



INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS

Commission internationale de juristes - Comisión Internacional de Juristas

" dedicated since 1952 to the primacy, coherence and implementation of international law and principles that advance human rights "

Human Rights and the Administration of Justice Through Military Tribunals Geneva, 26-28 January 2004

Monday 26, January 2004: Opening session

«Présentation générale des objectifs de la conférence»

*Ernst LUEBER
Acting Secretary General
International Commission of Jurists*

Mesdames, Messieurs, Chers collègues, Bonjour

C'est un grand plaisir de vous accueillir aujourd'hui ici au nom de la Commission internationale de juristes pour ce séminaire d'experts au sujet des droits de l'homme et de l'administration de la justice par les tribunaux militaires. Je vous remercie tous d'avoir répondu favorablement à notre invitation et d'être aussi nombreux ici pour discuter de cette question qui est d'une grande importance pour la défense et la protection des droits de l'homme.

L'administration de la justice par les tribunaux militaires est un des thèmes qui est au coeur des préoccupations de la Commission internationale de juristes.

Nous oeuvrons pour le respect des droits de l'homme à travers l'observance des principes de l'état de droit et une bonne et juste administration de la justice. Celle-ci est fondamentale pour le respect et la pleine jouissance des droits de l'homme. Les tribunaux sont, dans les sociétés démocratiques, les gardiens des droits et des libertés fondamentales. De par leur mandat et leurs activités, les tribunaux sont appelés à jouer un rôle majeur dans la protection judiciaire des droits de l'homme, la réalisation du droit à un recours, la lutte contre l'impunité et le droit à la réparation.

La Commission internationale de juristes se préoccupe de longue date de la question de l'administration de la justice par les tribunaux militaires, notamment lors de ses missions d'enquête et observations de procès.

Afin d'approfondir cette question, nous avons publié une étude portant sur le jugement, par des tribunaux militaires, de militaires et de policiers responsables de graves violations des droits de l'homme. Cette publication est disponible en anglais et en espagnol. Elle vous a été distribuée. Dans sa deuxième partie, l'étude comporte une compilation d'analyses de la situation en matière de justice militaire dans trente pays.

Une deuxième étude, relative au jugement de civils par des tribunaux militaires, est en cours. Quelques chapitres de cette étude vous ont été mis à disposition.

Mesdames, Messieurs, pourquoi organiser un séminaire sur l'administration de la justice par des tribunaux militaires ?

Ce thème est d'une grande importance pour les droits de l'homme, notamment en ce qui concerne le droit à un procès juste et équitable, le droit à la réparation et la lutte contre l'impunité. En effet, les juridictions pénales militaires sont généralement perçues comme une zone d'ombre de l'administration de la justice.

Depuis quelques années, la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme des Nations Unies a décidé d'aborder le sujet. Monsieur Louis Joinet, alors expert de la Sous-Commission, a commencé les premiers travaux. Puis, Monsieur Emmanuel Decaux, expert actuel de la Sous Commission, a pris la relève. Nous avons le plaisir de les accueillir tous deux parmi nous ce matin.

Lors de sa 55^{ème} session en 2003, la Sous-Commission a demandé, dans sa résolution 2003/8, à Monsieur Emmanuel Decaux de "continuer ses travaux en vue de développer des principes sur l'administration de la justice par les tribunaux militaires". La Commission internationale de juristes considère cette initiative comme fondamentale et nécessaire et espère, par le biais de ce séminaire, pouvoir contribuer à ces travaux.

En organisant aujourd'hui ce séminaire, qui réunit des experts civils et militaires, gouvernementaux et non gouvernementaux, ainsi que des experts des systèmes internationaux des droits de l'homme et du milieu académique, la Commission internationale de juristes souhaite contribuer à une meilleure connaissance et compréhension de la question.

Dans les prochains trois jours, nous allons aborder différents thèmes qui ont trait aux droits de l'homme et à l'administration de la justice par les tribunaux militaires, à savoir:

- les différents modèles de juridiction militaire
- la définition des délits militaires par rapport aux autres délits;
- le jugement, par des tribunaux militaires, de militaires pour graves violations de droits de l'homme;
- le jugement de civils par des tribunaux militaires;
- les garanties judiciaires et les procédures pénales militaires;
- la question des forces armées à l'étranger, des opérations de maintien de la paix et les tribunaux militaires;
- les tribunaux militaires en temps de guerre;
- l'objection de conscience et les tribunaux militaires.

Chaque thème sera abordé en séance plénière à travers des modules thématiques. Pour chaque thème, des experts feront des présentations pour introduire le sujet. Ces présentations seront suivies d'un débat entre les experts. En conclusion, au terme du troisième jour, nous allons procéder à une synthèse des débats. Monsieur Decaux nous présentera alors ses conclusions personnelles.

J'espère que ce format nous permettra de mener des débats qui vont nous permettre d'approfondir notre compréhension de ce sujet complexe.

Je passe maintenant la parole à Monsieur Emmanuel Decaux, expert de la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, pour une présentation sur les principes généraux de l'administration de la justice.

“Principes généraux de la bonne administration de la justice”

Emmanuel DECAUX

Expert de la

Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l’homme

Permettez-moi d’emblée de remercier la Commission internationale de juristes (CIJ) pour son initiative et de dire à chacun de vous tout le prix que j’attache à sa participation à des débats qui doivent éclairer l’étude en cours au sein de la Sous-Commission des droits de l’homme sur «*L’administration de la justice par les tribunaux militaires*». Dans sa résolution 2003/8, la Sous-Commission a elle-même salué le projet de la CIJ d’organiser un séminaire d’experts, y compris militaires, pour faire le point sur ce sujet, à la suite des travaux de Louis Joinet puis de mon rapport présenté en 2003. Je suis aujourd’hui très honoré et heureux de me retrouver aux côtés de Louis Joinet qui fera la genèse de cette étude qu’il a portée à bout de bras et me réjouis de cette réunion très utile pour la réflexion collective entamée par la Sous-Commission.

Il m’incombe, à ce stade, de tracer la toile de fond de nos discussions en rappelant très brièvement les principes généraux de la bonne administration de la justice. La justice a une double dimension, une dimension interne et une dimension internationale. La dimension interne est évidemment nourrie de toutes les traditions culturelles et juridiques de nos différents systèmes. Mais, au-delà de cette diversité, apparaît aujourd’hui un dénominateur commun, la notion d’«*Etat de droit*», et plus particulièrement l’idée qu’il y a des grands principes à respecter à la base de toute justice. Ces principes se traduisent également par des garanties procédurales qui là aussi ont les noms les plus divers: *l’amparo*, *l’habeas corpus*, le recours pour excès de pouvoir en France, etc. Sur le plan international, le meilleur de ces expériences internes a servi de point de départ pour codifier des grands principes concernant la justice.

La Charte des Nations Unies, lorsqu’elle parle de la «*justice*», ne le fait pas dans le même sens que nous. C’est la justice au sens large, «*les principes de la justice et du droit international*» dans les relations entre les Etats. Mais le lien direct entre justice et droits de l’homme apparaît de manière tout à fait explicite dans le préambule de la Déclaration universelle des droits de l’homme, lorsque celle-ci parle de «*droits de l’homme protégés par un régime de droit*», et en anglais «*by the rule of law*». Du coup, on donne une place centrale à la justice, la justice tout à la fois comme un droit de l’homme, en soi, mais aussi comme la garantie de tous les droits de l’homme. La Déclaration universelle décline dans plusieurs articles ces grands principes de la justice, notamment dans le domaine pénal (art.8 et suivants). Dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, on retrouve les mêmes idées développées, notamment aux articles 9 et 14.

A côté de ces principes consacrés par le droit international, un droit universel ayant vocation pour s’appliquer à tous les Etats, il y a évidemment des systèmes régionaux qui ont précisé la notion de bonne administration de la justice. J’évoquerai, juste en un mot, l’expérience de la Cour européenne des droits de l’homme. Dans le sujet qui nous intéresse, il y a deux nouveaux arrêts très importants rendus tout récemment par la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l’homme, le 16 décembre 2003, dans des affaires parallèles concernant le Royaume-Uni. Je pense que des personnes beaucoup plus compétentes que moi reviendront sur ces jurisprudences.

Dans le cadre des Nations Unies, il y a également toute une pratique qui s’est développée

à travers des déclarations, des codes de principes, des «*guidelines*», la pratique des organes et il faut au moins citer l'Observation générale n°13 du Comité des droits de l'homme des Nations Unies de 1984. Et puis, il y a tous les travaux des Rapporteurs spéciaux, sans parler de la Sous-Commission qui consacre un chapitre entier de son ordre du jour à la question de «*l'administration de la justice*».

Ce tableau des sources est assez foisonnant et mêle obligations impératives et *soft law*, mais, encore une fois, ce qui me semble tout-à-fait remarquable, c'est une convergence sur quelques grands principes. Pour m'en tenir au cadre général de la justice - avant la discussion qui doit porter sur la justice militaire - je crois qu'on peut distinguer deux volets dans cette construction: d'abord les impératifs de l'Etat de droit (I) et ensuite les exigences du procès équitable (II).

I – Les impératifs de l'Etat de droit.

Sur le premier point, il y a au moins trois grands principes qu'on peut invoquer de manière synthétique pour bien situer les fondements de la justice dans un Etat de droit.

1. Le premier est le principe de légalité. La référence à la «*loi*» est le leitmotiv des textes nationaux et internationaux. Tout tribunal doit être «*établi par la loi*» précise d'emblée le Pacte (art.14, par.1). C'est l'existence d'une loi formelle, c'est-à-dire un acte voté par le législateur et relevant de son domaine réservé, mais aussi l'exigence d'une loi matérielle, à même d'assurer la sécurité juridique, qui constituent la première des garanties. Les grands textes internationaux opposent systématiquement la loi et l'arbitraire. Selon l'article 9 de la Déclaration universelle, «*nul ne peut être arbitrairement arrêté, détenu ni exilé*». L'article 9 par.1 du Pacte est encore plus précis «*Nul ne peut faire l'objet d'une arrestation ou d'une détention arbitraires. Nul ne peut être privé de sa liberté, si ce n'est pour des motifs et conformément à la procédure prévue par la loi*».

De même, les condamnations doivent être prévues par la loi avec un grand principe qui est celui de la non-rétroactivité de la loi pénale, ce qu'en français, on appelle la légalité des crimes et des peines, ou en latin le principe *nulla crimen sine lege*. C'est l'idée qu'il faut éviter toute forme d'arbitraire et que s'il y a une réforme, un changement, c'est la loi la plus douce qui doit primer (cf. art.15 du Pacte). Ainsi, le code pénal doit définir de manière étroite et précise les crimes et indiquer l'échelle des sanctions. Légalité, définition étroite et non-rétroactivité sont les conditions mêmes de la sécurité juridique pour éviter tout arbitraire.

2. Le deuxième principe, qui est complémentaire du premier, est le principe d'égalité la loi, c'est aussi l'égalité devant la loi, le refus des «*privileges*», c'est-à-dire, étymologiquement, des «*lois privées*». Jean-Jacques Rousseau voyait dans la généralité de la loi le gage de la démocratie une loi votée par tous, applicable à tous. «*Tous sont égaux devant la loi et ont droit à une égale protection de la loi*» souligne l'article 7 de la Déclaration universelle. Là aussi, vous savez qu'il y a de nombreux travaux en matière de non-discrimination. Le principe de non-discrimination qui est décliné tout au long du Pacte se retrouve avec force dès la première phrase de l'article 14 du Pacte: «*Tous sont égaux devant les tribunaux et les cours de justice*».

