo de la imparcialidad [...] exige que el tribunal o juez ofrezca las suficientes garantías que eliminen cualquier duda acerca de la imparcialidad observada en el proceso. Si la imparcialidad personal de un tribunal o juez se presume hasta prueba en contrario, la apreciación objetiva consiste en determinar si independientemente de la conducta personal del juez, ciertos hechos que pueden ser verificados autorizan a sospechar sobre su imparcialidad”¹⁰¹.

¹⁰⁰ Informe N° 78/02, Caso 11.335, *Guy Malary c. Haití*, de 27 de diciembre de 2002, párrafo 75.

¹⁰¹ *Ibid.*, párrafo 76.

V. Tribunal competente y juez natural

“La exigencia de un juez competente, independiente e imparcial remite necesariamente a la noción de ‘juez natural’”, Corte Constitucional de Colombia¹⁰²

El derecho a ser juzgado o a que los derechos sean determinados por un tribunal competente es universalmente reconocido y amparado bajo el derecho internacional¹⁰³.

El principio del “tribunal competente” es igualmente conocido como principio del juez natural. En algunos sistemas jurídicos, el principio del juez natural es conocido igualmente como “juez legal” o “juez ordinario predeterminado”. El principio del juez natural significa que nadie puede ser juzgado sino por un tribunal o juez ordinario, preconstituido y competente. En ese orden de ideas,

¹⁰² Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-200/02 de 19 de marzo de 2002, Expediente D-369, asunto *Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 40 y 43 (parcial) de la Ley 153 de 1887*, punto 4.6 de las Consideraciones y Fundamentos de la sentencia.

¹⁰³ *Declaración Universal de Derechos Humanos* (artículo 10); *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (artículo 14, 1); *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial* (artículo 5,a); *Convención sobre los Derechos del Niño* (artículos 37,d y 40,2); *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura*; *Directrices sobre la Función de los Fiscales*; *Principios Básicos sobre la Función de los Abogados*; *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* (artículo 6,1); *Recomendación N° R (94) 12 sobre la independencia, eficacia y papel de los jueces*, del Comité de Ministros del Consejo de Europa; *Líneas directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre los derechos humanos y la lucha contra el terrorismo* (Directriz IX); *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (artículo 47); *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (artículo XXVI); *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (artículo 8,1); *Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos* (artículos 7 y 26); *Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño* (artículo 17); *Carta Árabe de Derechos Humanos* (artículo 13); y *Carta de París para una nueva Europa: Una nueva Era de Democracia, Paz y Unidad*.

el principio del juez natural constituye asimismo una garantía fundamental del derecho a un juicio justo. Este principio tiene por corolario la prohibición de los tribunales de excepción, *ad hoc*, extraordinarios, *ad personam*, *ex post facto* y especiales. El juez natural encuentra su fundamento en el aforismo *nemo iudex sine lege*¹⁰⁴, según el cual la ley sólo puede ser aplicada por los órganos y jueces instituidos por la ley para esa función. Como lo precisó el penalista español Luis Jiménez de Asúa, la regla *nemo iudex sine lege*, constituye uno de elementos del derecho penal contemporáneo¹⁰⁵. Igualmente, el principio del juez natural tiene su fundamento en los principios de igualdad ante la ley y de igualdad ante los tribunales.

1. Desarrollo histórico y derecho comparado

El principio del juez natural es una institución de vieja data y es el resultado de un proceso histórico. La noción de juez natural empieza a surgir en el marco de las reacciones al absolutismo y al despotismo monárquicos que caracterizaron los siglos XVI y XVII, y se consolidó con el advenimiento del Estado moderno. El principio del juez natural está íntimamente ligado a los procesos de supresión de los fueros personales y privilegios judiciales así como a la consolidación del concepto de igualdad ante la ley, precedentes de lo que hoy se conoce como el derecho a la jurisdicción¹⁰⁶. Como lo señaló un magistrado de la Corte Constitucional de Colombia: “muchas de las instituciones del estado liberal nacido como consecuencia de las revoluciones burguesas (francesa, americana, inglesa) no pueden entenderse sino como una reacción, contra el antiguo régimen y contra los abusos de la monarquía o del rey. En el antiguo régimen, la justicia no era sólo del rey sino que además

¹⁰⁴ Velásquez, Velásquez, Fernando, “Las normas rectoras del proyecto de Código Penal Peruano de 1986”, en página Web: <http://www.unifr.ch/derechopenal/anuario/88/vel88.htm>.

¹⁰⁵ Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de Derecho Penal. Tomo II Filosofía y Ley Penal*, Ed. Losada, Buenos Aires, Argentina, 1950.

¹⁰⁶ Artola, Miguel, *Los Derechos del Hombre*, Alianza Editorial, Madrid, 1986, pág. 59. Ver, igualmente: Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino. Tomo I, El Derecho Constitucional de la libertad*, Ediciones Ediar, Buenos Aires, 1992, pág. 440 y siguientes; y Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón; teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2 ed., 1997, pág. 589 y siguientes.

el rey intervenía en el señalamiento del juez, lo que permitía que cuando el rey quería favorecer a un amigo le asignaba un cierto juez y cuando quería perjudicar a un enemigo, lo sustraía del juez y le asignaba otro diverso. Como reacción a esa práctica inveterada del rey, fue que surgió el concepto del juez natural ordinario, que buscaba proteger a los ciudadanos y además que los juzgasen sus iguales¹⁰⁷.

No obstante, es preciso señalar que antes del siglo XVI se registraron algunos precedentes históricos. Así, cabe destacar: la *Carta Magna* de 1215 de Inglaterra, *The Petition of Rights* de 1627 de Inglaterra y la *Declaración del Parlamento de París* (o “propuestas de la Cámara San Luis”) de 1648. Pero sería fundamentalmente con la emergencia de las declaraciones de derechos humanos a finales del siglo XVIII, el advenimiento de la Revolución Francesa y el proceso de emancipación de los Estados Unidos de América, que el principio del juez natural empezara a cristalizarse. La consagración del principio de igualdad y la supresión de los privilegios alimentarían la emergencia de la noción de juez natural en contraposición a los fueros privilegios. En el siglo XIX, las nuevas repúblicas latinoamericanas igualmente consagrarían tempranamente el principio del juez natural en sus constituciones¹⁰⁸.

Las constituciones y leyes fundamentales de numerosos países consagran el principio del juez natural. Algunas lo hacen de manera positiva, afirmando que toda persona tiene derecho a ser juzgada por su juez natural o que nadie puede ser sustraído a su juez natural. Algunos textos constitucionales emplean expresamente el término de “juez natural”, mientras otros se refieren al tribunal competente o al tribunal preestablecido¹⁰⁹. Otras constituciones y

¹⁰⁷ Sentencia C-1064/02 de 3 de diciembre de 2002, expediente RE-122, *Revisión del Decreto Legislativo 2001 de 9 de septiembre de 2002*, salvamento de voto del Magistrado Jaime Araujo Rentería.

¹⁰⁸ Ver las constituciones de: Gran Colombia de 1821 (artículo 166); Colombia de 1830 (artículo 138) y 1863 (artículo 15); Ecuador de 1830 (artículo 58) y 1843 (artículo 110); El Salvador de 1841 (artículo 77); Perú de 1839 (artículo 126); Argentina de 1826 (artículo 165) y de 1853 (artículo 18); Bolivia de 1826 (artículo 105), 1831 (artículo 109) y 1834 (artículo 111); Chile de 1822 (artículo 199), 1823 (artículo 136), 1828 (artículo 15) y 1834 (artículo 134); Guatemala de 1825 (artículo 173); México de 1824 (artículo 148) y 1857 (artículo 13); Nicaragua de 1826 (artículo 116) y 1838 (artículo 152); Uruguay de 1830 (artículo 110); Venezuela de 1830 (artículo 195); y Cuba de 1901.

¹⁰⁹ Constituciones de Sudáfrica (1996, artículo 35); Burundi (artículo 16.3); Colombia (artículo 29); Croacia (1992, artículo 29); Egipto (1971, artículo 68); El Salvador (1983 reformada en

leyes fundamentales lo hacen de manera negativa, al prohibir la existencia de tribunales de excepción, *ad hoc* o extraordinarios¹¹⁰. También varias consagran tanto la garantía del derecho a ser juzgado por el juez natural como la prohibición de establecer tribunales de excepción¹¹¹. Diversos ordenamientos nacionales en materia de procedimiento penal reiteran el principio del juez natural, así esté amparado constitucionalmente¹¹² o no¹¹³.

Sin embargo, fundamentalmente la jurisprudencia ha definido la naturaleza, el alcance y el contenido del principio del juez natural. Así, el Tribunal Constitucional de Alemania ha precisado que el propósito del derecho fundamental al juez natural (o “juez legal”, *gesetzlicher richter*) consiste en “evitar el riesgo de que la justicia esté sujeta a interferencias arbitrarias por una manipulación de los órganos judiciales”¹¹⁴, y constituye una expresión de la

2000, artículo 15); Eslovaquia (1992, artículo 48.1); Estados Unidos de América (Enmienda V); Grecia (1975, artículo 8); Haití (1987, artículo 42); Honduras (1982 y reformada en 1999, artículo 90); Letonia (1991, artículo 16); Mauritania (1991, artículo 13); Namibia (1990, artículo 12.1,a); Países Bajos (1983, artículo 17); Panamá (artículo 32); Portugal (artículo 32 [9]); República Checa (Resolución de la presidencia nacional checa de 16 de diciembre de 1992 sobre la *Carta de Derechos Fundamentales y Libertades Fundamentales*, que hace parte del orden constitucional, artículo 38); Ruanda (1978, artículo 87); Surinam (1987, artículo 1); Tailandia (1997, artículo 234); Seychelles (1993, artículo 19.1).

¹¹⁰ Constituciones de: Armenia (1995, artículo 92); Bielorrusia (1994, artículo 109.3); Brasil (1988, artículo 5.V); Comoras (1996, artículo 48); Bulgaria (1991, artículo 119.3); Chechenia (2003, artículo 96); Congo (1992, artículo 14); Dinamarca (artículo 61); Finlandia (artículo 98); Japón (1992, artículo 76); Lituania (1991, artículo 111); Macedonia (1991, artículo 98); México (artículo 13); Nepal (1990, artículo 85.2); Rumania (1991, artículo 125.2); Federación Rusa (1993, artículo 118.3); Togo (artículo 119); Uruguay (artículo 19); y Yemen (1991, artículo 121).

¹¹¹ Alemania (artículo 101); Andorra (artículos 10.1 y 85.2); Argentina (artículo 18); Azerbaiyán (artículos 62 y 125.6); Bélgica (artículo 8); Bolivia (1995, artículo 14); Chile (artículo 19); Chipre (artículo 30); Costa Rica (artículo 35); Cuba (artículo 59); Ecuador (1998, Artículo 24); Eslovenia (1991, Artículos 23 y 125); España (Artículos 24.2 y 117.6); Estonia (1992, artículo 24); Etiopía (1994, artículos 20.1 y 78); Federación Rusa (artículo 47.1 y 118.3); Guatemala (1993, artículos 12 y 219); Italia (artículos 25 y 102); Luxemburgo (artículos 13 y 86); Nicaragua (artículos 34 y 93); Paraguay (artículos 16 y 17); Suiza (artículo 30.1); y Venezuela (artículo 49.4).

¹¹² Ver, por ejemplo: Código Procesal Penal de Argentina (Ley 23.984 de 21 de agosto de 1991, artículo 1°); Código Procesal Penal de Colombia (Ley No. 600 de 2000, artículo 11); Código Procesal Penal de Costa Rica (artículo 3); Código de Procedimiento Penal de Ecuador (2000, artículo 3); Código Procesal Penal de Chile (artículo 2°); Código Procesal Penal de República Dominicana (Ley No.76-02 de 19 de julio de 2002, artículo 4); Código Procesal Penal Paraguayo (Ley N° 1286 del 18 de junio de 1998, artículo 2°); y Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela (2001, artículo 7).

¹¹³ Ver, por ejemplo: el Código de Procedimiento Penal de Níger, artículo 3 (4) y la Ley 65-75 de Organización del Poder Judicial de la República Centroafricana, de 1965, artículo 3.

¹¹⁴ Informes de la Corte Constitucional, volumen 95, pág. 327 (BVerfGE 95, 322/327).

seguridad jurídica¹¹⁵ y del precepto de objetividad del Estado de Derecho¹¹⁶. El Tribunal Constitucional ha precisado que la asignación de un tribunal *ad hoc* o *ad personam* no es compatible con el derecho al “juez legal”¹¹⁷ y éste debe reunir los requisitos de independencia e imparcialidad del Poder Judicial¹¹⁸. La Corte Constitucional italiana ha considerado que el principio del juez natural (*giudice naturale*) es una garantía de la independencia e imparcialidad propias de los órganos de justicia¹¹⁹.

El Tribunal Constitucional de España ha considerado que “el derecho al Juez predeterminado puede quedar en entredicho cuando un asunto se sustraiga indebida e injustificadamente al que la ley atribuye para su conocimiento, manipulando el texto de las reglas de distribución de competencias, con manifiesta arbitrariedad”¹²⁰. El Tribunal Constitucional ha considerado que la garantía del juez natural (“juez ordinario predeterminado”) “implica, a su vez, en el lenguaje internacional, la existencia de ‘un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley’ (art. 6 del Convenio [Europeo de Derechos Humanos] de Roma de 1950), cualidades a las cuales se añade la competencia en el Pacto de Nueva York de 1966 sobre derechos civiles y políticos (art. 14)”¹²¹.

La Corte Constitucional de Colombia ha señalado que el principio del juez natural “constituye elemento medular del debido proceso [...] [e] implica específicamente la prohibición de crear Tribunales de excepción, o de desconocer la competencia de la jurisdicción ordinaria”¹²². Asimismo, la Corte Constitucional señaló que “la garantía del juez natural tiene una finalidad más sustancial que formal, habida consideración que lo que protege

¹¹⁵ Informes de la Corte Constitucional, volumen 20, pág. 344 (BVerfGE 20, 336/344).

¹¹⁶ Informes de la Corte Constitucional, volumen 82, pág. 194 (BVerfGE 82, 159/194).

¹¹⁷ Informes de la Corte Constitucional, volumen 82, pág. 194 (BVerfGE 82, 159/194).

¹¹⁸ Informes de la Corte Constitucional, volumen 82, pág. 298 (BVerfGE 82, 286/298).

¹¹⁹ Corte Constitucional, sentencia N° 83 de 25 de marzo de 1998.

¹²⁰ Sentencia FJ 2 STC 35/2000, párrafo 5°. En mismo sentido, ver sentencias SSTC 47/1983 y SSTC 171/1994 y el Auto TC 262/1994.

¹²¹ Sentencia de STC 35/2000, de 14 de febrero de 2000, Recurso de amparo 3.932/95, en *Boletín Oficial del Estado*, N° 66 suplemento, de 17 de marzo 2000, pág. 14.

¹²² Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-200/02 de 19 de marzo de 2002, Expediente D-369, asunto *Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 40 y 43 (parcial) de la Ley 153 de 1887*, punto 4.6 de las Consideraciones y Fundamentos de la sentencia.

no es solamente el claro establecimiento de la jurisdicción encargada del juzgamiento previamente a la comisión del hecho punible, sino la seguridad de un juicio imparcial y con plenas garantías para el procesado. [...] el respeto al debido proceso en este campo, concretado en el principio de juez natural, implica la garantía de que el juzgamiento de las conductas tipificadas como delitos será efectuado, independiente de la persona o institución en concreto, por los funcionarios y órganos que integran la jurisdicción ordinaria”¹²³. Igualmente, la Corte indicó que “en virtud del principio de juez natural, consubstancial al debido proceso, no podrá en estas circunstancias establecerse jueces *ad-hoc* (para el caso específico), ni atribuirse competencias por fuera de la jurisdicción ordinaria. [...] si bien [...] hace parte de la potestad del legislador la asignación de competencias y que este podrá modificarlas aún con posterioridad al acaecimiento de los hechos objeto de juzgamiento, dicha modificación no podrá desconocer el principio de juez natural”¹²⁴.

La Corte Suprema de la Nación Argentina consideró que “el verdadero fundamento [...] de la garantía de los jueces naturales, consiste en la voluntad de asegurar a los habitantes de la Nación una justicia imparcial, cuyas decisiones no pudieran presumirse teñidas de partidismo contra el justiciable, completando así el pensamiento de implantar una justicia igual para todos, que informara la abolición de los fueros personales”¹²⁵. Esta Corte consideró que viola el principio del juez natural “el intento de privar a un juez de su jurisdicción en un caso concreto y determinado, para conferírsela a otro juez que no la tiene, en forma tal que por esta vía indirecta se llegue a constituir una verdadera comisión especial disimulada bajo la calidad de juez permanente de que se pretende investir a un magistrado de ocasión”¹²⁶. Así, la Corte concluyó que “no es el juez natural [...] el juez —órgano institución u órgano individuo— que ilegalmente sustituyere al designado antes del hecho de la causa, aunque al sustituto se le diera —o éste se arrogare jurisdicción permanente y general para entender en asuntos de la misma naturaleza”¹²⁷.

¹²³ *Ibidem*.

¹²⁴ *Ibid.*, Punto 4.4 de las Consideraciones y Fundamentos de la sentencia.

¹²⁵ Sentencia de 22 de abril de 1987, *Caso Sueldo de Posleman, Mónica R. y otra s/acción de amparo - medida de no innovar - inconstitucionalidad*, párrafo 6° de “Considerando”.

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ *Ibid.*, párrafo 7°.

La Corte ha igualmente considerado que “las normas que [...] autorizan el desplazamiento de competencias judiciales en virtud de lo que se denomina ‘fuero de atracción’, son de interpretación restrictiva por constituir una excepción a la garantía del juez natural”¹²⁸.

El Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela ha considerado que “el concepto de juez natural se refiere a la garantía del ciudadano de ser juzgado por un juez ordinario preestablecido por la ley, no creado excepcionalmente. Significa precisamente la necesidad de que el juez sea preconstituido por la ley y no constituido *post factum*. Así el principio de juez natural puede entenderse desde un punto de vista positivo como el derecho fundamental que asiste a todo ciudadano a ejercer su derecho de acción e interponer su pretensión ante órganos jurisdiccionales para la defensa de sus derechos e intereses, instituidos previamente por el poder judicial; y desde un punto de vista negativo, en la medida en que nadie puede ser juzgado sino por sus jueces naturales; con ello se evita la creación de fueros o privilegios”¹²⁹. El Tribunal ha considerado que el principio del juez natural constituye “un atributo del debido proceso y una garantía judicial de orden público”¹³⁰.

El Tribunal Constitucional de Perú ha considerado que el principio del juez natural significa que “ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos”¹³¹ y, por tanto, “ninguna persona pueda ser sometida a un proceso ante autoridad que carece de competencia para resolver una determinada controversia”¹³². Asimismo, este Tribunal consideró que el principio del juez natural implica que “la competencia del juez llamado a conocer el proceso penal deba ser determinada a partir de reglas preestablecidas en base a distintas consideraciones (materia, territorio, grado, etc.), de

¹²⁸ Sentencia de 3 de mayo de 2007, *Causa Municipalidad de Magdalena c/Shell CAPSA y otros*.

¹²⁹ Sentencia de 11 de mayo de 1999, *Asunto nulidad por inconstitucionalidad, contra los artículos 146, 159, 162, 163, y ordinales 6° y 8° del artículo 369 del Código Orgánico Procesal Penal*.

¹³⁰ Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sala Político Administrativa, Decisión de 20 de diciembre de 2000, *Asunto Consejo Supremo Electoral*, Punto III “Motivaciones para decidir”.

¹³¹ Tribunal Constitucional de Perú, sentencia de 17 de abril 2002, Exp. N° 218-02-HC/TC, *Causa Jorge Alberto Cartagena Vargas c. Primera Sala Penal de Ica de la Corte Superior de Justicia de Ica*, Fundamento N° 1.

¹³² *Ibid.*, Fundamento N° 2.

forma tal que quede garantizada su independencia [...] e imparcialidad en la resolución de la causa”¹³³. Con ello, este principio implica igualmente “la posibilidad de evaluar la competencia, la independencia y la imparcialidad del juez encargado de dirigir el proceso, presupone, necesariamente, poder identificarlo”¹³⁴.

El Tribunal Constitucional de Chile ha considerado que “el derecho fundamental del acceso a la justicia y la efectiva tutela de los derechos por parte de los tribunales, que junto con el derecho al juez natural, y al debido procedimiento, configuran el ‘alma’ de aquella garantía que todo ser humano posee de recurrir al juez (independiente e imparcial) en demanda de justicia, ser oído y ser resueltas sus pretensiones conforme a Derecho, y hacer así posible la convivencia social en paz”¹³⁵.

La Corte Suprema de Costa Rica ha definido el principio del juez natural como el derecho a ser juzgado por un juez ordinario o predeterminado por la ley, constituye una garantía de justicia y asegura la estabilidad del orden jurídico¹³⁶. La Corte ha señalado que “[lo] que se tutela a través del principio del juez natural es la prohibición de crear organismos ad-hoc, o ex post facto (después del hecho), o especiales, para juzgar determinados hechos o a determinadas personas, sin la generalidad y permanencia propias de los tribunales judiciales. En definitiva lo que se pretende es asegurar la independencia e imparcialidad del tribunal evitando que sea creado o elegido, por alguna autoridad, una vez que el caso sucede en la realidad, lo que evidentemente no ocurrió en el caso en examen”¹³⁷.

¹³³ Tribunal Constitucional de Perú, Sala Segunda, Decisión de 10 de marzo de 2003, Exp. N.º 2877-2002-HC/TC, Causa *Ica c. Emiliano Palomino Chávez*, Fundamento N.º 1.

¹³⁴ *Ibidem*.

¹³⁵ Tribunal Constitucional de Chile, Decisión de 22 de octubre de 1996, Rol N.º 248.

¹³⁶ Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Tercera, Resolución 2000-00246 de 3 de marzo del 2000 (Exp: 97-200179-0331-PE).

¹³⁷ Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, sentencia de 4 de enero de 1994, Exp.No.4779-M-93 No.0009-94, punto V.

2. Marco jurídico internacional

Los instrumentos internacionales consagran el principio del juez natural al amparar el derecho a ser juzgado por un tribunal competente y establecido por ley¹³⁸. Aunque generalmente no emplean la locución “juez natural”, estos instrumentos consagran conceptualmente el principio o garantía del mismo. Del conjunto de instrumentos internacionales de derechos humanos, cabe destacar los *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura*¹³⁹. El Principio N° 5 consagra la figura del principio del juez natural al prescribir que “toda persona tiene el derecho de ser juzgado por las jurisdicciones ordinarias de conformidad con los procedimientos legales establecidos”. Asimismo, en su preámbulo, los *Principios Básicos sobre la Función de los Abogados*¹⁴⁰ reiteran “el derecho de las personas a ser juzgadas [...] por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley”.

La antigua Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha reiterado este principio en varias resoluciones. Así, cabe destacar la Resolución 1989/32, en la que recomendó a los Estados tener en cuenta los principios consignados en el *Proyecto de Declaración sobre la Independencia de la Justicia*, o “Declaración Singhvi”, cuyo artículo 5 estipula que: “(b) no se establecerán tribunales de excepción de ninguna clase para sustituir la jurisdicción que corresponda debidamente a los tribunales; (c) toda persona

¹³⁸ Véanse, entre otros: artículo 14 (1) del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*; artículo 18 (1) de la *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*; Preámbulo de los *Principios Básicos sobre la Función de los Abogados*; artículo 6 (1) del *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*; Directriz IX de las *Líneas directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre los derechos humanos y la lucha contra el terrorismo*; artículo 47 de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*; artículo XXVI de la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*; y artículo 8.1 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*.

¹³⁹ Adoptados por el *Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente*, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante las resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985.

¹⁴⁰ Aprobados por el *Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente*, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

tendrá derecho a ser juzgada con la debida prontitud y sin demora injustificada por tribunales ordinarios o tribunales de justicia que funcionen en virtud de la ley y sujetos a revisión por un tribunal superior; [...] (e) en situaciones excepcionales, el Estado velará por que los civiles acusados de un delito sean juzgados por tribunales civiles ordinarios”. Asimismo, cabe destacar las resoluciones 2002/37 de 22 de abril de 2002 y 2003/39 de 23 de abril 2003, intituladas ambas “Integridad del sistema judicial”. En estas resoluciones, la Comisión de Derechos Humanos reiteró que “toda persona tiene derecho a ser enjuiciada ante tribunales o juzgados ordinarios mediante procedimientos jurídicos debidamente establecidos y que no habrán de crearse tribunales que no apliquen esos procedimientos y se arroguen la jurisdicción propia de los tribunales judiciales o de los juzgados ordinarios”¹⁴¹.

El principio del juez natural, al menos en su corolario que prohíbe los tribunales *ad hoc*, especiales y *ex post facto*, ha sido igualmente retenido por el derecho sobre extradición. Cabe destacar el *Tratado modelo de extradición*, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1990¹⁴². En el ámbito americano, este tipo de cláusulas ha sido, desde tiempo atrás, registrada en materia de extradición. Así, por ejemplo, cabe mencionar la *Convención sobre extradición*¹⁴³ (Montevideo, 1933), el *Tratado de Derecho Penal Internacional*¹⁴⁴ (Montevideo, 1940), la *Convención Interamericana sobre Extradición*¹⁴⁵ (Caracas, 1981), y, más recientemente, la *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura*¹⁴⁶ (1985).

¹⁴¹ Párrafo operativo N° 2 de las Resoluciones N° 2002/37 de 22 de abril de 2002 y N° 2003/39 de 23 de abril 2003.

¹⁴² Resolución 45/116 de 14 de diciembre de 1990. El artículo 4 del *Tratado modelo de extradición* prescribe que “podrá denegarse la extradición cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias: [...] g) si la persona cuya extradición se solicita ha sido condenada o podría ser juzgada o condenada en el estado requirente por un tribunal extraordinario o especial”.

¹⁴³ El artículo 3° facultaba al estado requirente a no conceder la extradición “cuando el individuo inculpado hubiera de comparecer ante tribunal o juzgado de excepción del Estado requirente”.

¹⁴⁴ El artículo 20 prescribía que “la extradición no se concederá: [...] i) cuando la persona reclamada tuviera que comparecer ante un tribunal o juzgado de excepción”.

¹⁴⁵ El artículo 4 prescribe que “la extradición no es procedente: [...] 3, cuando el reclamado haya sido juzgado o condenado o vaya a ser juzgado ante un tribunal de excepción o *ad hoc* en el Estado requirente”.

¹⁴⁶ El artículo 13 prescribe que “[...] No se concederá la extradición ni se procederá a la devolución de la persona requerida cuando haya presunción fundada [...] de que será juzgada por tribunales de excepción o *ad hoc* en el Estado requirente”.

Los órganos interamericanos de protección de derechos humanos igualmente han desarrollado una importante jurisprudencia en la materia. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que “los ciudadanos deben ser juzgados por sus jueces naturales, regidos por el derecho común y la justicia ordinaria. Por lo tanto, los civiles no deben ser sometidos a la jurisdicción de tribunales especiales”¹⁴⁷. Asimismo, en su *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, la Comisión recordó que “la jurisprudencia del sistema interamericano ha venido denunciando desde hace tiempo la creación de cortes o tribunales especiales que desplazan la jurisdicción que pertenece a las cortes ordinarias o tribunales judiciales y que no utilizan los procedimientos debidamente establecidos del proceso legal. Ello ha incluido en particular el uso de tribunales especiales o comisiones militares ad hoc para procesar a civiles por delitos contra la seguridad en tiempos de emergencia, práctica que ha sido condenada por esta Comisión, por la Corte Interamericana y por otras autoridades internacionales. El fundamento de esta crítica se ha relacionado en gran parte con la falta de independencia de estos tribunales frente al ejecutivo y la ausencia de garantías mínimas del debido proceso y de un juicio justo en sus actuaciones”¹⁴⁸.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que “constituye un principio básico relativo a la independencia de la judicatura que toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos”¹⁴⁹. Asimismo, ha considerado que, dado que “el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas, tanto la correspondiente a la primera instancia como las relativas a instancias ulteriores [...] el concepto del juez natural y el principio del debido proceso legal rigen a

¹⁴⁷ *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos - 1997*, documento OEA/Ser.L/V/II.98, Doc. 6, de 17 febrero 1998, Capítulo VII “Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, Recomendación “1. La Comisión recomienda a los Estados miembros la adopción de medidas tendientes a mejorar la administración de justicia en sus respectivas jurisdicciones”. Sobre el principio del juez natural, ver igualmente: Informe N° 50/00 de 13 de abril de 2000, Caso 11.298 *Reinaldo Figueredo Planchart c. República Bolivariana de Venezuela*; e *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile*, documento OEA/Ser.L/V/II.77.rev.1, Doc. 18, de 8 mayo 1990.

¹⁴⁸ *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, documento OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., de 22 de octubre de 2002, párrafo 230.

¹⁴⁹ Sentencia de 30 de mayo de 1999, Caso *Castillo Petrucci y Otros c Perú*, serie C No. 52, párrafo 129.

lo largo de esas etapas y se proyectan sobre las diversas instancias procesales. Si el juzgador de segunda instancia no satisface los requerimientos del juez natural, no podrá establecerse como legítima y válida la etapa procesal que se desarrolle ante él”¹⁵⁰.

El principio del juez natural remite obviamente al concepto de la competencia del tribunal legalmente establecida. El ámbito de competencia legal del juez está delimitado por los factores territoriales (*ratione loci*), materiales (*ratione materiae*), personales (*ratione personae*) y temporales (*ratione tempore*) establecidos por la ley. Pero reducir el principio del juez natural a un concepto formal o legalista equivale a vaciarlo de su contenido. Así lo ha indicado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: la existencia del juez natural no es dependiente exclusivamente de que haya una ley cuando precisó que “la figura del juez natural impone la inderogabilidad y la indisponibilidad de las competencias; esto es, la reserva absoluta de ley y la no alterabilidad discrecional de las competencias judiciales [...] La existencia del juez natural no es dependiente exclusivamente de que haya una ley, [...] el juez natural es un concepto, que desde el punto de vista del derecho internacional, necesita satisfacer los requisitos del artículo 8, entre otros, de la Convención Americana”¹⁵¹.

Asimismo lo ha indicado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al destacar que¹⁵²:

«El derecho a ser juzgado por tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente previstos constituye un principio básico del debido proceso. Por ello, para que se respete el derecho al juez natural no basta con que esté establecido previamente por la ley cuál será el tribunal que atenderá una causa y se le otorgue competencia. [...] En este sentido, las

¹⁵⁰ *Ibid.*, párrafo 161.

¹⁵¹ Apartes de la demanda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en sentencia de 30 de mayo de 1999 de la Corte Interamericana de Derechos humanos, *Caso Castillo Petrucci y otros c. Perú*, párrafo 125 (c).