Cette égalité a des aspects très variés. Actuellement, notre collègue Leila Zerrougui élabore un rapport sur le principe de non-discrimination dans l'administration de la justice. On peut penser évidemment aux discriminations en fonction du sexe, de l'âge, d'autres discriminations et aussi à l'existence de justices particulières, de justices spéciales,

de justices professionnelles qui peuvent être corporatistes ou de justices politiques donnant certains privilèges en fonction de certaines fonctions. Je ne veux pas anticiper sur le débat concernant la justice militaire mais il est intéressant de voir que la Cour européenne des droits de l'homme, dans les deux arrêts que j'ai cités tout à l'heure, confirme que l'existence d'une justice militaire n'est pas contradictoire avec l'exigence d'un tribunal indépendant et impartial.

3. Le troisième principe est celui de l'accès aux juges. C'est évidemment la condition de toutes les autres garanties qui déborde la procédure pour impliquer des éléments de fond. La Déclaration universelle lui donne une portée générale à son article 9 : « Toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la constitution ou par la loi ». Ainsi se trouve consacrée la justiciabilité des droits de l'homme, condition première de leur effectivité.

A fortiori, en matière pénale, à tous les niveaux, à toutes les étapes, de la détention jusqu'au procès, s'impose l'idée que, quand une personne est privée de liberté, elle doit avoir des voies de recours « devant un tribunal afin que celui-ci statue sans délai sur la légalité de sa détention (...) » (art. 9, par.4 du Pacte), que lorsqu'elle est condamnée, elle doit avoir une possibilité d'appel devant une juridiction supérieure (art. 14, par.5 du Pacte). C'est l'idée que le juge est le dernier arbitre, le garant de la « légalité » et le gardien de la liberté, le protecteur des droits de l'homme.

II – Les exigences du procès équitable.

Une fois ces grands principes posés et le juge placé au centre du tableau, reste à voir de manière plus concrète quelles sont les exigences du procès équitable et les garanties de bon fonctionnement de la justice. L'image de la justice comme une balance avec deux plateaux implique qu'il y ait un tiers impartial et neutre : le juge.

1. Le premier principe est celui de l'indépendance et de l'impartialité du juge. Dans le Pacte, on dit que la justice doit être rendue « par un tribunal compétent, indépendant, et impartial, établi par la loi » (art. 14 par.1). La compétence est bien sûr une exigence primordiale, d'autant plus forte que, dans sa fonction, le juge échappe à tout contrôle hiérarchique, voire même à toute collégialité.

L'indépendance a de nombreuses implications: le fait que le juge ne peut pas être dans une subordination hiérarchique avec une autorité quelconque lui donnant des ordres de manière directe ou indirecte; qu'il doit avoir des garanties dans sa carrière, par exemple l'inamovibilité, et être soumis à un statut protecteur, sous le contrôle d'une instance elle-même indépendante.

L'impartialité est encore plus complexe: c'est l'absence de parti pris du juge, l'absence de préjugés et cette notion a évidemment une dimension objective mais aussi une dimension subjective. Le juge ne doit pas seulement être impartial. Il doit être senti comme tel par les parties au procès. La justice ne doit pas seulement être rendue, elle doit avoir l'apparence de la justice, selon l'adage bien connu. Ce principe est bien sûr lui aussi primordial s'agissant de la justice militaire, comme de toute justice rendue par des « pairs », au regard des civils, qu'ils soient justiciables, accusés ou victimes.

Sur le terrain objectif, la séparation des pouvoirs doit être garantie au plus haut niveau de l'Etat. La branche judiciaire doit être indépendante de l'exécutif mais la séparation des fonctions doit également être assurée dans l'organisation de la justice entre les différentes

phases du procès: poursuite, accusation, jugement, appel...L'indépendance et l'impartialité impliquent cette séparation très stricte des fonctions qui est poussée très loin par la Cour européenne des droits de l'homme mais qui est également implicite dans le système des Nations Unies.

2. Une fois que l'existence d'un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi, est assurée, le procès peut se dérouler en respectant l'égalité des parties et les droits de la défense. Dans le domaine pénal, la première garantie de cette égalité des parties est la présomption d'innocence rappelée à l'article 14, par. 2 du Pacte. C'est aussi le fait que tout accusé peut bénéficier d'un conseil, d'une assistance judiciaire ce qui suppose l'existence d'un barreau indépendant. Cela suppose aussi une information complète, l'accès à toutes les pièces du dossier avec le problème du secret qui se pose de manière plus aigüe encore lorsqu'il s'agit d'un secret militaire ce qui remet en cause l'égalité des parties et nie les droits de la défense. Enfin, il faut évidemment des délais raisonnables et des bonnes conditions pour préparer la défense.

Sans détailler et reprendre tous les aspects techniques en matière de preuve qui sont prévus par le Pacte, il faut souligner une difficulté. Lorsque deux personnes privées sont en procès, il est relativement facile d'établir l'égalité des armes entre elles. Lorsqu'un individu est en procès face à une organisation, une grande entreprise, il y a déjà un risque important de déséquilibre, mais lorsqu'un individu se trouve face à l'Etat ou à une institution comme l'armée, il y a un déséquilibre encore plus marquant. Comment rétablir l'équilibre dans ce domaine, surtout lorsqu'on est au pénal? C'est un des grands enjeux de notre débat.

3. Dernier point, à la croisée de l'exigence d'un tribunal indépendant et impartial et de l'égalité des armes entre les parties: l'importance d'un procès public. Une justice digne de ce nom ne peut être clandestine. L'article 14, paragraphe 1 précise les conditions particulières où un huis clos peut être prononcé, ne serait-ce que pour protéger la vie privée des parties en cause, notamment des mineurs. Lorsqu'on parle d'ordre public et de sécurité nationale, il faut bien ajouter la phrase complète de l'article 14: «*la sécurité nationale dans une société démocratique*». L'exigence d'une société démocratique doit être la clef de la lecture de cette notion de sécurité nationale. Cela ne peut pas être une sorte de diktat ou d'excuse absolutoire.

Là aussi, les apparences sont très importantes et la justice a une fonction pédagogique ce qui fait qu'elle doit s'adresser, non seulement au public, mais aussi à l'opinion publique. Un procès à huis clos est, par définition, une négation de cette transparence et de cette «*apparence*» de la justice qui sont si importantes. Pour que la justice soit faite, il faut qu'elle soit faite au vu et au su de tous. Une justice rendue dans le secret est une justice suspecte. D'où la nécessité de développer l'observation judiciaire, y compris lorsque des étrangers sont jugés, avec le plein accès des diplomates et le respect entier de la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires.

Il faudrait enfin mentionner un élément qui fait la trame du procès équitable: le temps. C'est une notion particulièrement complexe à gérer. Le Pacte se réfère à plusieurs reprises à un «*délai raisonnable*». Il ne faut pas que la justice soit trop rapide parce que c'est une justice bâclée, expéditive, sommaire. En même temps, une justice qui arrive 10 ou 15 ans après n'est plus une justice. Il y a donc un équilibre à trouver entre la hâte et la lenteur mais c'est un problème qui concerne également la justice civile.

Pour conclure, je crois qu'il y a une série de grands principes désormais pleinement

consacrés par le droit international – le principe de légalité, le principe d'égalité, l'accès à un juge indépendant et impartial garant de l'égalité des armes entre les parties, des droits de la défense, avec des avocats qui jouent pleinement leur rôle de conseils indépendants, dans un procès public offrant aux yeux de chacun toutes les garanties d'une «bonne administration de la justice». Ces principes qui viennent d'être esquissés trop rapidement se confortent et se renforcent mutuellement – ôtez un maillon et la chaîne se brise.

C'est assez dire le défi que doit affronter la justice militaire. Tout autant qu'une question de principe de nature politique – qui a suscité et continue à susciter de nombreux débats passionnés et des attitudes radicales – il s'agit d'un véritable «festin» de nature juridique, ou, pour employer un langage plus technique, d'une série de critères de conformité. Une épreuve de vérité entre l'être et le devoir être, l'administration de la justice militaire et le «modèle» de la justice ordinaire. C'est dire aussi l'impatience avec laquelle j'attends vos travaux.

“Défis et enjeux de l’administration de la justice par les tribunaux militaires”

Louis JOINET

Ancien expert de la

Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l’homme

J’aborderai le sujet qui m’est imparti en faisant appel à la mémoire de la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l’homme (ci-après la Sous-Commission) à laquelle j’ai appartenu pendant plus d’une quinzaine d’années en qualité d’expert. Dès le début des années 80, les tentatives mises en œuvre pour ouvrir le débat sur cette question ont avorté sous la double influence de la “guerre froide” et surtout des guerres coloniales. À l’époque, traiter à la Sous-Commission du sujet de «l’administration de la justice par les tribunaux militaires» relevait du défi. Sous toutes les latitudes, les guerres de libération étaient réprimées avec l’appui de cohortes de juridictions d’exception de toutes formes, de dénominations variées, dont les plus tristement célèbres étaient précisément les tribunaux militaires ainsi que j’ai pu le constater moi-même *in situ* pendant la guerre d’Algérie.

Défi pour la Sous-Commission tant, à l’époque, le sujet demeurait tabou même pendant la période finissante des guerres coloniales car nous commencions à peine à émerger de la pointe dure de la guerre froide. Aborder frontalement la question était le plus sûr moyen de courir à l’échec et probablement pour longtemps. L’expérience enseigne en effet qu’à l’ONU, un projet de résolution rejeté à une large majorité n’a aucune chance de pouvoir être présenté à nouveau, avec quelques chances de succès, avant de nombreuses années. Une tentative faite à l’époque avait recueilli quatre maigres signatures pour co-parrainer ce qui n’était pourtant qu’une ébauche.

D’autres tentatives suivront. En 1985, par exemple, il avait été suggéré d’obtenir la nomination d’un Rapporteur spécial sur «l’abolition des tribunaux militaires», avec (comme pour la peine de mort, ce qui s’est avéré plutôt maladroit) la possibilité d’un moratoire. L’initiative, accueillie fraîchement, fut rangée dans les cartons.

La même idée, reprise ultérieurement mais de manière moins provocatrice, demandait que l’un des experts de la Sous-Commission soit chargé d’une étude intitulée plus sobrement «De la compatibilité des tribunaux militaires avec les standards internationaux des droits de l’homme». Malgré cet effort pour atténuer la formulation de la question, la proposition, là encore, est restée lettre morte.

La situation a commencé à évoluer avec l’irruption sur la scène onusienne des dictatures latino-américaines, le plus souvent militaires, donc grandes «consommatrices» de tribunaux du même nom. À chaque session, la triste «renommée» de ces prétoires était régulièrement portée à la connaissance de la Sous-Commission par des ONG rapportant des informations recueillies *in situ* ou présentant des témoignages impressionnants de victimes directes de ces juridictions au bilan violateur. C’est dans ce contexte qu’a commencé à pouvoir être levé le tabou. Le processus s’est ensuite accéléré avec la chute progressive de ces dictatures militaires, chute souvent suivie de la mise en place de commissions dites «Vérité-Réconciliation». On pense ici à celle de l’Argentine et à celle du Chili dont les investigations ont permis de faire de véritables radiographies de ces juridictions. Elles ont fait apparaître leurs graves dysfonctionnements au regard des

normes internationales applicables à l'administration de la justice et montraient qu'il s'agissait plutôt de caricatures de tribunaux. À cette époque s'amorce enfin une prise de conscience dans certains milieux militaires. Quelques pays, dont la France, abrogent leurs tribunaux militaires sans grande résistance des milieux des Forces Armées. Autre signe d'évolution des mentalités – lors d'un colloque sur les droits de l'homme organisé au Chili quelques années après la chute du Général Pinochet, je me souviens d'une discussion avec de jeunes officiers qui, après avoir manifesté plus que des réticences, avaient finalement accepté que la question soit débattue.

Puis il y eut le travail des Rapporteurs spéciaux. Qu'ils aient un mandat géographique ou thématique, la plupart d'entre eux, confrontés à la question des violations commises en relation avec l'administration de la justice par les tribunaux militaires, ont pris position. Une étape déterminante a enfin été franchie avec l'apparition, puis la multiplication, des opérations communément appelées «casques bleus». Il est bien évident qu'à partir du moment où l'on commence à former des militaires non plus à «faire la guerre» mais à «faire la paix», cela a nécessairement des répercussions positives sur la culture militaire.

C'est à cette époque relativement récente (fin des années 90) que la Sous-Commission a redécouvert – grâce aux recherches faites à la Commission Internationale de Juristes (CIJ) par le juriste Federico Andreu – la remarquable étude de l'un des anciens membres de la Sous-Commission, l'expert Mohammed Abu Rannat qui, en 1969, avait avancé une thèse fort pertinente dont la Sous-commission n'avait à ce jour jamais débattu. Dans son «étude sur l'égalité face à l'administration de justice» (E/CN.4/Sub.2/296 du 10 juin 1969), l'auteur partait de l'idée qu'un militaire est tout d'abord un citoyen et que, par conséquent, il convenait d'examiner la question des tribunaux militaires sous cet angle. En d'autres termes il est apparu, à travers ce prisme, que si les tribunaux militaires étaient à l'origine de nombreuses violations dont étaient notamment victimes des opposants le plus souvent civils, les militaires eux-mêmes étaient pénalisés en tant que citoyens car bénéficiant de garanties nettement inférieures à celles de leurs concitoyens. Par son approche constructive, la thèse soutenue par notre ancien collègue a permis d'écarter – ou en tout cas de relativiser – le grief d'antimilitarisme qui était souvent implicitement, voire explicitement avancé. L'idée a prospéré par la suite. C'est ainsi qu'une Cour d'Afrique du Sud s'est prononcée en faveur de l'incompétence des tribunaux militaires pour discrimination au motif qu'un militaire étant d'abord un citoyen et qu'il avait droit à une égalité de traitement avec tous les autres citoyens. Commencer à réfléchir à l'administration de la justice par les tribunaux militaires à l'égard des militaires eux-mêmes constituait donc une heureuse novation tant l'attention était auparavant focalisée sur les atrocités couvertes par les tribunaux militaires dans les conflits non internationaux, spécialement à l'égard des civils.

Tel fut le lent processus qui a permis que soit enfin désigné par le Groupe de travail sur l'administration de justice, en 2000, puis par la Sous-Commission, en 2001, un Rapporteur spécial chargé de faire une étude au titre volontairement neutre – «L'administration de la justice par les tribunaux militaires». Cette étude a été confiée au magistrat Louis Joinet auquel a succédé, à la fin de son mandat, le professeur Emmanuel Decaux dont le rapport intérimaire peut être consulté sous la cote E/CN.4/Sub.2/2003/4.

En l'état, les débats et travaux de la Sous-Commission ont permis de clarifier une question de principe: les tribunaux militaires ne devraient juger que les militaires et uniquement pour les infractions militaires commises dans l'exercice de leurs fonctions. Nous pouvons donc en déduire qu'il ne devraient plus être reconnus compétents pour juger des civils en quelque circonstance que ce soit et leur compétence devrait être écartée à l'égard des

militaires auteurs d'infractions constituant des violations graves des droits de l'homme.

Si l'utopie mobilisatrice doit demeurer l'abrogation des tribunaux militaires, on ne peut considérer comme négligeables les efforts entrepris pour ramener le statut de ces juridictions le plus près possible des standards de droit commun. Dans l'idéal, la totalité des standards devenant progressivement identiques à ceux des tribunaux de droit commun, ces tribunaux n'auraient plus de «militaire» que le nom. En cette direction, deux approches sont possibles, qui peuvent être panachées:

- soit on a recours à l'échevinage en faisant présider le tribunal par un juge civil ou en faisant siéger deux juges civils auprès du président;
- soit les voies de recours sont exercées selon les règles du droit commun, c'est-à-dire auprès des cours d'appel civiles et, en dernière instance, par la cour de cassation ou la cour suprême ordinaire.

Toujours dans le même esprit, priorité devrait être donnée à la suppression des avocats militaires, la défense devant toujours être assurée par un avocat ordinaire, c'est à dire non militaire.

Reste la difficile question de l'indépendance des juges militaires qui continueraient à siéger dans le cadre de l'échevinage. Le principe d'indépendance est, *prima facie*, difficilement compatible avec le caractère hiérarchisé de l'institution militaire. Il a même été suggéré, pour contourner cet obstacle, d'assimiler ces juges à des militaires mis à la retraite de telle sorte qu'ils ne soient plus soumis aux contraintes du système hiérarchique ni dans l'obligation de rejoindre leur corps d'origine s'ils venaient à renoncer à leur fonction.

Quelles que soient les précautions prises, la présence de militaires ne peut échapper à la critique du «principe d'apparence», selon lequel il ne suffit pas que la justice soit rendue, encore faut-il qu'elle ait l'apparence de l'être, c'est-à-dire qu'elle soit crédible dans la manière dont elle est rendue. Or, la présence de militaires dans ses rangs crée toujours un doute dans l'opinion.

J'aimerais souligner, pour terminer, l'importance de cette conférence et remercier les organisateurs de m'avoir invité, car c'est un peu pour moi une première. Jusqu'à ce jour, nous débattions de cette difficile question dans le cercle clos des juristes et des ONG mais rarement, comme c'est le cas aujourd'hui, avec des militaires. Nous ne pouvons que nous en féliciter.

Session: Different models of military jurisdiction and judicial guarantees

“Different models of military jurisdiction and judicial guarantees”

*A. P. V. Rogers*¹

Requirements of international law

Members of the armed forces experience a different working environment from most other workers in the public sector. They often have to work unsociable hours and in uncomfortable and even dangerous circumstances. At worst, they may have to kill and put their own lives and those of their comrades at risk. On military operations decisions may have to be made and implemented under severe time-pressure, leaving no time for reflection or discussion. To achieve this, members of the armed forces are required to obey orders without question. This requires a hierarchical structure in which commanders are able to give orders to subordinates and enforce compliance with those orders. Sanctions are provided by national law. Since non-compliance with orders can have disastrous results, sanctions may need to be severe, including loss of liberty.

International law seems to impose conflicting requirements on the armed forces. The law of war, like national law, expects structured and disciplined armed forces and for effective action to be taken when crimes are committed, not only military offences but also war crimes. Indeed, commanders may become criminally responsible if they fail to prevent war crimes being committed by their subordinates or fail to punish offenders.

On the other hand, human rights law requires a separation from the judicial process of command influence. This conflict in legal requirements causes tensions that are not easily overcome. Furthermore, human rights law makes a distinction between disciplinary and judicial punishments and in the case of judicial proceedings, requires an independent and impartial tribunal. In common law countries, the human rights jurisprudence suggesting a requirement for the security of tenure of judges is difficult to reconcile with the principle of jury trial. However, human rights law does allow some derogations to be made in times of tension and war.

Another body of law to be considered is known as visiting forces law. Two important elements of this law are the principle of respect for host-nation law and the arrangements for the exercise of jurisdiction if offences are committed by members of the visiting force. Usually, the sending state will have jurisdiction in respect of on-duty offences committed by members of its armed forces. It may also have jurisdiction for off-duty offences.

Armed forces do require a system of justice to uphold discipline and to deal with offences. The challenge is to ensure that the system meets human rights norms.

¹ York Distinguished Visiting Fellow of the Faculty of Law and Fellow of the Lauterpacht Research Centre for International Law, University of Cambridge; formerly Director of Army Legal Services; and author of the prize-winning book, *Law on the Battlefield*, Manchester University Press, 1996, 2004.

Factors for consideration

In setting up such a system, attention will have to be given to various factors. For example, whether the armed forces are to be mobile or static, whether they are to serve within the country or overseas, whether they are to be deployed in wartime, in times of tension or in peacetime and whether they are to operate on peacekeeping operations or in times of belligerent occupation. Other factors include the availability of appropriate civil tribunals capable of dealing with offences. In some cases, this may include tribunals in overseas territory and, possibly, the need to avoid the jurisdiction of those tribunals.

Broadly speaking, there are two possibilities: military tribunals or civilian tribunals. However, each has its drawbacks.

Criticisms of military jurisdiction

The main criticisms levelled at a military jurisdiction are that they lack an understanding of human rights norms, there is a possibility of influence by the command chain and that military tribunals are inappropriate for trying civilians.

Drawbacks of civilian jurisdiction

Possible drawbacks of civilian jurisdiction are: lack of extra-territorial jurisdiction, inability to uphold military discipline, unfamiliarity with military life, lack of knowledge of military law and delays and procedural difficulties if tribunals not co-located with troops.

Requirement

The requirement, therefore, is for a mobile system of justice that can deploy with troops serving abroad or on military operations, that can help to uphold military discipline and that can support the commander in preventing and punishing war crimes.

Existing models

The approach to this problem by states tends to be a variation on one of the following five main models:

- (a) no military tribunals (in some cases these are permitted in wartime);
- (b) a military element, such as a military judge, is included in a civil court;
- (c) a military chamber exists as part of a civil court;
- (d) a civilian element is present in the military justice system;²
- (e) separate military tribunals exist.

² For example, the safeguards of independent judges, civilian defence counsel, right of appeal to civilian judges and the right of judicial review by civilian superior courts of executive decisions relating to prosecutions (the United Kingdom model).

Possible models for the future

Factors for consideration when deciding on the structure for the chosen model include those set out below.

Structure

Questions of structure include: whether the tribunal should be permanent or ad hoc; and whether the members of the tribunal should be military or civilian, lawyers or non-lawyers and in what proportions,³ permanent or ad hoc⁴ and what their training and qualifications should be.

Procedure

Important elements in the procedure of these tribunals include: the investigation procedure, the review of pre-trial detention, whether to have an inquisitorial or accusatorial system, the right of the accused to be present and his rights of defence,⁵ any form of judicial review of the proceedings, what rights of appeal should be made available and what arrangements should be made for the service of sentences.⁶

Jurisdiction in respect of offences

The next question is: over what offences should the tribunal have jurisdiction - military offences, and should there be a distinction between disciplinary or judicial proceedings; civil offences; human rights violations; war crimes; crimes against humanity; or genocide.

Jurisdiction when

Another question is when such jurisdiction should be exercisable. Should it be in wartime, and here a distinction may have to be made between international and internal armed conflicts; in transition to war; in time of national emergency⁷ or in peacetime.

Jurisdiction where

Should the jurisdiction be exercised in national territory or only abroad?

Jurisdiction over persons

It is also important to consider over whom jurisdiction should be exercised: usually members of armed forces but should any distinction be made between regulars, conscripts or reservists?

Generally, it may be thought that there should be no military jurisdiction over civilians except:

³ The author would question whether only lawyers are qualified to make decisions on questions of fact.

⁴ The ad hoc nature of jury appointments is seen as a strength of the system in common law countries.

⁵ The right of representation and, if so, by whom and whether any financial assistance is to be made available.

⁶ In the UK armed forces, sentences of imprisonment are served in civil prisons but there is also available a sentence of detention, served in a military corrective training centre, which is a form of mandatory rehabilitative training.

⁷ This may also be known as martial law or state of siege.

- (a) civilian 'camp followers';
- (b) special cases, for example, in belligerent occupation – war crimes⁸ and offences against the security of the occupying power; situations where law and order has broken down, as in a collapsed state; in a state of them emergency; and, possibly, where military personnel and civilians are jointly accused.

Some problem areas remain, for example, who should exercise jurisdiction over unlawful combatants,⁹ who may be classified as civilians, and children.

Conclusion

It is wrong to presume that civilian courts are inherently superior or that military courts are inherently unjust. Whatever the tribunal, justice depends on a proper framework of legal controls ensuring that:

- (a) tribunals exercising military jurisdiction are part of the overall legal structure of a state's court system;
- (b) there can be no control or interference by the executive;
- (c) the rule of law prevails;
- (d) appeals lie from trial courts (whether military or civilian) to the same appeal courts;
- (e) the acts of the executive are subject to judicial review as to their legality.