¹⁵² *Cfr. Caso Lori Berenson*, *supra* nota 191, párr. 143, y *Caso Castillo Petrucci y otros*, sentencia de 30 de mayo de 1999, serie C No. 52, párr. 129.

normas penales militares deben establecer claramente y sin ambigüedad quiénes son militares, únicos sujetos activos de los delitos militares, cuáles son las conductas delictivas típicas en el especial ámbito militar, deben determinar la antijuridicidad de la conducta ilícita a través de la descripción de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos militares gravemente atacados, que justifique el ejercicio del poder punitivo militar, y especificar la correspondiente sanción. Las autoridades que ejercen la jurisdicción penal militar, al aplicar las normas penales militares e imputar el delito a un militar, también deben regirse por el principio de legalidad y, entre otras, constatar la existencia de todos los elementos constitutivos del tipo penal militar, así como la existencia o inexistencia de causales de exclusión del delito. [...] La Corte estima que en las normas que definen la jurisdicción penal militar en Chile no se limita el conocimiento de los tribunales militares a los delitos que por la naturaleza de los bienes jurídicos penales castrenses protegidos son estrictamente militares y constituyen conductas graves cometidas por militares que atentan contra dichos bienes jurídicos. El Tribunal destaca que esos delitos sólo pueden ser cometidos por los miembros de las instituciones castrenses en ocasión de las particulares funciones de defensa y seguridad exterior de un Estado»¹⁵³.

¹⁵³ *Caso Palamara Iribarne c. Chile*, sentencia de 22 de noviembre de 2005, serie C No. 135, párrafos 125, 126 y 132.

VI. Jurisdicciones especializadas

“Hablar de un derecho penal especial no significa referirse a un ‘jus singulare’ en el sentido del derecho romano, pues para el derecho romano el jus singulare era el que se reservaba para una cierta clase de personas para beneficiarlas (beneficium) o para perjudicarlas [...] el derecho penal militar no sustrae a los militares del derecho penal común, por ser militares, sino por violar deberes militares”, Raúl Zaffaroni y Juan Ricardo Cavallero¹⁵⁴

El principio del juez natural y su corolario relativo a la prohibición de los tribunales de excepción y especiales, no deben confundirse con la cuestión de las jurisdicciones especializadas. Si bien el principio del juez natural tiene su fundamento en los principios de igualdad ante la ley y de igualdad ante los tribunales, que requiere que las leyes no sean discriminatorias ni sean aplicadas de manera discriminatoria por los jueces, ello no es incompatible con la existencia de jurisdicciones especializadas.

Como lo ha señalado el Comité de Derechos Humanos, “el derecho a la igualdad ante la ley y a una protección igual de la ley sin discriminaciones no hace que todas las diferencias de trato sean discriminatorias”¹⁵⁵. Sin embargo, un trato

¹⁵⁴ Raúl Zaffaroni y Juan Ricardo Cavallero, *Derecho Penal Militar*, Editorial Jurídica Ariel, Buenos Aires, 1980, pág. 67.

¹⁵⁵ Dictamen de 9 de abril de 1987, Comunicación No. 172/1984, *Broeks c. los Países Bajos*. Igualmente, ver, entre otros: Dictamen de 9 de abril de 1987, Comunicación No. 182/1984, *Zwaan-de-Vries c. los Países Bajos*; Dictamen de 3 de abril de 1989, Comunicación No. 196/1985, *Ibrahima Gueye y otros c. Francia*; y Dictamen de 19 de julio de 1995, comunicación N° 516/1992, *Alina Simunek c. la República Checa*.

diferencial, como lo ha reiterado el Comité de Derechos Humanos, sólo es admisible si está basado en criterios razonables y objetivos¹⁵⁶. El mencionado Comité ha precisado que las jurisdicciones especiales o especializadas sólo se pueden admitir legítimamente bajo el derecho internacional si existen motivos razonables y objetivos que hagan necesaria su existencia¹⁵⁷. De no ser así, se configura una violación del derecho a la igualdad ante los tribunales y ha de juzgar un tribunal competente con las garantías del debido proceso. En ese mismo sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos, basándose “en los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos”, concluyó que sólo es discriminatoria una distinción cuando “carece de justificación objetiva y razonable”¹⁵⁸. Asimismo la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “existen, en efecto, ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia. Por el contrario, pueden ser un vehículo para realizarla o para proteger a quienes aparezcan como jurídicamente débiles. [...] No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana”¹⁵⁹.

La existencia de tribunales o jurisdicciones especializadas es admitida y se fundamenta en la especificidad de la materia o de los sujetos justiciables.

¹⁵⁶ *Ibidem*.

¹⁵⁷ Dictamen de 4 de abril de 2001, Comunicación N° 819/1998, Caso *Joseph Kavanagh c. Irlanda*, documento de las Naciones Unidas CCPR/C/71/D/819/1998, de 26 de abril de 2001.

¹⁵⁸ Corte Europea de Derechos Humanos, sentencia de fondo de 23 de julio de 1968, Caso *Certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium*, pág. 34 (original en inglés, traducción libre).

¹⁵⁹ Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984, *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización*, serie A No.4, párrafos 56-57.

Bajo el derecho internacional de los derechos humanos, jurisdicciones especializadas o distintas a la jurisdicción ordinaria sólo son legítimas y legalmente válidas si existen motivos razonables y objetivos que justifiquen su existencia. Dentro de los motivos razonables y objetivos aceptados, la jurisprudencia internacional ha identificado dos: la especial condición jurídica o vulnerabilidad del justiciable que requiere una protección especial, como son los indígenas y los menores de edad; y la especificidad de la materia, como los delitos estrictamente militares.

Así, en materia penal y de manera excepcional, la existencia de tribunales o jurisdicciones especializadas para ciertos sujetos, como los indígenas y los menores de edad, es reconocida por el derecho internacional y está consagrada en diversos instrumentos¹⁶⁰. Uno de los fundamentos para la creación de jurisdicciones indígenas o de un tratamiento diferencial en materia penal o procesal penal ha sido, según algunos autores, el “derecho al propio derecho [o sea] la participación en un sistema cultural determinado, [con lo cual] en principio cada persona o grupo humano tiene derecho a ser juzgado dentro del sistema normativo que pertenece a su cultura”¹⁶¹. Ello es igualmente el resultado del reconocimiento de una especificidad étnica y cultural así como del derecho indígena o consuetudinario. En ese sentido, cabe señalar que la *Declaración y el Programa de Viena*, adoptados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (1993), pusieron de relieve la participación y la incomparable contribución de las poblaciones indígenas al desarrollo y al pluralismo de la sociedad y recomendó a los Estados “tomar medidas positivas concertadas, acordes con el derecho internacional, a fin de garantizar el respeto de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las poblaciones indígenas, sobre la base de la igualdad y la no discriminación, y reconocer el valor y la diversidad de sus diferentes identidades, culturas

¹⁶⁰ Ver, por ejemplo: *Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes* (artículos 9 y 10); *Declaración y el Programa de Viena, adoptados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos* (Parte I, párrafo 20); *Convención de los Derechos del Niño* (artículo 40, párrafo 3); *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores* (“Reglas de Beijing”); y las *Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil* (“Directrices de Riad”).

¹⁶¹ Yrigoyen Fajardo, Raquel Z., “Reconocimiento constitucional del derecho indígena en los países andinos (Colombia, Perú, Bolivia y Ecuador)”, en revista *Pena y Estado* N° 4, Buenos Aires, ediciones INECIP - Editorial El Puerto, 2000.

y sistemas de organización social”¹⁶². Asimismo, el *Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*, en sus artículos 9 y 10, prescribe la existencia de jurisdicciones especiales para las comunidades y pueblos indígenas, en razón de su especificidad cultural. En particular, el artículo 9 (1) prescribe que “en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”. Algunos autores consideran que con la ratificación de este Convenio, los Estados parte “admiten ‘el pluralismo jurídico interno’ bajo el techo constitucional, al respetar formas de control y producción jurídica emitidas por instancias sociales (pueblos indígenas) distintas a las instituciones estatales (organismo o poder judicial, etc.)”¹⁶³.

En lo que atañe a la administración de justicia respecto de los menores, el principio retenido internacionalmente es que estos deben estar sometidos a una jurisdicción especializada. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha precisado que la existencia de jurisdicciones penales especializadas de menores se justifica en razón de la obligación impuesta por el artículo 24 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* de conceder una especial protección a los menores, dada su condición jurídica y vulnerabilidad¹⁶⁴. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado igualmente que la inmadurez y vulnerabilidad de los menores exige de una protección especial por parte del Estado, lo que requiere una “forma diferenciada y específica [...] y el establecimiento de órganos jurisdiccionales especializados para el conocimiento de conductas penalmente típicas atribuidas a [los menores]”¹⁶⁵. Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño ha precisado que “los niños se diferencian de los adultos tanto en su desarrollo físico y psicológico como

¹⁶² *Declaración y Programa de Acción de Viena*, Parte I, párrafo 20.

¹⁶³ Yrigoyen Fajardo, Raquel Z, “Reconocimiento constitucional del derecho indígena en los países andinos (Colombia, Perú, Bolivia y Ecuador)”, en revista *Pena y Estado*, N° 4, Buenos Aires, ediciones INECIP - Editorial El Puerto, 2000.

¹⁶⁴ Comité de Derechos Humanos, *Observación general N° 17 (relativa al artículo 24 del Pacto)*, párrafos 1 y 2.

¹⁶⁵ Opinión Consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, párrafo 109.

por sus necesidades emocionales y educativas. Esas diferencias constituyen la base de la menor culpabilidad de los niños que tienen conflictos con la justicia. Estas y otras diferencias justifican la existencia de un sistema separado de justicia de menores y hacen necesario dar un trato diferente a los niños. La protección del interés superior del niño significa, por ejemplo, que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, represión/castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restitutiva cuando se trate de menores delincuentes”¹⁶⁶.

¹⁶⁶ *Observación General No. 10, Los Derechos del Niño en la Justicia de menores*, Documento de las Naciones Unidas CRC/C/GC/10 de 25 de abril de 2007, párrafo 10.

VII. Jurisdicción penal militar

“En un Estado democrático de derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Por ello, sólo se debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar”, Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁶⁷

1. Tendencias y evolución

Frecuentemente, se ha justificado la jurisdicción penal militar como una consecuencia natural de la existencia del Ejército y comúnmente se afirma que la “justicia militar” es un fenómeno tan antiguo como el Ejército. Algunos autores consideran que en Roma “floreció lo que hoy constituye el Derecho Penal Militar”¹⁶⁸, mientras que otros se remontan a la Grecia antigua¹⁶⁹. En el

¹⁶⁷ *Caso Palamara Iribarne c. Chile*, sentencia de 22 de noviembre de 2005, serie C No. 135, párrafo 124.

¹⁶⁸ Francisco Jiménez y Jiménez, *Introducción al Derecho Penal Militar*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1987, pág. 178.

¹⁶⁹ Así se cita frecuentemente el Caso de la corte militar que condenaría a la muerte al general Filotas por conspirar contra Alejandro Magno, en el año 330 A.C. (“Military Jurisdiction Seminar, 10-14 October 2001 at Rhodos - Report”, recuperado en página web de la Sociedad Internacional de Derecho Penal Militar y de Derecho de la Guerra: <http://www.soc-mil-law.org/seminar%20Rhodos%20Report.htm>).

imperio romano, la disciplina de las tropas era resuelta mediante la aplicación del principio “el que manda es el que juzga” y la predominante figura del *Magister Militari*. También en ese periodo histórico es acuñada la famosa frase de Cicerón “*silent leges inter arma*” (las leyes callan ante las armas), dando cuenta de la *sui generis* relación entre el derecho y lo militar. No obstante, esa visión eurocéntrica del mundo, que no tiene en cuenta las realidades y los fenómenos históricos de otras regiones del planeta, es hoy contestada. Así, en 1979, en el VIII Congreso Internacional de la Sociedad Internacional de Derecho Penal Militar y de Derecho de la Guerra, el Auditor de Guerra y profesor universitario belga John Gilissen concluía: “no parece que se pueda hablar de justicia militar antes de los Siglos XV y XVI”¹⁷⁰.

La conocida frase “donde hay un ejército, hay una justicia militar”¹⁷¹, que buscaba justificar la existencia de los tribunales militares como un elemento inherente a la existencia del aparato militar y, por tanto, como un dato histórico incuestionable, ha sido ampliamente desvirtuada. Históricamente, la existencia de ejércitos no estuvo siempre acompañada de órganos de justicia militar. China imperial es un ejemplo de ello¹⁷². En la actualidad, en un número creciente de países que disponen de ejércitos, no existe un sistema de justicia penal militar en tiempos de paz o éste sólo está previsto en casos conflictos armados internacionales, guerras u operaciones militares extraterritoriales¹⁷³. En estos países, la represión de los ilícitos en las filas castrenses es asegurada por la jurisdicción ordinaria o por órganos administrativos disciplinarios. En otros países que disponen de ejércitos y que son activos especialmente en operaciones militares extraterritoriales, como Bélgica, la jurisdicción penal militar fue simplemente derogada tanto en tiempos de paz como de guerra.

¹⁷⁰ John Gilissen, *Evolution actuelle de la justice militaire - Rapport général*, en *Huitième Congrès International, Ankara, 11-15 octobre 1979, L'Evolution actuelle de la justice militaire*, Recueils de la Société internationale de droit pénal militaire et de droit de la guerre, VIII, Volume 1, Bruxelles, 1981, pág. 48 (original en francés, traducción libre).

¹⁷¹ *Ibid.*, pág. 39.

¹⁷² Ver Tsien Tche-hao, “L'évolution actuelle de la justice militaire en Chine”, en *L'évolution actuelle de la justice militaire - Huitième Congrès international, Ankara 1979*, Recueils de la Société Internationale de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre, Tom. VIII, Vol. II, pág. 177. Ver, igualmente, Federico Andreu Guzmán, *Fuero Militar y derecho internacional, los tribunales militares y las graves violaciones a los derechos humanos*, Comisión Internacional de Juristas / Comisión Colombiana de Juristas, Opciones Gráficas Editores, Bogotá, Colombia, 2003, págs. 200 y siguientes.

¹⁷³ Ver, por ejemplo: Alemania, Argentina, Austria, Dinamarca, Eslovenia, Estonia, Francia, Guinea, Japón, Noruega, Países Bajos, Portugal, República Checa, Senegal y Suecia.

En otros, esta supresión ha resultado de decisiones de altas cortes de justicia. Así, en marzo de 2001, la Corte Suprema de Sudáfrica decretó la suspensión de la aplicación del Código de Justicia Militar, al considerar *prima facie* que la jurisdicción penal militar no es compatible con el principio de igualdad ante la ley y la protección judicial garantizados en la Constitución y que “lo militar no es inmune a los cambios democráticos. El mantenimiento de la disciplina en las fuerzas de defensa no justifica la violación de los derechos de los soldados, mediante el refuerzo de esta disciplina militar a través de un sistema de acusación inconstitucionales”¹⁷⁴.

En las últimas décadas se ha consolidado paulatinamente una tendencia a reducir la competencia de las jurisdicciones castrenses, tanto *rationae tempore* y *rationae personae* como *rationae materiae*, así como una evolución de sus estructuras y procedimientos hacia la “civilización” de los tribunales militares; es decir, hacia un aumento del papel de los civiles, en particular los magistrados civiles, en la composición de los tribunales militares y el alineamiento del proceso militar sobre el procedimiento ordinario de la jurisdicción penal¹⁷⁵. En su informe de 2002, el Relator Especial sobre la Administración de Justicia por los Tribunales Militares, de la antigua Subcomisión de Promoción y de Protección de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, constataba la profundización de estas tendencias evolutivas¹⁷⁶. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en una sentencia de 2005, constató igualmente esta tendencia al asegurar que “la jurisdicción penal militar en los Estados democráticos, en tiempos de paz, ha tendido a reducirse e incluso a desaparecer, por lo cual, en caso de que un Estado la conserve, ésta debe ser mínima y encontrarse inspirada en los principios y garantías que rigen el derecho penal moderno”¹⁷⁷. Más recientemente, en la 8ª Conferencia Internacional de

¹⁷⁴ Ordenanza de 29 de marzo de 2001, párrafo 14.6 (original en inglés, traducción libre).

¹⁷⁵ Ver, entre otros: Gilissen, John, “Evolution actuelle de la justice militaire - Rapport général”, en *Huitième Congrès International, Ankara, 11-15 octobre 1979, L'Evolution actuelle de la justice militaire, Recueils de la Société internationale de droit pénal militaire et de droit de la guerre, VIII, Volume I*, Bruxelles, 1981, pág. 48 ; y Francisco Jiménez y Jiménez, *Introducción al Derecho Penal Militar*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1987, pág. 46.

¹⁷⁶ Documento de las Naciones Unidas, E/CN.4/Sub.2/2002/4, de 9 julio de 2002.

¹⁷⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Palamara Iribarne c. Chile*, sentencia de 22 de noviembre de 2005, serie C No. 135, párrafo 132. Ver, igualmente: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Usón Ramírez c. Venezuela*, sentencia de 20 de noviembre de 2009, serie C No. 207, párrafo 108.

Derecho Penal Militar (Budapest, junio de 2007), el Auditor General de las Fuerzas Armadas de Noruega, Arne Willy Dahl, constató que ese creciente proceso de “civilización” de las jurisdicciones militares se expresaba, por una parte, en la reducción de los ámbitos de competencia de los tribunales militares y, por otra, en la abolición de las jurisdicciones militares¹⁷⁸. Asimismo, Dahl señalaba que uno de los factores y una precondition de este proceso era la subordinación de las fuerzas militares a los poderes políticos civiles¹⁷⁹.

En las tres últimas décadas se han registrado en numerosos países, de diferentes regiones del mundo y con tradiciones jurídicas y sistemas legales distintos, varios procesos de reforma de los sistemas de jurisdicción militar. Estos consolidan progresivamente, y de diverso modo y nivel, varias tendencias en materia de fuero militar registradas desde los años sesenta del siglo pasado, como lo señaló John Gilissen en 1979, esto es: una tendencia a la reducción del ámbito material, personal y temporal de competencia de las jurisdicciones castrenses, así como una evolución de sus estructuras “hacia la civilización de los tribunales militares, es decir hacia un aumento del papel de los civiles, en particular los magistrados civiles, en la composición de los tribunales militares”¹⁸⁰.

Estas tendencias confluyen en varias direcciones complementarias: en la transformación del fuero militar en un fuero funcional, fundado en la noción de “delito estrictamente militar”, en contraposición a la tradicional concepción de la “justicia militar como un fuero personal o un privilegio de clase”; en la “civilización” de la jurisdicción penal militar; y en el reforzamiento de las garantías judiciales de los militares justiciables ante los tribunales militares. Asimismo, es importante señalar que estas tendencias han sido altamente influenciadas por la normatividad internacional de derechos humanos y por la actividad de los órganos y mecanismos internacionales que los protegen. De esta manera, por ejemplo, las sucesivas reformas introducidas en la jurisdicción

¹⁷⁸ Dahl, Arne Willy, “International trends in military justice”, Presentation at the 8th International Military Criminal Law Conference in Budapest in 6-10 June, 2007, en <http://home.scarlet.be/~ismllw/new/2008-01-International%20Trends%20in%20Military%20Justice-UK.pdf>.

¹⁷⁹ *Ibidem*.

¹⁸⁰ John Gilissen, Evolution actuelle de la justice militaire - Rapport général”, en *Huitième Congrès International, Ankara, 11-15 octobre 1979, L'Evolution actuelle de la justice militaire, Recueils de la Société internationale de droit pénal militaire et de droit de la guerre, VIII, Volume 1*, Bruselas, 1981, pág. 48.

militar británica han sido motivadas por importantes sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos¹⁸¹, así como por la adopción en 1998 de la Ley de Derechos Humanos (*Human Rights Act*), cuyo expreso propósito era el de “dar un efecto más amplio a los derechos y libertades garantizados en la Convención Europea de Derechos Humanos”¹⁸². La reforma de la jurisdicción penal militar argentina, como expresamente lo asevera la exposición de motivos de la ley, ha sido motivada por decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹⁸³. Asimismo, el proceso en curso de reforma de la jurisdicción penal militar en Chile tiene su fundamento, entre otros, en una Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁸⁴. La jurisprudencia interamericana y la del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas han tenido una importancia trascendental en las reformas legales o en el desarrollo de la jurisprudencia nacional en países, por ejemplo, como Colombia, Guatemala, Honduras y Perú. Así, de manera esquemática, se pueden reagrupar estas tendencias en las siguientes cuatro grandes orientaciones.

A. La supresión de las jurisdicciones penales militares en tiempos de paz

Un número creciente de países ha realizado tal tipo de reforma. Así, por ejemplo, cabe destacar a Alemania, Austria, Dinamarca, Eslovenia, Estonia, Francia, Japón, Noruega, Países Bajos, Portugal, República Checa, Senegal

¹⁸¹ Entre otras sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos, que han llevado al Reino Unido a modificar la jurisdicción penal militar, cabe destacar: la sentencia de 25 de febrero de 1997, *Caso Findlay c. Reino Unido* (Comunicación No. 110/1995/616/706); la sentencia de 24 de septiembre de 1997, *Caso Coyne c. Reino Unido* (Comunicación No. 124/1996/734/942); la sentencia de 18 de febrero de 1999, *Caso Hood c. Reino Unido* (Comunicación No. 27267/95); y la sentencia de 18 de febrero de 1999, *Caso Cable y otros c. Reino Unido* (Comunicaciones Nos. 24436/1994 y otras).

¹⁸² Preámbulo de la Ley de Derechos Humanos.

¹⁸³ La exposición de motivos de la Ley 26.394 de 26 de agosto de 2008 hace expresa referencia a los Casos No. 11.758, *Rodolfo Correa Belisle vs. Argentina*, y No. 12.167, *Argüelles y otros vs. Argentina*, en los cuales Argentina “se comprometió, como parte del proceso de solución amistosa, a impulsar la reforma integral del sistema de administración de justicia penal en el ámbito castrense, a fin de adecuarlo a los estándares internacionales de derechos humanos aplicables a la materia”.

¹⁸⁴ *Caso Palamara Iribarne c. Chile*, sentencia de 22 de noviembre de 2005, serie C No. 135.

y Suecia. La represión de los ilícitos se hace a través de las jurisdicciones disciplinarias militares o administrativas y, simultáneamente, con la acción de los tribunales penales ordinarios.

En América Latina, Argentina es el primer país en registrar tal reforma¹⁸⁵. Es interesante destacar que, con la reforma argentina, aún en tiempo de guerra, la competencia para conocer de los delitos cometidos por militares radica en principio en la jurisdicción ordinaria y sólo en circunstancias excepcionales previstas por la ley y referidas a la imposibilidad material de administrar justicia por los jueces ordinarios, se pueden constituir Consejos de Guerra¹⁸⁶. En Chile y Uruguay cursan sendas reformas de la jurisdicción penal militar en esa misma dirección.

Algunos otros países han optado por una línea más radical. Por ejemplo, en Bélgica, los tribunales militares fueron definitivamente suprimidos y todos los delitos cometidos por militares son de resorte de la jurisdicción ordinaria. Dado que el Ejército belga ha estado asociado con operaciones militares extraterritoriales, generalmente en el marco de las operaciones de mantenimiento de la paz de Naciones Unidas o de operaciones de la OTAN, un fiscal es asignado al contingente militar enviado al exterior y el juicio se surte ante un tribunal ordinario con sede en Bélgica. En Guinea, la Ley Fundamental adoptada el 23 de diciembre de 1990, suprimió de tajo los tribunales militares. En Sudáfrica, por decisión de la Corte Constitucional de ese país, se suspendió la aplicación de la jurisdicción penal militar.

B. La integración de la jurisdicción militar en la jurisdicción ordinaria

Este tipo de reforma ha generalmente operado a través de la creación de salas de lo penal militar en los tribunales ordinarios y las cortes supremas de justicia. Así cabe destacar la reforma de los tribunales militares de Portugal, resultado

¹⁸⁵ Ley 26.394 de 26 de agosto de 2008.

¹⁸⁶ Anexo II de la Ley 26.394 de 26 de agosto de 2008, *Modificaciones al código penal y al código procesal penal de la Nación*.

de la reforma constitucional de 1997 y del nuevo Código de Justicia Militar de 2003, que suprimió la existencia de los tribunales militares en tiempos de paz, pero mantuvo estos tribunales para tiempos de guerra. El conocimiento de los crímenes estrictamente militares, cometidos en tiempos de paz, pasó a ser competencia de la jurisdicción ordinaria, a través de salas especializadas. No obstante, hay que precisar que la supresión de los tribunales militares en tiempos de paz no significó la desaparición de la figura de los jueces militares ni la no aplicación del Código de Justicia Militar. El nuevo Código de Justicia Militar sienta como principio el carácter de *lex specialis* de la legislación penal militar, al disponer que la legislación penal ordinaria se aplicará en tanto no sea contraria al estatuto penal militar¹⁸⁷.

En el hemisferio americano, la nueva Constitución Política de Ecuador optó por ese modelo. En efecto, su artículo 160 prescribe que “los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional serán juzgados por los órganos de la Función Judicial; en el caso de delitos cometidos dentro de su misión específica, serán juzgados por salas especializadas en materia militar y policial, pertenecientes a la misma Función Judicial”.

C. La “civilización” de los tribunales y procedimientos militares

La noción de “civilización” de la jurisdicción penal militar ha sido acuñada desde los años sesenta del siglo pasado por la Sociedad Internacional del Derecho Penal Militar y del Derecho de la Guerra. Esta tendencia ha operado en varias direcciones, frecuentemente complementarias. Un primer aspecto ha sido el aumento del papel de los civiles, en particular los magistrados civiles, en la composición de los tribunales militares o en el procedimiento penal militar. Por ejemplo, Finlandia y Hungría han reformado sus jurisdicciones militares, aumentando el papel de los magistrados civiles en los procedimientos. Otro ejemplo lo constituye Brasil: el Tribunal Superior Militar, máximo órgano del Fuero Militar Federal, está integrado por quince ministros vitalicios,

¹⁸⁷ Artículo 2º del Código de Justicia Militar.

nombrados por el Presidente de la República después de aprobación del Senado¹⁸⁸, de los cuales cinco son magistrados civiles. En el Reino Unido, la composición del primer nivel de jurisdicción es mixta: tanto oficiales en servicio activo de las Fuerzas Armadas como magistrados profesionales concurren a integrar las cortes marciales.

Un segundo aspecto ha sido el establecimiento de tribunales de alzada, integrados exclusivamente por magistrados civiles, o la asignación de la segunda instancia a tribunales de la justicia ordinaria. En el Reino Unido, el segundo grado de jurisdicción está integrado exclusivamente por magistrados profesionales civiles. En el continente americano, es importante destacar la experiencia de la Argentina posdictatorial. Con el restablecimiento de la normalidad institucional, iniciado a finales de 1983, se plantearía el problema del enjuiciamiento de los militares responsables de las graves violaciones a los derechos humanos cometidas durante el periodo dictatorial. Poco antes de abandonar el poder, el gobierno militar de facto había expedido una Ley de Autoamnistía¹⁸⁹, pero ésta sería anulada por el Congreso Nacional¹⁹⁰. El nuevo Gobierno civil ordenaba enjuiciar a los excomandantes de las tres primeras juntas militares, por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas, máximo órgano de la jurisdicción penal militar, mediante el procedimiento de juicio sumario¹⁹¹. En 1984, era expedida la Ley No. 23.049, reformando varias disposiciones del Código de Justicia Militar. Mediante esta reforma, se prescribía que los delitos cometidos por las Fuerzas Armadas y el personal policial y de seguridad del Estado, entre el 24 de marzo de 1976 y el 26 de septiembre de 1983, serían de competencia del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas y se tramitarían por el procedimiento sumario en tiempos de paz. No obstante, el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas se negó a procesar a sus pares¹⁹². Asimismo, la Ley No. 23.049 de 1984 estableció que, en tiempo de paz, la segunda instancia de las sentencias de los tribunales militares se surtiría ante la jurisdicción ordinaria y, en concreto, ante la Cámara Federal de Apelaciones. Ésta asumiría la competencia del proceso contra los

¹⁸⁸ Artículo 123 de la Constitución y artículo 3° de la Ley de Organización Judicial Militar.

¹⁸⁹ Ley No. 22.924 de 22 de septiembre de 1983.

¹⁹⁰ Ley No. 23.040 de 1983.

¹⁹¹ Decreto No. 158 de 1993.

¹⁹² Resolución del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas de 25 de septiembre de 1984.

excomandantes de las juntas militares. El 9 de diciembre de 1985, la Cámara Federal condenaba a cuatro de los nueve excomandantes por algunos de los cargos formulados por la Fiscalía, sentencia que sería confirmada por la Corte Suprema de Justicia el 30 de diciembre de 1986.

Un tercer aspecto ha sido la separación de los funcionarios de la jurisdicción penal militar de la cadena de mando, creándose un cuerpo separado de la estructura de mando operacional de las fuerzas armadas. Así, varios países han establecido “cuerpos de justicia penal militar” independientes de la estructura operacional de las fuerzas militares y de la cadena de mando, como por ejemplo Canadá, España, Irlanda y el Reino Unido. No obstante, el desarrollo de estos “cuerpos” ha sido desigual y, en su mayoría, sólo cobijan a las autoridades judiciales militares a cargo de la investigación y acusación —jueces de instrucción o fiscales— y no a los jueces de conocimiento. Por otro lado, aunque están separados de la cadena de mando, estos “cuerpos de justicia penal militar” están bajo la dependencia o tutela de los ministerios de defensa y sus funcionarios judiciales están sometidos a los regímenes de ascensos y disciplinarios de las fuerzas armadas, lo cual socaba de facto su real capacidad de independencia y autonomía.

Finalmente, otro aspecto ha sido el alineamiento de los procedimientos penales militares sobre el procedimiento penal ordinario y en especial la introducción de los recursos de apelación y la figura de la parte civil. En Canadá, Hungría, Irlanda, el Reino Unido y Yugoslavia, han hecho varias reformas en ese sentido.

D. La restricción de los ámbitos de competencia de los tribunales militares

La restricción del ámbito de competencia de la jurisdicción penal militar a los delitos estrictamente militares cometidos por personal militar es la tendencia más universal registrada. Tal restricción ha operado, generalmente de manera complementaria, en tres sectores: la prohibición del juzgamiento de civiles

por tribunales militares; la interpretación restrictiva del delito militar y, en particular, del delito de función; y la exclusión de las graves violaciones de derechos humanos del ámbito judicial castrense.

La restricción o supresión del juzgamiento de civiles por tribunales castrenses es una práctica cada vez más creciente. En varios países esta restricción tiene consagración en una norma constitucional, como: México¹⁹³ (esta prohibición es de larga data), Grecia¹⁹⁴, Honduras¹⁹⁵, Haití¹⁹⁶, Colombia¹⁹⁷, Guatemala¹⁹⁸, Nicaragua¹⁹⁹ y Paraguay²⁰⁰. En otros países, como Perú y Uganda, ello ha sido fruto del desarrollo de la jurisprudencia nacional.

Las restricciones del alcance concepto de delito militar y en particular del “delito de función”²⁰¹ han sido fundamentalmente fruto de la jurisprudencia de las altas cortes de justicia nacionales. No obstante, ello ha sido igualmente cristalizado en las legislaciones nacionales e incluso en las constituciones políticas de numerosos países. Así, varias constituciones restringen el fuero militar a los delitos estrictamente militares cometidos por personal militar y radican en la jurisdicción ordinaria la competencia para el conocimiento de delitos comunes imputados al personal militar²⁰². Otros países han introducido estas restricciones a nivel legal. Así, por ejemplo, en 1996, el Código Militar de Guatemala fue reformado restringiendo la competencia de los tribunales castrenses a los delitos estrictamente militares y remitiendo a la jurisdicción ordinaria el conocimiento de los delitos comunes cometidos por militares²⁰³.

¹⁹³ Artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, adoptada en 1917 y en vigor hoy día.

¹⁹⁴ Artículo 96 (4) de la Constitución Política.

¹⁹⁵ Artículos 90 y 91 de la Constitución Política.

¹⁹⁶ Artículo 42 de la Constitución Política.

¹⁹⁷ Artículo 213 de la Constitución Política.

¹⁹⁸ Artículo 219 de la Constitución Política.

¹⁹⁹ Artículo 93 de la Constitución Política.

²⁰⁰ Artículo 174 de la Constitución Política de 1992.

²⁰¹ Igualmente llamado “acto de servicio”, “delito cometido con ocasión al servicio” o “delito de ámbito castrense”.

²⁰² Ver, por ejemplo: Constitución de Nicaragua (artículo 93); Constitución de Ecuador (artículo 187); Constitución de El Salvador (artículo 216); Constitución de Paraguay (artículo 174); y Constitución de Uruguay (artículo 253).

²⁰³ Decreto N° 41-96 de 1996.

El Congreso de Honduras adoptó un decreto²⁰⁴ para clarificar el alcance de la disposición constitucional relativa al fuero militar o fuero de guerra²⁰⁵. El Congreso hondureño aclaró que el fuero militar era competente para “delitos o faltas de naturaleza estrictamente militar” y que “en caso de conflicto de competencia en cuando a si el delito es penal común o penal militar, prevalecerá el fuero común”²⁰⁶.

La exclusión de las violaciones graves de derechos humanos cometidas por miembros de las fuerzas armadas o policiales del ámbito de competencia de los tribunales militares, ha sido una tendencia cada vez más creciente. Como lo constató el Relator sobre la Administración de Justicia por los Tribunales Militares de las Naciones Unidas, son cada vez más numerosos los países que en su derecho nacional excluyen del ámbito de competencia de los tribunales militares las violaciones graves de derechos humanos cometidas por miembros de las fuerzas armadas o policiales²⁰⁷. Estas modificaciones han sido introducidas mediante la adopción de nuevos textos o enmiendas constitucionales; reformas de la legislación penal militar o de los códigos de procedimiento penal ordinarios; o vía jurisprudencial por parte de cortes supremas de justicia o tribunales constitucionales. Así, en materia constitucional cabe destacar las Constituciones de Bolivia de 1995²⁰⁸ y de 2009²⁰⁹, de Ecuador de 1998²¹⁰, de Haití²¹¹, de Nicaragua²¹², Paraguay²¹³ y de la República Bolivariana de Venezuela²¹⁴. En materia de legislación penal o

²⁰⁴ Decreto N° 58-93 de 30 de marzo de 1993, publicado en *La Gaceta*, No. 27.059 del 2 de junio de 1993.

²⁰⁵ El artículo 90 de la Constitución prescribe que “se reconoce el fuero de guerra para los delitos y faltas de orden militar”.

²⁰⁶ Artículo 1° del Decreto N° 58-93.

²⁰⁷ Documento de las Naciones Unidas, E/CN.4/Sub.2/2002/4, de 9 julio de 2002.

²⁰⁸ Artículo 34: “Los que vulneren derechos y garantías constitucionales quedan sujetos a la jurisdicción ordinaria”.

²⁰⁹ Artículo 180.

²¹⁰ Artículo 187.

²¹¹ Artículo 42 (3): “los Casos de conflicto entre civiles y militares, los abusos, las violencias y los crímenes perpetrados contra un civil por un militar en el ejercicio de sus funciones son de competencia de los tribunales de derecho común”.

²¹² Artículo 93.

²¹³ Artículo 174.

²¹⁴ Artículo 29 (2): “Las violaciones de derechos humanos y los delitos de lesa humanidad serán investigados y juzgados por los tribunales ordinarios”. El artículo 261 prescribe igualmente que “La comisión de delitos comunes, violaciones de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad, será juzgada por los tribunales ordinarios”.

penal militar, cabe destacar: Colombia²¹⁵, Honduras²¹⁶, Guatemala²¹⁷, Perú²¹⁸ y Uruguay²¹⁹. Esta exclusión de las graves violaciones de derechos humanos del ámbito de competencia de los tribunales militares ha operado igualmente mediante la jurisprudencia de las cortes supremas de justicia y los tribunales constitucionales, como, por ejemplo, en Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, El Salvador, Guatemala, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

2. Marco jurídico internacional

Ciertamente, ningún tratado o instrumento internacional de derechos humanos prohíbe la existencia *per se* de las jurisdicciones penales militares. Asimismo,

²¹⁵ El Código Penal Militar de 1999 (artículo 3: “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior; en ningún Caso podrán considerarse como relacionados con el servicio los delitos de tortura, el genocidio y la desaparición forzada, entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia.”); la Ley No. 589 de 2000 por medio de la cual se tipificaron como delitos la tortura, la desaparición forzada y el genocidio (radica en la jurisdicción ordinaria la competencia para conocer de estos ilícitos penales); y del Código Penal Militar de 2010 (artículo 3º : “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior , en ningún Caso podrán relacionarse con el servicio los delitos de tortura, genocidio, desaparición forzada, de lesa humanidad o aquellos que atenten contra el Derecho Internacional Humanitario entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia, ni las conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio”).

²¹⁶ Decreto N° 58-93 de 30 de marzo de 1993.

²¹⁷ El Decreto 41-96, que modificó el artículo 2 del Código Militar, establece a su artículo 1: “La jurisdicción en los delitos o faltas esencialmente militares corresponde exclusivamente a los tribunales que esta ley designa. En los Casos de delitos o faltas comunes o conexos cometidos por militares, se aplicará el Código Procesal Penal y serán juzgados por tribunales ordinarios a que se refiere la Ley del Organismo Judicial”.

²¹⁸ La Ley No. 26926 de 1998, que incorporó al Código Penal ordinario los delitos de genocidio, desaparición forzada y tortura, establece que estos delitos se “tramitarán en la vía ordinaria y ante el fuero común”.

²¹⁹ La Ley No. 18.026 de 25 de septiembre 2006, que tipificó el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra, el “homicidio político”, la tortura, la desaparición forzada, la “privación grave de la libertad” y la “agresión sexual contra persona privada de libertad”, prescribe a su artículo 11 que “Los crímenes y delitos tipificados en la presente ley no podrán considerarse como cometidos en el ejercicio de funciones militares, no serán considerados delitos militares y quedará excluida la jurisdicción militar para su juzgamiento”.

el Comité de Derechos Humanos²²⁰, la Corte Europea de Derechos Humanos²²¹, la Comisión²²² y la Corte²²³ Interamericanas de Derechos Humanos y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos²²⁴, han considerado unánimemente que la existencia de tribunales militares no es en principio *per se* incompatible con las normas relativas a la independencia e imparcialidad de la judicatura. Las jurisprudencias de las cortes y los órganos de tratados de derechos humanos son reiterativas en afirmar que los tribunales militares deben reunir las mismas características de independencia, imparcialidad y competencia inherentes a todo tribunal de justicia²²⁵. La Asamblea General de las Naciones Unidas ha exhortado a las autoridades de varios países a “reformar la justicia militar de conformidad con las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”²²⁶.

²²⁰ “Observación general No. 32, Artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia”, en Documento de las Naciones Unidas CCPR/C/GC/32 de 23 de agosto de 2007, párrafo 22.

²²¹ Sentencia de 4 de mayo de 2006, *Caso Ergin c. Turquía*, Petición No. 47533/99; sentencia de 21 de septiembre de 2006, *Caso Maszni vs. Rumania*, Petición No. 59892/00; y sentencia de 10 de mayo de 2001, *Caso Chipre c. Turquía*, Petición No. 25781/94.

²²² Ver por, ejemplo, Resolución “Terrorismo y Derechos Humanos”, de 12 de diciembre de 2001.

²²³ Ver, por ejemplo, sentencia de 16 de agosto de 2000, *Caso Durand y Ugarte c. Perú*, serie C No. 68.

²²⁴ Ver, por ejemplo, Decisión de 7 mayo de 2001, Comunicación No. 218/98 (Nigeria).

²²⁵ Ver, entre otros: Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 32, *Artículo 14, El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia*, párrafo 22; Corte Europea de Derechos Humanos, sentencia de 4 de mayo de 2006, *Caso Ergin vs. Turquía* (N° 47533/99), sentencia de 21 de septiembre de 2006, *Caso Maszni vs. Rumania* (N° 59892/00) y sentencia de 10 de mayo de 2001, *Caso Chipre vs. Turquía* (N° 25781/94); Comisión Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos, Decisión de 6 de noviembre de 2000, Comunicación 224/98, *Caso Media Rights Agenda vs. Nigeria*, párrafos 60 y siguientes y Decisión de 7 de mayo de 2001, Comunicación 218/98 (Nigeria), párrafo 44; Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 30 de mayo de 1999, *Caso Castillo Petruzzi y Otros Vs. Perú*, serie C No. 52, párrafo 129, y sentencia de 18 de agosto de 2000, *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú*, serie C No. 69, párrafos 74 y 114; y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Segundo Informe sobre la situación de los derechos humanos en Perú*, OEA/Ser.L/V/II.106, doc. 59 rev., de 2 junio 2000, Capítulo II “Administración de justicia y estado de derecho”, e *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., de 22 octubre 2002.

²²⁶ Resolución 56/173, “Situación de los derechos humanos en la República Democrática del Congo” de 19 de diciembre de 2001, párrafo 3 (b). En el mismo sentido, ver Resolución 54/179, “Situación de los derechos humanos en la República Democrática del Congo”, de 17 de diciembre de 1999; Resolución 55/117, “Situación de los derechos humanos en la República Democrática del Congo”; Resolución 40/145, “Situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales en Chile”, de 13 de diciembre de 1985; y Resolución 41/161, “Situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales en Chile”, de 4 de diciembre de 1986.

Igualmente, los procedimientos penales militares, cuando observan las garantías judiciales prescritas por el derecho internacional de derechos humanos, pueden ser compatibles con los estándares del debido proceso. Como lo señaló con razón el Relator Especial sobre la Administración de Justicia por Tribunales Militares, profesor Emmanuel Decaux, “o bien la justicia militar se ajusta a los principios de la buena administración de justicia y se convierte en una justicia como las demás, o bien se pretende que constituya una ‘justicia de excepción’, un sistema aparte, sin contrapesos ni control, que abre la puerta a todos los abusos y no tiene de justicia más que el nombre. [...] Entre la sacralización y la demonización, el proceso en curso toma la vía de la normalización, de la ‘civilización’ de la justicia militar [...] De lo que se trata es de la legalidad de la justicia militar. A este respecto, la ‘constitucionalización’ de los tribunales militares que existe en diversos países no debe situarlos fuera del derecho ordinario, por encima de la ley, sino, muy al contrario, incluirlos en los principios del Estado de Derecho, empezando por los de la separación de poderes y de la jerarquía normativa”²²⁷.

Los tribunales militares, en tanto jurisdicción especializada distinta a la jurisdicción ordinaria, implican *per se* una afectación a los principios de igualdad ante los tribunales y del juez natural. Así que no basta que un tribunal militar reúna las condiciones en materia de independencia e imparcialidad previstas por el derecho internacional y que su procedimiento observe las garantías judiciales inherentes al debido proceso legal o juicio justo. Se requiere que el tribunal militar sea un tribunal competente.

El examen de si el tribunal es o no competente no se limita a si la legislación nacional le confiere o no competencia para conocer de determinadas materias. En efecto, el principio del tribunal competente o juez natural no es una noción formal: tiene un contenido material. Así lo ha reiterado la Corte Interamericana de Derechos Humanos al señalar que “para que se respete el derecho al juez natural [...] no basta con que la ley establezca previamente cuál será el tribunal que atenderá una causa y que le otorgue competencia a éste”²²⁸.

²²⁷ *La administración de justicia por los tribunales militares - Informe presentado por el Relator Especial de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, Emmanuel Decaux*, E/CN.4/2006/58 de 13 de enero de 2006, párrafos 8 y 11.

²²⁸ *Caso Usón Ramírez c. Venezuela*, sentencia de 20 de noviembre de 2009, serie C No. 207, párrafo 110.

Dada la naturaleza de jurisdicción especial o especializada de los tribunales militares y, por ende, la afectación de los principios del juez natural y de igualdad ante los tribunales y la ley, el test de competencia pasa inevitablemente en determinar si existen razones objetivas que justifiquen legítimamente coartar la competencia general de la jurisdicción ordinaria e introducir un tratamiento diferencial en materia judicial, al sustraer ciertas materias o determinada categoría de justiciables de los jueces penales ordinarios para someterlos a una jurisdicción especializada castrense. En este sentido, tratándose del juzgamiento de civiles por tribunales militares, el Comité de Derechos Humanos ha destacado que “la simple invocación de las disposiciones jurídicas internas a los efectos del procesamiento por tribunales militares de las personas acusadas de comisión de determinadas categorías de delitos graves no puede justificar, conforme a lo dispuesto en el Pacto, la utilización de esos tribunales”²²⁹.

Bajo el derecho internacional de los derechos humanos, las jurisdicciones penales militares —en tanto jurisdicciones especializadas que coartan el ámbito de competencia de la jurisdicción ordinaria y, por ende, conllevan *per se* una afectación a los principios de igualdad ante los tribunales y del juez natural— sólo son admitidas en razón de su especial ámbito de competencia material y personal, a saber: el conocimiento de delitos estrictamente militares cometidos por personal militar o policial. En ese sentido, el derecho internacional regula de manera restrictiva el ámbito de competencia de la jurisdicción penal militar, confiriéndole un carácter de fuero funcional y no de fuero personal, atado a la condición de militar del sujeto activo o pasivo de la infracción penal. Así, la jurisdicción penal militar sólo es admitida bajo el derecho internacional de los derechos humanos en razón de su especial ámbito de competencia material y personal, a saber: el conocimiento de delitos estrictamente militares cometidos por personal militar. Se trata de un fuero funcional restringido *rationae materiae* y *rationae personae* al conocimiento de los delitos estrictamente militares, o sea, aquellos que vulneran únicamente bienes jurídicos militares, imputados a personal militar.

²²⁹ Dictamen de 20 de julio de 2007, Comunicación No. 1173/2003, *Caso Benhadj c. Argelia*, párrafo 8.8. En el mismo sentido, ver: Dictamen de 28 de marzo de 2007, Comunicación No. 1172/200, *Caso Madani c. Argelia*, párrafo 8.7

A. Jurisprudencia internacional

La jurisprudencia interamericana ampliamente ha desarrollado la naturaleza, el alcance y el ámbito de competencia de la jurisdicción penal militar. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha constatado que “la jurisdicción militar se establece en diversas legislaciones para mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas”²³⁰ y que “inclusive, esta jurisdicción funcional reserva su aplicación a los militares que hayan incurrido en delito o falta dentro del ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias”²³¹. Igualmente, esta Corte ha precisado que “en un Estado democrático de Derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales vinculados con las funciones que la ley le asigna a las fuerzas militares. Así, debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar”²³².

Asimismo, la Corte Interamericana precisó en su sentencia de 30 de mayo de 1999 del caso *Castillo Petruzzi y Otros c. Perú*, que “cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori* el debido proceso, el cual, a su vez, encuéntrase íntimamente ligado al propio derecho de acceso

²³⁰ Sentencia de 18 de agosto de 2000, *Caso Cantoral Benavides c. Perú*, serie C No. 69, párrafo 112.

²³¹ *Caso Castrillo Petruzzi y Otros c. Perú*, sentencia de 30 de mayo de 1999, serie C No. 52, párrafo 128.

²³² *Caso Durand y Ugarte c. Perú*, sentencia de 16 de agosto de 2000, serie C No. 68, párrafo 117. En el mismo sentido, ver las sentencias de la Corte Interamericana: *Caso Palamara Iribarne c. Chile*, de 22 de noviembre de 2005; *Caso de la Masacre de Mapiripán c. Colombia*, de 15 de septiembre de 2005; *Caso Lori Berenson Mejía c. Perú*, de 25 de noviembre de 2005; *Caso de los 19 Comerciantes c. Colombia*, de 5 de julio de 2004; *Caso Las Palmeras c. Colombia*, de 6 de diciembre de 2001; y *Caso Cantoral Benavides c. Perú* de 18 de agosto de 2000; sentencia de 11 de mayo de 2007, *Caso de la Masacre de la Rochela c. Colombia*, serie C No. 163, párrafo 200; sentencia de 26 de septiembre de 2006, *Caso Almonacid Arellano y otros c. Chile*, serie C No. 154, párrafo 131; sentencia de 29 de noviembre de 2006, *Caso La Cantuta*, serie C No. 162, párrafo 142; y sentencia de 31 de enero de 2006, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello c. Colombia*, serie C No. 140, párrafo 189. Ver, igualmente: Federico Andreu Guzmán, *Fuero Militar y derecho internacional, los tribunales militares y las graves violaciones a los derechos humanos*, Comisión Internacional de Juristas / Comisión Colombiana de Juristas, Opciones Gráficas Editores, Bogotá, Colombia, 2003, págs. 102 y siguientes.

a la justicia”²³³. Dentro de los asuntos que son de competencia natural de la jurisdicción ordinaria y que no pertenecen al ámbito de los tribunales castrenses, la Corte ha señalado el juzgamiento de civiles o el juzgamiento de militares o policías por graves violaciones de derechos humanos.

En dicha sentencia, la Corte recordó que “constituye un principio básico relativo a la independencia de la judicatura que toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos”²³⁴. Invocando los *Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura* de las Naciones Unidas, la Corte afirmó que “el Estado no debe crear tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir a la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios”²³⁵. Esta jurisprudencia ha sido reiterada y ampliada por la Corte en sus subsecuentes sentencias relativas al juzgamiento de civiles —incluidos exmilitares— por la jurisdicción penal militar: *Caso Cesti Hurtado c. Perú*²³⁶; *Caso Cantoral Benavides c. Perú*²³⁷; *Caso Lori Berenson Mejía c. Perú*²³⁸; *Caso Palamara Iribarne c. Chile*²³⁹; y *Caso Usón Ramírez c. Venezuela*²⁴⁰. Reiteradamente, la Corte ha considerado que el juzgamiento de civiles —incluidos exmilitares— constituye una violación del derecho a ser juzgado por un tribunal competente.

En su sentencia sobre el *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*, la Corte Interamericana recordó que “el derecho a ser juzgado por tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente previstos constituye un principio básico del debido proceso”²⁴¹. Asimismo, la Corte definió el contenido y alcance material del derecho al juez natural, en contraposición a una visión formal de este principio cuando precisó que “para que se respete el

²³³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Castrillo Petrucci y Otros c. Perú*, sentencia de 30 de mayo de 1999, serie C No. 52, párrafo 128.

²³⁴ *Ibid.*, párrafo 129.

²³⁵ *Ibid.*, párrafo 129.

²³⁶ *Caso Cesti Hurtado c. Perú*, sentencia de 29 de septiembre de 1999, serie C No. 56.

²³⁷ *Caso Cantoral Benavides c. Perú*, sentencia de 18 de agosto de 2000, serie C No. 69.

²³⁸ *Caso Lori Berenson Mejía c. Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2004, serie C No. 119.

²³⁹ *Caso Palamara Iribarne c. Chile*, sentencia de 22 de noviembre de 2005, serie C No. 135.

²⁴⁰ *Caso Usón Ramírez c. Venezuela*, sentencia de 20 de noviembre de 2009, serie C No. 207.

²⁴¹ *Caso Palamara Iribarne c. Chile*, sentencia de 22 de noviembre de 2005, serie C No. 135, párrafo 124.

derecho al juez natural no basta con que esté establecido previamente por la ley cuál será el tribunal que atenderá una causa y se le otorgue competencia”²⁴². En ese orden de ideas, señaló que:

«Las normas penales militares deben establecer claramente y sin ambigüedad quiénes son militares, únicos sujetos activos de los delitos militares, cuáles son las conductas delictivas típicas en el especial ámbito militar, deben determinar la antijuridicidad de la conducta ilícita a través de la descripción de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos militares gravemente atacados, que justifique el ejercicio del poder punitivo militar, y especificar la correspondiente sanción. Las autoridades que ejercen la jurisdicción penal militar, al aplicar las normas penales militares e imputar el delito a un militar, también deben regirse por el principio de legalidad y, entre otras, constatar la existencia de todos los elementos constitutivos del tipo penal militar, así como la existencia o inexistencia de causales de exclusión del delito»²⁴³.

Sobre la condición de sujeto justiciable por tribunales castrenses, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que una persona con el carácter de militar en retiro no puede ser juzgado por los tribunales militares, dada su condición de civil²⁴⁴. La Corte ha considerado que “la aplicación de la justicia militar debe estar estrictamente reservada a militares en servicio activo”²⁴⁵.

Los principios relativos al juez natural y al carácter de fuero funcional y restringido de los tribunales militares, sentados en la sentencia del *Caso Castillo*

²⁴² *Ibid.*, párrafo 125.

²⁴³ *Ibid.*, párrafo 126. En ese mismo sentido, ver *Caso Usón Ramírez c. Venezuela*, sentencia de 20 de noviembre de 2009, serie C No. 207, párrafo 110.

²⁴⁴ *Caso Cesti Hurtado c. Perú*, sentencia de 29 de septiembre de 1999, serie C No. 56, párrafo 151; *Caso Palamara Iribarne c. Chile*, sentencia de 22 de noviembre de 2005, serie C No. 135, párrafo 128; *Caso Usón Ramírez c. Venezuela*, sentencia de 20 de noviembre de 2009, serie C No. 207, párrafo 111.

²⁴⁵ *Caso Palamara Iribarne c. Chile*, sentencia de 22 de noviembre de 2005, serie C No. 135, párrafo 139; y *Caso Usón Ramírez c. Venezuela*, sentencia de 20 de noviembre de 2009, serie C No. 207, párrafos 115 y 199, numerales 8 y 9.

Petruzzi y Otros c. Perú, serían igualmente aplicados y desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos del enjuiciamiento de militares y policías por los tribunales militares, por la comisión de violaciones de derechos humanos cometidas contra civiles²⁴⁶. Desde su sentencia sobre el *Caso Durand y Ugarte c. Perú*, al recordar el carácter de fuero funcional, limitado a la protección de intereses jurídicos especiales vinculados con las funciones que la ley le asigna a las fuerzas militares, la Corte consideró que “en el presente caso, los militares encargados de la debelación del motín ocurrido en el penal El Frontón hicieron un uso desproporcionado de la fuerza que excedió en mucho los límites de su función, lo que provocó la muerte de un gran número de reclusos. Por lo tanto, los actos que llevaron a este desenlace no pueden ser considerados delitos militares, sino delitos comunes, por lo que la investigación y sanción de los mismos debió haber recaído en la justicia ordinaria, independientemente de que los supuestos autores hubieran sido militares o no”²⁴⁷.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado reiteradamente que la jurisdicción penal militar no es competente para conocer de graves violaciones de derechos humanos —como las ejecuciones extrajudiciales y la desaparición forzada de personas— cometidas por personal militar, toda vez que el juez natural que debe conocer estos delitos es la jurisdicción ordinaria²⁴⁸. La Corte ha concluido que la práctica del juzgamiento de

²⁴⁶ Ver, entre otros: *Caso Durand y Ugarte c. Perú*, sentencia de 16 de agosto de 2000, serie A No. 68; *Caso Tiu Tojín c. Guatemala*, sentencia de 26 de noviembre de 2008, serie C No. 190; *Caso Zambrano Vélez y otros c. Ecuador*, sentencia de 4 de julio de 2007, serie C No. 166; *Caso de la masacre de Mapiripán*, sentencia de 15 de septiembre de 2005, serie C No. 134; y *Caso Rosendo Cantú y otra c. México*, sentencia de 31 de agosto de 2010, serie C No. 216. Ver, igualmente: Federico Andreu Guzmán, *Fuero Militar y derecho internacional, los tribunales militares y las graves violaciones a los derechos humanos*, Comisión Internacional de Juristas / Comisión Colombiana de Juristas, Opciones Gráficas Editores, Bogotá, Colombia, 2003, págs. 102 y siguientes.

²⁴⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Durand y Ugarte c. Perú*, sentencia de 16 de agosto de 2000, serie C No. 68, párrafo 118.

²⁴⁸ Ver, entre otras sentencias: *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*, sentencia de 11 de mayo de 2007, serie C No. 163; *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C No. 154; *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, sentencia de 22 de noviembre de 2005, serie C No. 135; *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*, sentencia de 5 de julio de 2004, serie C No. 109; *Caso La Cantuta vs. Perú*, serie C No. 162, sentencia de 29 de noviembre de 2006; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, serie C No. 140, sentencia de 31 de enero de 2006; y sentencia de 16 de agosto de 2000, *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*, serie C No. 68.

militares por graves violaciones de derechos humanos por tribunales militares vulnera las obligaciones que tienen los Estados bajo los artículos 8 (tribunal competente y debido proceso legal) y 25 (derecho a la protección judicial y a un recurso efectivo) de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Así, la Corte recordó que:

«La jurisdicción penal militar debe tener un alcance restrictivo y excepcional, teniendo en cuenta que solo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar. En este sentido, cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural. Esta garantía del debido proceso debe analizarse de acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de la persona humana. Por estas razones y por la naturaleza del crimen y el bien jurídico lesionado, la jurisdicción penal militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos»²⁴⁹.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos igualmente ha considerado que el fuero militar es “una jurisdicción de tipo funcional cuya aplicación debe estar reservada a los militares que hayan incurrido en delitos o faltas en el ejercicio de sus funciones, bajo ciertas circunstancias”²⁵⁰. Reiteradamente, esta Comisión ha considerado que el ámbito de competencia de los tribunales militares debe estar restringido a las infracciones típicamente militares cometidas por personal militar²⁵¹. En su *Informe sobre Terrorismo y Derechos*

²⁴⁹ Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia, sentencia de 11 de mayo de 2007, serie C No. 163, párrafo 200.

²⁵⁰ *Segundo Informe sobre la situación de los derechos humanos en Perú*, documento de la Organización de Estados Americanos OEA/Ser.L/V/II.106, doc. 59 rev., de 2 junio 2000, Capítulo II “Administración de justicia y estado de derecho”, párrafo 155.

²⁵¹ Ver, entre otros: *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: 1986-1987*, OEA/Ser.L/V/II.71, Doc. 9 rev. 1, Capítulo IV (b); *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: 1992 - 1993*, OEA/Ser.L/V/II.83, Doc. 14, Capítulo V; *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: 1993*, OEA/Ser.L/V/II.85, Doc. 8 rev., Capítulo V; *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: 1997*, OEA/

Humanos, la entidad resumió su jurisprudencia y doctrina así:

«Los tribunales militares pueden en principio constituir un tribunal independiente e imparcial para los efectos del procesamiento de integrantes de las fuerzas armadas por ciertos delitos realmente relacionados con el servicio y la disciplina militares, que por su naturaleza puedan lesionar los intereses jurídicos de las fuerzas armadas, siempre que lo hagan con pleno respeto por las garantías judiciales. [...] en estos tribunales no pueden juzgarse violaciones de los derechos humanos u otros delitos que no guarden relación con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares, los que deben someterse a los tribunales ordinarios. Tampoco puede juzgarse a civiles en los tribunales militares»²⁵².

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha reafirmado el carácter de fuero funcional de la jurisdicción penal militar, al prescribir que el ámbito de competencia de los tribunales castrenses debe estar limitado a los delitos estrictamente militares y cometidos por personal militar. Así, ha considerado que “los tribunales militares no deberían estar habilitados para juzgar de los asuntos que no sean constitutivos de infracciones cometidas por miembros de las fuerzas armadas en el ejercicio de sus funciones”²⁵³. De igual manera, el Comité de Derechos Humanos aseveró que “la jurisdicción de los tribunales militares [debe estar limitada] al enjuiciamiento de personal militar solamente,

Ser.L/V/II.98, Doc. 6, Capítulo VII; *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: 1998*; OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 6, Rev., Capítulo VII; *Informe sobre la situación de derechos humanos en Brasil*, de 29 de septiembre 1997, OEA/Ser.L/V/II.97; *Segundo Informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II.84, Doc. 39 rev, de 14 de octubre de 1993; *Tercer Informe sobre la situación de derechos humanos Colombia*, OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 9 Rev. 1, de 26 de febrero de 1999; *Informe sobre la situación de derechos humanos Chile*, OEA/Ser.L/V/II.66, doc. 17 rev.1, de 9 de septiembre de 1985; *Informe sobre la situación de derechos humanos en Ecuador*; OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 Rev. 1; *Informe sobre la situación de derechos humanos en Guatemala*, OEA/Ser.L/V/II.61 Doc. 47; *Tercer Informe sobre la situación de derechos humanos en Paraguay*, OEA/Ser.L/V/II.110, 2001; y *Segundo Informe sobre la situación de derechos humanos en Perú*, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., de 2 de junio de 2000.

²⁵² *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, documento de la Organización de Estados Americanos OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., de 22 octubre 2002, párrafo 231.

²⁵³ *Observaciones y recomendaciones del Comité de Derechos Humanos: Egipto*, documento de las Naciones Unidas CCPR/C/79/Add.23, de 9 de agosto de 1993, párrafo 9.

acusado de delitos de carácter exclusivamente militar”²⁵⁴. Asimismo, el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas se ha pronunciado en reiteradas oportunidades recomendando que la competencia de los tribunales militares se limite a los “delitos de carácter puramente militar”²⁵⁵.