⁸ The failure of the coalition forces to take action against looters in the early days following the end of the main military operation in Iraq in 2003 was severely criticised. To take action, of course, such forces need access to a functioning system of justice that meets the relevant human rights requirements.

⁹ These are persons who take a direct part in hostilities without having a legal right to do so.

«Diferentes modelos de jurisdicción militar: algunas reflexiones para el debate»

Federico ANDREU-GUZMÁN
Consejero jurídico principal
Comisión Internacional de Juristas

1. Algunas consideraciones preliminares

Es lugar común afirmar que la “justicia militar” es un fenómeno tan antiguo como lo es la existencia del Ejército. Algunos autores consideran que en Roma “floreció lo que hoy constituye el Derecho Penal Militar”¹⁰, mientras que otros se remontan a la Grecia antigua, citando como ejemplo la corte militar que condenaría a la muerte al general Filotas por conspirar contra Alejandro Magno, en el año 330 antes de la era cristiana.¹¹ Bajo Roma imperial, 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. La conocida frase “donde hay un ejército, hay una justicia militar”¹², que buscaba justificar la existencia de los tribunales militares como una consecuencia natural de la existencia del aparato militar y, por tanto, como un dato histórico incuestionable, han sido ampliamente desvirtuada. Además esa visión eurocéntrica del mundo no tiene en cuenta las realidades y fenómenos históricos de otras regiones del mundo. Históricamente, la existencia de ejércitos no estuvo siempre acompañada de órganos de justicia militar: China imperial es un ejemplo de ello. En la actualidad, en varios países que disponen de Ejércitos no existe un sistema de justicia penal militar en tiempos de paz. Algunos países incluso han abolido los tribunales militares tanto en tiempo de guerra como de paz.

Ciertamente, como concluía el auditor de guerra y profesor universitario belga, John Gilissen, ante el VIII Congreso Internacional de la Sociedad Internacional de Derecho Penal Militar y de Derecho de la Guerra, realizado en 1979: “no parece que se pueda hablar de justicia militar antes de los Siglos XV y XVI.”¹³

2. Dificultades de una clasificación de las jurisdicciones militares

Si bien en materia de jurisdicción ordinaria existen comunes denominadores en las legislaciones nacionales, ello no es así en lo que concierne el fuero militar. Así lo constata Francisco Fernández Segado en lo que respecta los sistemas de jurisdicción penal militar en Europa.¹⁴ Asimismo, los modelos inquisitivo, acusatorio y mixtos en materias de proceso criminal no resultan transportables a los distintos “modelos” de jurisdicciones

¹⁰ Francisco Jiménez y Jiménez, *Introducción al Derecho Penal Militar*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1987, pág. 178.

¹¹ “ Military Jurisdiction Seminar, 10-14 October 2001 at Rhodos - Report ”, 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>.

¹² Francisco Jiménez y Jiménez, *Introducción al Derecho Penal Militar*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1987, pág. 39.

¹³ John Gilissen, “ Evolution actuelle de la justice militaire - Rapport général ”, in *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).

¹⁴ Francisco Fernández Segado, “La justicia militar en el Derecho comparado”, in Consejo General del Poder Judicial, *Poder Judicial*, 2a. época, N° 23, Madrid, septiembre de 1991, pág. 60.

penales militares.

No obstante estas dificultades, existen diferentes tentativas de clasificación de modelos de jurisdicción militar. Así por ejemplo, en 1979, John Gilissen sugirió una clasificación fundada en los grandes sistemas jurídicos existentes: el sistema de *common law*, el sistema romanista, y el sistema de derecho socialista.¹⁵

Por su parte, John Stuart-Smith, Francis Clair y Klaus sugirieron una clasificación basada en el ámbito de competencia de las jurisdicciones militares, distinguiéndose cuatro sistemas: de competencia general; de competencia general eventual; de competencia restringida a las infracciones militares; y de competencia únicamente en tiempo de guerra. Otro modelo de tipología propone una clasificación basada en el carácter permanente de los tribunales militares o en su vocación temporal y ligada a causas criminales específicas.

Otra clasificación propuesta parte de los fines y propósitos del Estado Social de Derecho.¹⁶ Según ésta tipología se podrían identificar tres modelos de jurisdicción militar: uno de corte tradicional, caracterizado por el principio "el que manda es el que juzga", su integración por militares y un amplio ámbito de competencia; otro, caracterizado por la integración de la justicia castrense a la jurisdicción ordinaria, como una rama especializada de esta; y un tercero, basado en la supresión de la justicia militar en tiempos de paz. Pero esta tipología corresponde más a las tendencias históricas de evolución de las jurisdicciones militares que a modelos de justicia castrense.

Algunos autores, como Francisco Fernández Segado, han optado por clasificaciones o tipologías temáticas, sobre la base de aspectos específicos de los tribunales militares, o por el enfoque de "modelos nacionales". Estos intentos de clasificación o de enfoque han contribuido a conocer distintos aspectos de las jurisdicciones militares desde una perspectiva de derecho comparado. No obstante, su utilidad es relativa y, en varias ocasiones, las tipologías propuestas son discutibles.

3. Algunos criterios

Si se tiene en cuenta, además de los factores de competencia (*ratione personae*, *ratione loci*, *ratione materiae* y *ratione tempore*), su estructura, composición y funcionamiento, su ubicación en el organigrama estatal, su relación con el Poder Judicial, sus fuentes jurídicas, etc..., resulta difícil modelar una tipología de las jurisdicciones castrenses. Lo cierto es que, si se tienen en cuenta esos elementos, las jurisdicciones militares presentan una amplia diversidad y heterogeneidad, y cada sistema nacional participa de características establecidas en distintos modelos sugeridos por la doctrina.

Los diferentes modelos de jurisdicción militar deberían ser examinados a partir de ciertos criterios que son de gran relevancia para el derecho internacional de los derechos humanos. Así se podrían destacar los siguientes:

- Jurisdicción militar y el principio de separación de poderes;
- Principio de legalidad de los delitos, *Nullum crimen sine lege*, especialmente en lo que se refiere al tema del ámbito de competencia, penal y/o disciplinaria;
- Ámbito de competencia del fuero militar, tanto *ratione personae* y *ratione materiae* como *ratione loci* y *ratione tempore*.

¹⁵ John Gilissen, Doc. Cit., pág 46 y siguientes.

¹⁶ Ver Fundación Myrna Mack, Justicia Militar, 1996, en página web: <http://www.minugua.gate.net/derhum/CDROM/asegunda%20Incorporacion/justicia%20Militar/Justicial.htm>.

4. Jurisdicción militar y principio de separación de poderes.

Al analizar la jurisdicción militar desde la perspectiva del principio de separación, conviene recurrir a dos enfoques complementarios: la relación de la jurisdicción penal militar con la Rama judicial, por una parte; y la relación de la jurisdicción militar (juez, fiscal y otros funcionarios de la jurisdicción militar) con el Poder Ejecutivo, por otra.

a. Relación de la jurisdicción penal militar con la Rama judicial

El lugar que ocupa la jurisdicción penal militar dentro del organigrama estatal es diferente de un país a otro. Se pueden identificar varios esquemas:

- i. En varias legislaciones los tribunales militares hacen parte formalmente del Poder Judicial, como una jurisdicción especializada, cuya última instancia (ya sea a través de la casación o de la revisión) es el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria (generalmente la Corte Suprema).
- ii. En algunos países, aun cuando no exista una jurisdicción militar como tal, magistrados militares están incorporados en los tribunales o salas de la jurisdicción ordinaria competentes para conocer de infracciones penales militares. Según los modelos existentes, las instancias de juzgamiento pueden estar integradas total o parcialmente por jueces militares. Así, por ejemplo, Portugal dispone de un tal sistema. De conformidad con la reforma constitucional de 1997, el nuevo Código de Justicia Militar prevé que cada instancia de la jurisdicción ordinaria encargada de juzgar a militares, por crímenes estrictamente militares, deberá contar en su seno salas especializadas integradas con jueces militares, provenientes de cada una de las tres ramas de las Fuerzas armadas y de la Guardia Nacional Republicana.
- iii. En algunos países, los grados de jurisdicción penal militar son asegurados por distintos órganos jurisdiccionales, unos militares y otros pertenecientes al Poder Judicial. Así en el Reino Unido aun cuando exista una jurisdicción militar única en lo referente al primer grado de jurisdicción (Cada una de las componentes de las Fuerzas Armadas dispone de su propia legislación y cortes marciales), cuyas Cortes Marciales están integradas tanto oficiales en servicio activo de las Fuerzas Armadas como magistrados profesionales, el segundo grado de jurisdicción está integrado exclusivamente por magistrados profesionales civiles.
- iv. En otros países la jurisdicción militar es una jurisdicción distinta de la jurisdicción ordinaria, constituyéndose así como una jurisdicción especial. Algunos autores califican estas jurisdicciones de "justicia administrativa". Frecuentemente su máxima instancia jurisdiccional esta constituida por un tribunal superior militar. En la mayoría de esos países, los tribunales militares se encuentran orgánica y funcionalmente adscritos al Poder Ejecutivo, cuando no son una dependencia del Ministerio de Defensa. Incluso, en varios países, la actividad jurisdiccional de los tribunales militares está bajo tutela del Poder Ejecutivo -ver Ministro de Defensa o Jefe de Estado-: las autoridades del Poder Ejecutivo retienen facultad de aprobar y de revisar las sentencias de los tribunales militares. Así en la República Federativa de Yugoslavia, la facultad de nombrar y destituir al presidente, jueces y fiscales de los tribunales militares radica en cabeza del Presidente de la República y la justicia castrense constituye una jurisdicción autónoma dotada de su tres grados de jurisdicción, en cuya cúspide se encuentra el Tribunal Militar Supremo.

b. Relación de la jurisdicción militar con el Poder Ejecutivo

La relación entre la jurisdicción militar y el Poder Ejecutivo puede ser valorada desde distintas ópticas. Una de ellas, y de gran relevancia, es que trata de la integración de la jurisdicción penal militar (juez, fiscal y otros funcionarios): que suerte de vínculo existe entre los miembros de la jurisdicción penal militar y el Poder Ejecutivo. Ello varía de un país a otro. Así, se pueden identificar dos grandes modelos.

Un primer modelo consiste en jurisdicciones integradas exclusivamente por militares o policías. En muchos países, los tribunales militares son integrados únicamente por miembros activos de las fuerzas armadas o de la policía. Así por ejemplo, en Israel, los jueces y fiscales de los tribunales militares son oficiales en servicio activo o de la reserva de las Fuerzas de Defensa. Los jueces son designados por el comandante regional de las Fuerzas de Defensa. Con frecuencia, la legislación no exige que estos jueces militares tengan formación jurídica. En esos casos, los jueces militares están asistidos por asesores jurídicos, como los auditores de guerra.

Este modelo plantea el problema de la independencia del juez respecto de la jerarquía militar. Se pueden identificar dos submodelos:

- el Juez-Comandante. Aunque puede también entrar en esta categoría los sistemas que conocen la figura de la Autoridad Convocadora, cuando esta es un militar. La jurisdicción penal militar no se diferencia de la estructura de mando operacional de las fuerzas armadas, siendo juez militar el propio comandante de la unidad operativa militar. Este modelo es la expresión del aforismo “el que manda es el que juzga” y de la figura predominante del *Magister Militari*. En numerosos países se puede constatar que la estructura de la jurisdicción penal militar retoma la estratificación por grados militares, la jerarquía y la línea de mando de las fuerzas armadas. La jurisdicción militar queda subordinada a la cadena de mando y los jueces y fiscales militares al principio de obediencia debida.
- En otros países, la jurisdicción penal militar constituye un cuerpo separado del estructura de mando operacional de las Fuerzas Armadas. Sin embargo, los problemas de la cadena de mando y del principio de obediencia debida o jerárquica no quedan resueltos aunque si matizados.