La Corte Europea de Derechos Humanos ha considerado igualmente que la jurisdicción penal militar es un fuero funcional de alcance restrictivo. Así, en el *Caso Ergin c. Turquía*, al considerar el singular lugar que tienen las fuerzas militares dentro de la organización constitucional de los Estados democráticos, su función limitada a las cuestiones de la seguridad nacional así como la estructura jerarquizada del Ejército, la Corte consideró que el Poder Judicial pertenece al dominio de la sociedad civil²⁵⁶. En ese orden de ideas, aseguró que la jurisdicción militar tiene por finalidad mantener el orden y la disciplina en el seno de las fuerzas armadas y que, por ende, su competencia debía estar restringida a conocer de los delitos cometidos por el personal militar en el

²⁵⁴ *Observaciones y recomendaciones del Comité de Derechos Humanos: Chile*, CCPR/C/79/Add.104, de 30 de marzo de 1999, párrafo 9. En el mismo sentido, ver *Observaciones y recomendaciones del Comité de Derechos Humanos* a: Polonia, CCPR/C/79/Add.110, de 29 de julio de 1999, párrafo 21; Camerún, CCPR/C/79/Add.116, de 4 de noviembre de 1999, párrafo 21; Marruecos, A/47/40, de 23 de octubre de 1991, párrafo 57; Siria, CCPR/CO/71/SYR, párrafo 17; Kuwait, CCPR/CO/69/KWT, párrafo 10; Federación de Rusia, CCPR/C/79/Add.54, de 29 julio de 1995, párrafo 25; Eslovaquia, CCPR/C/79/Add.79, párrafo 20; y Uzbekistán, CCPR/CO/71/UZB, de 26 abril de 2001, párrafo 15; Colombia, CCPR/C/79/Add.2, de 25 de septiembre de 1992, párrafos 5 y 6 y CCPR/C/79/Add.76, de 5 de mayo de 1997, párrafo 34; Perú, CCPR/C/79/Add.8, de 25 de septiembre de 1992, párrafo 8; Venezuela, CCPR/C/79/Add.13, de 28 de diciembre de 1992, párrafos 7 y 10; Croacia, CCPR/C/79/Add.15 - A/48/40, de 28 de diciembre de 1992, párrafo 362; Brasil, CCPR/C/79/Add.66, de 24 de julio de 1996, párrafo 10; Libano, CCPR/C/79/Add.78, de 1 de abril de 1997, párrafo 14; República Dominicana, párrafo 9 CCPR/CO/71/DOM, de 26 de abril de 2001, párrafo 10; Guatemala, CCPR/CO/72/GTM, de 27 de agosto de 2001, párrafo 10.

²⁵⁵ *Observaciones finales del Comité contra la Tortura: Camerún*, documento de las Naciones Unidas CAT/C/CR/31/6, de 11 de febrero de 2004, párrafo 11. En el mismo sentido, ver las observaciones finales del Comité contra la Tortura a: Perú (documentos de las Naciones Unidas: A/50/44, de 26 de julio de 1995, paras.62-73 y A/55/44 de 15 de noviembre de 1999, paras. 59 y 62); Jordania (documento de las Naciones Unidas A/50/44, 26 de julio de 1995, paras.159-182 y CAT/C/JOR/CO/2, de 25 de mayo de 2010); Chile (documentos de las Naciones Unidas: A/50/44, de 26 de julio de 1995, paras.52-61; CAT/C/CR/32/5, de 14 de junio de 2004, párrafo 7; y CAT/C/CHL/CO/5, de 14 de mayo de 2009, párrafo 14); Federación de Rusia (documento de las Naciones Unidas CAT/C/RUS/CO/4, de 6 de febrero de 2007, párrafo 24); y Turquía (documento de las Naciones Unidas CAT/C/TUR/CO/3, de 20 de enero de 2011, párrafo 5).

²⁵⁶ *Caso Ergin c. Turquía*, sentencia de 4 de mayo de 2006, Petición No.47533/99 párrafo 46. En ese mismo sentido ver sentencia de 10 de mayo de 2001, Caso *Chipre c. Turquía*; y sentencia de 21 de septiembre 2006, Caso *Maszni c. Rumania*. párrafo 46.

ejercicio de sus funciones²⁵⁷. La Corte consideró que la jurisdicción de los tribunales militares sólo puede extenderse al juzgamiento de civiles cuando existan “razones imperativas que justifiquen tal situación y exista una base legal clara y previsible para ello”²⁵⁸, y que la existencia de tales razones imperativas debía demostrarse en cada caso *in concreto* y no bastaba la simple atribución de competencia *in abstracto*, mediante legislación, a los tribunales militares para juzgar civiles²⁵⁹. Precisó que tal asignación de competencia *in abstracto* podría poner a los civiles concernidos en una posición distinta a los demás ciudadanos juzgados por la jurisdicción ordinaria, generando así problemas de desigualdad ante la justicia²⁶⁰.

La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha delimitado el ámbito natural de competencia *rationae materiae* de la jurisdicción penal militar a las infracciones estrictamente militares cometidas por personal militar²⁶¹. Así, en su *Resolución sobre el derecho a un juicio justo y a la asistencia jurídica en África*²⁶², de 1999, adoptó la *Declaración y las Recomendaciones sobre el derecho a un juicio justo*, aprobadas por el Seminario de Dakar sobre el derecho a un juicio justo. Esta declaración y las recomendaciones estipulan que “el objetivo de los tribunales militares es el de determinar los delitos de naturaleza puramente militar cometidos por personal militar”. En un caso relativo a Sudán, la Comisión Africana consideró que “la comparecencia y el juzgamiento de civiles por un tribunal militar, presidido por oficiales militares en actividad, que están regidos por el reglamento militar, viola los principios fundamentales de un proceso justo. El hecho en sí mismo, de privar el tribunal de un personal calificado para garantizar su imparcialidad perjudica el derecho

²⁵⁷ *Ibid.*, párrafos 45 y 48.

²⁵⁸ *Ibid.*, párrafo 47 (Original en francés, traducción libre).

²⁵⁹ *Ibidem*.

²⁶⁰ *Ibid.*, párrafo 48.

²⁶¹ Ver entre otros: *Resolución sobre el derecho a un juicio justo y a la asistencia jurídica en África*, adoptada el 15 de noviembre de 1999, en el 26° periodo ordinario de sesiones de la Comisión; Decisión de 15 de noviembre de 1999, Comunicación N° 151/96 (Nigeria); Decisión de 7 de mayo de 2001, Comunicación 218/98 (Nigeria); Decisión de 6 de noviembre de 2000, Comunicación N° 223/98 (Sierra Leona); Decisión de abril de 1997, Comunicación N° 39/90 (Camerún); y Decisión de 31 de octubre de 1998, Comunicación N° 137/94, 139/94, 154/96 y 161/97 (Nigeria).

²⁶² Adoptada el 15 de noviembre de 1999, en el 26° periodo ordinario de sesiones de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

a que su causa sea oída por órganos competentes”²⁶³. Asimismo, la Comisión Africana consideró que los tribunales militares no pueden conocer de delitos que son de competencia de la jurisdicción ordinaria civil²⁶⁴.

No obstante, el derecho internacional acepta en estrictas y definidas circunstancias la posibilidad de que el ámbito de competencia de la jurisdicción penal militar sea expandido. Sin embargo, el derecho internacional fija de manera restrictiva esta posibilidad. Así, los instrumentos y la jurisprudencia internacional han limitado a dos las circunstancias excepcionales en las que la jurisdicción penal militar puede desbordar su natural ámbito de competencia, a saber; la inexistencia o el colapso de la jurisdicción ordinaria, por ejemplo en países devastados por una guerra y en el que las instituciones civiles han dejado de existir; y, cuando una disposición internacional así lo prescribe, como por ejemplo algunas disposiciones de los Convenios de Ginebra relativos a conflictos armados internacionales²⁶⁵.

B. Práctica de los órganos políticos

La Asamblea General de las Naciones Unidas y su antigua Comisión de Derechos Humanos en varias resoluciones —ya sea refiriéndose al juzgamiento de civiles por tribunales militares o al juzgamiento de militares por graves violaciones de derechos humanos— han reafirmado el carácter restrictivo y funcional del fuero militar²⁶⁶. Así, cabe destacar la resolución

²⁶³ Decisión de 29 de mayo de 2003, Comunicación No. 222/98 y 229/99, Caso *Law Office of Ghazi Suleiman / Souda*, párrafo 64 (Original en francés, traducción libre).

²⁶⁴ *Ibid.*, párrafo 65.

²⁶⁵ Ver al respecto por ejemplo: Comité de Derechos Humanos, *Observación General N° 32, Artículo 14, El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia*, párrafo y la respectiva 22 nota de pie de página 26; Corte Europea de Derechos Humanos, sentencia de 4 de mayo de 2006, Caso *Ergin c. Turquía* (47533/99), sentencia de 10 de mayo de 2001, Caso *Chipre c. Turquía*, (25781/94) y sentencia de 21 de septiembre 2006 (59892/00), Caso *Maszni c. Rumania*; y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución “Terrorismo y Derechos Humanos”, del 12 de diciembre de 2001.

²⁶⁶ Ver, por ejemplo las resolución de la Asamblea General: Resolución 39/121, “Situación de los derechos humanos en Chile”, de 14 de diciembre de 1984, párrafo operativo 3; Resolución

1989/32, por medio de la cual esta Comisión recomendó a los Estados tener en cuenta los principios consignados en el *Proyecto de Declaración sobre la Independencia de la Justicia*, al implementar los *Principios básicos relativos a la Independencia de la Judicatura*, aprobados en 1985. El Proyecto de Declaración, elaborado por el experto de la Subcomisión de Prevención de Discriminación y Protección a las Minorías, L.M. Singhvi²⁶⁷, prescribe a su artículo 5 que: “(b) no se establecerán tribunales de excepción de ninguna clase para sustituir la jurisdicción que corresponda debidamente a los tribunales; [...] (e) en [...] situaciones excepcionales, el Estado velará por que los civiles acusados de un delito sean juzgados por tribunales civiles ordinarios [...]; y f) La competencia de los tribunales militares estará limitada a los delitos militares”. Igualmente, cabe destacar la resolución 1994/67, “Fuerzas de defensa civil”, en la que la Antigua Comisión de Derechos Humanos recomendó que cuando se creen fuerzas armadas de defensa civil, los Estados establezcan en su derecho interno que “los delitos que impliquen violaciones de derechos humanos por esas fuerzas estarán sujetos a la jurisdicción de los tribunales civiles”²⁶⁸.

C. Instrumentos internacionales

El carácter de fuero funcional de alcance restringido y ámbito de competencia limitado de la jurisdicción penal militar ha sido igualmente cristalizado en varios instrumentos internacionales de derechos humanos. Así, cabe

40/145, “Situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales en Chile”, de 13 de diciembre de 1985, párrafo operativo 9; Resolución 41/161, “situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales en Chile”, de 4 de diciembre de 1986, párrafos operativos 2 y 9 (h); Resolución 42/147, “Situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales en Chile”, de 7 de diciembre de 1987, párrafo operativo 10 (h); Resolución 54/179 “Situación de los derechos humanos en la República Democrática del Congo”, de 17 de diciembre de 1999, párrafo 3 (iii); Resolución 55/117, “Situación de los derechos humanos en la República Democrática del Congo”; Resolución 56/173, “Situación de los derechos humanos en la República Democrática del Congo de 19 de diciembre de 2001, párrafo 2 (v); y Resolución 50/199 de 22 de diciembre de 1995, párrafo 7. Ver las resoluciones de la antigua Comisión de Derechos humanos: N° 1992/79, 1993/69, 1997/67 1998/71 y 1999/19, 2000/19 y 2001/22 sobre Guinea Ecuatorial; N° 1998/61, 1999/56, 2000/15, 2001/19 y 2002/14 sobre la República Democrática del Congo.

²⁶⁷ La versión final del proyecto se encuentra en el documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1988/20/Add. 1 y Add/1/Corr.1.

²⁶⁸ Resolución 1994/67, “Fuerzas de defensa civil”, párrafo 2.

mencionar la *Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Desaparición Forzada*²⁶⁹; la *Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas*²⁷⁰; los *Principios y Directrices relativos al Derecho a un Juicio Justo y a Asistencia Jurídica en África*²⁷¹, de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; y el *Conjunto Actualizado de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la Lucha contra la Impunidad*²⁷² de las Naciones Unidas.

Igualmente, cabe destacar el *Proyecto de Principios sobre la Administración de Justicia por Tribunales Militares*, adoptado por la antigua Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas²⁷³. Aunque todavía se trata de un Proyecto de Principios, la Corte Europea de Derechos Humanos ha considerado que refleja la evolución del derecho internacional de los derechos humanos en el campo de los tribunales militares y lo ha empleado como fuente jurídica²⁷⁴. Varios principios que restringen el ámbito de competencia de los tribunales militares evidencian el carácter restrictivo y funcional del fuero militar:

Principio N° 5, *Incompetencia de los órganos judiciales militares para juzgar a civiles*. “Los órganos judiciales militares deberían, por principio, ser incompetentes para juzgar a civiles. En cualquier caso, el Estado velará por que los civiles acusados de una infracción penal, sea cual fuere su naturaleza, sean juzgados por tribunales civiles.”

²⁶⁹ Artículo 16 (2).

²⁷⁰ Artículo IX.

²⁷¹ Estos principios fueron adoptados como parte del informe de actividades de la Comisión Africana en la *2ª Cumbre y Reunión de Jefes de Estado de la Unión Africana (Maputo del 4-12 de julio de 2003)*. Su principio L, intitulado “El derecho de los civiles a no ser juzgados por tribunales militares”, prescribe que: “(a) El único propósito de los tribunales militares será el de determinar faltas de naturaleza estrictamente militar cometidas por personal militar. (b) En el ejercicio de su función, los tribunales militares deberán respetar las normas de un juicio justo enunciadas en la Carta Africana y en estas directrices. (c) Los tribunales militares no tendrán, bajo ningunas circunstancias, jurisdicción sobre los civiles. De modo similar, los tribunales especiales no deberán juzgar faltas comprendidas en la jurisdicción de los tribunales ordinarios.”

²⁷² Principios 22 y 29.

²⁷³ Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2006/58 de 13 de enero de 2006.

²⁷⁴ Sentencia del 4 de mayo de 2006, *Caso Ergin c. Turquía* (Comunicación N° 47533/99), y sentencia de 21 de septiembre de 2006, *Caso Maszni c. Rumania* (Comunicación N° 59892/00).

Principio N° 7, *Incompetencia de los tribunales militares para juzgar a los menores de 18 años*. “Los menores, que pertenecen a la categoría de las personas vulnerables, no deben ser procesados y juzgados si no es con estricta observancia de las garantías establecidas en la Convención sobre los Derechos del Niño y en las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing). En consecuencia, no deberían estar sujetos en ningún caso a la competencia de los órganos judiciales militares.”

Principio N° 8, *Competencia funcional de los órganos judiciales militares*. “La competencia de los órganos judiciales militares debería estar limitada a las infracciones cometidas dentro del ámbito estrictamente castrense por el personal militar. Los órganos judiciales militares podrán juzgar a las personas que tengan asimilación militar por las infracciones estrictamente relacionadas con el ejercicio de su función asimilada.”

Principio N° 9, *Enjuiciamiento de los autores de violaciones graves de los derechos humanos*. “En todo caso, la competencia de los órganos judiciales militares debería excluirse en favor de la de los tribunales de justicia ordinarios para instruir diligencias sobre violaciones graves de los derechos humanos, como las ejecuciones extrajudiciales, las desapariciones forzadas y la tortura, y para perseguir y juzgar a los autores de esos crímenes.”

3. Derecho comparado

El carácter de fuero funcional de la jurisdicción penal militar ha sido consagrado expresamente por las constituciones y legislaciones de numerosos países²⁷⁵. Asimismo, cortes supremas y tribunales constitucionales de

²⁷⁵ Ver, entre otras, las constituciones políticas de: Bolivia (2008, artículo 180); Colombia (artículo 213 de la Constitución, artículo 3° del Código Penal Militar de 1999, artículo 3° del Código Penal

numerosos países, con distintos sistemas legales y tradiciones jurídicas, han desarrollado una abundante jurisprudencia sobre el carácter de fuero funcional de la jurisdicción penal militar y el ámbito limitado de su competencia.

El Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, en una sentencia dictada con anterioridad a la actual Constitución de ese país, precisó que “ningún venezolano puede ser distraído de los jueces naturales, ni juzgado por jueces por comisiones especiales, o tribunales extraordinarios [...] la legislación especial y la jurisdicción especial tienen el carácter de excepción que obliga a la interpretación restrictiva [...] debe agregarse que la justicia militar es de naturaleza especial, es decir aplicable a militares por infracciones militares, de manera que los civiles y los delitos comunes no están sometidos a lo menos en principio, a las disposiciones del Código de Justicia Militar”²⁷⁶.

El Tribunal Constitucional de Bolivia ha considerado que “la competencia de los tribunales militares debe estar restringida al ámbito estrictamente militar y concretamente a los deberes propios de la función militar [...] los Tribunales militares no son competentes para conocer los delitos que no sean de función; un entendimiento contrario, permitiría que los bienes jurídicos considerados como valores, intereses y expectativas fundamentales, sin los cuales la vida social sería imposible, precaria o indigna, reconocidos como derechos en el art. 7) de la [Constitución Política del Estado] y en los Pactos y normas internacionales sobre derechos humanos, no encuentren tutela efectiva en el derecho penal ordinario, y menos, se efectivice la misma en la jurisdicción penal ordinaria”²⁷⁷.

La Corte Suprema de Justicia de Canadá, en su Sentencia en el caso *Michèl Génèreux c. Su Majestad la Reina*²⁷⁸, ha reiterado el carácter de fuero funcional de la jurisdicción penal militar. El juez Lamer, en nombre de la mayoría de

Militar de 2000, y Ley 589 de 2000 “por medio de la cual se tipifica el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura); El Salvador (artículo 213); Haití (artículos 42 y 267); Honduras (artículos 90 y 91 y Decreto N° 58-93 de 30 de marzo de 1993); Guatemala (artículo 219 y Decreto 41-96) ; Nicaragua (artículos 34 y 93); Paraguay (artículo 174); Perú (artículo 173 y Ley N° 26926 de 1998); Uruguay (artículo 19 y Ley N° 18.026 de 25 de septiembre 2006); y Venezuela (artículos 29, 49 y 261).

²⁷⁶ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Penal, sentencia de fecha 15 de diciembre de 1981.

²⁷⁷ Sentencia Constitucional 0664/2004-R de 6 de mayo de 2004, Expediente: 2004-08469-17-RAC.

²⁷⁸ Sentencia de 13 de febrero de 1992, *Michèl Génèreux c. Su Majestad la Reina*, No. 22103.

los miembros de la Corte Suprema, declaró: “para mantener a las Fuerzas Armadas siempre disponibles en estado de alerta, los militares deben poder reforzar la disciplina interna, de manera efectiva y eficaz. [...] El recurso a las cortes penales ordinarias sería, por regla general, inadecuado para servir las necesidades particulares de la disciplina militar. Existe por lo tanto la necesidad de separar los tribunales con el fin de reforzar estándares especiales de disciplina en lo militar”²⁷⁹.

La Corte Constitucional de Colombia ha reiterado el carácter de fuero funcional de la jurisdicción penal militar y el ámbito limitado de su competencia. En 1995, la Corte consideró que “no puede entenderse el fuero militar asociado, como en el pasado, a la idea de privilegio, prerrogativa, prebenda o gracia especial para el juzgamiento de los miembros de la fuerza pública por los delitos que cometan con ocasión del servicio que cumplen, en condiciones materiales y jurídicas diferentes frente a las demás personas sobre las cuales recae en un momento dado la acción punitiva del Estado que favorezca la impunidad, pues ello implicaría el otorgamiento de un trato particularizado, contrario al principio de igualdad y a la idea de justicia”²⁸⁰.

En 1998, la Corte Constitucional precisó que “la ley que señala cuáles son los delitos que corresponde conocer a esta jurisdicción [penal militar] debe respetar la orden constitucional que impone tanto el contenido esencial del fuero militar como su carácter limitado y excepcional. [...] La extensión [del fuero militar], por fuera de los supuestos constitucionales, menoscabaría la jurisdicción ordinaria, que se impone como juez natural general, por mandato de la misma Constitución y, por contera, violaría asimismo el principio de igualdad, el cual sólo se concilia con una interpretación restrictiva de las excepciones a la tutela judicial común”²⁸¹. La Corte igualmente precisaría que el artículo 221 de la Constitución colombiana “parte de la premisa de que el miembro de la fuerza pública actúa como tal, pero también se desempeña como persona y ciudadano. El servicio público no agota ni concentra todo el

²⁷⁹ *Ibid.*, párrafo 293 (original en inglés, traducción libre).

²⁸⁰ Sentencia No. C-141/95, de 29 de marzo de 1995, expediente D-701, *Demanda de Inconstitucionalidad contra el artículo 656 del Decreto Ley 2550 de 1988 “por el cual se expide el Nuevo Código Penal Militar”*.

²⁸¹ Sentencia N° C-358/97 de 5 de agosto de 1997 (REF: Expediente N° D-1445).

quehacer del miembro de la fuerza pública, como por lo demás ocurre con cualesquiera otra persona. La totalidad de los actos u omisiones del miembro de la fuerza pública no puede, en consecuencia, quedar comprendida dentro del fuero castrense²⁸². Finalmente, la Corte precisaría que “puesto que la justicia penal militar constituye la excepción a la norma ordinaria, ella será competente solamente en los casos en los que aparezca nítidamente que la excepción al principio del juez natural general debe aplicarse. Ello significa que en las situaciones en las que exista duda acerca de cuál es la jurisdicción competente para conocer sobre un proceso determinado, la decisión deberá recaer en favor de la jurisdicción ordinaria, en razón de que no se pudo demostrar plenamente que se configuraba la excepción²⁸³”.

La Corte Suprema de Justicia de Colombia ha concluido que “los delitos que se pueden investigar y sancionar a través de la jurisdicción penal militar, están restringidos a los ocurridos en la esfera funcional de la fuerza pública, esto es, en el curso de actividades concretas que se orienten a cumplir o realizar las finalidades propias de las fuerzas militares —defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional— y de la policía nacional —mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y la convivencia pacífica.^[...] Las conductas constitutivas de delitos de lesa humanidad son manifiestamente contrarias a la dignidad humana y por ello no pueden guardar ninguna conexidad con la función de la Fuerza Pública, hasta el punto de que una orden de cometer un hecho de esa naturaleza no merece ninguna obediencia²⁸⁴”.

El Tribunal Constitucional de España ha considerado que, “como jurisdicción especial penal, la Jurisdicción Militar ha de reducir su ámbito al conocimiento de delitos que puedan ser calificados de estrictamente castrenses, concepto que ha de ponerse en necesaria conexión con la naturaleza del delito cometido, con el bien jurídico o los intereses protegidos por la norma penal, que han de ser estrictamente militares, en función de los fines que constitucionalmente corresponden a las Fuerzas Armadas y de los medios puestos a su disposición

²⁸² *Ibidem*.

²⁸³ *Ibidem*.

²⁸⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal, sentencia de 7 de mayo de 2009, Magistrado ponente Sigifredo Espinosa Pérez.

para cumplir esa misión; con el carácter militar de las obligaciones o deberes cuyo incumplimiento se tipifica como delito; y en general, con que el sujeto activo del delito sea considerado *uti miles* por lo que la condición de militar del sujeto activo al que se imputa el delito debe ser también un elemento relevante para definir el concepto de lo estrictamente castrense²⁸⁵.

La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en su sentencia *O'Callahan v Parker*, consideró que las cortes marciales no eran instrumentos independientes de justicia sino una parte especializada del conjunto de mecanismos mediante los cuales se preserva la disciplina²⁸⁶. La Corte consideró que el hecho de que el presunto autor de un ilícito penal tenga la condición de militar al momento de la comisión del delito no lo hace justiciable automáticamente de la justicia militar. Aseguró que de no existir un “nexo de servicio” entre el delito imputado a un militar y las funciones militares que este desempeñaba, el proceso debía surtirse ante la jurisdicción ordinaria civil y no ante una corte marcial.

La Corte Suprema de Casación de Italia, al declarar incompatible con la Constitución una norma que le daba competencia preeminente y privilegiada a los tribunales militares respecto de la jurisdicción ordinaria²⁸⁷, consideró que “la competencia de los Tribunales Militares debe considerarse ya circunscrita únicamente a los casos que concurra la doble condición, objetiva y subjetiva, del delito militar cometido por militar, sin posibilidad de extender tal competencia a casos de conexión con extraños a la milicia o con delitos comunes”²⁸⁸.

²⁸⁵ Sentencia N° 60/91 de 14 de marzo de 1991, Cuestión de inconstitucionalidad N° 545/1990.

²⁸⁶ Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, sentencia del 2 de junio de 1996, *Caso O'Callahan v Parker*, 395 U. S. 258 (1969). En el mismo sentido, ver sentencia *Solorio v. United States*, 483 U.S. 435 (1987). Ver, igualmente, Frederic I. Lederer y Barbara Hundley Zelif, “Needed: An Independent Military Judiciary. A proposal to amend the Uniform Code of Military Justice”, en Eugen R. Fidell and Dwight H. Sullivan, *Evolving military Justice*, Ed. Naval, Institute Press, Annapolis, Maryland, USA, 2002, págs. 33 y siguientes; y Eugen R. Fidell, Elizateth L. Hillman y Dwight H. Sullivan, *Military Justice : Case and Materials*, Ed. Lexis Nexis, 2007, págs. 330 y siguientes.

²⁸⁷ Artículo 264 del Código Penal Militar para tiempo de paz.

²⁸⁸ Sentencia de 26 de junio de 1948 de la Corte Suprema de Casación, citada en Francisco Fernández Segado “La justicia militar en el Derecho comparado”, doc. Cit., pág. 62. Ver, igualmente, “Evoluzione attuale della giustizi militare in Italia”, en *L'évolution actuelle de la justice militaire - Huitième Congrès international, Ankara 1979*, Recueils de la Société Internationale de Droit

La Corte Suprema de Justicia de Paraguay se ha pronunciado sobre el carácter de fuero funcional y del ámbito restringido de competencia de la jurisdicción penal militar. Así, en una sentencia, precisó que la existencia de la justicia militar “no implica la existencia de un fuero personal exclusivo para los militares, en violación del principio de la igualdad ante la ley y en el acceso a la justicia, considerando que los mismos están sujetos a dicha jurisdicción en razón de la especialidad en la materia, es decir únicamente en caso de faltas y delitos militares; en las otras materias de juzgamiento en las cuales se vean involucrados, corresponde su tratamiento por la justicia ordinaria”²⁸⁹.

El Tribunal Constitucional de Perú ha sostenido que “la justicia castrense no constituye un ‘fuero personal’ conferido a los militares o policías, dada su condición de miembros de dichos institutos, sino un ‘fuero privativo’ centrado en el conocimiento de las infracciones cometidas por estos a los bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. En ese orden de ideas, no todo ilícito penal cometido por un militar o policía debe o puede ser juzgado en el seno de la justicia militar, ya que si el ilícito es de naturaleza común, su juzgamiento corresponderá al Poder Judicial, con independencia de la condición de militar que pueda tener el sujeto activo”²⁹⁰. Este Tribunal ha considerado asimismo que “encontrándose el ámbito de la competencia de la justicia militar reservado sólo para el juzgamiento de militares en caso de delitos de función y, excepcionalmente, para los civiles, siempre que se tratase del delito de traición a la patria cometido en caso de guerra exterior, no podía juzgársele al recurrente [un civil] en dicho fuero militar; por lo que se ha acreditado la vulneración del derecho al juez natural”²⁹¹.

En Portugal, al interpretar la noción de “crímenes esencialmente militares” acuñada por el artículo 215 de la Constitución lusitana en relación con varios tipos penales que anteriormente eran considerados como “crímenes

Pénal Militaire et de Droit de la Guerre, Tom. VIII, Vol. II, págs. 790 y 791. Posteriormente, la Ley N° 167 de 1956 modificaría la norma del Código Penal Militar para tiempo de paz, consagrando el principio de primacía de la competencia de la jurisdicción ordinaria.

²⁸⁹ Corte Suprema de Justicia, Acuerdo y sentencia N° 84, 17 de abril de 1998, Juicio “Sumario instruido al Gral. de Div. (Sr.) Lino César Oviedo Silva, y otros”.

²⁹⁰ Sentencia de 16 de marzo de 2004, Exp. N.º 0017-2003-AI/TC.

²⁹¹ Tribunal Constitucional de Perú, sentencia de 17 de abril 2002, Exp. N° 218-02-HC/TC, *Causa Jorge Alberto Cartagena Vargas c. Primera Sala Penal de Ica de la Corte Superior de Justicia de Ica*, Fundamento N° 2.

accidentalmente militares” y que fueron incluidos en el Código de Justicia Militar de 1977, el Tribunal Constitucional consideró que al definir los “crímenes esencialmente militares”, el legislador no podía tipificar como tales delitos de derecho común cuyo único elemento de conexión con la institución militar era la calidad de militar del autor u otro elemento accesorio, como el lugar de comisión del ilícito²⁹². En su sentencia de 1986, el Tribunal consideró que tal amplitud en la definición del “crimen esencialmente militar” equivaldría a restaurar un fuero personal en materia de justicia castrense, proscrito por la Constitución.

La Corte Constitucional de Guatemala, al comentar el artículo 219 de la Constitución Política de ese país relativo los tribunales militares, precisó que “el espíritu de la norma constitucional que establece la jurisdicción militar es el de atribuir al conocimiento de la justicia penal militar, de los delitos cometidos por integrantes del Ejército en servicio activo o en relación con el mismo servicio. Dicha atribución comprende fundamentalmente el conocimiento y juzgamiento de los delitos militares en los que se afecte un bien jurídico militar, siendo éste el principal fundamento de la excepcionalidad de la jurisdicción penal militar”²⁹³.

Los Presidentes de las Cortes Supremas de Justicia y jueces de la región de Asia y el Pacífico (región LAWASIA) adoptaron, en Beijing, en 1995, la *Declaración de Beijing sobre los Principios relativos a la Independencia de la Judicatura en la Región de LAWASIA*, la cual posteriormente fue adoptada por el Consejo de LAWASIA en 2001. El Relator Especial sobre la Independencia de los Magistrados y Abogados ha considerado que esta Declaración hace parte de las normas internacionales y regionales pertinentes para la independencia de la judicatura²⁹⁴. La Declaración reitera

²⁹² Fallo (Acórdão) N° 347/86.

²⁹³ Gaceta No. 43, expedientes acumulados Nos. 1031-96 y 1155-96, página 34, sentencia: 03-03-97. Véase igualmente: Gaceta No. 25, expediente No. 306-92, página 88, sentencia: 29-12-92; y Gaceta No. 13, expedientes acumulados Nos. 142-89 y 143-89, página 20, sentencia: 27-07-89.

²⁹⁴ *Informe presentado por el Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Sr. Param Kumaraswamy, de conformidad con la resolución 2002/43 de la Comisión de Derechos Humanos*, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2003/65 de 10 de enero de 2003, párrafo 8; e *Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Leandro Despouy*, documento de las Naciones Unidas A/HRC/11/41 de 24 de marzo de 2009, párrafo 2.

el carácter de fuero funcional de alcance restringido y ámbito limitado de competencia de los tribunales militares, en particular en su artículo 44 que estipula que: “la jurisdicción de los tribunales militares debe limitarse a los delitos militares”.

4. Doctrina

El carácter de fuero funcional de la jurisdicción penal militar ha sido reafirmado por constitucionalistas. Así, por ejemplo, el tratadista argentino Bidart Campos señalaba con razón que la jurisdicción militar, como jurisdicción especializada o distinta de la jurisdicción ordinaria, tiene su fundamento en la necesidad de tutelar los “bienes jurídicos estrictamente militares”²⁹⁵. Cuando el ámbito de competencia de los tribunales militares trasciende la tutela de bienes jurídicos estrictamente militares y se desborda invadiendo la competencia de la jurisdicción ordinaria, desnaturalizando así su *ratio essendi* del fuero militar, se vulnera el principio del juez natural. En ese orden de ideas, Bidart Campos precisa que “toda exorbitancia que extiende la jurisdicción militar más allá y fuera de lo que es necesario para preservar el gobierno de las fuerzas armadas, configura un fuero *personal*, y es inconstitucional”²⁹⁶. Con ello concluye que “la extensión de la jurisdicción militar a los civiles es violatoria de la Constitución [de Argentina]”²⁹⁷.