Un segundo modelo podría denominarse como jurisdicción de composición mixta: en este modelo concurren tanto magistrados militares como magistrados civiles. Existen varios tipos acorde a las diversas legislaciones nacionales. Este modelo plantea problemas respecto de la percepción de la independencia e imparcialidad del tribunal. El tribunal de la causa no sólo debe ser objetivamente independiente sino debe tener la apariencia de serlo. Asimismo, desde una perspectiva objetiva, todo tribunal debe ofrecer garantías suficientes de imparcialidad. Este tipo de jurisdicciones mixtas plantea el problema de la duda legítima sobre la independencia e imparcialidad del tribunal, como lo ha reiteradamente señalado la Corte Europea de Derechos Humanos en los casos turcos.

Otro aspecto de la relación entre la jurisdicción militar y el Poder Ejecutivo, es lo relativo a los poderes de éste último frente a la actividad procesal de los tribunales militares. Aunque, por razones de tiempo, no entraremos en materia, es preciso señalar que en algunos países, como Túnez, la acción penal ante los tribunales militares está condicionada a la autorización de autoridades del Poder Ejecutivo. Asimismo, en varios países, como Venezuela, el Poder Ejecutivo tiene poderes legales para ordenar la suspensión y/o archivo de las causas penales. Igualmente, en varios países, autoridades del Poder Ejecutivo tienen la potestad de modificar las sentencias y/o anularlas, mientras que en otros, como hasta hace poco el Reino Unido, se requiere su convalidación para que la decisión tenga efecto de cosa juzgada. El sistema de jurisdicción militar estadounidense

merece particular atención. En razón de la vocación temporal de los tribunales militares estadounidenses, la facultad de convocar la formación de un tribunal militar para procesar al presunto infractor radica en cabeza de la "autoridad convocadora". La función de autoridad convocadora es ejercida por el Presidente de los Estados Unidos de América, el Secretario de Defensa y el Comandante de la Unidad Militar y otros miembros de las Fuerzas armadas. Además, cuando se trata de procesos sometidos a cortes marciales especiales, éstas pueden ser también formadas por orden del Comandante de la Unidad mayor a la que pertenece el presunto infractor o por orden de cualquier oficial militar con mando sobre el mismo. La "autoridad convocadora" juega en todo el proceso de administración de justicia militar un papel central decide si un ilícito debe ser procesado penalmente o disciplinariamente; ordena y dirige las investigaciones y nombra a los investigadores; nombra los miembros que integraran la Corte marcial; puede otorgar inmunidad a los testigos; llegar a un acuerdo previo al juicio; y, finalmente, la autoridad convocadora puede revisar o modificar la sentencia proferida por la Corte Marcial, ya sea *motu proprio* o a petición de parte. Con mucha razón el profesor Robert Kogod Goldman señalaba que "el sistema de justicia militar, en los Estados Unidos [...], no es parte del Poder Judicial sino del Poder Ejecutivo."¹⁷

Ciertamente este tipo de modelo cuestiona el principio de separación de poderes y pone en entre dicho la independencia de la administración de justicia. No sobra recordar que el principio 3° de los *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura*¹⁸ prescribe 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 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 con lo dispuesto en la ley."

5. Ámbito de competencia penal y/o disciplinaria y principio de legalidad de los delitos

De entrada hay que hacer una primera constatación: no todos los sistemas de jurisdicción militar distinguen infracción disciplinaria de ilícito penal. La frontera que distingue la infracción disciplinaria del ilícito penal no es clara. Así, lo que es una falta disciplinaria en un país es un delito militar en otro. Como lo señalaría Manlio Lo Casio "no es posible establecer con criterio científico una neta diferenciación entre uno y otro".¹⁹

La naturaleza penal, disciplinaria o mixta de la jurisdicción militar tiene importantes consecuencias, y en particular a lo que se refiere al principio de legalidad de los delitos, *Nullum crimen sine lege*. Desde esa perspectiva se pueden diferenciar varios modelos.

Los sistemas de jurisdicción militar que no distinguen infracción disciplinaria del ilícito penal. Ciertas legislaciones militares no hacen diferencia jurídica entre delito y falta disciplinaria. Se basan en la figura de la infracción de servicio (*Service Offences*), que cubre tanto delitos militares como faltas disciplinarias, en contraposición a la infracción de

¹⁷ Robert Kogod Goldman "Un análisis de la orden militar de Bush: al margen de la ley", in página web: <http://www.pagina12.com.ar/2001/01-12/01-12-02/pag28.htm>.

¹⁸ 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.

¹⁹ Citado en Francisco Jiménez y Jiménez, Op. Cit., pág 63.

derecho común (*Civil Offence*), equivalente a los delitos y contravenciones de derecho común. En estos sistemas resulta más apropiado técnicamente hablar de un sistema de jurisdicción militar que de la jurisdicción penal militar, toda vez que la llamada "justicia militar" abarca tanto el ámbito penal como disciplinario o "extra judicial" (*Non-judicial punishment*). Varios autores señalan con acierto que en este sistema no existe una clara diferenciación entre las infracciones penales y las disciplinarias. En los Estados Unidos de América, los tribunales militares conocen de las infracciones, sean asimilables a delito o a falta disciplinaria, cometidas por personas sometidas a su jurisdicción. La cuestión relevante en lo que atañe al principio de legalidad de los delitos, es que la "autoridad convocadora", que es el Comandante militar o el superior jerárquico del presunto infractor, tiene un amplio margen de discreción para decidir si un ilícito debe ser sometido al conocimiento de las cortes marciales o se debe sancionar a través del ejercicio de su poder disciplinario como superior jerárquico del infractor.

En segundo lugar, tenemos los sistemas legales que distinguen la infracción disciplinaria del ilícito penal. En este campo encontramos tres grandes modelos de jurisdicción militar:

- i. En primer lugar, podemos hablar de un modelo de "unidad de jurisdicción". En éste, los tribunales militares cumulan simultáneamente funciones judiciales y el poder disciplinario, conociendo tanto de los delitos como de las faltas disciplinarias cometidas por personal de las Fuerzas Armadas. Pero a diferencia del modelo antes descrito, la propia legislación militar distingue los delitos de las faltas disciplinarias y establece procedimientos distintos según la naturaleza de la infracción.
- ii. Un segundo modelo podría denominarse de "separación de jurisdicción". En éste tipo de sistema coexisten paralelamente una jurisdicción penal militar, encargada de reprimir los ilícitos penales, y una jurisdicción disciplinaria militar, encargada de reprimir las faltas disciplinarias.
- iii. Un tercer modelo lo constituyen los sistemas de jurisdicción militar que fundamentalmente tienen un carácter disciplinario. En estos sistemas, la represión de los delitos cometidos por personal militar es de competencia de la jurisdicción penal ordinaria. Así, por ejemplo la mayoría de los países que han suprimido la jurisdicción penal militar en tiempos de paz, como Austria y Alemania y Japón, los tribunales militares son jurisdicciones disciplinarias o administrativas. No obstante en algunos países, ello puede plantear ciertos problemas en tanto unos mismos hechos pueden constituir tanto un delito como una falta disciplinaria. De tal suerte que unos mismos hechos pueden ser sancionados dos veces: como delito, mediante la acción de los tribunales ordinarios y como falta disciplinaria, por la jurisdicción disciplinaria militar. Así en Dinamarca, la represión de las graves infracciones a los Convenios de Ginebra se hace tanto por medio de la legislación disciplinaria militar (artículo 25.1) como por medio de la aplicación del Código Penal ordinario por tribunales civiles. No obstante, la jurisprudencia de algunos países ha dado una respuesta a este posible conflicto: aunque en apariencia se trata de un mismo hecho desde el punto de vista fáctico, en realidad se sancionan dos comportamientos antijurídicos distintos - un delito y una falta disciplinaria -. Un mismo hecho fáctico constituye dos hechos jurídicos. Otra respuesta dada por la legislación nacional, ha sido la de subsumir la falta disciplinaria en el delito, cuando los elementos constitutivos de la primera corresponden a los del ilícito penal.

6. Ámbito de competencia

El ámbito de competencia de los tribunales militares - ya sea *rationae materiae*, *rationae loci*, *rationae personae* (pasiva o activa) o *rationae tempore* - es regulado de diferentes maneras por las diversas legislaciones nacionales.

Las legislaciones penales militares incriminan distintas clases de conductas ilícitas y no presentan coherencia acerca de lo que se entiende por delito militar. La doctrina ha clasificado los delitos en:

- delitos militares *stricto sensu*. Esto es aquellos delitos que vulneran bienes jurídicos militares y que el sujeto activo solo puede ser un militar. Así por ejemplo, el delito de centinela, el abandono del puesto y la desertión son típicos delitos militares.
- delitos militares *lato sensu*. Se trata de aquellos delitos 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.
- delitos comunes asimilados a delitos militares. Se trata de delitos de derecho común que en razón de circunstancias de su comisión, como por ejemplo la naturaleza militar del lugar donde fue cometido el ilícito, son asimilados a ilícitos militares para efectos de la jurisdicción de los tribunales militares.
- delitos comunes militarizados. Se trata de delitos de derecho común que no guardan ninguna relación con bienes jurídicos militares protegidos, pero que por voluntad del legislador han sido incorporados a la legislación penal militar o son sometidos a la jurisdicción de los tribunales militares.

Algunas legislaciones hacen formalmente estas distinciones mientras que otras catalogan como delito militar toda infracción penal tipificada en el código de justicia castrense. Igualmente algunas legislaciones, alineadas con las viejas concepciones de fuero militar como privilegio de casta, califican de delito militar toda infracción penal cometida o contra personal militar. En esa misma perspectiva, varios códigos de justicia militar consideran delitos sometidos al fuero castrense, toda infracción cometida en una instalación o sitio militar, independientemente de la naturaleza del ilícito y la calidad de militar o no del autor y de la víctima. En no pocos países, la competencia de los tribunales militares se extiende a todo delito cometido por militares en el servicio. Así, legislaciones nacionales emplean las formulas de "delito de función", "acto de servicio", "delito cometido con ocasión al servicio", "delito de misión", "delito de ámbito castrense", etc... Bajo estas figuras, los tribunales militares conocen de violaciones a los derechos humanos cometidas contra civiles y que son constitutivas de delitos, como la tortura, las ejecuciones extrajudiciales o las desapariciones forzadas.

En ese sentido, resulta de gran utilidad de la clasificación sugerida por Stuart-Smith, Francis Clair y Klaus, basada en el ámbito de competencia de las jurisdicciones militares, distinguiéndose cuatro sistemas:

- Sistema de jurisdicción militar de competencia general. Los tribunales militares todo delito cometido por militar o contra un militar o en una instalación militar, independientemente de la naturaleza - militar o de derecho común - de la infracción penal. Este sistema consagra un fuero personal.
- Sistema de jurisdicción militar de competencia general eventual. En estos sistemas adquiere gran relevancia la figura del delito de función o el acto de servicio. Numerosos códigos de justicia militar latinoamericanos tienen incorporada esta figura. Asimismo, otros códigos de justicia militar, como el Código Uniforme de Justicia Militar de los

Estados Unidos de América (Artículo general 134), declaran criminales aquellos actos realizados en perjuicio del buen orden y disciplina de las fuerzas armadas o que tienen una naturaleza que desacreditan a las Fuerzas armadas.

- Sistema de jurisdicción militar de competencia restringida. El ámbito de competencia de los tribunales militares está circunscrita a los delitos estrictamente militares. Este sistema consagra un fuero funcional.

Desde la perspectiva *rationae tempore*, se pueden identificar varios modelos de jurisdicción militar:

- Sistema de jurisdicción militar con competencia invariable tanto en tiempo de guerra como de paz. Estas jurisdicciones, para efectos de los ámbitos de competencia material y personal, así como de los procedimientos penales militares, no hacen distinción entre tiempos de paz y tiempos de guerra.
- Sistema de jurisdicción militar con competencia variable según se trate de tiempos de paz, de excepción o de guerra. Los ámbitos de competencia material y personal, así como de los procedimientos penales militares, varían según de paz, de excepción o de guerra.
- Sistema de jurisdicción militar con competencia únicamente en tiempo de guerra.

7. Tendencias evolutivas

En los últimos 15 años asistimos a varios procesos de reforma de los sistemas de jurisdicción militar en numerosos países de distintas regiones del mundo. Estos procesos consolidan progresivamente, y de diverso modo y nivel, varias tendencias en materia de fuero militar registradas desde los años 50 y 60, como lo señaló John Gilissen. Se puede, de manera esquemática, reagrupar estas tendencias en tres:

a. La “civilización” de los tribunales militares. Esta tendencia ha operado en varias direcciones:

- un 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. Asimismo, cabe destacar la creación de segundas instancias integradas exclusivamente por magistrados civiles o la asignación de la segunda instancia a tribunales de la justicia ordinaria, como en el Reino Unido.
- 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.

b. La supresión de las jurisdicciones penales militares en tiempos de paz. Así, por ejemplo, lo han hecho Dinamarca, Eslovenia, Estonia, Francia, Países Bajos, la República Checa y Senegal. La represión de los ilícitos en las filas castrenses es asegurada por la jurisdicción ordinaria y/o por órganos disciplinarios.

c. La restricción de los ámbitos de competencia de la jurisdicción penal militar a delitos estrictamente militares cometidos por personal militar. Tres aspectos notorios son de destacar:

- i. La restricción o supresión del juzgamiento de civiles por tribunales castrenses es una práctica cada vez más creciente. Como México (esta prohibición es de larga data), Grecia (1975), Honduras (1982), de Colombia, Haití, Guatemala y Nicaragua. La Constitución de Paraguay sólo autoriza a los tribunales militares a juzgar civiles

en caso de conflicto armado internacional.

ii. 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. Estas modificaciones han sido introducidas mediante la adopción de nuevos textos o enmiendas constitucionales; reformas de la Legislación penal militar y/o de los códigos de procedimiento penal ordinarios; del ejercicio del control de constitucionalidad por órganos judiciales; o de interpretaciones judiciales en casos concretos, muy particularmente en materia de resolución de conflictos de jurisdicción.

iii. Interpretaciones restrictivas sobre el alcance concepto de delito militar y en particular de las nociones de "delito de función", "acto de servicio", "delito cometido con ocasión al servicio", "delito de ámbito castrense".

Estas tendencias confluyen en tres direcciones complementarias: la transformación del fuero militar, tradicionalmente concebido como un fuero personal, en un fuero funcional; la "civilización" de la jurisdicción penal militar; y el reforzamiento de las garantías judiciales de los militares justiciables. Asimismo, es importante señalar que estas tendencias han sido altamente influenciadas por la normatividad internacional de derechos humanos así como por la actividad de los órganos y mecanismos internacionales de protección de derechos humanos. Así, por ejemplo, las reformas introducidas en la jurisdicción militar británica han sido motivadas por importantes sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos y la actividad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de Colombia y Guatemala ha jugado un importante papel respecto de las reformas en las jurisdicciones militares de estos dos países.

Session: Military offences, common law offences and military jurisdiction

*Major General David HOWELL
Director
Army Legal Services, UK*

Introduction

In view of earlier presentations I have expanded what I was going to say on the very narrow topic I was given, to cover more general issues on jurisdiction. I should perhaps begin by explaining that I am the UK military prosecutor and as such I am appointed, not by the Army, but by the Queen. I am not responsible to the Army for the decisions that I make. My decisions not to prosecute can be judicially reviewed. That means that if I decide not to prosecute a case, a victim can ask a High Court Judge to review that decision not to prosecute. That does happen and has happened I think three times. As I say, the final decision can only be taken by me or by my staff and not by the military authorities. I report to the Attorney General (AG). The AG is responsible in the UK for the conduct of all military and civilian prosecutions. He is a civilian lawyer of high eminence and is also responsible to Parliament.

The other issue I would like to highlight during the course of my talk is an area that I think is being insufficiently looked at: the rights of victims. As a prosecutor, that is something that is particularly important for me because it is something with which I deal regularly. One of the consequences of the abolition of the military justice system would severely in my view prejudice victims.

Now the principles I am about to set out focus on the UK system but they are broadly applicable in many other common law countries.

The first principle is that unlike civilians, British soldiers remain subject to prosecution by court martial for military and English criminal offences wherever they go, whether on or off duty. In other words, a British soldier in Iraq may be prosecuted in Iraq by a court martial both for military offences and also for English criminal offences of whatever nature. The local courts in Iraq are just beginning. In Sierra Leone, they do not really exist. In Bosnia, this provided a vital method of trying troops. You can imagine a situation in Sierra Leone of British soldiers accused of raping some women in a village. There is no local jurisdiction. What do you do? Do you bring them all back to the UK? Do you try to fly the village back? What do you do about thefts? What about a civilian attached to the British forces in Sierra Leone who commits a rape? Does he get away with it? Because the English Courts will not usually deal with crimes committed in other countries. They take the view that to do that will be an exercise of sovereignty over those other countries. Now, that system I am describing is a very flexible one because it would mean for example, if a lot of witnesses in a particular case moved, the court martial can move with them and it can sit in any country. British courts martial have sat in Jamaica, Canada, USA, Iraq, and Afghanistan. Wherever the witnesses go, the court martial could go and sometimes we hear evidence in completely different countries during the course of dealing with one case. The other important point to bear in mind and this is something that the world will have to address as people become more and more mobile: soldiers are particularly mobile. I saw a case recently of a soldier who had committed crimes in six different countries. Each one of those States could only deal with the offence in that State. The court martial could deal with him in respect of the lot.

Now, my talk today is on military offences, common law offences and military jurisdiction. From the UK perspective, we have two categories, we don't recognize the third category of disciplinary offences whereas military offences mean only offences which only a soldier can commit: mutiny, desertion, etc... There are a whole range of them which are statutory. Equally, we have the principle that the soldier carries the whole of the criminal law with him wherever he goes. So, he can be prosecuted under the military system at both the lower level and the court martial in respect of both categories of offence, whether it is military or civilian, depending upon the severity of the offence. Essentially, we have these two categories: military and civilian. Some offences, almost certainly, like for example fighting without reasonable excuse, may involve the commission of a civil offence and the prosecutor who decides what are the charges will decide how to select. If he gets it wrong he will be criticized and is subject to review but essentially, those in essence are the concepts that we have.

Now, perhaps the more interesting issue is the degree to which military jurisdiction and civilian jurisdiction overlap and what happens when they do? There was a very interesting discussion earlier on today about the investigation. As far as the present system in the UK is concerned, a case could be investigated by the civil police who would hand it over to the military for trial and vice versa. So, you could have a police investigation conducted by the military but tried in a civilian court. That happens. The reason being that the investigation procedures are broadly the same. In respect of the most serious offences in the criminal calendar (murder and obviously war crimes), generally the special investigation is now totally independent of the military authorities. If there were the slightest suggestion that this was somehow improper or wrong in the circumstances, then it would be open to the Attorney General to direct a civilian police investigation. An example of that was the death of Hess who was the last nazi war criminal, who died in Spandau in 1987. He actually hanged himself but there were allegations made in the English papers that for some reason the British had waited 40 years to tell until he was dying and had actually carried out the execution themselves. The then Attorney General directed a civilian police investigation which took place under the control of Scotland Yard in Berlin. He had died of cancer.

I mentioned to you the overlap. The fact is that because of the jurisdiction I have described, you get in many countries an overlap in which, because of civil offences can be tried by the military, so can the local courts in places where local courts' jurisdiction apply. For example, in Germany, arrangements are made between the two countries which describe the circumstances where each country can exercise jurisdiction. The Germans retain what we call the primary right of jurisdiction. In other words, they can always withdraw the UK right to try by court martial. One of the fascinating things is that, in the period of nearly 54 years while the British have been in Germany, the Germans have recalled the waiver in about 20 cases. Bear in mind that there were thousands of cases that have taken place by court martial involving German civilians. The Germans always attend our trials and are satisfied in the fairness in which they are conducted.

In the UK, arrangements exist between all our various prosecuting authorities. Originally, the rules were fairly fast. By and large, the army dealt with on duty matters where only army people were involved. Increasingly, the civilian prosecutors have understood advantages that military prosecution can sometimes give everybody. The people may have moved but the time a case gets to a civilian prosecutor in England he may find that half the people involved are on the other side of the world. Many times now you find that the prosecutors, in the civilian community, are very anxious for the military to deal with

the case rather than deal with it themselves. One of the interesting development is that trend.

Another very interesting trend is that, frankly, although everybody here by large come from the civilian community of justice, the fact is that the ordinary people in many of our countries don't have that high regard for civilian justice. A number of victims, particularly of sex crimes by military people, ask for the military to deal rather than the civil. This is an interesting phenomenon. You certainly get the other way around. You sometimes get cases where the victims definitely do not want the army to deal. But there is a quite significant proportion. I saw a case where a 14-year old girl did not want civilian community to deal with the case. She wanted the Army to prosecute. That was in the West Country of England. I am not saying though that will always be the deciding factor. Discussions will take place.

How is it decided, in this rather flexible situation, as to how jurisdiction takes place in the UK? In reality, discussions take place between ourselves and a civilian prosecutor. If an agreement cannot be reached, what then happens ultimately is the Attorney General makes a decision. Frankly, that does not happen because most prosecutors can see fairly quickly where it would be best to try the case. Bear in mind too the accused will always have a chance to judicially review that decision and ask a High Court Judge to make the ultimate ruling on jurisdiction. Again, that has not really happened because that decision is fairly obvious. It rather depends on where our witnesses are and so on and so forth.

I also want to say that I haven't talked too much about who may be dealt with by military jurisdiction. Of course, I am not talking here about military commissions, I am discussing courts martial. I am talking about courts martial applying to military people. There was a case where courts had to deal with civilians. When the British Army has a civilian who is attached to it who commits an offence, the mechanism for trial is not usually a court martial. It is actually called a standing civilian court. It actually looks like a civilian magistrate court in all appearances. It enables that civilian to have a defence counsel of his own choosing. It means that any sentence that he receives by that court will be served back in his own country. From the civilian's point of view, that is probably quite an advantage. If you do away with the military jurisdiction, it would mean in all those countries in which British soldiers serve, there will be a real problem for victims. Of course you can say, why not deal with it back in UK? Let's be realistic. Would most countries really fly all those cases back to their homeland with all the witnesses and everybody else? I suspect that what would happen is that lower range offences probably would not be prosecuted. It would be too difficult. I think in reality, in the interest of the army, we need to discipline the soldiers to ensure that they are not above the law wherever they go. That is probably the important point: ensuring that soldiers are not above the law. If you remove military jurisdiction, you remove a flexible tool which has existed for those countries who deploy their forces in wide-ranging series of operations. Certainly, if you never employ your forces overseas you probably don't need it but the moment you start moving from country to country as we do, what fills the vacuum?

Thank you very much.

“Delitos militares, delitos de derecho común y jurisdicción military”

Rodolfo MATTAROLLO

*Jefe de Gabinete, Secretaría de Derechos Humanos
Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, Argentina*

Lo que sigue se propone ser un breve recordatorio de una experiencia que tal vez sirva para situar el problema de la administración de justicia por los tribunales militares y los derechos humanos en la región latinoamericana, o al menos en la subregión del Cono Sur, como marco de una reflexión más general sobre este tema. Esta reflexión debería encararse en términos de las distintas alternativas que ya se empezaron a discutir esta mañana: si es deseable conservar los tribunales militares o si es preciso suprimirlos o, en lo que constituiría una tercera opción, si se debería más bien tratar de integrar la administración de justicia por los tribunales militares en los principios fundamentales del Estado de derecho y el debido proceso legal - el juicio justo y las garantías judiciales mínimas - establecidos por todas las constituciones y el derecho internacional de los derechos humanos.