Numerosos doctrinantes del Derecho Penal Militar han señalado que la razón de ser de la jurisdicción penal militar es el mantenimiento de la disciplina y el buen orden de los ejércitos. El Auditor General ante la Corte Militar de Bélgica, John Gilissen, al presentar el informe general del VIII Congreso Internacional de la Sociedad Internacional de Derecho Penal Militar y de Derecho de la Guerra, concluía que “el mantenimiento de la disciplina militar

²⁹⁵ Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino - Tomo I, El derecho constitucional de la libertad*, Ediciones EDIAR, Buenos Aires, Argentina, 1992, pág. 462.

²⁹⁶ *Ibidem*.

²⁹⁷ *Ibidem*.

es y sigue siendo el principal argumento que justifica la existencia de una justicia militar distinta a la justicia ordinaria”²⁹⁸.

El Auditor Militar General de El Salvador, Jorge Ernesto Serrano Mendoza, ha caracterizado “la Jurisdicción Militar como un régimen Excepcional respecto de la unidad de la Justicia, circunscrito al conocimiento de delitos y faltas contra el servicio, puramente militares, entendiéndose por tales aquellos hechos que afecten de modo exclusivo un interés jurídico estrictamente militar. [...] por Fuero Militar, no debe entenderse como concesión de privilegios en el orden procesal, como en efecto lo fue en la Edad Media, cuyo Régimen Feudal establecía un fuero privilegiado para la clase militar”²⁹⁹. El General y exministro de defensa de Brasil Renaldo Quintas Magioli, señalaba que el fuero militar es una institución de derecho público destinada a proteger bienes jurídicos militares, como lo son las instituciones militares, en lo que atañe a la disciplina y la jerarquía castrenses, y que está circunscrito al juzgamiento de los delitos militares cometidos por militares³⁰⁰.

El Coronel mexicano Gonzalo Corona González señala que “la justicia militar [...] nace de su propia y especial naturaleza y que se apoya en principios racionales que le asignan un fin específico así como una vida propia, que tiene como bien jurídico tutelado principal la disciplina militar, porque es la disciplina una condición *sine qua non* de las fuerzas armadas”³⁰¹. Ante el VIII Congreso Internacional de la Sociedad de Derecho Penal Militar y de Derecho de la Guerra, el profesor de la Universidad de Estambul Sahir Erman señalaba que si los tribunales militares encontraban su razón de ser en la necesidad de mantener una disciplina pronta, rápida, adecuada e imparcial en el Ejército, la

²⁹⁸ Gilissen, John, « Rapport général », en *Huitième Congrès international, Ankara, 11-15 octobre 1979, Volume I, L'évolution actuelle de la justice militaire*, Recueils de la Société internationale de droit pénal militaire et de droit de la Guerre, Tome VIII, Bruselas, 1981, pág. 40 (original en francés, traducción libre).

²⁹⁹ Serrano Mendoza, Jorge Ernesto, “El papel del juez de instrucción en la administración de justicia militar salvadoreña”, recuperado en: http://meltingpot.fortunecity.com/alberni/698/revista_docente/ii_iv/b5.html.

³⁰⁰ Renaldo Quintas Magioli, “Uma justiça Especializada, muito especial”, en Poder Judiciário – Superior Tribunal Militar, *Coletnea de estudos jurídicos - Bicentenário da Justiça Militar no Brasil*, Brasília, 2008, pág. 85.

³⁰¹ Corona González, Gonzalo, “Justicia Militar”, recuperado en://www.cem.itesm.mx/verba-iuris/articulos/070203.htm.

jurisdicción penal militar sólo podía tener competencia respecto de personal militar en razón del “principio anglosajón del juzgamiento por sus pares (*judgement by his peers*)”³⁰².

³⁰² Erman, Sahir, “Evolution actuelle de la justice militaire”, en *Huitième Congrès international, Ankara, 11-15 octobre 1979, Volume I, L'évolution actuelle de la justice militaire*, Recueils de la Société internationale de droit pénal militaire et de droit de la Guerre, Tome VIII, Bruselas, 1981, pág. 327 (original en francés, traducción libre).

VIII. De los delitos militares

“La infracción militar tiende, cada vez más, a concebirse de una manera limitada, como la salvaguardia y mantenimiento de los valores indispensables a las misiones de un ejército”,
René Paucot, Abogado General ante la Corte de Casación de Francia³⁰³

Si bien el derecho internacional restringe el ámbito de competencia de la jurisdicción penal militar a los delitos militares, los distintos instrumentos internacionales no definen en sí mismo el delito estrictamente militar o típicamente militar. Sin embargo esta noción se encuentra presente en varios instrumentos internacionales y en particular en tratados de cooperación internacional —militar o judicial— o de extradición³⁰⁴. Así, varios tratados hacen referencia, en materia de extradición, a las nociones de “delitos puramente militares”³⁰⁵ y “delitos militares”³⁰⁶ mientras que otros se refieren

³⁰³ René Paucot, « Rapport général : Les délits militaires », en *Recueils de la Société Internationale de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre, IV Congrès International, Madrid 9-12 Mai 1967, Les Délits Militaires*, Strasbourg, 1969, pág. 71 (original en francés, traducción libre).

³⁰⁴ Así, por ejemplo: el *Tratado de Derecho Penal Internacional*, adoptado en Montevideo en 1920; la *Convención de Londres de 19 de junio de 1951 sobre el Estatuto de las fuerzas de los Estados partes al Tratado de la Alianza Atlántica del Norte*; la *Convención sobre Extradición*, adoptada en Montevideo en 1933; el *Convenio Europeo de Extradición*, de 1957; el *Convenio Europeo sobre la vigilancia de las personas condenadas o liberadas bajo condición*; el *Convenio Europeo sobre la transmisión de procedimientos represivos*; y el *Convenio Europeo sobre el Valor Internacional de las sentencias Represivas*.

³⁰⁵ Así por ejemplo: el artículo 3º de la *Convención sobre Extradición*, adoptada en Montevideo en 1933; el artículo 7 (1, c) del *Convenio Europeo sobre la vigilancia de las personas condenadas o liberadas bajo condición*; el artículo 11 (d) del *Convenio Europeo sobre la transmisión de procedimientos represivos*; el artículo 6 (b) del *Convenio Europeo sobre el Valor Internacional de las sentencias Represivas*.

³⁰⁶ Así, por ejemplo, el artículo 20 del *Tratado de Derecho Penal Internacional*, adoptado en Montevideo en 1920.

a “delitos militares que no constituyen delitos de derecho común”³⁰⁷. Todas estas referencias remiten al derecho y las legislaciones nacionales, toda vez que esos tratados no definen lo que ha de entenderse por “delito militar”³⁰⁸. Sin embargo, aunque no defina el delito estrictamente militar, el derecho internacional prescribe que ciertos comportamientos ilícitos no pueden ser considerados delitos militares o cometidos en ejercicio de funciones militares, y particular a los efectos de la administración de justicia. Se trata de las graves violaciones de derechos humanos constitutivas de ilícitos penales, tales como la ejecución extrajudicial, la desaparición forzada, la tortura, los actos inhumanos y la violencia sexual.

1. Delitos militares

Tradicionalmente, varias legislaciones nacionales catalogan como delito militar toda infracción penal tipificada en el código de justicia castrense, independientemente de la naturaleza militar o no del bien jurídico protegido, así como del carácter civil o militar de los sujetos activos o pasivos del delito. Este criterio formal de calificación del delito militar es producto de una obsoleta concepción del fuero militar entendido como privilegio de casta, un fuero personal atado a la condición de militar del infractor o de la víctima del delito. Esta visión formalista del delito militar ha sido superada históricamente tanto por la doctrina penal como por la jurisprudencia de los tribunales nacionales.

La doctrina penal contemporánea ha desarrollado un criterio substantivo o material para caracterizar y definir el delito militar, basado en la naturaleza del

³⁰⁷ Artículo 4 del *Convenio Europeo de Extradición*, de 1957. Similar cláusula tiene el *Tratado modelo de extradición* de las Naciones Unidas (artículo 3 [c]). Igualmente cabe mencionar el *Tratado de Derecho Penal Internacional*, de Montevideo, 1920, que en su artículo 20, se refiere a “delitos esencialmente militares, con exclusión de los que se rigen por el derecho común”.

³⁰⁸ En algunos tratados el reenvío es implícito, mientras que en otros es explícito. Así, por ejemplo, el artículo 20 del *Tratado de Derecho Penal Internacional*, de Montevideo de 1920, expresamente reenvía al derecho nacional y dispone que la apreciación del carácter de las infracciones corresponde exclusivamente a las autoridades del Estado requerido”. Idéntica cláusula tiene la *Convención sobre Extradición*, de Montevideo de 1933, artículo 4.

bien jurídico que se pretende proteger con el tipo penal y, consecuentemente, la condición de militar o policía del sujeto activo. Así, la doctrina penal ha identificado varios tipos de infracciones penales: los delitos estrictamente militares o delitos militares *stricto sensu*; los delitos militares *lato sensu*; los delitos comunes asimilados a delitos militares, también denominados “delito de función”, “acto de servicio”, “delito cometido con ocasión al servicio”, “delito de misión” o “delito de ámbito castrense”; y los delitos comunes militarizados³⁰⁹.

Los delitos militares *stricto sensu*³¹⁰ son aquellos ilícitos penales que vulneran exclusiva y únicamente bienes jurídicos militares y los cuales sólo pueden ser cometidos por personal militar o policial (sujeto activo calificado). Estos delitos constituyen fundamentalmente una “infracción a los deberes militares” y, como lo señalan Zaffaroni y Cavallero, “como es natural, únicamente incumben a quien tiene la calidad de militar”³¹¹. Mediante la tipificación de estos comportamientos se busca amparar bienes jurídicos típica y exclusivamente militares, como lo son los deberes, la disciplina y el mando militares. En ese sentido, el Auditor General ante la Corte Militar de Bélgica y Presidente de la Sociedad Internacional de Derecho Penal Militar y de Derecho de la Guerra, John Gilissen, anotaba en 1967 que el delito militar tiende cada

³⁰⁹ Ver entre otros: Oskar Zlamala, “Les infractions militaires”, en *Recueils de la Société Internationale de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre, IV Congrès International, Madrid 9-12 Mai 1967, Les Délits Militaires*, Strasbourg, 1969; Capitán Miguel Alía Plana, “Aproximaciones a la jurisdicción militar española”, recuperado en: <http://derechomilitar.metropoliglobal.com/artidoc/aprox05.htm>; Antonio Millán Garrido, “Algunas consideraciones generales sobre la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la competencia de la jurisdicción militar”, en *REDEM*, N° 53, Tomo I, enero-junio de 1989; Raúl Zaffaroni y Juan Ricardo Cavallero, *Derecho Penal Militar*, Editorial Jurídica Ariel, Buenos Aires, 1980, págs. 191 y siguientes; Francisco Fernández Segado, “La justicia militar en el Derecho comparado”, en Consejo General del Poder Judicial, *Poder Judicial*, 2a. época, N° 23, Madrid, septiembre de 1991; Francisco Fernández Segado, “La competencia de la jurisdicción militar en tiempo de paz”, en Consejo General del Poder Judicial, *Poder Judicial*, 2a. época, N° 36, Madrid, diciembre de 1994; José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, “El principio de especialidad - Comentario al artículo 5° del CPM”, en Ramón Bleuca Fraga y José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, *Comentarios al Código Penal Militar*, Ed. Civitas, 1988; Carlos López Dawson, *Justicia Militar, una nueva mirada*, Comisión Chilena de Derechos Humanos, Santiago, 1995; y Jorge Mera Figueroa, “La modernización de la justicia militar: un desafío pendiente”, Centro de Investigaciones Jurídicas, Universidad Diego Portales - Facultad de Derecho, Santiago de Chile, recuperado en: http://derecho.udp.cl/inf_invest.htm.

³¹⁰ También denominados “delitos típicamente militares”, “delitos propiamente militares”, “delitos puramente militares” o “delitos de ámbito estrictamente castrense”.

³¹¹ Raúl Zaffaroni y Juan Ricardo Cavallero, *Derecho Penal Militar*, Op. Cit., pág. 27.

vez más a concebirse de una manera limitada, como aquel que salvaguarda el mantenimiento de valores indispensables para las funciones de un ejército³¹². Así, por ejemplo, son típicos delitos militares *stricto sensu*: el delito de centinela, el abandono del puesto, el delito de cobardía, la insubordinación y la desertión. Estos delitos constituyen la *ratio essendi* de la jurisdicción penal militar.

Los delitos militares *lato sensu*³¹³ son aquellos ilícitos penales de naturaleza pluriofensiva, toda vez que vulneran tanto bienes jurídicos protegidos por la ley penal ordinaria como bienes jurídicos militares, pero en los que se considera que el bien jurídico militar es prevalente. Son ejemplo de este tipo de delitos, ciertas modalidades de hurto de material militar por personal militar.

Los delitos comunes militarizados son aquellos ilícitos penales de derecho común que sin afectar bienes jurídicos militares ni haber sido cometidos por personal militar o policial, son sometidos a la competencia de la jurisdicción penal militar. Algunos doctrinantes los han calificado de “falsos delitos militares [pues] no son más que delitos del orden común tipificados en leyes especiales”³¹⁴. Bajo esta figura, la jurisdicción penal militar ha juzgado a civiles por delitos de derecho común. Esta noción ha sido unánimemente rechazada por la doctrina y jurisprudencia de cortes y órganos internacionales de protección de los derechos humanos³¹⁵ y por la doctrina penal y la jurisprudencia nacional³¹⁶

³¹² Gilissen, John, « Preface » en *Recueils de la Société Internationale de Droit Pénal Militaire et de Doit de la Guerre, IV Congrès International, Madrid 9-12 Mai 1967, Les Délits Militaires*, Strasbourg, 1969, pág. 8.

³¹³ Llamados por algunos doctrinantes “delitos militares impropios” o “delitos militares mixtos o complejos”.

³¹⁴ Raúl Zaffaroni y Juan Ricardo Cavallero, *Derecho Penal Militar*, Op. Cit., pág. 12.

³¹⁵ Ver, entre otros: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Castrillo Petruzzi y Otros c. Perú*, sentencia de 30 de mayo de 1999, serie C No. 52, *Caso Cantoral Benavides c. Perú*, sentencia de 18 de agosto de 2000, serie C No. 69, *Caso Cesti Hurtado c. Perú*, y sentencia de 29 de septiembre de 1999, serie C No. 56; Corte Europea de derechos Humanos, sentencia de 4 de mayo de 2006, *Caso Ergin vs. Turquía* (N° 47533/99); sentencia de 21 de septiembre de 2006, *Caso Maszni vs. Rumania* (N° 59892/00) y sentencia de 10 de mayo de 2001, *Caso Chipre vs. Turquía* (N° 25781/94); Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, documento de la Organización de Estados Americanos OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., de 22 octubre 2002; Comisión Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos, Decisión de 6 de noviembre de 2000, Comunicación N° 223/98 (Sierra Leona), Decisión de abril de 1997, Comunicación N° 39/90 (Camerún) y Decisión de 31 de octubre de 1998, Comunicación N° 137/94, 139/94, 154/96 y 161/97 (Nigeria); y Comité de

2. De los delitos de función

Los delitos comunes asimilados a delitos militares, o “delito de función”, son ilícitos penales de derecho común cometidos por personal militar o policial en razón del ejercicio de sus funciones y que, para efectos de la jurisdicción de los tribunales militares, son asimilados a delitos militares. Según los distintos sistemas jurídicos nacionales, este tipo de delito recibe distintas denominaciones: “acto de servicio”, “delito cometido con ocasión al servicio”, “delito de misión” o “delito de ámbito castrense”.

No basta para que se configure el “delito de función” que el sujeto activo del delito sea un militar o un policía, ni que el ilícito se haya cometido en una instalación militar o policial o durante el servicio, ni que se haya perpetrado con armas o material de servicio. De ser así, se consagraría un fuero personal o de casta, contrario al concepto moderno de fuero funcional de la jurisdicción penal militar, basado en el criterio de especialidad y el carácter restrictivo de esta jurisdicción.

La jurisprudencia nacional y la doctrina penal han elaborado criterios, de estricta aplicación, para determinar cuándo se está ante un delito de función o de servicio y cuándo se trata de un delito de derecho común que, aunque cometido por personal militar, no guarda ninguna relación con el servicio y,

Derechos Humanos, Observaciones finales a Perú (CCPR/C/79/Add.67 de 25 de julio de 1996 y CCPR/CO/70/PER, de 15 de noviembre de 2000), Líbano (CCPR/C/79/Add.78, de 1° de abril de 1997) y Chile (CCPR/C/79/Add.104, de 30 de marzo de 1999). Ver, igualmente, Comité de derechos Humanos: Decisión de 27 de octubre de 1987, Comunicación N° 159/1983, *Caso Raúl Cariboni c. Uruguay*; Decisión de 6 de noviembre de 1997, Comunicación N° 577/1994, *Caso Víctor Alfredo Polay Campos c. Perú*; Dictamen de 6 de noviembre de 2003, *Safarino Kurbanova c. Tayikistán*, Comunicación N° 1096/2002; Dictamen de 17 de marzo de 2006, Comunicación N° 1044/2002, *Caso Davlatbibi Shukurova c. Tayikistán*; Dictamen de 28 de marzo de 2007, Comunicación No. 1172/200, *Caso Madani c. Argelia*; Dictamen de 20 de julio de 2007, Comunicación No. 1173/2003, *Caso Benhadj c. Argelia*, documento de las Naciones Unidas CCPR/C/90/D/1173/2003; y Dictamen de 31 de octubre de 2005, Comunicaciones Nos. 1152/2003 y 1190/2003, CCPR/C/85/D/1152 y 1190/2003, *Caso Bee y otros c. Guinea Ecuatorial*.

³¹⁶ Ver, por ejemplo, Raúl Zaffaroni y Juan Ricardo Cavallero, *Derecho Penal Militar*, Op. Cit.; Francisco Fernández Segado, “La justicia militar en el Derecho comparado”, Doc. Cit.; Jorge Mera Figueroa, “La modernización de la justicia militar: ...”, Doc. Cit.; y Antonio Millán Garrido, “Algunas consideraciones generales ...”, Doc. Cit.

por consiguiente, es de competencia de la jurisdicción penal ordinaria. Tanto la jurisprudencia nacional como la doctrina penal exigen, para la configuración del delito de función, que exista un nexo de causalidad entre la función militar o policial y el delito cometido; que la función o servicio en el cumplimiento del cual se cometió el delito sea en sí misma un desarrollo legítimo de la misión constitucional y legalmente encomendada al Ejército o a la Policía y que haya una afectación a un bien jurídico militar.

Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional de Bolivia ha aseverado “que sólo pueden ser considerados delitos militares aquellos que afecten bienes jurídicos militares, entendiéndose por tales a aquellos intereses protegidos por la norma penal, en función a la misión constitucional asignada a las Fuerzas Armadas, los medios destinados al cumplimiento de esa misión y su organización, jerarquía y disciplina. De ello se desprende que la competencia de los tribunales militares debe estar restringida al ámbito estrictamente militar y concretamente a los deberes propios de la función militar, configurándose entonces, lo que en doctrina se denomina el delito de función, que para ser tal debe reunir los siguientes elementos: 1) que el bien jurídico sea militar; 2) que el delito se encuentre previsto en la legislación penal militar (principio de legalidad), y 3) que exista un nexo de causalidad entre la función encomendada y el delito cometido, entendiéndose que la tarea ordenada constituye en sí misma un desarrollo legítimo de la misión encomendada a las Fuerzas Armadas dentro de los límites que la propia Constitución establece”³¹⁷.

En Colombia las interpretaciones judiciales sobre el alcance del fuero militar han estado en estrecha relación con la noción de “acto del servicio”. Bajo la anterior Constitución Política de 1886, la Corte Suprema de Justicia desarrolló una interpretación restrictiva del ámbito de competencia del fuero militar, considerando que “para aquellos militares que delinquen en condiciones ajenas al servicio, procede el juzgamiento por la Justicia Ordinaria”³¹⁸. La Corte Suprema estableció criterios jurídicos objetivos para caracterizar un acto como del servicio; estos últimos estaban estrictamente delimitados en “el Reglamento de Guarnición de las Fuerzas Armadas” y los regímenes

³¹⁷ Sentencia constitucional 0664/2004-R de 6 de mayo de 2004, Expediente: 2004-08469-17-RAC.

³¹⁸ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Penal, sentencia de 11 de octubre de 1988.

disciplinarios de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional³¹⁹. El Consejo Superior de la Judicatura de Colombia, creado por la Constitución Política de 1991 y competente para dirimir los conflictos de jurisdicciones, ha precisado que “el fuero militar se ha concebido como la institución por la cual los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública, en cumplimiento de la misión que la Constitución les ha asignado, son conocidos por tribunales militares, atendiendo la especialidad que reviste la labor que desarrollan tales servidores públicos, pero porque adicionalmente se requiere de un especial conocimiento del funcionario judicial sobre los procedimientos y las actividades que en cumplimiento de tales cometidos constitucionales les corresponde adelantar. Empero, no será cualquier conducta punible la que conozcan estas instancias, sino que será indispensable que sea aquella que tuvo ocurrencia en cumplimiento de sus especializadas labores según la misión que la Constitución les ha encomendado cumplir. Lo anterior para significar que la razón de la aplicación del fuero militar debe tener un carácter sustancial, y no meramente formal. Concebirlo de otra manera desvertebraría su esencia y lo convertiría en un privilegio estatal, pues se desligaría el elemento funcional, y el fuero se discerniría por la sola circunstancia de que el sujeto activo del delito es miembro de la fuerza pública, todo lo cual resultaría inaceptable en un Estado Social de Derecho. En este orden, la competencia de las jurisdicciones especiales será restringida a aquellos casos en los cuales la Constitución lo autoriza. Se trata de una competencia restringida”³²⁰.

A la luz de la normatividad colombiana, el Consejo Superior de la Judicatura consideró que para que se configure el delito de función de competencia de los Tribunales Militares, se requieren dos supuestos básicos: que los sujetos activos del ilícito sean “miembros de la Fuerza Pública en servicio activo al momento de la acción típica [y que] la conducta típica tiene que ser realizada en relación con actos del servicio, o sea de actividades por medio de las cuales se cumplen las funciones esenciales que a la Fuerza Pública le entrega la Carta Política, que para el caso de las Fuerzas Militares son *‘la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden*

³¹⁹ Sentencia de 3 de mayo de 1988, Magistrado Ponente Carreño Lenguas.

³²⁰ Consejo Superior de la Judicatura, Sala Disciplinaria, sentencia de 12 de febrero de 2009, Radicación No. 110010102000200900097 01 – 1134C, punto 3 de la sentencia, páginas 15-16.

constitucional [artículo 217 de la Constitución Política], teniendo una posición de garante derivada de su obligación de cumplir deberes irrenunciables en un Estado Social de Derecho, no limitándose a preservar la estructura democrática del país, sino el deber de participar activa y eficazmente en la defensa de los derechos constitucionales de los asociados”³²¹.

En 1997, en una sentencia relativa a la inconstitucionalidad de varios artículos del Código Penal Militar de 1988, la Corte Constitucional de Colombia señaló que “la ley que señala cuáles son los delitos que corresponde conocer a esta jurisdicción [penal militar] debe respetar la orden constitucional que impone tanto el contenido esencial del fuero militar como su carácter limitado y excepcional. [...] La extensión [del fuero militar], por fuera de los supuestos constitucionales, menoscabaría la jurisdicción ordinaria, que se impone como juez natural general, por mandato de la misma Constitución y, por contera, violaría asimismo el principio de igualdad, el cual sólo se concilia con una interpretación restrictiva de las excepciones a la tutela judicial común”³²². La Corte precisó que el término “servicio”, empleado en el artículo 221 de la Constitución colombiana, “alude a las actividades concretas que se orienten a cumplir o realizar las finalidades propias de las Fuerzas Militares —defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional— y de la Policía Nacional —mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y la convivencia pacífica”³²³. La Corte consideraría que el alcance del artículo 221 de la Constitución colombiana “parte de la premisa de que el miembro de la fuerza pública actúa como tal, pero también se desempeña como persona y ciudadano. El servicio público no agota ni concentra todo el quehacer del miembro de la fuerza pública, como por lo demás ocurre con cualesquiera otra persona. La totalidad de los actos u omisiones del miembro de la fuerza pública no puede, en consecuencia, quedar comprendida dentro del fuero castrense”³²⁴. Finalmente la Corte precisaría que “puesto que la justicia penal militar constituye la excepción a la norma ordinaria, ella será competente solamente en los casos en los que

³²¹ *Ibid.*, págs. 17-18.

³²² Sentencia N° C-358/97 de 5 de agosto de 1997, REF: Expediente N° D-1445.

³²³ *Ibidem*.

³²⁴ *Ibidem*.

aparezca nítidamente que la excepción al principio del juez natural general debe aplicarse. Ello significa que en las situaciones en las que exista duda acerca de cuál es la jurisdicción competente para conocer sobre un proceso determinado, la decisión deberá recaer en favor de la jurisdicción ordinaria, en razón de que no se pudo demostrar plenamente que se configuraba la excepción”³²⁵.

El Tribunal Constitucional de Perú reiteradamente ha considerado que los delitos de competencia del fuero privativo militar son infracciones a un bien jurídico propio, particular y relevante para la existencia, la organización, la operatividad y el cumplimiento de los fines legales y constitucionales de la institución castrense³²⁶. Este Tribunal ha asegurado que “la interpretación de la expresión ‘delito de función’ debe realizarse de modo ‘restrictivo’ y no ‘extensivo’. En efecto, en la interpretación que realicen tanto el Legislador Penal como los jueces sobre si una determinada conducta debe ser considerada como un delito de función militar o policial, o un delito ordinario, debe emplearse un criterio restrictivo, es decir, limitado o ceñido exclusivamente a aquellas conductas que claramente tengan una índole militar o policial debido a que afectan bienes jurídicos institucionales de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, de modo tal que, de un lado, de existir dudas en cuanto a la tipificación de una determinada conducta como delito de función (en el caso del Legislador Penal), tales dudas deben resolverse a favor de consagrar esta conducta en la legislación penal ordinaria; y, de otro lado, de existir dudas en cuanto a la interpretación de si una determinada conducta constituye o no delito de función (en el caso del juzgador), tales dudas deben resolverse a favor de su reconocimiento como delito ordinario y por lo tanto susceptible de ser conocido por la jurisdicción ordinaria. En cuanto a la identificación de un bien jurídico institucional de las Fuerzas Armadas, se requiere, como ya se ha sostenido, que éste sea un bien jurídico particular y relevante para la existencia, organización, operatividad y cumplimiento de los fines que

³²⁵ *Ibidem*.

³²⁶ Sentencia de 24 de agosto de 2004 Exp. N° 1154-2002-HC/TC; sentencia de 16 de marzo de 2004, Exp. N.° 0017-2003-AI/TC; sentencia de 19 de junio de 1998, Exp. N° 585-96-HC/TC; sentencia de 15 de diciembre de 2006 Exp. 0012-2006-PI/TC; y Resolución de 15 de octubre de 1999, Exp. N.° 757-99-HC/TC.

la Constitución asigna a las instituciones castrenses³²⁷. El Tribunal precisó igualmente que “para que se configure un delito de función no basta con que la conducta prohibida sea realizada por efectivos militares en actividad y en acto del servicio o con ocasión de él, sino principalmente que tal conducta afecte bienes jurídicos estrictamente castrenses³²⁸”.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de Perú ha considerado que el delito de función, justiciable ante los tribunales militares, requiere que “i) El sujeto activo del delito es un miembro de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional; ii) la Conducta realizada está vinculada a la función militar o policial y afecta a las Fuerzas Armadas o Policía Nacional como tales; iii) que el sujeto pasivo del delito lo sean las Fuerzas Armadas o Policía Nacional como instituciones tutelares reconocidas por la Constitución y a las cuales se les ha conferido un conjunto de funciones y finalidades específicas³²⁹”.

El Tribunal Constitucional de Portugal consideró que, al definir los “crímenes esencialmente militares”, el legislador no podía tipificar como tales delitos de derecho común cuyo único elemento de conexión con la institución militar era la calidad de militar del autor u otro elemento accesorio, como el lugar de comisión del ilícito³³⁰. El Tribunal Constitucional consideró que tal amplitud en la definición del “crimen esencialmente militar” equivaldría a restaurar un fuero personal en materia de justicia castrense, proscrito por la Constitución. En otro fallo, el Tribunal consideraría que la noción de “crimen esencialmente

³²⁷ Sentencia de 15 de diciembre de 2006, Exp. 0012-2006-PI/TC.

³²⁸ *Ibidem*.

³²⁹ Resolución de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 14 de diciembre de 2004, que dirime la contienda de competencia promovida por el Juzgado Mixto de Cangallo contra la Primera Sala de Guerra del Consejo Supremo de Justicia Militar, a favor del referido juzgado. Competencia N° 29-2004: *Caso “La desaparición forzada de autoridades de Chuschi”*. En ese mismo sentido, la Corte Suprema peruana se ha pronunciado en: Resolución de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, que dirime la contienda de competencia promovida por la Vocalía de Instrucción del Consejo Supremo de Justicia Militar contra el Segundo Juzgado Penal de Coronel Portillo, en favor de este último, Competencia N° 18-2004: *Caso “El homicidio de Indalecio Pomatanta Albarrán”*; y Resolución de Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 1° de julio de 2005, que dirime competencia promovida por el Primer Juzgado Militar Permanente de la Cuarta Zona Judicial del Ejército contra el Juzgado Mixto de Huamalíes, a favor de este último, Competencia N° 08-2005: *Caso “Efraín Aponte Ortiz”*.

³³⁰ Fallo (Acórdão) N° 347/86.

militar” tenía su fundamento en la naturaleza estrictamente militar de los bienes jurídicos violados con la infracción³³¹. Asimismo, aseveró que para que una conducta pueda ser tipificada como “crimen esencialmente militar” se requiere la existencia de “una relación estructuralmente indisoluble entre la razón de ser del castigo del acto ilícito y los intereses fundamentales de la institución militar o de la Defensa Nacional”³³². Además, declaró inconstitucional una norma del Código de Justicia Militar que tipificaba como infracción militar el delito culposo de lesiones corporales cometidas por militares en el marco de un acto de servicio. En otra sentencia de 2001, consideró que el robo perpetrado por un militar contra otros militares no podía ser considerado un “crimen esencialmente militar”, en tanto no violaba objetiva e intrínsecamente bienes jurídicos militares³³³.