Sin sacar conclusiones apresuradas, la experiencia de la subregión nos indica que además de discutir sobre este tema en términos estrictamente jurídicos, deberíamos enmarcarlo en una serie de consideraciones metajurídicas. Estas consideraciones están relacionadas con la doctrina de defensa nacional que se adopte, con el tipo de formación y de educación que se imparta a las fuerzas armadas y con las relaciones de las fuerzas armadas con el resto del Estado y con la sociedad civil. Creo que ese es el marco indispensable para encarar este tema en sociedades en transición desde dictaduras militares o regímenes autoritarios hacia el Estado de derecho y una democracia estable.

Para referirse a esta experiencia, recordemos que durante la dictadura militar de 1976 a 1983, se amplió en la Argentina la competencia de los tribunales militares para el juzgamiento de civiles. Ya antes de la fecha del golpe de estado de Jorge Rafael Videla (24 de marzo de 1976), se había realizado un operativo militar contrainsurgente en el norte del país y el presidente había firmado un decreto en el cual se establecía el “aniquilamiento” de la guerrilla. Esto fue examinado ante la Cámara Federal que juzgó a los nueve ex- comandantes militares de las tres primeras juntas militares. Se trataba de establecer el sentido que tiene, en términos de operaciones militares, la palabra “aniquilamiento”.

Cuando se produce el golpe de estado, se estableció el juzgamiento de civiles por consejos de guerra que podían llegar a aplicar la pena de muerte. Sin embargo, de hecho funcionó un sistema que fue considerado de “paralelismo global” entre esta sistemática jurídica e institucional del estado de excepción dictatorial -que importó entre otras cosas, la disolución de los partidos políticos, del Congreso de la Nación, de la Corte Suprema de Justicia, el establecimiento de tribunales militares, etc.- y, al mismo tiempo, un aparato clandestino de represión de tipo enteramente ilegal.

Este aparato fue el resultado de un plan centralizado y una ejecución descentralizada que llevó al secuestro y a la desaparición de miles de personas, la mayoría de las cuales fueron asesinadas, ya que sólo un número mínimo recuperó la libertad. Este sistema de paralelismo global es el que conduce a un profundo deterioro del Estado que probablemente no tiene igual en otros países de la región, en la medida en que tuvo un carácter sistemático y global con un resultado de un número de desapariciones forzadas y

otros actos aberrantes como el robo de niños que es difícil de dimensionar aún hoy, y se combinó con altos grados de corrupción y degeneración institucional.

En un reportaje reciente, tres generales explicaron a una periodista francesa que esta doctrina, que preconizaba el empleo clandestino de métodos de represión ilegal, fue fruto de la formación recibida de lo que uno de ellos llamó la “escuela francesa” como resultado de las guerras coloniales, métodos que fueron perfeccionados por los militares locales.

Es sabido que cuando se restablece la democracia, se resolvió aplicar una política de derechos humanos que consistía en una búsqueda de la verdad, de la justicia, y más tarde de la reparación. Esta política se concretó primero en una investigación de la verdad a través de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP) y la realización de un proceso que debía tramitar en principio ante el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas. Más tarde se plantearía una política de reparación.

Ahora bien, el Consejo Supremo de las Fuerzas se pronunció en septiembre de 1984 y sostuvo que las órdenes impartidas eran lícitas y que no había ninguna conducta que pudiera reprocharse a los generales que habían usurpado el poder desde 1976 a 1983.

Una reforma del procedimiento penal había autorizado a un tribunal civil, la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Ciudad de Buenos Aires, a entender en la causa en el caso de que hubiera una denegación de justicia o una demora injustificada en el proceso. Esto fue lo que hizo la Cámara Federal, y de esa manera posibilitó la realización de un juicio que tuvo una gran importancia histórica y que no reconoce muchos precedentes en la región y en el mundo.

En efecto, cuando la Cámara Federal de Buenos Aires inicia este proceso, los juicios más notorios que se habían instruido y podían considerarse un precedente, eran los de Nuremberg y Tokio, al término de la Segunda Guerra Mundial, o los procesos en Grecia a la caída de los coroneles en 1974. Ahora bien, los dos primeros eran consecuencia en lo fundamental de los hechos de la Segunda Guerra Mundial y no juicios por violación de los derechos humanos. Por otra parte la acusación autónoma por crímenes de lesa humanidad en Nuremberg estuvo bastante restringida. Además, en Francia, por ejemplo, después de la guerra, los procesos de Pétain y de Laval fueron instruidos por traición y no por violación de los derechos humanos. Incluso en la Grecia de los coroneles, el Presidente fue enjuiciado por el golpe de estado y no por la violación de los derechos humanos. Por esto, el juicio de Buenos Aires no tenía muchos precedentes y ninguno, sin duda, en la región.

No haré la crónica de lo que siguió luego -el retroceso que significaron las leyes de amnistía y los indultos y el acontecimiento positivo y fundamental en la lucha contra la impunidad representado por la reciente anulación de esas leyes, que ha permitido reabrir una cantidad de juicios de gran importancia. Pero propondré sacar la conclusión de que este Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas, en 1984, mostró los límites insalvables de una jurisdicción militar inserta en la doctrina antidemocrática de la seguridad nacional, una concepción profundamente reñida con el estado de derecho y el respeto de los derechos y libertades fundamentales.

Esa concepción antidemocrática se transparentó también en la estrategia defensiva de los abogados civiles que patrocinaron a los generales en el proceso, lo que también muestra, entre otras cosas, el desafío que supone la construcción del Estado de derecho en la sociedad civil. Allí donde durante largos años se ha suspendido las instituciones

democráticas, se ha vivido en situaciones de excepción o en dictaduras militares, muchas veces se ha perdido el sentido de valores fundamentales, una de las cuales es la justicia independiente, objetiva e imparcial y el respeto de las garantías judiciales para todos, los presuntos autores y las víctimas de los delitos.

Un país en el cual se cuestionó el funcionamiento de la justicia militar ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas fue el Uruguay, donde la actuación abusiva de esos tribunales para juzgar a civiles durante la dictadura fue tal vez aún más evidente. No debe olvidarse que la junta militar argentina utilizó limitadamente el sistema “legal” de represión que ella misma estructuró y se valió fundamentalmente de un sistema enteramente ilegal a través de las desapariciones forzadas.

Habría que contraponer el papel de los tribunales militares en países que vienen de una larga tradición democrática, donde esos tribunales están insertos en el estado de derecho y situaciones como las que he mencionado, que están en las antípodas de las que se han venido presentando en nuestros debates. De lo contrario, el diálogo es muy difícil. Por eso parece necesario introducir aquí la referencia a consideraciones metajurídicas de carácter político y de ética pública, que adquieren una importancia fundamental.

El Presidente Nestor Kirchner, ha invitado a un conjunto de universitarios, académicos, militares y funcionarios, a reflexionar sobre una agenda democrática para la defensa nacional con la finalidad de reformular una doctrina de defensa nacional en democracia, lo que supone, entre otros temas, la discusión sobre ética militar y derechos humanos.

La conclusión que sugiero no giraría tanto en torno a establecer si se debería conservar los tribunales militares o suprimirlos, sino más bien propondría como eje de análisis el de discutir el papel de las fuerzas armadas y la defensa nacional en la democracia en los países en transición, como un paso previo al análisis del tema específico.

Session: Trial of military and police personnel for grave violations of human rights by military tribunals

“Juzgamiento de militares y policías, por graves violaciones a los derechos humanos, por tribunales militares: la jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”

Ariel DULITZKY
Especialista Principal
Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Esta ponencia se concentrará en la jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH o Comisión) con relación al juzgamiento de militares por violaciones graves a los derechos humanos. Comenzaré con algunos ejemplos de las circunstancias fácticas en las que la Comisión ha considerado que los tribunales militares no constituyen la jurisdicción competente para juzgar a militares por violación a los derechos humanos. Ello permitirá comprender las realidades prácticas con las que se enfrentó el sistema interamericano de derechos humanos al momento de decidir sobre la incompatibilidad del fuero militar como ámbito adecuado para la investigación y juzgamiento de graves violaciones a los derechos humanos con las obligaciones interamericanas.

La Comisión ha sostenido que los tribunales militares no pueden tener competencia en un caso donde ha habido una ejecución extrajudicial de un civil desarmado en una acción coordinada entre miembros del Ejército y paramilitares y luego han habido actos de encubrimiento por parte de las fuerzas armadas sobre esa ejecución extrajudicial.²⁰ La Comisión también ha dicho que no puede haber jurisdicción militar en un caso donde se investiga la desaparición forzada de una persona,²¹ en casos donde se juzgan ataques indiscriminados contra civiles desarmados,²² en el de la detención de una persona desarmada y su posterior ejecución con un tiro de gracia frente a testigos.²³ También ha dicho la CIDH que no puede haber competencia de los tribunales militares en el caso de una detención y posterior violación de tres mujeres indígenas por cinco soldados dentro de un retén militar.²⁴ Ha dicho que no puede atribuirse competencia al fuero castrense en el caso de una persona que ha sido torturada y luego ejecutada por miembros de las fuerzas armadas.²⁵ Tampoco, a criterio de la CIDH puede asignarse competencia a los tribunales militares para investigar a militares acusados de detener a dos civiles, torturarlos, ejecutarlos y posteriormente, rociarlos con gasolina y prenderles fuego.²⁶ Finalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la misma dirección que la Comisión, rechazó la utilización del fuero militar para investigar y juzgar a los militares que participaron en una operación de retoma del control de un centro penal donde estaban detenidas personas acusadas del delito de terrorismo y donde había habido una

²⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (C.I.D.H.), Informe N° 62/01, Caso 11.654, *Masacre de Riofrío*, Colombia, 6 de abril, 2001, párrafo 72.

²¹ C.I.D.H., Informe N° 07/00, Caso 10.337, *Ampara Tordecilla Trujillo*, Colombia, 24 de febrero, 2000, párrafo 54.

²² C.I.D.H., Informe N° 61/99, Caso 11.519, *José Alexis Fuentes Guerrero y Otros*, Colombia, 13 de Abril, 1999, párrafo 48.

²³ C.I.D.H., Informe N° 42/02, Petición 11.995, *Mariela Morales, Caro y Otros (Masacre de “La Rochela”)*, Colombia, 9 de octubre, 2002.

²⁴ C.I.D.H., Informe N° 53/01, Caso 11.565, *Ana, Beatriz, y Celia Gonzalez Pérez*, Mexico, 4 de abril, 2001.

²⁵ C.I.D.H., Resolución N° 18/89, Caso 10.116, *J.E. Macclean*, Surinam, 27 de septiembre, 1989.

²⁶ C.I.D.H., Resolución N° 01/88, Caso 9755, Chile, 12 de septiembre, 1988.

rebelión. A fin de controlar el motín, las fuerzas armadas bombardearon el centro de detención donde murieron, al menos, cien personas. Quince años después todavía no se sabe ni siquiera el número exacto o identidad o paradero de la totalidad de las personas muertas.²⁷

Este rápido recuento del tipo de casos y particularmente de la gravedad de las violaciones a los derechos humanos denunciados, en los que se había asignado competencia a los tribunales militares, permite entender mejor la posición estricta y restrictiva que la CIDH ha adoptado con relación a la jurisdicción militar.

¿Por qué la Comisión considera que, en supuestos como los reseñados, los tribunales militares no constituyen ni el tribunal competente, independiente e imparcial, ni el recurso sencillo, rápido, efectivo, requeridos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos?²⁸

En primer lugar, la Comisión entiende que la competencia de los tribunales militares es de interpretación restrictiva.²⁹ Debe ser restrictiva debido a que constituye una excepción³⁰ al principio general y básico del juez natural, es decir aquel juez está establecido previamente por la ley y que, a criterio de la Comisión, debe integrar el poder judicial.³¹ Este carácter excepcional de la jurisdicción militar también fue ratificado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.³² La Comisión ha dicho que dado el carácter excepcional y, por ende, restrictivo de la jurisdicción militar, en caso de duda, debe preferirse la justicia común.³³ Corolario indispensable del carácter excepcional, es que el alcance de la competencia militar debe ser interpretado en sentido estricto.³⁴

²⁷ Corte, I.D.H. *Caso Durand y Ugarte, Sentencia del 16 de agosto de 2000*, Serie C, N° 68, párrafo 118.