El Tribunal Constitucional español ha considerado que la locución “ámbito estrictamente castrense” de la jurisdicción penal militar, empleada en el artículo 117 (5) de la Constitución española, debe ser interpretada de manera restrictiva³³⁴. Este Tribunal dijo que “como jurisdicción especial penal, la Jurisdicción Militar ha de reducir su ámbito al conocimiento de delitos que puedan ser calificados de estrictamente castrenses, concepto que ha de ponerse en necesaria conexión con la naturaleza del delito cometido, con el bien jurídico o los intereses protegidos por la norma penal, que han de ser estrictamente militares, en función de los fines que constitucionalmente corresponden a las Fuerzas Armadas y de los medios puestos a su disposición para cumplir esa misión; con el carácter militar de las obligaciones o deberes cuyo incumplimiento se tipifica como delito; y en general, con que el sujeto activo del delito sea considerado *uti miles* por lo que la condición de militar del sujeto activo al que se imputa el delito debe ser también un elemento relevante para definir el concepto de lo estrictamente castrense”³³⁵.

La Sala de Conflictos Jurisdiccionales del Tribunal Supremo español, al resolver un conflicto de competencia entre las jurisdicciones ordinaria y

³³¹ Fallo (Acórdão) N° 271/97.

³³² *Ibidem*, párrafo 9.

³³³ Fallo N° 217/01, de 16 de mayo de 2001.

³³⁴ Ver, entre otras, la sentencia N° 75/1982, de 13 de diciembre de 1982, del Tribunal Constitucional.

³³⁵ Sentencia N° 60/91 de 14 de marzo de 1991, Cuestión de inconstitucionalidad N° 545/1990.

militar, consideró que “para solucionar los conflictos jurisdiccionales surgidos con la Jurisdicción Militar no basta con la mera interpretación gramatical o sistemática de los preceptos sustantivos y procesales que puedan entrar en colisión, es necesario profundizar en las situaciones jurídicas enfrentadas para examinar si se ha producido una lesión a intereses estrictamente militares o, por el contrario, existen otros bienes jurídicos que se estimen dignos de protección preferente por la Jurisdicción Ordinaria”³³⁶.

3. Delitos militares y crímenes de guerra

Una nueva corriente pretende fundar la razón de ser del fuero militar en la especialidad de los crímenes de guerra y las graves infracciones al derecho internacional humanitario. Según esta tendencia, esos ilícitos bajo el derecho internacional tienen el carácter de delito militar, “delito de función” o, al menos, requieren que el juzgador tenga conocimientos jurídicos propios del Derecho Penal Militar. Así, ejecuciones extrajudiciales o, para utilizar el lenguaje del Derecho Internacional Humanitario, homicidios arbitrarios e intencionales; tortura; desaparición forzada; violencia sexual; y desplazamiento forzado e ilegal de población civil, serían delitos militares o de resorte de la jurisdicción militar, cuando son cometidos dentro de un contexto de conflicto armado y en relación con éste. Equiparar los crímenes de guerra o las infracciones al Derecho Internacional Humanitario al delito estrictamente militar o al “delito de función” no tiene, desde la perspectiva del derecho penal sustantivo, ninguna lógica jurídica ni fundamento conceptual.

Los crímenes de guerra son crímenes contra el derecho internacional, o sea que atentan contra bienes jurídicos protegidos por el derecho internacional. Constituyen *delicti iuris gentium*, que atentan contra la comunidad de intereses jurídicos reconocidos como tales por la comunidad de los Estados o el orden público internacional³³⁷. De allí que su represión este sometida a ciertas reglas

³³⁶ Sentencia de 2 de abril de 1990, resolviendo el conflicto N° 9/1989.

³³⁷ Ver, entre otros: Quintano Ripollés, Antonio, *Tratado de derecho penal internacional e*

—jurisdicción universal, imprescriptibilidad, obligación de extraditar, no amnistía, entre otras— que no se predicán de los delitos militares.

Los crímenes de guerra fundamentalmente buscan proteger bienes jurídicos propios del orden jurídico internacional que, como lo ha señalado el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, protege valores generales destinados a garantizar el respeto de la dignidad humana³³⁸. La Asamblea General de las Naciones Unidas lo ha reiterado implícitamente en varias resoluciones desde 1946³³⁹. Así, por ejemplo, en su Resolución 2583 (XXIV) de 1969, recordó que la investigación de los crímenes de guerra y juzgamiento y sanción de sus responsables “son un elemento importante para prevenir esos crímenes y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, y para fomentar la confianza, estimular la cooperación entre pueblos y contribuir a la paz y la seguridad internacionales”³⁴⁰. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos igualmente ha señalado que los “crímenes de guerra constituyen una gravísima ofensa a la dignidad humana y una negación flagrante de los principios fundamentales consagrados en las Cartas de la Organización de los Estados Americanos y de las Naciones Unidas [...] el juzgamiento de esta clase de crímenes contribuye de manera notable al fortalecimiento de la protección de los derechos humanos y, lo que es más significativo aún, a la consolidación del imperio del derecho

internacional penal, Instituto “Francisco de Vitoria”, Madrid, 1955, págs. 26 y siguientes; y Huet, André y Koering-Joulin, Renée, *Droit Pénal International*, Col. Thémis, Ed. PUF, Paris, 1993, págs. 25 y siguientes.

³³⁸ Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Primera Instancia, sentencia de 14 de enero de 2000, *El Procurador c. Vlatko Kuprešić y otros*, Caso IT-95-16-T, párrafo 702.

³³⁹ Ver entre otras: Resolución 3 (I) “Extradición y castigo de criminales de guerra” de 13 de febrero de 1946; Resolución 95 (I) “Confirmación de los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg” de 11 de diciembre de 1946; Resolución 170 (II) “Extradición de delincuentes de guerra y traidores” de 31 de octubre de 1947; Resolución 2338 (XXII) “Cuestión del Castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad” de 18 de diciembre de 1967; Resolución 2391 (XXIII) “Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de la humanidad” de 25 de noviembre de 1968; Resolución 2712 (XXV) “Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad” de 14 de diciembre de 1970; Resolución 2840 (XXVI) “Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad” de 18 de diciembre de 1971; Resolución 3020 (XXVII) “Prevención del delito y la lucha contra la delincuencia” de 18 de diciembre de 1972.

³⁴⁰ Resolución 2583 (XXIV) “Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad”, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1969.

y de las libertades fundamentales de la persona humana en la comunidad mundial”³⁴¹.

Los crímenes de guerra buscan proteger bienes jurídicos internacionales como son las “leyes y costumbres de la guerra”, aplicables tanto en los conflictos armados internacionales como en los conflictos armados que no sean de índole internacional. Pero asimismo, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional, al prohibir y criminalizar como crímenes de guerra a una serie de actos en los conflictos armados, buscan también proteger bienes jurídicos esenciales propios de los derechos humanos y que aún en tiempo de guerra no pueden suspenderse, como por ejemplo: a no ser arbitrariamente privado de la vida, a no ser torturado o sujeto a tratos inhumanos, o a un juicio justo por tribunal independiente e imparcial³⁴². Así, por ejemplo, el homicidio arbitrario e intencional de un civil o de un combatiente puesto fuera de combate constituye, antes que nada, una vulneración del derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida, esto es, de un bien jurídico de derecho común y no de un bien jurídico militar.

Así, considerar crímenes de guerra como delitos militares —esto es, crímenes que vulnerarían bienes jurídicos militares— no tiene fundamento alguno desde el punto del bien jurídicamente protegido mediante la criminalización de la conducta. Como lo señaló el Primer Abogado General ante la Corte de Casación de Bélgica, André Andries, en el XIV Congreso de la Sociedad Internacional de Derecho Militar y de Derecho de la Guerra, la opción de confiar la represión de los crímenes de guerra e infracciones al Derecho Internacional Humanitario a los tribunales militares es problemática toda vez que estos crímenes tienen su fundamento en la necesidad de proteger un orden jurídico mundial, mientras que la jurisdicción penal militar tiene su razón de

³⁴¹ Resolución No. 1/03 “sobre juzgamiento de crímenes internacionales”, 24 de octubre de 2003.

³⁴² Ver, por ejemplo: artículo 8 del *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*; artículo 4 del *Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda*; artículos 2 y 3 del *Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia*; artículos 3 y 4 del *Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona*; artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra del 12 de agosto de 1949; y artículo 130 del *Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra*; artículo 147 del *Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra*; artículo 85 del *Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales* (Protocolo I).

ser en el mantenimiento de la disciplina militar en provecho de los intereses nacionales o, en otras palabras, de los gobiernos³⁴³.

Por otro lado, desde el punto de vista del sujeto activo del ilícito penal, la asimilación del crimen de guerra al delito militar o al “delito de función” plantea serios problemas. La comisión de crímenes de guerra no está circunscrita a los ilícitos de esta naturaleza cometidos por el ejército de un país. Estos crímenes pueden ser cometidos igualmente por otros actores del conflicto que tienen, así sea temporalmente, la condición de “combatientes” pero que no son miembros de las fuerzas militares de un país, como las fuerzas disidentes, los grupos armados de oposición, los líderes “civiles” que dirigen las partes en el conflicto y toman parte a las hostilidades, etc. Si bien estos no se consideran civiles a los efectos de la aplicación del Derecho Internacional Humanitario —en particular el régimen de protección a los civiles y la población civil— y tienen el estatus de “combatiente”, conservan la condición de civil a los efectos de la justicia penal (con excepción hecha, en el marco de los conflictos armados internacionales, de la figura del prisionero de guerra).

Resulta de utilidad la jurisprudencia interamericana sobre el juzgamiento de miembros de grupos armados de oposición por tribunales militares en situaciones de conflicto armado. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que los requisitos más fundamentales de un juicio justo “se aplican en la investigación, el procesamiento y la sanción de delitos, inclusive los vinculados al terrorismo, independientemente de que esas iniciativas puedan adoptarse en tiempos de paz o de emergencia nacional, incluido el conflicto armado”³⁴⁴. Así, la Comisión precisó que el “derecho a ser juzgado por un tribunal competente, independiente e imparcial de conformidad con las normas internacionales aplicables” exige “un juicio a cargo de tribunales constituidos ordinariamente que se pueda demostrar son independientes de otras ramas del gobierno y estén integrados por jueces con la debida estabilidad en el cargo y capacitación y, en general, prohíbe el uso de

³⁴³ André Andries, “Lois et procédures nationales”, en *XIV Quatorzième Congrès, Athènes (Grèce), 10-15 mai 1997, Investigation et poursuites des violations du droit des conflits armés, Volume I*, Recueils de la Société internationale de droit militaire et de droit à la guerre, Bruselas, 1999, pág. 332.

³⁴⁴ *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, documento de la Organización de Estados Americanos OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., de 22 octubre de 2002, párrafo 261.

tribunales o comisiones *ad hoc*, especiales o militares para juzgar a civiles”³⁴⁵. Asimismo, puntualizó que los tribunales “no pueden juzgar violaciones de los derechos humanos u otros delitos que no guarden relación con las funciones militares, los que deberán someterse a proceso por tribunales civiles”³⁴⁶.

Por su parte, en casos en que miembros de grupos armados de oposición son juzgados por tribunales militares, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “las propias fuerzas armadas inmersas en el combate contra los grupos insurgentes, son las encargadas del juzgamiento de las personas vinculadas a dichos grupos. Este extremo mina considerablemente la imparcialidad que debe tener el juzgador”³⁴⁷. Asimismo, la Corte ha considerado que “la imparcialidad del juzgador resulta afectada por el hecho de que las fuerzas armadas tengan la doble función de combatir militarmente a los grupos insurgentes y de juzgar e imponer penas a los miembros de dichos grupos”³⁴⁸.

Finalmente, resulta infundado el argumento según el cual el conocimiento de los crímenes de guerra y las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario requieren que el juzgador tenga conocimientos jurídicos propios del Derecho Penal Militar. En primer lugar, no existe ninguna correlación entre los bienes jurídicos tutelados mediante los crímenes de guerra y aquellos protegidos por el Derecho Penal Militar. En segundo lugar, si la investigación y el juzgamiento de determinados crímenes de guerra pueden requerir de conocimientos especializados en materia militar y de Derecho Internacional Humanitario, estas pericias no son propias del Derecho Penal Militar. En efecto, conceptos como “proporcionalidad del uso de la fuerza”, “razones militares imperativas”, “blanco legítimo” o “armas y proyectiles prohibidos”, entre otros, son determinantes para establecer si el comportamiento es lícito bajo el Derecho Internacional Humanitario o constituye un crimen de guerra.

³⁴⁵ *Ibidem*.

³⁴⁶ *Ibidem*.

³⁴⁷ *Caso Castrillo Petruzzi y Otros c. Perú*, sentencia de 30 de mayo de 1999, serie C No. 52, párrafo 130. En el mismo sentido, ver: *Caso Cesti Hurtado c. Perú*, sentencia de 29 de septiembre de 1999, serie C No. 56.

³⁴⁸ *Caso Cantoral Benavides c. Perú*, sentencia de 18 de agosto de 2000, serie C No. 69, párrafo 114. Ver, igualmente: *Caso Lori Berenson Mejía c. Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2004, serie C No. 119, párrafo 145.

En la mayoría de estos casos, un conocimiento especializado es requerido por parte de fiscales, jueces de instrucción y jueces y magistrados. No obstante, estos conocimientos poco tienen que ver con el Derecho Penal Militar — ya sea sustantivo o procesal— y fundamentalmente devienen del Derecho Internacional Humanitario y de conocimientos tácticos y operacionales militares. Fiscales, jueces de instrucción y jueces y magistrados se pueden ver en la misma situación cuando para investigar, conocer o fallar respecto de un delito —ya sea por las características propias de éste, las modalidades de su comisión o características y condiciones del sujeto activo del ilícito penal—, es necesario acudir a otras disciplinas. Así, los operadores de justicia se ven frecuentemente confrontados a la necesidad de acudir a conocimientos de psicología, sociología, economía, medicina, grafología, contabilidad, para administrar justicia. Delitos financieros o contra el medio ambiente así como de lavado de dinero, requieren frecuentemente de una experticia que por lo general no tienen los administradores de justicia. Estos conocimientos son comúnmente proveídos a través de la figura del peritaje técnico científico.

La experiencia de las jurisdicciones internacionales que han juzgado o están juzgando crímenes de guerra —como los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda, la Corte Especial para Sierra Leona y la Corte Penal Internacional— son un buen ejemplo de ello. Entre sus jueces, ninguna cuenta con miembros provenientes de jurisdicciones penales militares ni con conocimientos especiales en Derecho Penal Militar. Tampoco han tenido o tienen esta condición o conocimientos los fiscales que han actuado ante estas jurisdicciones internacionales. Unos y otros cuentan, eso sí, con amplios conocimientos en Derecho Internacional Humanitario. Cuando se requieren conocimientos especializados en asuntos técnicos y operacionales militares, fiscales y jueces de las jurisdicciones internacionales han recurrido a los peritajes.

En varios países, la represión de los crímenes de guerra y de las graves infracciones a los Convenios de Ginebra y demás normas del Derecho Internacional Humanitario, independientemente la condición de militar del sujeto activo de la conducta ilícita, están a cargo de la jurisdicción penal ordinaria y no de tribunales militares. Así, por ejemplo, en Austria³⁴⁹, Bélgica,

³⁴⁹ Artículo 84 de la Constitución Política y Código Penal (ordinario).

Dinamarca, Noruega³⁵⁰ y Suecia, la represión de las graves infracciones a los Convenios de Ginebra se hace por medio de la aplicación del Código Penal ordinario, por tribunales penales de la jurisdicción ordinaria.

En la región, varios países han desarrollado, ya sea normativo o jurisprudencial, un marco jurídico que radica el conocimiento de los crímenes de guerra y de las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario en cabeza de la jurisdicción ordinaria. En Uruguay, la Ley N° 18.026 de 25 de septiembre 2006, que tipificó el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y otros delitos bajo el derecho internacional³⁵¹, prescribe en su artículo 11 que “los crímenes y delitos tipificados en la presente ley no podrán considerarse como cometidos en el ejercicio de funciones militares, no serán considerados delitos militares y quedará excluida la jurisdicción militar para su juzgamiento”. En Argentina, con la adopción del nuevo Código de Justicia Militar en 2008³⁵² —que suprimió la jurisdicción penal militar en tiempos de paz— y las modificaciones incorporadas al Código Penal y al Código Procesal Penal de la Nación³⁵³, todos los delitos cometidos por militares —independientemente de la naturaleza del ilícito penal— son de competencia de la jurisdicción ordinaria. En tiempos de guerra, la nueva legislación argentina establece como principio que “los delitos cometidos por militares en tiempo de guerra o en ocasión de otros conflictos armados serán investigados y juzgados según el régimen ordinario previsto para el tiempo de paz, salvo cuando las dificultades provenientes de las condiciones de la guerra o de las operaciones iniciadas sean manifiestas e insuperables y la demora en el juzgamiento pudiere ocasionar perjuicios en la eficiencia operativa o en la capacidad de combate”³⁵⁴. De tal suerte que, aún en situaciones de guerra, la competencia radica en la jurisdicción ordinaria y los procedimientos se adelantan de conformidad con la legislación procesal ordinaria, y sólo en circunstancias excepcionales previstas por la ley, se podrán constituir consejos de guerra. Es importante destacar que esas circunstancias excepcionales hacen referencia a

³⁵⁰ Reforma de 1994 al Código de Procedimiento Penal de 1981.

³⁵¹ Como: el “homicidio político”, la tortura, la desaparición forzada, la “privación grave de la libertad” y la “agresión sexual contra persona privada de libertad”.

³⁵² Ley 26.394 de 26 de agosto de 2008.

³⁵³ Anexo I de la Ley 26.394 de 26 de agosto de 2008.

³⁵⁴ Anexo II de la Ley 26.394 de 26 de agosto de 2008, *Modificaciones al código penal y al código procesal penal de la Nación*, Artículo 1 “Principio”.

la imposibilidad material de administrar justicia por parte de la jurisdicción ordinaria. Respecto de Colombia, cabe señalar que el Código Penal Militar de 2010 excluye del ámbito de los tribunales militares y no considera como delitos de función aquellos ilícitos penales “que atenten contra el Derecho Internacional Humanitario”³⁵⁵.

Asimismo, cabe destacar que altas cortes y tribunales de justicia en la región han proferido jurisprudencia excluyendo las infracciones al Derecho Internacional Humanitario del ámbito de competencia de los tribunales militares. Así, al analizar el alcance de la noción de “delito de función”, el Consejo Superior de la Judicatura de Colombia concluyó que la tortura, el homicidio, la desaparición forzada y cualquier otro delito que implique un “atentado contra el Derecho Internacional Humanitario y aquellas conductas que son abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública, que por su sola comisión rompen el nexo funcional del agente con el servicio, en todos estos casos corresponderá a la justicia ordinaria aprehender la investigación y el juzgamiento de esta clase de conductas”³⁵⁶ y no pueden ser considerados delitos de función o de servicio. Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia ha considerado que “las fuerzas militares tienen la obligación absoluta de impedir el desconocimiento del Derecho Internacional Humanitario (restricción absoluta aun frente a los estados de excepción según lo dispone el artículo 214 de la Constitución) y los derechos que, conforme a los tratados internacionales ratificados por Colombia, no pueden ser suspendidos durante tales estados [...]. Permitir que ocurran, sea porque activamente intervienen en ellas o porque omiten el deber estatal de proteger a los asociados en sus derechos, constituye una flagrante violación a la posición de garante de las condiciones mínimas y básicas de la organización social y, por lo mismo, nunca podrán considerarse como un acto relacionado con el servicio”³⁵⁷.

El Tribunal Constitucional de Perú ha considerado que “la comunidad internacional reconoce la existencia de un núcleo inderogable de derechos,

³⁵⁵ Artículo 3°.

³⁵⁶ Consejo Superior de la Judicatura, Sala Disciplinaria, sentencia de 12 de febrero de 2009, Radicación No. 110010102000200900097 01 – 1134C, pág. 53.

³⁵⁷ Sentencia N° SU-1184-2001 (REF.: Expediente T-282730).

establecidos en normas imperativas del Derecho Internacional. Estas normas se derivan del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Penal Internacional³⁵⁸. Al examinar el artículo 90 (1) del Código de Justicia Militar Policial³⁵⁹ que tipificaba el homicidio de persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario como delito de función y lo sometía al conocimiento de la jurisdicción penal militar, el Tribunal Constitucional destacó que “como se aprecia, en la referida norma penal no se presentan todos los requisitos que identifican a los delitos de función. Así, mediante esta norma penal se pretende sancionar la conducta del militar o policía (*en actividad*), que en un conflicto armado internacional o no internacional (*en acto de servicio o con ocasión de él*), MATE a una persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario, afectando el bien jurídico VIDA (*que no es un bien jurídico institucional de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional*)”³⁶⁰. Asimismo al examinar otros tipos penales³⁶¹, varios de los cuales referidos a graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, el Tribunal consideró que estos delitos “por pretender afectar bienes jurídicos que no son propios ni particulares de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional, tales como la integridad física, psíquica o moral, la libertad sexual, libertad de tránsito, propiedad, tutela jurisdiccional efectiva, entre otros”³⁶² no pueden ser considerados delitos del ámbito de la jurisdicción militar. Así, concluyó que estas normas, tipificando estos crímenes como delitos de función, eran inconstitucionales.

³⁵⁸ Tribunal Constitucional, sentencia de 9 de diciembre de 2004, *Recurso Extraordinario - Gabriel Orlando Vera Navarrete*, Expediente N.º 2798-2004-HC/TC, párrafo 6.

³⁵⁹ Artículo 90, inciso 1: “El militar o policía que, con relación con un conflicto armado internacional o no internacional: 1. Mate a una persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario será reprimido con la pena privativa de libertad no menor de veinte años ni mayor de treinta años”.

³⁶⁰ Tribunal Constitucional, Pleno Jurisdiccional, sentencia de 15 de diciembre de 2006, *Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Decana del Colegio de Abogados de Lima contra determinadas normas del Decreto Legislativo N.º 961, Código de Justicia Militar Policial*, Expediente N.º 00012-2006-PI/TC, párrafo 74.

³⁶¹ Se trataba de los delitos tipificados en el incisos 2 a 9 del artículo 90º y los artículos 91º, 92º, 93º, 95º, 96º, 97º, 98º, 99º, 100º, 101º, 102º y 103º del Código de Justicia Militar Policial.

³⁶² Tribunal Constitucional, Pleno Jurisdiccional, sentencia de 15 de diciembre de 2006, *Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Decana del Colegio de Abogados de Lima contra determinadas normas del Decreto Legislativo N.º 961, Código de Justicia Militar Policial*, Expediente N.º 00012-2006-PI/TC, párrafo 75.

IX. Graves violaciones de derechos humanos

“La práctica del juzgamiento de militares por graves violaciones de derechos humanos por tribunales militares no sólo vulnera el principio del juez natural así como los derechos a la igualdad ante los tribunales y a un tribunal competente, amparados por los artículos 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 85 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino también el derecho de las víctimas de esas violaciones y de sus familiares a un recurso efectivo y a la protección judicial, amparados por los artículos 2 (párrafo 3) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, Emmanuel Decaux, Relator Especial sobre la Administración de Justicia por Tribunales Militares³⁶³

Bajo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el conocimiento de graves violaciones de derechos humanos, constitutivas de delitos, cometidas por personal militar o policial y el juzgamiento y la sanción de sus autores, son de competencia exclusiva de la jurisdicción penal ordinaria. El Relator Especial sobre la Administración de Justicia por Tribunales Militares de las Naciones Unidas, Emmanuel Decaux, ha señalado al particular que “frente

³⁶³ *La administración de justicia por los tribunales militares - Informe presentado por el Relator Especial de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, Emmanuel Decaux, E/CN.4/2006/58 de 13 de enero de 2006, párrafo 32.*

a la concepción funcional de la competencia de los tribunales militares, hoy se impone cada vez con más claridad la idea de que las personas acusadas de violaciones graves de los derechos humanos no pueden ser juzgadas por tribunales militares en la medida en que tales actos, por su propia naturaleza, no corresponderían al ámbito de las funciones ejercidas por tales personas. Más aún, las autoridades militares podrían sentirse inclinadas a echar tierra sobre tales asuntos, invocando el principio de la oportunidad en el ejercicio de la acción penal, favoreciendo el archivo de la causa o alegando la ‘conformidad con los hechos imputados’ en perjuicio de las víctimas. Es importante que los tribunales ordinarios puedan desde el principio investigar, perseguir y juzgar a los autores de esas violaciones. La incoación de oficio de la investigación preliminar por la jurisdicción ordinaria constituye una etapa decisiva para evitar toda forma de impunidad. La competencia de los tribunales ordinarios debe permitir también tener plenamente en cuenta los derechos de las víctimas, en todas las fases del procedimiento”³⁶⁴.

1. Marco jurídico internacional

Como fue desarrollado en el capítulo VII, la jurisprudencia de los órganos de las Naciones Unidas y de los sistemas interamericano, europeo y africano, es totalmente unánime en considerar que la jurisdicción penal militar es un fuero funcional de carácter restringido, limitado en razón de la materia (delito estrictamente militar) como del sujeto activo del delito (militar). Asimismo, varios instrumentos y estándares internacionales tienen expresas disposiciones reiterando el carácter de fuero funcional con ámbito material y personal restringido de las jurisdicciones penales militares. En efecto, varios instrumentos internacionales de derechos humanos excluyen del ámbito de competencia de los tribunales militares el conocimiento de graves

³⁶⁴ *La administración de justicia por los tribunales militares - Informe presentado por el Relator Especial de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, Emmanuel Decaux, E/CN.4/2006/58 de 13 de enero de 2006, párrafo 32.*

violaciones de derechos humanos, constitutivas de delitos, cometidas por personal militar o policial.

A. Instrumentos y estándares internacionales

Dentro de los instrumentos internacionales de derechos humanos que excluyen del ámbito de competencia de los tribunales militares el conocimiento de graves violaciones de derechos humanos, cabe mencionar: la *Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas*; la *Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Desaparición Forzada*; el *Conjunto actualizado de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la Lucha contra la Impunidad de las Naciones Unidas*; y el *Proyecto de Principios sobre la Administración de Justicia por Tribunales Militares* de las Naciones Unidas

La Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas prescribe, en su artículo IX, que “los presuntos responsables de los hechos constitutivos de desaparición forzada sólo podrán ser juzgados por las jurisdicciones de derecho común competentes en cada Estado, con exclusión de toda jurisdicción especial, en particular la militar. [...] Los hechos constitutivos de desaparición forzada no podrán considerarse como cometidos en el ejercicio de las funciones militares”.

La Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Desaparición Forzada, a su artículo 16 (2), estipula que las personas autoras o cómplices de desaparición forzada “sólo podrán ser juzgadas por las jurisdicciones de derecho común competentes, en cada Estado, con exclusión de toda otra jurisdicción especial, en particular la militar”.

El *Conjunto actualizado de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la Lucha contra la Impunidad* contiene disposiciones expresas en materia de fuero militar. Así, su Principio 22 estipula que “los Estados incorporarán garantías contra las desviaciones a que

pueda dar lugar el uso de [...] la competencia de los tribunales militares”. Su Principio 29 estipula que: “la competencia de los tribunales militares deberá limitarse a las infracciones de carácter específicamente militar cometidas por militares, con exclusión de las violaciones de los derechos humanos, las cuales son competencia de los tribunales nacionales ordinarios o, en su caso, cuando se trate de delitos graves conforme al derecho internacional, de un tribunal penal internacional internacionalizado”.

Finalmente, cabe destacar el *Proyecto de Principios sobre la Administración de Justicia por Tribunales Militares*³⁶⁵. Aunque todavía se trata de un proyecto, la Corte Europea de Derechos Humanos ha considerado que los principios incluidos en él reflejan la evolución del derecho internacional de los derechos humanos en el campo de los tribunales militares y lo ha empleado como fuente jurídica³⁶⁶. Su Principio 9 “Enjuiciamiento de los autores de violaciones graves de los derechos humanos” estipula que:

«En todo caso, la competencia de los órganos judiciales militares debería excluirse en favor de la de los tribunales de justicia ordinarios para instruir diligencias sobre violaciones graves de los derechos humanos, como las ejecuciones extrajudiciales, las desapariciones forzadas y la tortura, y para perseguir y juzgar a los autores de esos crímenes.»

Igualmente, cabe destacar que la antigua Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en su resolución 1994/67 intitulada “Fuerzas de defensa civil”³⁶⁷, recomendó que cuando “se creen fuerzas armadas de defensa civil”, los Estados establezcan en su derecho interno que “los delitos que impliquen violaciones de derechos humanos por esas fuerzas estarán sujetos a la jurisdicción de los tribunales civiles”. En su resolución 1994/39, esta Comisión tomó nota de la recomendación del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias sobre “el enjuiciamiento por jurisdicciones de derecho común de los presuntos autores de desaparición

³⁶⁵ Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2006/58 de 13 de enero de 2006

³⁶⁶ Sentencia del 4 de mayo de 2006, *Caso Ergin c. Turquía*, Comunicación No. 47533/99, y sentencia de 21 de septiembre de 2006, *Caso Maszni c. Rumania*, Comunicación No. 59892/00.

³⁶⁷ Resolución 1994/67, “Fuerzas de defensa civil”, párrafo 2.

forzada”³⁶⁸. Por su parte, la antigua Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en sus resoluciones 1998/3 y 1999/3, exhortó a “los gobiernos de que se trata a no dejar impunes los crímenes que se cometan contra los defensores de los derechos humanos, a permitir y facilitar todas las investigaciones necesarias y a velar por que se juzgue en un tribunal civil y se castigue a los autores y por que se pague indemnización a las familias de las víctimas”.

B. Jurisprudencia internacional de derechos humanos

La mayoría de los tratados de derechos humanos no tienen cláusulas expresas sobre los tribunales militares. No obstante, los órganos y las cortes internacionales de protección de derechos humanos han producido una importante doctrina y jurisprudencia acerca de la práctica del juzgamiento de militares y policías por graves violaciones de derechos humanos por tribunales militares, a la luz de las obligaciones de los Estados de investigar, juzgar y sancionar estos crímenes y de los derechos de las víctimas y sus familiares a un recurso efectivo y a la protección judicial por tribunales independientes, imparciales y competentes.

Así, aun cuando el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* no regula de forma explícita y expresa la cuestión de los tribunales militares, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas reiteradamente ha concluido que la práctica del juzgamiento de militares y policías responsables de violaciones de derechos humanos por tribunales militares no es compatible con las obligaciones que tienen los Estados bajo el mencionado Pacto, en particular las que dimanar de sus artículos 2 (3) (derecho a un recurso efectivo) y 14 (derecho a un juicio justo por un tribunal competente, independiente e imparcial)³⁶⁹. Asimismo, el Comité ha considerado, en decisiones relativas

³⁶⁸ Resolución 1994/39, párrafo 21.

³⁶⁹ Observaciones del Comité de Derechos Humanos sobre: Bolivia, CCPR/C/79/Add.74, 1 de mayo de 1997, párrafo 11; Colombia CCPR/C/79/Add.2, 25 de septiembre de 1992, párrafos 5 y 6 y CCPR/C/79/Add.76, de 5 de mayo de 1997, párrafo 18; Perú, CCPR/C/79/Add.8, 25 de septiembre

a casos individuales, que los tribunales militares no constituyen un recurso efectivo o idóneo para las víctimas de graves violaciones de derechos humanos y sus familiares³⁷⁰. En ese orden de ideas, el juzgamiento de militares por el delito de desaparición forzada, torturas, ejecuciones extrajudiciales, por parte de tribunales militares constituye una violación del Estado a sus obligaciones, bajo el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, de garantizar el derecho a un recurso efectivo a la víctimas de estos delitos (artículo 2, párrafo 3) y un juicio justo por un tribunal competente (artículo 14).

Si bien la *Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes* no contiene una cláusula explícita sobre los tribunales militares ni prescribe explícitamente que los presuntos autores de delito de tortura u otros actos inhumanos deban ser procesados por la jurisdicción ordinaria con exclusión de las cortes castrenses, el Comité contra la Tortura constantemente ha reiterado que estos deben ser juzgados por la jurisdicción ordinaria³⁷¹. Así, por ejemplo, en sus *Conclusiones y recomendaciones* a México (2007), el Comité contra la Tortura tomó “nota con preocupación de que continúa subsistiendo el fuero militar para el delito de tortura cometido por personal militar durante el ejercicio de función pública

de 1992, párrafo 8; Venezuela, CCPR/C/79/Add.13, 28 de diciembre de 1992, párrafos 7 y 10; Croacia, CCPR/C/79/Add.15 - A/48/40, 28 de diciembre de 1992, párrafo 362; Brasil, CCPR/C/79/Add.66, 24 de julio de 1996, párrafo 10; Libano, CCPR/C/79/Add.78, de 1 de abril de 1997, párrafo 14; Chile, CCPR/C/79/Add.104, 30 de marzo de 1999, párrafo 9; República Dominicana, CCPR/CO/71/DOM, 26 de abril de 2001, párrafo 10; Guatemala, CCPR/CO/72/GTM, 27 de agosto de 2001, párrafos 10 y 20; El Salvador, 18 de abril de 1994, CCPR/C/79/Add.34, párrafo 5; Ecuador, 18 de agosto de 1998, CCPR/C/79/Add.92, párrafo 7; Egipto, 9 de agosto de 1993, CCPR/C/79/Add.23, párrafo 9; Polonia, 29 de julio de 1999, CCPR/C/79/Add.110, párrafo 21; Camerún, 4 de noviembre de 1999, CCPR/C/79/Add.116, párrafo 21; Marruecos, 23 de octubre de 1991, A/47/40, párrafo 57; Siria, 28 de mayo de 2001, CCPR/CO/71/SYR, párrafo 17; Federación Rusa, 29 de julio de 1995, CCPR/C/79/Add.54, párrafo 25; Eslovaquia, 4 de agosto de 1997, CCPR/C/79/Add.79, párrafo 20; Uzbekistán, 26 de abril de 2001, CCPR/CO/71/UZB, párrafo 15.

³⁷⁰ Decisión de 29 de julio de 1997, Comunicación No. 612/1995, *Caso José Vicente y Amado Villafañe Chaparro, Luis Napoleón Torres Crespo, Ángel María Torres Arroyo y Antonio Hugues Chaparro Torres c. Colombia*, Documento de Naciones Unidas CCPR/C/60/D/612/1995, de 19 de agosto de 1997; y Decisión de 13 noviembre de 1995, Comunicación No. 563/1993, *Caso Nydia Erika Bautista c. Colombia*, Documento de Naciones Unidas CCPR/C/55/D/563/1993.

³⁷¹ Ver, entre otros, observaciones y recomendaciones del Comité contra la Tortura a: Perú (Documentos de las Naciones Unidas A/50/44, de 26 de julio de 1995, puntos E y D y A/55/44, de 16 de noviembre de 1999, párrafos 61 y 62); Colombia (Documento de las Naciones Unidas A/51/44, de 9 de julio de 1996, puntos 4 y 5); Jordania (Documento de las Naciones Unidas A/50/44, de 26 de julio de 1997); Venezuela (Documento de las Naciones Unidas A/54/44, de 5 de mayo de 1999); y Guatemala (Documento de las Naciones Unidas A/51/44, de 7 de julio de 1996).

en contra de civiles. [...] El Estado Parte debe garantizar que el juzgamiento de delitos contra los derechos humanos, y en especial la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes, perpetrados por militares contra civiles, sean siempre de competencia de los tribunales civiles, aun cuando hayan ocurrido en acto de servicio. El Estado Parte también debe reformar el Código de Justicia Militar para incluir el delito de tortura³⁷².

Igualmente, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* no regula de forma explícita y expresa la cuestión de los tribunales militares. No obstante, tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos reiteradamente han concluido que la jurisdicción penal militar tiene como función esencial y razón de ser el mantenimiento del orden y de la disciplina dentro de las filas militares y, por lo tanto, debe ser limitada a los delitos estrictamente militares cometidos por personal militar. Ambos órganos interamericanos han reiterado que las violaciones graves de derechos humanos no son parte de las funciones de ninguna fuerza militar en el mundo y no deben ser del ámbito de competencia de los tribunales militares.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado reiteradamente que la jurisdicción penal militar no es competente para conocer de graves violaciones de derechos humanos cometidas por personal militar, toda vez que el juez natural que debe de conocer estos delitos es la jurisdicción ordinaria³⁷³. La Corte ha concluido que la práctica del juzgamiento de militares por graves violaciones de derechos humanos por tribunales militares vulnera las obligaciones que tienen los Estados bajo los artículos 8 (tribunal competente y debido proceso legal) y 25 (derecho a la protección judicial y a un recurso efectivo) de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Así, la Corte recordó que:

³⁷² *Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura: México*, CAT/C/MEX/CO/4 de 6 de febrero de 2007, párrafo 14.

³⁷³ Ver, entre otras sentencias: sentencia de 11 de mayo de 2007, *Caso de la Masacre de la Rochela c. Colombia*, serie C No. 163; sentencia de 26 de septiembre de 2006, *Caso Almonacid Arellano y otros c. Chile*, serie C No. 154; sentencia de 22 de noviembre de 2005, *Caso Palamara Iribarne c. Chile*, serie C No. 135; y sentencia de 5 de julio de 2004, *Caso 19 Comerciantes c. Colombia*, serie C No. 109; sentencia de 29 de noviembre de 2006, *Caso La Cantuta*, serie C No. 162, párrafo 142; y sentencia de 31 de enero de 2006, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello c. Colombia*, serie C No. 140, párrafo 189; sentencia de 16 de agosto de 2000, *Caso Durand y Ugarte c. Perú*, serie C No. 68

«La jurisdicción penal militar debe tener un alcance restrictivo y excepcional, teniendo en cuenta que solo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atentan contra bienes jurídicos propios del orden militar. En este sentido, cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural. Esta garantía del debido proceso debe analizarse de acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de la persona humana. Por estas razones y por la naturaleza del crimen y el bien jurídico lesionado, la jurisdicción penal militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos»³⁷⁴.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado en reiteradas ocasiones que en materia de investigación, procesamiento y sanción de militares autores de violaciones de derechos humanos, los tribunales militares violan el derecho a la justicia y conculcan gravemente obligaciones bajo la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos³⁷⁵. En numerosas decisiones de casos

³⁷⁴ Sentencia de 11 de mayo de 2007, *Caso de la Masacre de la Rochela c. Colombia*, serie C No. 163, párrafo 200.

³⁷⁵ *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1986-1987*, OEA/Ser.L/V/II.71; Doc. 9 rev. 1, capítulo IV (b); *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1992-1993*, OEA/Ser. L/V/II.83, Doc. 14 12 marzo 1993, Capítulo V(VII), Párrafo 6; *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1993*, OEA/Ser.L/V/II.85; Doc. 8 rev., 11 febrero 1994; Capítulo V (IV), Recomendaciones Finales; *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1997*, OEA/Ser.L/V/II.98, Doc. 6; Capítulo VII, 17 febrero 1998; *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1998*, OEA/Ser.L/V/II.102; Doc. 6 Rev., 16 Abril 1999, Capítulo VII, Sección 1 y Capítulo VII, Sección 3; *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Brasil*, 29 septiembre 1997; OEA/Ser.L/V/II.97, Capítulo III, párrafos 78 y 95; *Segundo Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en Colombia*, OEA/Ser. L/V/II.84, Doc. 39 rev, 14 de octubre 1993; *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia* OEA/Ser.L/V/II.102; Doc. 9 Rev. 1, de 26 Febrero 1999; *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile*, OEA/Ser.L/V/II.66, doc. 17, rev.1, OEA, 1985; *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador*, OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 Rev. 1, 1997; *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala*, OEA/Ser.L/V/II.61 Doc. 47 , 3 Octubre 1983; *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay*, OEA/Ser.L/VII.110, 2001; *Informe Anual de*

individuales, esta Comisión ha reiterado que el juzgamiento de militares y de policías por violaciones de derechos humanos por parte de tribunales militares o policiales constituye una trasgresión del derecho a un tribunal independiente e imparcial y al debido proceso, así como a un recurso efectivo³⁷⁶. Expuso que “la desaparición forzada de un ciudadano nunca puede ser considerada como parte de las funciones legítimas de los agentes de las fuerzas de seguridad”³⁷⁷. Consecuentemente, el hecho de que este tipo de delitos sea de competencia de la jurisdicción penal militar constituye una violación de los artículos 8 y 25 de la Convención³⁷⁸. Además, ha reiterado en diversas oportunidades que la tortura, la desaparición forzada y la ejecución extrajudicial no constituyen una actividad legítima del servicio que justifique el empleo del fuero de la jurisdicción penal militar para juzgar a los responsables de tales graves violaciones a los derechos humanos³⁷⁹.

El Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias de las Naciones Unidas reiteradamente ha concluido que “la acción judicial y el pronunciamiento de penas en el caso de delitos que implican violaciones graves de derechos humanos, como las desapariciones, deberían tener como cuadro los tribunales civiles, aún si las personas han pertenecido o pertenecen a las fuerzas armadas”³⁸⁰. El Grupo de Trabajo ha señalado que “la tipificación de la conducta delictiva en la legislación penal ‘se refiere a los códigos

la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1992-1993, OEA/Ser.L/V/II.83, Doc. 14, 12 marzo 1993; e *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Surinam* OEA/Ser.L/V/II.61, Doc. 6 Rev. 1, 6 Octubre 1983.

³⁷⁶ Ver, entre otros: Informe No. 55/01, *Aluisio Cavalcante y otros (Brasil)*; Informe No. 62/01, *Caso Masacre De Riofrío*, Caso 11.654 (Colombia); Informe No. 63/01, Caso 11.710, *Caso Carlos Manuel Prada González y Evelio Antonio Bolaño Castro (Colombia)*; Informe No. 64/01 Caso 11.712, *Caso Leonal De Jesús Isaza Echeverry y Otro (Colombia)*; Informe No. 61/99, *José Félix Fuentes Guerrero y otros (Colombia)*, Caso 11.519; Informe N° 7/00, *Amparo Tordecilla Trujillo (Colombia)*, Caso 10.337; Informe No. 10/95, Caso 10.580 (Ecuador); Informe No. 35/00, *Los Uvos (Colombia)*, Caso 11.020; e Informe No. 36/00 *Caloto (Colombia)*, Caso 11.101.

³⁷⁷ Informe N° 7/00 de 24 de febrero de 2000, Caso 10.337, *Amparo Tordecilla Trujillo (Colombia)*, párrafo 54.

³⁷⁸ *Ibidem*.

³⁷⁹ Ver, por ejemplo: Informe N° 62/01, Caso 11.654, *Masacre de Riofrío (Colombia)*; Informe N° 62/99, Caso 11.540, *Santos Mendivelso Coconubo (Colombia)*; Informe N° 5/98, Caso 11.019, *Álvaro Moreno Moreno (Colombia)*; Informe N° 35/00, Caso 11.020, *Los Uvos (Colombia)*.

³⁸⁰ Documento de las Naciones E/CN.4/1993/25, párrafo 46. Ver, igualmente, Documentos de las Naciones Unidas: E/CN.4/1990/13, párrafo 345; E/CN.4/1991/20, párrafo 408; E/CN.4/1992/18, párrafo 367; E/CN.4/1995/36, de 21 de diciembre de 1994, párrafo 54; y E/CN.4/2000/64/Add.1, de 21 de diciembre de 1999, párrafos 29 y 63.

penales de los países, que han de ser aplicados por los tribunales ordinarios competentes y no por ninguna jurisdicción especial, en particular la militar (párrafo 2 del artículo 16 de la Declaración), ni por organismos o tribunales administrativos'. Ha reiterado asimismo que 'las personas responsables del delito de desaparición forzada sólo podrán ser juzgadas por las jurisdicciones de derecho común competentes, en cada Estado, con exclusión de toda otra jurisdicción especial, en particular la militar'³⁸¹.

El Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de las Naciones Unidas ha concluido "que de subsistir alguna forma de justicia militar, debería en todo caso respetar cuatro límites: [entre los cuales cabe destacar] b) debería declararse incompetente para juzgar a militares, si entre las víctimas hay civiles"³⁸². En su informe de 2002 a la antigua Comisión de Derechos Humanos, el Grupo de Trabajo destacó dentro de las "medidas preventivas adecuadas" para la "erradicación del fenómeno de las desapariciones forzadas o involuntarias [...] la entrega a la justicia de todas las personas sospechosas y la garantía de que sólo serán juzgadas por tribunales ordinarios competentes y no por tribunales especiales, en particular tribunales militares"³⁸³.

El Relator Especial sobre la cuestión de la Tortura de las Naciones Unidas ha señalado reiteradamente que el crimen de tortura no puede ser considerado un delito militar o de servicio y que la justicia militar "carece de sentido en todos aquellos casos en que miembros de las fuerzas de seguridad hayan violado gravemente los derechos humanos básicos de un civil. Semejante acto [tortura] constituye un delito contra el orden público civil, y en consecuencia debe ser juzgado por un tribunal civil. La tortura está prohibida en todas circunstancias y esta prohibición se aplica a todos los funcionarios, ya sean militares o civiles. Por consiguiente, no puede pretenderse que guarde relación alguna con las funciones específicas de los militares. Habida cuenta de que corresponde a los tribunales civiles la administración de justicia en general con miras a proteger el orden público civil, los tribunales civiles deben ser competentes para juzgar

³⁸¹ *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias – Adición - Mejores prácticas de la legislación penal nacional en materia de desapariciones forzadas*, A/HRC/16/48/Add.3 de 28 de diciembre de 2010, párrafo 57.

³⁸² Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/1999/63, del 18 de diciembre de 1998, párrafo 80.

³⁸³ Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2002/79, de 18 de enero de 2002, párrafo 364.

todos los delitos que atenten contra el orden público independientemente de quien haya podido cometer tales delitos”³⁸⁴. Asimismo, el Relator Especial ha precisado que “los delitos graves perpetrados por personal militar contra civiles, en particular la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, deben ser conocidos por la justicia civil, con independencia de que hayan ocurrido en acto de servicio”³⁸⁵. En su informe sobre su visita a México (1998), el Relator Especial sobre la cuestión de la Tortura, Nigel Rodley, constató que “el Código de Justicia Militar establece en su artículo 57 que son delitos contra la disciplina militar los del orden común o federal cuando fueren cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo”³⁸⁶. Igualmente, el Relator Especial constató que aun cuando el Código de Justicia Militar no contempla el delito de tortura, sin embargo establece que cuando un militar incurre en una conducta que el Código no recoge, y si esa conducta fue realizada en acto de servicio o con ocasión del mismo, se aplican supletoriamente las leyes federales correspondientes. Con ello, los militares imputados de actos de tortura son juzgados por tribunales militares en aplicación de la Ley federal para prevenir y sancionar la tortura de 1991. El Relator recomendó a las autoridades mexicanas tomar medidas adecuadas en orden a que “los delitos graves perpetrados por personal militar contra civiles, en particular la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, deben ser conocidos por la justicia civil, con independencia de que hayan ocurrido en acto de servicio”³⁸⁷.

El Relator Especial de las Naciones Unidas sobre las Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias reiteradamente ha recomendado a los Estados que “permitan la existencia de un sistema judicial civil independiente, imparcial y que funcione como es debido para juzgar todos los casos de presuntas violaciones del derecho a la vida. El Relator Especial también pide a las autoridades que velen por que las fuerzas de seguridad cooperen plenamente con el sistema judicial civil en su intento de identificar y someter a la justicia

³⁸⁴ Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/1990/17, párrafo 271. En el mismo sentido, ver los documentos de las Naciones Unidas: E/CN.4/1989/15, párrafos 176 -177 y 187(b); E/CN.4/1990/17, párrafos 212 y 216(e); E/CN.4/1995/34, párrafo 926 (g); E/CN.4/1994/31, párrafo 666; E/CN.4/2001/66, párrafo 1316 (i); y E/CN.4/2002/76, Anexo I, letra j.

³⁸⁵ Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/1998/38/Add.2, párrafo 88.

³⁸⁶ Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/1998/38/Add.2, párrafo 88.

³⁸⁷ Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/1998/38/Add.2, párrafo 88.

a los responsables de violaciones de los derechos humanos”³⁸⁸. Al examinar la cuestión del fuero militar en Perú, el Relator Especial destacó en 1994 que los tribunales militares deben conocer y procesar “exclusivamente a los miembros de las fuerzas de seguridad que cometen delitos castrenses, categoría de la que deben excluirse clara y explícitamente las violaciones graves de los derechos humanos”³⁸⁹. En relación a Colombia, el Relator Especial consideró en 1995 que “resulta también altamente controvertida la noción de delito cometido en relación con el servicio, que sirve como base para otorgar la competencia en un determinado caso a la jurisdicción militar. [...] Esta noción ha sido y es interpretada en sentido amplio hasta el punto de abarcar hechos violatorios de los derechos humanos”³⁹⁰. Por esta razón, el Relator Especial recomendó a las autoridades colombianas una reforma sustancial del Código Militar Penal, que incorporara entre otros “la exclusión explícita de la jurisdicción militar de los delitos de ejecución extrajudicial, sumaria o arbitraria, tortura y desaparición forzada”³⁹¹. Respecto de Indonesia, luego de constatar que según el ordenamiento legal, los delitos de tortura, homicidio y secuestro de civiles, imputados a miembros de las fuerzas militares eran de competencia exclusiva de los tribunales militares, el Relator Especial concluyó que “no hay motivo alguno para que los integrantes del Ejército sean juzgados por tribunales militares por delitos cometidos contra civiles durante la tarea esencialmente civil de mantener la ley y el orden”³⁹² y recomendó trasladar la competencia para conocer y juzgar las violaciones de los derechos humanos cometidas por personal militar “al órgano judicial civil ordinario”³⁹³.

El Relator Especial sobre la Independencia de Magistrados y Abogados de las Naciones Unidas, de manera general, recordó que: “los principios 3 y 5 de los Principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura prevén el derecho de toda persona a ser juzgada por los tribunales de justicia ordinarios o por tribunales legalmente establecidos. En forma más categórica, el principio 5 f) de los principios de Singhvi dispone que la competencia de los

³⁸⁸ Documento de las Naciones Unidas, E/CN.4/1994/7, de 7 de diciembre de 1993, párrafo 697.

³⁸⁹ Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/1994/7/Add.2, de 15 de noviembre de 1993, párrafo 99.

³⁹⁰ Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/1995/111, de 16 de enero de 1995, párrafo 90.

³⁹¹ *Ibid.*, párrafo 120 (f).

³⁹² Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/1995/61/Add.1, de 1 de noviembre de 1994, párrafo 70.

³⁹³ *Ibid.*, párrafo 81 (a).

tribunales militares estará limitada a los delitos militares”³⁹⁴. En su informe a la antigua Comisión de Derechos Humanos sobre su visita a Perú en 1997, el Relator Especial manifestó su especial preocupación “por la práctica de remitir los casos de violaciones y actos lesivos de derechos humanos cometidos por miembros de las fuerzas armadas a tribunales militares para evitar los trámites procesales ordinarios”³⁹⁵. El Relator Especial constató que “mientras que en los tribunales civiles todos los jueces tienen formación jurídica, en los tribunales militares sólo uno de los cinco jueces tiene formación jurídica; los otros cuatro son oficiales militares de carrera que normalmente no tienen formación jurídica. Como consecuencia de ello, cuando esos oficiales asumen el papel de ‘jueces’, siguen estando subordinados a sus superiores o al menos así se considera. Por ello, los que critican ese procedimiento, sostienen que la independencia e imparcialidad de esos jueces es dudosa”³⁹⁶. Finalmente, el Relator Especial concluyó que “debe ponerse fin a esta práctica” y manifestó su deseo de “reiterar la recomendación del Comité de Derechos Humanos de que se adopten las medidas necesarias para restaurar la autoridad del poder judicial y dar efecto al derecho a un recurso efectivo reconocido en virtud del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, para superar así la atmósfera de impunidad”³⁹⁷.

En su informe sobre su visita a Colombia en 1997, el Relator Especial constató que “la jurisdicción militar es una de las razones principales de la impunidad en Colombia”³⁹⁸. El Relator señaló que: “la eficacia de los tribunales militares en investigar y juzgar los delitos cometidos por miembros de las fuerzas armadas varía según la naturaleza del delito juzgado por estos tribunales. Según informes, cuando el delito se tipifica en reglamentos internos de la policía o las fuerzas armadas, los tribunales penales militares han aplicado sentencias muy severas. Sin embargo, la situación es muy diferente cuando el delito investigado ha sido cometido contra civiles (hurto, lesiones, homicidio, etc.); un alto porcentaje de estos casos termina con la suspensión

³⁹⁴ Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/1998/39/Add.1, párrafo 79.

³⁹⁵ *Ibid.*, párrafo 133.

³⁹⁶ *Ibid.*, párrafo 80.

³⁹⁷ *Ibid.*, párrafo 133.

³⁹⁸ Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/1998/39/Add.2, de 30 de marzo de 1998, párrafo 130.

de las actuaciones”³⁹⁹. El Relator aseguró que esta situación “obedece a deficiencias estructurales del sistema judicial militar, que garantiza que los oficiales militares y policiales no reciban una sanción penal por dichos delitos”⁴⁰⁰. También indicó que: “la principal deficiencia estructural radica en el hecho de que los tribunales militares están integrados por oficiales en activo [y] es común que los oficiales juzguen a subordinados que pertenecen a la misma unidad”⁴⁰¹. El Relator Especial expresó su “preocupación por el hecho de que los oficiales en servicio activo juzguen a sus propios subordinados por delitos de derechos humanos cometidos contra civiles”⁴⁰² y consideró que “teniendo en cuenta la estructura militar, los oficiales en servicio activo carecen de la necesaria independencia e imparcialidad para juzgar casos en los que estén implicados miembros del mismo cuerpo. El principio 2 de los Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura estipula que ‘los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo’. Por lo tanto, los funcionarios en servicio activo no pueden considerarse independientes ni capaces de emitir un dictamen imparcial contra miembros de la misma fuerza militar”⁴⁰³. Finalmente, concluyó que “habida cuenta de la elevada tasa de impunidad en los tribunales militares (el 99,5%), el Relator Especial opina que el Gobierno de Colombia no ha cumplido con prevenir e investigar las violaciones de los derechos humanos y castigar a los miembros del Ejército que cometen esas violaciones, de conformidad con lo dispuesto por el derecho internacional. [...] habida cuenta de la estructura sumamente jerárquica de las fuerzas armadas, institución fundada en principios de lealtad y subordinación, los oficiales en servicio activo carecen de la independencia e imparcialidad necesarias para juzgar casos de miembros de la misma institución implicados en violaciones de los derechos humanos cometidas contra civiles. Así, se estima que los oficiales en servicio activo no son independientes ni capaces

³⁹⁹ *Ibidem*.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, párrafo 132.

⁴⁰¹ *Ibid.*, párrafo 133.

⁴⁰² *Ibid.*, párrafo 140.

⁴⁰³ *Ibidem*.

de dictar sentencias imparciales contra miembros de las mismas fuerzas armadas”⁴⁰⁴.

En su informe sobre su visita a México, el Relator Especial constató que “los tribunales militares están facultados para juzgar al personal militar por violaciones del código militar y por los delitos comunes cometidos durante el tiempo de servicio”⁴⁰⁵. Recomendó “investigar por cuenta de las autoridades civiles los delitos supuestamente cometidos por militares contra civiles con objeto de disipar las sospechas de parcialidad. En todo caso, debe modificarse la legislación actual a fin de permitir que el poder judicial civil instruya los procedimientos relativos a los delitos específicos de índole grave, como la tortura y los homicidios presuntamente cometidos por militares contra civiles al margen de sus funciones”⁴⁰⁶.

Los órganos y mecanismos internacionales de protección de derechos humanos han considerado reiteradamente que la investigación sobre violaciones de derechos humanos imputadas a militares realizadas por las fuerzas militares, en ejercicio de facultades de policía judicial, no es compatible con la obligación internacional de asegurar investigaciones independientes e imparciales. Estos órganos y mecanismos han recomendado, por tanto, que las fuerzas militares sean apartadas de esas funciones y que las facultades de policía judicial sean de exclusiva competencia de los organismos civiles. En ese sentido se han pronunciado: el Comité de Derechos Humanos⁴⁰⁷, el Comité contra la Tortura, el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias⁴⁰⁸, el Relator Especial sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias⁴⁰⁹, los Relatores Especiales sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias y sobre la cuestión de la Tortura⁴¹⁰, el Relator Especial sobre la Independencia de los Jueces y Abogados⁴¹¹ y la Oficina en Colombia del Alto

⁴⁰⁴ *Ibid.*, párrafos 173 y 174.

⁴⁰⁵ Documento de las Naciones Unidas, E/CN.4/2002/72/Add.1 de 24 de enero de 2002, párrafo 78.

⁴⁰⁶ *Ibid.*, párrafo 192 (d).

⁴⁰⁷ Documento de las Naciones Unidas, CCPR/C/79/Add.76, 5 de mayo de 1997, párrafos 32 y 34.

⁴⁰⁸ Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/1989/18/Add.1, párrafo 133.

⁴⁰⁹ *Ibidem.*

⁴¹⁰ Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/1995/111, párrafos 86 y 119.

⁴¹¹ Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/1998/39/Add.2, párrafos 80 y 185.

Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos⁴¹². Asimismo, lo ha recomendado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁴¹³. El Comité de Derechos Humanos ha destacado, en varias oportunidades, que el hecho de que las violaciones a los derechos humanos y abusos atribuidos a miembros de los cuerpos policiales no hayan sido investigados por un órgano independiente contribuye a crear un clima de impunidad⁴¹⁴. El Comité contra la Tortura ha recomendado que la investigación de los delitos “esté bajo la directa vigilancia de jueces independientes integrantes del poder judicial”⁴¹⁵. De igual manera, el Comité contra la Tortura ha recomendado “la prohibición absoluta a todo organismo del Estado no procesalmente habilitado para ello, de desarrollar investigaciones en asuntos de carácter penal paralelas a las que legalmente son de cargo exclusivo de los órganos del sistema judicial”⁴¹⁶.

2. Derecho comparado

Varios Estados de América Latina han introducido en sus constituciones o en su legislación, expresas cláusulas que asignan la competencia de las graves violaciones de derechos humanos a la jurisdicción ordinaria o las excluyen del ámbito de competencia de las jurisdicciones penales militares. Así, en la región, cabe destacar las Constituciones de Bolivia de 1995⁴¹⁷ y de 2009⁴¹⁸,

⁴¹² Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2003/13, de 24 de febrero de 2003, párrafo 169 y E/CN.4/2004/13, de 17 de febrero de 2004, párrafos 79 y 169.

⁴¹³ *Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, documento de la Organización de los Estados Americanos, OEA/Ser.L/V/II.84, Doc. 39 rev., de 14 octubre 1993, Capítulo III “Sistema político y normativo de Colombia”, letra F (“El régimen de excepción en el ordenamiento jurídico vigente”); y *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, Documento de la Organización de los Estados Americanos OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 9 rev. 1, 26 febrero 1999, párrafo 19.

⁴¹⁴ *Observaciones finales - Sri Lanka*, de 23 de julio de 1995, documento de las Naciones Unidas CCPR/C/79/Add.56, par. 15; *Observaciones finales - Belarús*, de 19 de noviembre de 1997, documento CCPR/C/79/add.86, par. 9.

⁴¹⁵ *Conclusiones y recomendaciones - Ecuador*, de 15 de noviembre de 1993, documento de las Naciones Unidas A/49/44, par. 105.

⁴¹⁶ *Conclusiones y recomendaciones - Guatemala*, de 23 de noviembre de 2000, documento de las Naciones Unidas CAT/C/XXV/Concl.6, par. 10 (d).

⁴¹⁷ Artículo 34: “Los que vulneren derechos y garantías constitucionales quedan sujetos a la jurisdicción ordinaria”.

⁴¹⁸ Artículo 180.

de Ecuador de 1998⁴¹⁹, de Haití⁴²⁰, de Nicaragua⁴²¹, de Paraguay⁴²² y de la República Bolivariana de Venezuela⁴²³.

En materia de legislación penal o penal militar cabe destacar varios países. En Colombia, el artículo 3⁴²⁴ del Código Penal Militar de 1999, el artículo 3⁴²⁵ del Código Penal Militar de 2010 y la Ley No. 589 de 2000, radican en la jurisdicción ordinaria la competencia para conocer de la tortura, la desaparición forzada, el genocidio, el crimen de lesa humanidad y el crimen de guerra, así como las “conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio”. En Guatemala, al amparo del Decreto 41-96, que modificó el artículo 2 del Código Militar, la jurisdicción ordinaria conoce de las graves violaciones de derechos humanos. En Paraguay, los delitos de tortura, genocidio y desaparición forzada y el crimen de guerra, están tipificados en el Código Penal⁴²⁶ y son de competencia de la jurisdicción ordinaria. Asimismo, el Código Penal Militar paraguayo prescribe que “se exceptúa de este Código los delitos previstos y penados por el Código del fuero civil. Si se trata de un hecho previsto y penado, tanto por este Código, como por el Código Penal Civil, no será considerado delito militar, sino cuando haya sido cometido por

⁴¹⁹ Artículo 187.

⁴²⁰ Artículo 42 (3): “los Casos de conflicto entre civiles y militares, los abusos, las violencias y los crímenes perpetrados contra un civil por un militar en el ejercicio de sus funciones son de competencia de los tribunales de derecho común”.

⁴²¹ Artículo 93.

⁴²² Artículo 174.

⁴²³ Artículo 29 (2): “Las violaciones de derechos humanos y los delitos de lesa humanidad serán investigados y juzgados por los tribunales ordinarios. El artículo 261 prescribe igualmente que “La comisión de delitos comunes, violaciones de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad, será juzgada por los tribunales ordinarios”.

⁴²⁴ El artículo 3 prescribe que: “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior; en ningún Caso podrán considerarse como relacionados con el servicio los delitos de tortura, el genocidio y la desaparición forzada, entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia.”

⁴²⁵ El artículo 3º prescribe “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior , en ningún Caso podrán relacionarse con el servicio los delitos de tortura, genocidio, desaparición forzada, de lesa humanidad o aquellos que atenten contra el Derecho Internacional Humanitario entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia, ni las conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio”.

⁴²⁶ Artículos 309, 319, 236 y 320 del Código Penal (Ley No. 1.160 de 1997).

militar en servicio activo y en su carácter de tal”⁴²⁷. En Perú, la Ley No. 26926 de 1998, que incorporó los delitos de genocidio, desaparición forzada y tortura al Código Penal ordinario, estipula en su artículo 5° que estos delitos se “tramitarán en la vía ordinaria y ante el fuero común”. En Uruguay, la Ley No. 18.026 de 25 de septiembre 2006, que tipificó el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra, el “homicidio político”, la tortura, la desaparición forzada, la “privación grave de la libertad” y la “agresión sexual contra persona privada de libertad”, prescribe a su artículo 11 que “los crímenes y delitos tipificados en la presente ley no podrán considerarse como cometidos en el ejercicio de funciones militares, no serán considerados delitos militares y quedará excluida la jurisdicción militar para su juzgamiento”.

Basadas en el principio del juez natural, el carácter de fuero funcional de la jurisdicción penal militar y la noción restrictiva de “delito estrictamente militar”, cortes supremas de justicia y tribunales constitucionales han concluido que las graves violaciones de derechos humanos son de competencia de la jurisdicción ordinaria y no hacen parte del ámbito de competencia de los tribunales militares.

Así, el Tribunal Constitucional de Bolivia ha considerado que “los Tribunales militares no son competentes para conocer los delitos que no sean de función; un entendimiento contrario, permitiría que los bienes jurídicos considerados como valores, intereses y expectativas fundamentales, sin los cuales la vida social sería imposible, precaria o indigna, reconocidos como derechos en el art. 7) de la [Constitución Política del Estado] y en los Pactos y normas internacionales sobre derechos humanos, no encuentren tutela efectiva en el derecho penal ordinario, y menos, se efectivice la misma en la jurisdicción penal ordinaria”⁴²⁸.

En el caso de un ciudadano secuestrado por los servicios de inteligencia militar durante la dictadura y torturado, la Corte Suprema de Chile consideró que estos comportamientos no podían calificarse de delitos de función al

⁴²⁷ Artículo 5 de la Ley No. 843 de 1980.

⁴²⁸ Sentencia Constitucional 0664/2004-R de 6 de mayo de 2004, Expediente: 2004-08469-17-RAC.

subrayar que “la detención irregular de civiles no puede considerarse propia de las funciones militares”⁴²⁹.

La Corte Constitucional de Colombia en distintas oportunidades se ha pronunciado sobre el alcance del fuero militar. Así, en una sentencia de 1995, consideró que “la orden de agredir sexualmente a una persona o de infligirle torturas, bajo ninguna circunstancia puede merecer el calificativo de orden del servicio. Estas acciones, que se enuncian a título de ilustración, son ajenas completamente al objeto de la función pública confiada a los militares y al conjunto de sus deberes legales”⁴³⁰. En su sentencia de 1997, relativa a la inconstitucionalidad de varios artículos del Código Penal Militar de 1988, la Corte Constitucional precisaría que “la extensión [del fuero militar], por fuera de los supuestos constitucionales, menoscabaría la jurisdicción ordinaria, que se impone como juez natural general, por mandato de la misma Constitución y, por contera, violaría asimismo el principio de igualdad, el cual sólo se concilia con una interpretación restrictiva de las excepciones a la tutela judicial común [...] las conductas constitutivas de los delitos de lesa humanidad son manifiestamente contrarias a la dignidad humana y a los derechos de la persona, por lo cual no guardan ninguna conexidad con la función constitucional de la Fuerza Pública, hasta el punto de que una orden de cometer un hecho de esa naturaleza no merece ninguna obediencia. [...] un delito de lesa humanidad es tan extraño a la función constitucional de la Fuerza Pública que no puede jamás tener relación con actos propios del servicio, ya que la sola comisión de esos hechos delictivos disuelve cualquier vínculo entre la conducta del agente y la disciplina y la función propiamente militar o policial, por lo cual su conocimiento corresponde a la justicia ordinaria [...] Puesto que la justicia penal militar constituye la excepción a la norma ordinaria, ella será competente solamente en los casos en los que aparezca nítidamente que la excepción al principio del juez natural general debe aplicarse. Ello significa que en las situaciones en las que exista duda acerca de cuál es la jurisdicción competente para conocer sobre un proceso determinado, la decisión deberá recaer en favor de la jurisdicción ordinaria, en razón de que no se pudo demostrar plenamente

⁴²⁹ Corte Suprema, Sala Penal, sentencia de 17 de noviembre de 2004, *Caso Miguel Ángel Sandoval (Juan Miguel Contreras Sepúlveda y otros)*, Rol No. 517-04.

⁴³⁰ Sentencia C-578 de 1995.

que se configuraba la excepción”⁴³¹. En una posterior sentencia de 2001, la Corte Constitucional de Colombia precisaría que “nunca podrán ser considerados como actos relacionados con el servicio aquellas conductas que desconocen abiertamente el principio de dignidad humana y que, de manera flagrante, aparejan la violación de los derechos constitucionales de los asociados”⁴³².

Bajo la anterior Constitución colombiana de 1886, la Corte Suprema de Justicia rechazó, en varios casos sometidos a su conocimiento, que militares o policías implicados en desapariciones forzadas así como ejecuciones extrajudiciales, fuesen procesados por tribunales castrenses, pues la Corte consideró que tales actos no podían reputarse como cometidos “dentro de la órbita del servicio” y que la jurisdicción ordinaria era la competente para conocer de esos ilícitos⁴³³. Ya, bajo el nuevo régimen constitucional, la Corte Suprema de Justicia de Colombia ha concluido que “la justicia penal militar está reservada exclusivamente para investigar y juzgar a los miembros de las Fuerzas Armadas que hayan cometido delitos castrenses, lo cual excluye las violaciones graves de los derechos humanos, entendiendo por estas toda acción u omisión que vulnere o amenace severamente alguno de los derechos fundamentales enunciados en los instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conductas de las cuales conocerán siempre los jueces ordinarios”⁴³⁴.

En México, al resolver un recurso de amparo promovido por un exmilitar argentino en contra del acuerdo por el cual se concedía su extradición para ser juzgado en España, la Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró que el delito de genocidio no podía ser considerado como un delito de función. La Suprema Corte precisó: “[El delito] de genocidio [...] que se le [atribuye] al inculpado, [se argumenta cometido] durante la dictadura argentina ocurrida entre los años del mil novecientos setenta y seis a mil novecientos ochenta

⁴³¹ Sentencia N° C-358/97 de 5 de agosto de 1997 (REF: Expediente N° D-1445).

⁴³² Sentencia N° SU-1184-2001 (REF.: Expediente T-282730).

⁴³³ Sentencias de 13 de marzo de 1989, Magistrado Ponente E. Saavedra Rojas, y de 20 de abril de 1989, Magistrado ponente G. Gómez Velásquez.

⁴³⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 7 de mayo de 2009, Magistrado ponente Sigifredo Espinosa Pérez.

y tres, en contra de un grupo de personas consideradas como opositoras al régimen militar al cual pertenecían, esto es, en contra de la población civil que se oponía al régimen dictatorial al cual pertenecían y por ello no puede considerarse que con su conducta se haya puesto en peligro un bien jurídico militar o tutelado por las fuerzas armadas en cumplimiento de su misión constitucional, porque, insístese, la conducta por la cual se le pretende juzgar estaba dirigida en contra de población civil, poniéndose en riesgo su seguridad personal”⁴³⁵.

El Tribunal Constitucional de Perú ha sostenido que “no todo ilícito penal cometido por un militar o policía debe o puede ser juzgado en el seno de la justicia militar, ya que si el ilícito es de naturaleza común, su juzgamiento corresponderá al Poder Judicial, con independencia de la condición de militar que pueda tener el sujeto activo”⁴³⁶. Asimismo, el Tribunal ha considerado que “de existir dudas en cuanto a la tipificación de una determinada conducta como delito de función (en el caso del Legislador Penal), tales dudas deben resolverse a favor de consagrar esta conducta en la legislación penal ordinaria; y, de otro lado, de existir dudas en cuanto a la interpretación de si una determinada conducta constituye o no delito de función (en el caso del juzgador), tales dudas deben resolverse a favor de su reconocimiento como delito ordinario y por lo tanto susceptible de ser conocido por la jurisdicción ordinaria”⁴³⁷. Asimismo, ha precisado que “cabe descartar de plano, por inconstitucional, aquellas interpretaciones [...] que argumenten, por ejemplo, que un bien jurídico como la «vida» pueda ser susceptible de protección mediante el Código de Justicia Militar, pues en este caso este bien jurídico no constituye un bien institucional, propio o particular de las Fuerzas Armadas, ni la Constitución ha establecido un encargo específico a su favor, tal como ocurre con algunos contenidos del bien jurídico defensa nacional. De este modo, el bien jurídico vida no puede ser protegido por el Código de Justicia Militar sino por la legislación ordinaria”⁴³⁸. Así, el Tribunal Constitucional concluyó que “no son

⁴³⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación, sentencia de 10 de junio de 2003, MP. Humberto Román Palacios, *Amparo en revisión promovido por Ricardo Miguel Cavallo – Amparo en Revisión 140/2002*, Considerando Décimo Cuarto (Citado en: Fundación para el Debido Proceso Legal, *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de derecho internacional*, Washington, 2009).

⁴³⁶ Sentencia de 16 de marzo de 2004, Exp. N.º 0017-2003-AI/TC.

⁴³⁷ Sentencia de 15 de diciembre de 2006 Expediente 0012-2006-PI/TC.

⁴³⁸ *Ibidem*.

delitos de función y, por lo tanto, no son susceptibles de protección mediante el Código de Justicia Militar, bienes jurídicos tales como los derechos fundamentales. En efecto, derechos fundamentales como la vida, la integridad física, la igualdad, la libertad sexual, el honor, la intimidad, entre otros, no constituyen bienes jurídicos propios de las Fuerzas Armadas, por lo que deben ser protegidos por la legislación ordinaria⁴³⁹.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de Perú ha considerado que las violaciones de derechos humanos —como la ejecución extrajudicial, la tortura y la desaparición forzada— son delitos que no vulneran bienes jurídicos castrenses y que no pueden ser tenidos como “delitos de función”⁴⁴⁰. Así, dicha Corte ha concluido que “nunca puede considerarse ‘acto de servicio’ la comisión de crímenes horribles y los atentados graves a los derechos humanos, tal como han sido definidos por el derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional”⁴⁴¹.

En una decisión sobre conflicto de jurisdicciones en un caso de homicidio de un civil imputado a dos suboficiales de la Policía, la Corte Suprema de la República Dominicana consideró que la competencia de los tribunales policiales está restringida a las infracciones especiales de orden policial tipificadas en el Código de Justicia Policial y no a todos los delitos incriminados por este código. Así, la Corte remitió a la jurisdicción ordinaria

⁴³⁹ *Ibidem*.

⁴⁴⁰ Resolución de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 14 de diciembre de 2004, que dirime la contienda de competencia promovida por el Juzgado Mixto de Cangallo contra la Primera Sala de Guerra del Consejo Supremo de Justicia Militar, a favor del referido juzgado. Competencia N° 29-2004: *Caso “La desaparición forzada de autoridades de Chuschi”*. En ese mismo sentido, la Corte Suprema peruana se ha pronunciado en: Resolución de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, que dirime la contienda de competencia promovida por la Vocalía de Instrucción del Consejo Supremo de Justicia Militar contra el Segundo Juzgado Penal de Coronel Portillo, en favor de este último, Competencia N° 18-2004: *Caso “El homicidio de Indalecio Pomatanta Albarrán”*; y Resolución de Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 1° de julio de 2005, que dirime competencia promovida por el Primer Juzgado Militar Permanente de la Cuarta Zona Judicial del Ejército contra el Juzgado Mixto de Huamalíes, a favor de este último, Competencia N° 08-2005: *Caso “Efraín Aponte Ortiz”*.

⁴⁴¹ Resolución de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, que dirime la contienda de competencia promovida por la Vocalía de Instrucción del Consejo Supremo de Justicia Militar contra el Segundo Juzgado Penal de Coronel Portillo, en favor de este último, Competencia N° 18-2004: *Caso “El homicidio de Indalecio Pomatanta Albarrán”*, punto séptimo.

el caso⁴⁴² y precisó que “es de principio que el soldado, entre los que se debe incluir al policía [...], no debe ser sustraído más que excepcionalmente de la jurisdicción ordinaria, de lo que se deriva, como consecuencia obligada, que durante el tiempo normal, constituido no por un estado de guerra sino de paz, los tribunales militares y policiales no deben conocer, en principio, más que de las infracciones especiales de puro orden militar o policial, cometidas por los militares y policías”.

La Suprema Corte de Justicia de Uruguay, en un caso de heridas infligidas a un civil por un miembro de la Armada, decidió que el caso era de competencia de la jurisdicción ordinaria y no de los tribunales militares, basada en el principio de igualdad ante los tribunales y la noción restrictiva del delito militar⁴⁴³.

⁴⁴² Sentencia de la Corte Suprema de 26 de diciembre de 2001, *Caso: homicidio de Pedro M. Contreras*.

⁴⁴³ Sentencia de 28 de julio de 1986, *Caso Clavero Iglesias, José – Contienda de Competencia, Ficha 154/84*.

X. Conclusiones

En un Estado de Derecho, la administración de justicia juega un papel de trascendental importancia en la garantía y protección de los derechos a la justicia, verdad y reparación de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos y sus familiares. La existencia de tribunales independientes, imparciales y competentes, así como la observancia de las normas del debido proceso, son condiciones esenciales prescritas por el derecho internacional de los derechos humanos para una recta administración de justicia. La existencia de un Poder Judicial independiente e imparcial, libre de interferencias y presiones por parte de los demás poderes públicos, y garante del debido proceso, es un elemento nuclear para el goce y la protección de los derechos humanos y una condición *sine qua non* para la vigencia del Estado de Derecho. Para ello, los Estados deben garantizar, tanto en la ley como en la práctica, una efectiva separación de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

Los principios del juez natural y de la igualdad ante los tribunales requieren que los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos y sus familiares sean amparados por tribunales independientes, imparciales y competentes de la jurisdicción penal ordinaria.

La jurisdicción penal militar no es en principio *per se* incompatible con las normas relativas a la independencia e imparcialidad de la judicatura y, en todo caso, los tribunales militares deben reunir las mismas características de independencia, imparcialidad y competencia, inherentes a todo tribunal de justicia. Asimismo, los procedimientos penales militares deben observar escrupulosamente las normas del debido proceso legal, y en particular las del artículo 8 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* y del artículo 14 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.

En tanto jurisdicción especializada distinta a la jurisdicción ordinaria y, por ende, una afectación a los principios de igualdad ante los tribunales y del juez natural, la jurisdicción penal militar sólo es legítima y legalmente válida, bajo el derecho internacional, en razón de su especial ámbito de competencia material y personal, a saber: el conocimiento de delitos estrictamente militares cometidos por personal militar o policial. En ese sentido, el derecho internacional regula de manera restrictiva el ámbito de competencia de la jurisdicción penal militar, confiriéndole un carácter de fuero funcional y no de fuero personal, atado a la condición de militar del sujeto activo o pasivo de la infracción penal o al lugar de comisión del crimen. Se trata de un fuero funcional restringido *rationae materiae* y *rationae personae* al conocimiento de los delitos estrictamente militares, o sea aquellos que vulneran únicamente bienes jurídicos militares, imputados a personal militar.

Las normas y los estándares internacionales, la jurisprudencia de las cortes y los órganos internacionales de derechos humanos, así como las nociones restrictivas de delito militar y de delito de función de derecho comparado, excluyen del ámbito de competencia de la jurisdicción penal militar las graves violaciones de derechos humanos, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra. Estos ilícitos penales no vulneran bienes jurídicos militares — como los deberes, la disciplina y el mando militares — sino bienes jurídicos del derecho penal ordinario y del orden público internacional. Las graves violaciones de derechos humanos, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra son delitos de competencia de la jurisdicción penal ordinaria.

XI. Selección de textos internacionales

1. Instrumentos adoptados o recomendados por órganos intergubernamentales

*Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Desaparición Forzada*⁴⁴⁴

Artículo 16 (2): “[los autores del delito de desaparición forzada] sólo podrán ser juzgadas por las jurisdicciones de derecho común competentes, en cada Estado, con exclusión de toda otra jurisdicción especial, en particular la militar”.

Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas

Artículo IX: ”Los presuntos responsables de los hechos constitutivos de desaparición forzada sólo podrán ser juzgados por las jurisdicciones de derecho común competentes en cada Estado, con exclusión de toda jurisdicción especial, en particular la militar. [...] Los hechos constitutivos de desaparición forzada no podrán considerarse como cometidos en el ejercicio de las funciones militares”.

⁴⁴⁴ Artículo 16 (2).

***Conjunto actualizado de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*⁴⁴⁵**

Principio 22: “Los Estados incorporarán garantías contra las desviaciones a que pueda dar lugar el uso de [...] la competencia de los tribunales militares”.

Principio 29, restricciones a la competencia de los tribunales militares: “La competencia de los tribunales militares deberá limitarse a las infracciones de carácter específicamente militar cometidas por militares, con exclusión de las violaciones de los derechos humanos, las cuales son competencia de los tribunales nacionales ordinarios o, en su caso, cuando se trate de delitos graves conforme al derecho internacional, de un tribunal penal internacional internacionalizado”.

***Proyecto de Principios sobre la Administración de Justicia por Tribunales Militares*⁴⁴⁶**

Principio N° 5, incompetencia de los órganos judiciales militares para juzgar a civiles: “Los órganos judiciales militares deberían, por principio, ser incompetentes para juzgar a civiles. En cualquier caso, el Estado velará por que los civiles acusados de una infracción penal, sea cual fuere su naturaleza, sean juzgados por tribunales civiles”.

⁴⁴⁵ La aplicación de este Conjunto de principios ha sido reiteradamente recomendada por la antigua Comisión de Derechos Humanos y el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. El Conjunto de principios ha sido reproducido en el documento de Naciones Unidas E/CN.4/2005/102/Add.1 de 8 de febrero de 2005 y está disponible en: http://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?si=E/cn.4/2005/102/Add.1. La Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos así como tribunales y autoridades nacionales de varios países de América Latina, han usado este conjunto de Principios como referente jurídico.

⁴⁴⁶ Este Proyecto de Principios fue adoptado por la antigua Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas y se encuentra reproducido en el Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2006/58 de 13 de enero de 2006. La Corte Europea de Derechos Humanos ha considerado que refleja la evolución del derecho internacional de los derechos humanos en el campo de los tribunales militares y lo ha empleado como fuente jurídica en varias sentencias: ver, por ejemplo, sentencia del 4 de mayo de 2006, *Caso Ergin c. Turquía* (Comunicación N° 47533/99); y sentencia de 21 de septiembre de 2006, *Caso Maszni c. Rumania* (Comunicación N° 59892/00).

Principio N° 7, incompetencia de los tribunales militares para juzgar a los menores de 18 años: “Los menores, que pertenecen a la categoría de las personas vulnerables, no deben ser procesados y juzgados si no es con estricta observancia de las garantías establecidas en la Convención sobre los Derechos del Niño y en las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing). En consecuencia, no deberían estar sujetos en ningún caso a la competencia de los órganos judiciales militares”.

Principio N° 8, competencia funcional de los órganos judiciales militares: “La competencia de los órganos judiciales militares debería estar limitada a las infracciones cometidas dentro del ámbito estrictamente castrense por el personal militar. Los órganos judiciales militares podrán juzgar a las personas que tengan asimilación militar por las infracciones estrictamente relacionadas con el ejercicio de su función asimilada”.

Principio N° 9, enjuiciamiento de los autores de violaciones graves de los derechos humanos: “En todo caso, la competencia de los órganos judiciales militares debería excluirse en favor de la de los tribunales de justicia ordinarios para instruir diligencias sobre violaciones graves de los derechos humanos, como las ejecuciones extrajudiciales, las desapariciones forzadas y la tortura, y para perseguir y juzgar a los autores de esos crímenes”.

Principios básicos relativos a la independencia de la magistratura⁴⁴⁷

Principio 5: “Toda persona tendrá derecho a ser juzgada por los tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos. No se crearán tribunales que no

⁴⁴⁷ Adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985.

apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios”.

Declaración sobre la Independencia de la Justicia (Declaración Singhvi)⁴⁴⁸

Artículo 5 : “(b) no se establecerán tribunales de excepción de ninguna clase para sustituir la jurisdicción que corresponda debidamente a los tribunales; (c) toda persona tendrá derecho a ser juzgada con la debida prontitud y sin demora injustificada por tribunales ordinarios o tribunales de justicia que funcionen en virtud de la ley y sujetos a revisión por un tribunal superior; [...] (e) en situaciones excepcionales, el Estado velará por que los civiles acusados de un delito sean juzgados por tribunales civiles ordinarios [...] (f) La competencia de los tribunales militares estará limitada a los delitos militares”.

Principios y Directrices relativos al Derecho a un Juicio Justo y a Asistencia Jurídica en África⁴⁴⁹

«Principio L. El derecho de los civiles a no ser juzgados por tribunales militares.

«(a) El único propósito de los tribunales militares será el de determinar faltas de naturaleza estrictamente militar cometidas por personal militar.

«(b) En el ejercicio de su función, los tribunales militares deberán respetar las normas de un juicio justo enunciadas en la Carta Africana y en estas directrices.

⁴⁴⁸ La antigua Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas recomendó a los Estados, en su Resolución 1989/32, la implementación a nivel nacional de esta Declaración.

⁴⁴⁹ Estos principios fueron adoptados como parte del informe de actividades de la Comisión Africana en la 2ª Cumbre y Reunión de Jefes de Estado de la Unión Africana (Maputo del 4 al 12 de julio de 2003).

«(c) Los tribunales militares no tendrán, bajo ningunas circunstancias, jurisdicción sobre los civiles. De modo similar, los tribunales especiales no deberán juzgar faltas comprendidas en la jurisdicción de los tribunales ordinarios.»

2. Declaraciones o principios adoptados por conferencias de expertos y recomendados por órganos intergubernamentales

Declaraciones o principios adoptados por conferencias de expertos que han sido considerados —ya sea por órganos políticos intergubernamentales o cortes, órganos o procedimientos internacionales de protección de derechos humanos— como estándares que los Estados deben respetar, considerar o aplicar.

Principios mínimos de las normas relativas a los derechos humanos en los estados de excepción⁴⁵⁰

Principio 16: “Los tribunales civiles deben tener y retener su competencia para todos los juicios de civiles por delitos contra la seguridad o delitos conexos. El inicio de estos juicios por cortes o tribunales militares, o su transferencia, debe ser prohibido. La creación de cortes o tribunales especiales con jurisdicción punitiva para juzgar delitos que son por esencia de naturaleza política es una infracción a los principios del Estado de Derecho en materia de estados de excepción”⁴⁵¹.

⁴⁵⁰ Aprobados por la Asociación de Derecho Internacional (París, 1984). El Comité de Derechos Humanos afirmó que los Estados parte del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* deben tener debidamente en cuenta la evolución del derecho internacional en cuanto a las normas de derechos humanos aplicables en situaciones de excepción y en particular se refirió a estos Principios (*Observación general N° 29: Estados de emergencia* [artículo 4], párrafo 10).

⁴⁵¹ Original en inglés, traducción libre.

Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴⁵²

«Principio 70: Si bien el derecho a no ser sometido a detención o prisión arbitrarias (artículo 9) y el derecho a ser oído públicamente y con las debidas garantías en la sustentación de cualquier acusación de carácter penal (artículo 14) podrán ser sometidos a las limitaciones legítimas que sean estrictamente necesarias por las exigencias de un estado de excepción, hay algunos derechos fundamentales para la dignidad humana cuya suspensión nunca podrá ser estrictamente necesaria en ningún caso de excepción imaginable, y cuyo respeto es esencial para asegurar el disfrute de los derechos que no pueden ser suspendidos y para proporcionar un recurso efectivo contra sus violaciones. En particular: [...]

«f. Normalmente, los civiles serán juzgados por los tribunales ordinarios; cuando se considere estrictamente necesario establecer los tribunales militares o tribunales especiales para juzgar a los civiles, se asegurará su competencia, independencia e imparcialidad, y la autoridad competente examinará periódicamente la necesidad de los mismos.»

⁴⁵² Fueron adoptados en 1984 por 31 expertos internacionales en una conferencia convocada por la Comisión Internacional de Juristas, la Asociación Internacional de Derecho Penal, la Asociación Estadounidense para la Comisión Internacional de Juristas, el Instituto Urban Morgan de Derechos Humanos y el Instituto Internacional de Estudios Superiores de Ciencias Penales. El Comité de Derechos Humanos recomendó que los Estados parte del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* observen estos Principios en situaciones de excepción (*Observación general N° 29: Estados de emergencia* [artículo 4], párrafo 10). Estos principios están reproducidos en el Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/1985/4 de 1985.

Principios de Johannesburgo sobre la Seguridad Nacional, la Libertad de Expresión y el Acceso a la Información⁴⁵³

Principio 22: “(b) En ningún caso podrá un/a civil ser procesado/a por un delito relativo a la seguridad por un juzgado o tribunal militar. (c) En ningún caso podrá un/a civil o un/a miembro de las fuerzas armadas ser procesado/a por un juzgado o tribunal que sea *ad hoc* o especialmente constituido”.

Declaración de Beijing sobre los Principios relativos a la Independencia de la Judicatura en la Región de LAWASIA⁴⁵⁴

«Artículo 43. Ciertas derogaciones de la independencia judicial pueden permitirse en tiempos de emergencia pública grave que amenacen la vida de la sociedad pero solamente por un período de tiempo estrictamente requerido por las exigencias de la situación y en las condiciones prescritas por ley, siempre que la derogación sea estrictamente consistente con las normas mínimas reconocidas internacionalmente y sometida a la revisión de los tribunales. En tiempos de

⁴⁵³ Aprobados el 1 de octubre de 1995 por un grupo de expertos en derecho internacional, seguridad nacional y derechos humanos, convocado por el Centro Internacional contra la Censura, en colaboración con el Centro de Estudios Legales Aplicados de la Universidad de Witwatersrand, en Johannesburgo. Estos principios han sido ampliamente utilizados como referente normativo por el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión. La antigua Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas se refirió a estos principios en varias resoluciones (ver, por ejemplo, Resolución 2000/38 de 20 de abril de 2000) como un estándar que los Estados deben observar, y el Comité de Derechos Humanos ha recomendado a los Estados que apliquen estos Principios (*Observación general N° 29: Estados de emergencia* [artículo 4], párrafo 10). Estos principios fueron reproducidos en el Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/1996/39, apéndice).

⁴⁵⁴ Adoptada por los presidentes de las cortes supremas de la región de LAWASIA y por otros jueces de Asia y el Pacífico, en Beijing, en 1995, y adoptada por el Consejo de LAWASIA en 2001. El Relator Especial sobre la Independencia de los Magistrados y Abogados ha considerado que esta Declaración hace parte de las normas internacionales y regionales pertinentes para la independencia de la judicatura (*Informe presentado por el Relator Especial sobre la Independencia de los Magistrados y Abogados, Sr. Param Cumaraswamy, de conformidad con la resolución 2002/43 de la Comisión de Derechos Humanos*, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2003/65 de 10 de enero de 2003, párrafo 8; e *Informe del Relator Especial sobre la Independencia de los Magistrados y Abogados, Leandro Despouy*, Documento de las Naciones Unidas A/HRC/11/41 de 24 de marzo de 2009, párrafo 2).

emergencia, el Estado procurará que los civiles acusados de delitos de cualquier tipo sean juzgados por tribunales civiles ordinarios y la detención administrativa de las personas sin acusación estará sometida al escrutinio de los tribunales u otra autoridad independiente mediante el recurso de habeas corpus o procedimientos similares.

«Artículo 44. La jurisdicción de los tribunales militares debe limitarse a los delitos militares. Siempre habrá derecho a apelar las decisiones de dichos tribunales ante un tribunal de apelación legalmente calificado u otro recurso mediante la solicitud de anulación.»

Declaración sobre la Defensa de los Derechos Humanos y el Estado de Derecho en la Lucha contra el Terrorismo (Declaración de Berlín)⁴⁵⁵

Principio 7, Juicio Justo: “Los Estados deben garantizar, en todo tiempo y circunstancia, que los presuntos delincuentes sean juzgados sólo por tribunales independientes e imparciales establecidos por ley y que cuenten con todas las garantías de un juicio justo, incluyendo la presunción de inocencia, el derecho a examinar y controvertir las pruebas, el derecho de defensa —especialmente el derecho a una asesoría jurídica

⁴⁵⁵ Adoptada por 160 juristas del mundo entero en una conferencia convocada por la Comisión Internacional de Juristas, en Berlín en agosto de 2004. La Declaración ha sido invocada como un referente jurídico por el Relator Especial sobre la Independencia de los Magistrados y Abogados, el experto independiente sobre la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Robert K. Goldman (*Protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo - Nota de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos*, Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2005/103 de 7 de febrero de 2005, párrafo 7) y la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (*Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo*, documento de las Naciones Unidas A/HRC/16/50 de 15 de diciembre de 2010, párrafo 29). Asimismo, el Parlamento Europeo reconoció en la Declaración de Berlín de la Comisión Internacional de Juristas, un intento de indicar cuál es el equilibrio aceptable entre lucha contra el terrorismo y respeto de los derechos humanos (*Resolución del Parlamento Europeo sobre el Informe anual sobre los derechos humanos en el mundo en 2004 y la política de la Unión Europea en materia de derechos humanos* (2004/2151[INI], párrafo 105, en *Diario Oficial* N° 045 E de 23/02/2006 p. 0107-0127).

efectiva— y el derecho de apelación judicial. Los Estados deben garantizar que los civiles acusados sean investigados por autoridades civiles y juzgados por tribunales civiles y no por tribunales militares”.

Tribunales Militares y graves violaciones de derechos humanos
se terminó de imprimir en el mes de diciembre de 2011 en los talleres de
Opciones Gráficas Editores Ltda., en la ciudad de Bogotá, Colombia
Somos una empresa responsable con el medio ambiente

Una de las prácticas que más ha generado preocupación y críticas ha sido la de someter al fuero militar a los miembros de las fuerzas militares y de policía por graves violaciones a los derechos humanos, constitutivas de delitos. La experiencia ha demostrado que esta práctica constituye uno de las más grandes fuentes de impunidad en el mundo. En los casos de ejecución extrajudicial, tortura, desaparición forzada y violencia y abusos sexuales cometidos por militares o policías contra civiles, la práctica de someter a los autores de estos crímenes a los tribunales militares niega el derecho a un recurso efectivo y a la verdad de las víctimas y de sus familiares, y constituye por parte del Estado una transgresión a su obligación de investigar, castigar y reparar las graves violaciones a los derechos humanos.



Comisión Colombiana de Juristas



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Embajada de Suiza en Colombia

Gracias al apoyo financiero de la Embajada de Suiza en Colombia ha sido posible esta publicación, cuyo contenido compromete exclusivamente la responsabilidad de la Comisión Colombiana de Juristas.