²⁸ *Convención Americana Sobre Derechos Humanos*, Artículo 8. Garantías Judiciales:

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Artículo 25. Protección Judicial:

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
2. Los Estados partes se comprometen:
 - a. a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
 - b. a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
 - c. a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

²⁹ C.I.D.H., Caso 11.654, *Masacre de Riofrio*, nota 1 *supra*, párrafos 70-71.

³⁰ C.I.D.H., *Segundo Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú* (2000), OEA/Ser.L/V/II. 106. Doc. 59, rev., 2 de Junio, 2000, Capítulo II. *Tercer Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia* (1999), OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 9 rev. 1, 26 de febrero del 1999, Capítulo V, párrafos 30.

³¹ C.I.D.H., *Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos en Brasil* (1997), OEA/Ser.L/V/II.97, Doc. 29, rev. 1, 29 de septiembre, 1997, Capítulo III.

³² Corte I.D.H., *Caso Durand y Ugarte*, nota 8 *supra* párrafos 111-130. Corte I.D.H., *Caso Castillo Petruzzi, Sentencia de 30 de Mayo de 1999*. Serie C. No. 52, párrafos 123-134.

³³ C.I.D.H., *Tercer Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia* (1999), nota 11 *supra*, Capítulo V, párrafo 30.

³⁴ C.I.D.H., *Segundo Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú* (2000), nota 11 *supra*, Capítulo II, Secciones D-H. *Tercer Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia* (1999), nota 11 *supra*,

Dado el carácter restrictivo y excepcional de la competencia militar, la Comisión ha sostenido que su jurisdicción debe limitarse a la investigación, juzgamiento y sanción de los delitos de función,³⁵ es decir aquellas infracciones que atentan contra la disciplina militar.³⁶ La CIDH ha agregado que la competencia de la justicia militar requiere un claro vínculo entre el accionar cuestionado y la función militar.³⁷ Ha dicho que ese claro vínculo jamás puede existir en el supuesto de graves violaciones a los derechos humanos.³⁸

Sin embargo, la realidad a que se ha visto enfrentada la Comisión frente a este carácter restrictivo de lo que debiera ser la competencia militar es por el contrario su carácter expansivo,³⁹ particularmente en los contextos de dictaduras militares o en Estados donde existen graves y/o masivas violaciones a los derechos humanos.⁴⁰ Ha llegado a tal punto la expansión de la competencia militar en algunos países que la Comisión la calificó en una ocasión de inversión de la jurisdicción, ya que la jurisdicción militar era la regla y la jurisdicción civil era la excepción.⁴¹ Delitos tales como el crimen organizado o la asociación ilícita eran materias atribuidas a la jurisdicción militar.⁴² En dicho caso llegó a tal nivel la expansión de la justicia militar que se estableció un “*habeas corpus* militar” para proteger la libertad individual en el caso de personas privadas de su libertad por la jurisdicción militar.⁴³ El *habeas corpus* de la jurisdicción común prácticamente no funcionaba en la realidad, ya que estaba suspendido para la mayor parte de las causas.⁴⁴

Cual es la respuesta que la Comisión Interamericana ha entendido debe darse frente a violaciones a los derechos humanos?

El sistema interamericano ha sostenido que existe una obligación fundamental de garantizar los derechos humanos.⁴⁵ Este deber de garantía por parte de los Estados incluye la obligación de prevenir en primer lugar violaciones a los derechos humanos.⁴⁶ El deber de prevención exige estructurar todo el aparato estatal a fin de evitar la

Capítulo V, Sección E. *Informe Sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/VII.116, Doc. 5 rev., 22 de octubre, 2002, párrafo 232.

³⁵ C.I.D.H., *Informe Sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, nota 15 *supra*, párrafo 231. *Tercer Informe de la CIDH sobre Colombia (1999)*, nota 11 *supra*, Capítulo V, párr. 27-32. *Segundo Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú (2000)*, nota 11 *supra*, párrafos 212-214.

³⁶ Véase, análogamente, Corte IDH, *Caso Durand y Ugarte*, nota 8, párr. 117 (donde se indica que en un Estado democrático la jurisdicción 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.”) Corte IDH, *Caso Las Palmeras*, *Sentencia del 6 de diciembre de 2001*, Serie C N° 90, párrafos. 51-53.

³⁷ C.I.D.H., Caso 11.654, *Riofrío Masacre*, nota 1 *supra*, párrafo 71.

³⁸ C.I.D.H., *Informe Sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, nota 15 *supra*, párrafo 231.

³⁹ Algunos ejemplos del carácter expansivo es la atribución de competencia del fuero castrense para juzgar delitos tipificados en el Código Penal cuando el acusado es un militar, C.I.D.H., *Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos en Brasil (1997)*, nota 12 *supra*, Capítulo III, párrafo 66, o para juzgar delitos comunes cuando el agraviado y el inculcado son militares, *Segundo Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú (2000)*, nota 11 *supra*, Capítulo II, párrafo 117.

⁴⁰ C.I.D.H., *Segundo Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú (2000)*, nota 11 *supra*, Capítulo II, párrafos 150-204. *Tercer Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia, (1999)*, nota 11 *supra*, Capítulo V, párrafo 50.

⁴¹ C.I.D.H., *Segundo Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú (2000)*, nota 11 *supra*, Capítulo II, párrafo 236.

⁴² *Id.*, párrafo 159.

⁴³ *Id.*, párrafo 199.

⁴⁴ *Id.*, párrafos 62 y 203.

⁴⁵ Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez*, *Sentencia de 29 de julio de 1988*, Serie C No. 4, párrafos 166-172.

⁴⁶ *Id.*, párrafo 172.

ocurrencia de violaciones,⁴⁷ así como el entrenamiento a las fuerzas de seguridad para que no violen los derechos humanos.⁴⁸ Adicionalmente, el deber de prevención requiere un ordenamiento normativo que establezca que violaciones a los derechos humanos son delitos sancionables por la justicia común.⁴⁹

Paralelamente, al ocurrir una violación a los derechos humanos, debe iniciarse de inmediato una investigación.⁵⁰ Dicha investigación debe ser iniciada de oficio.⁵¹ Esta investigación además de ser seria y no ser una simple formalidad,⁵² debe ser imparcial e independiente.⁵³ La Comisión ha extendido los requisitos de imparcialidad e independencia establecidos para los tribunales a las etapas previas de la investigación criminal, es decir que el Ministerio Público, encargado de la investigación criminal, debe también ser independiente e imparcial. La CIDH concibe que las garantías de independencia e imparcialidad implican que si una investigación se inicia en la esfera militar, por ejemplo dentro de la Procuraduría de Justicia Militar, una auditoría militar, esa sola intervención constituye *per se* una violación a las garantías del debido proceso y acceso a un recurso efectivo de las víctimas de violaciones a los derechos humanos.⁵⁴ Aún cuando el juzgamiento posterior se realice en la jurisdicción civil, la sola circunstancia que la investigación preliminar haya sido conducida en la esfera militar, constituye una violación a los derechos humanos.⁵⁵ Ello puesto que en la práctica el hecho que las primeras etapas de la investigación realizadas por la justicia militar, por lo general han conducido a la impunidad de graves violaciones a los derechos humanos.⁵⁶

Dentro de este deber de garantía al que nos venimos refiriendo, debe haber un juzgamiento y sanción a todos los responsables de violaciones a los derechos humanos.⁵⁷ Este deber de juzgar y sancionar a los responsables de violaciones a los derechos humanos, debe ser realizado fundamentalmente desde la perspectiva de un tribunal que sea independiente e imparcial.⁵⁸ Las garantías del debido proceso se extienden tanto a las personas acusadas de delitos como a favor de las víctimas de violaciones a sus derechos o sus familiares.⁵⁹ La Comisión, en su jurisprudencia, ha entendido que los tribunales

⁴⁷ *Id.*, párrafo 166.

⁴⁸ C.I.D.H., *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1997*, OEA/Ser.L/V/II.98 Doc. 6 rev., 13 de abril 1998, Capítulo IV, Parte II “Programa de derechos humanos en las fuerzas armadas y de seguridad,” página 946.

⁴⁹ Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez*, nota 27 *supra*, párrafo 175.

⁵⁰ *Id.*, párrafos 176-177.

⁵¹ *Id.* C.I.D.H., Caso 10.337, *Ampara Tordecilla Trujillo*, nota 2 *supra*, párrafo 48. Informe N° 52/97, Caso 11.218, *Arges Sequeira Mangas*, Nicaragua, 18 de febrero, 1998, párrafos 96-97.

⁵² Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez*, nota 27 *supra*, párrafo 177.

⁵³ C.I.D.H., Informe N° 10/95, Caso 10.580, *Manuel Stalin Bolaños Quiñonez*, Ecuador, 12 de septiembre, 1995, párrafos 46-48. Informe N° 55/97, Caso 11.137, *Juan Carlos Abella*, Argentina, 18 de noviembre, 2001, párrafo 412.

⁵⁴ C.I.D.H., Caso 10.580, *Manuel Stalin Bolaños Quiñonez*, nota 35 *supra*, párrafo 48. *Segundo Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú* (2000), nota 11 *supra*, Capítulo II, párrafos 209-211. Caso 11.565, *Ana, Beatriz, y Celia Gonzalez Pérez*, nota 5 *supra*, párrafos 88 y 90.

⁵⁵ C.I.D.H., Informe N° 23/02, Caso 11.517, *Diniz Bento Silva*, Brasil, 28 de febrero, 2002, párrafo 39.

⁵⁶ C.I.D.H., *Segundo Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú* (2000), nota 11 *supra*, Capítulo II, párrafos 206-210, *Tercer Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia* (1999), nota 11 *supra*, Capítulo V, párrafos 14-19. C.I.D.H., *Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos en Brasil* (1997), nota 12 *supra*, párrafos 68-69. Caso 10.580, *Manuel Stalin Bolaños Quiñonez*, nota 35 *supra*, párrafo 48.

⁵⁷ Corte I.D.H., *Caso Myrna Mack Chang, Sentencia del 25 de noviembre*, 2003, Serie C. No 101, párrafo 156.

⁵⁸ C.I.D.H., *Convención Americana Sobre Derechos Humanos*, Artículo 8. *Informe Sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, nota 15 *supra*, párrafos 228-231.

⁵⁹ C.I.D.H., *Informe Anual 1995*, OEA/Ser.L/V/II.91 Doc. 7 rev., 28 de febrero, 1996, Informe 5/96, Caso 10.970, *Raquel Martín de Mejía*, Perú. Corte I.D.H.

militares, en la práctica, no reúnen los requisitos de independencia e imparcialidad.⁶⁰ El sistema interamericano ha analizado el concepto de independencia e imparcialidad desde varias perspectivas. Desde una perspectiva estructural, ha considerado elementos tales como cuál es la estructura jerárquica de la justicia militar, si integra el Poder Judicial, o si, por el contrario, se hallan en la órbita del Poder Ejecutivo y si dentro del Poder Ejecutivo, forman parte de las fuerzas militares.⁶¹ Lo que ha constatado la CIDH en la mayoría de los casos en América Latina, es que casi todos los fueros castrenses están dentro de la órbita del Poder Ejecutivo y dependen directamente del Presidente de la República o del Jefe del Estado Mayor de las Fuerzas Armadas.⁶² Para la Comisión, que un tribunal no integre el poder judicial, *per se*, constituye una violación a la garantía del tribunal independiente e imparcial.⁶³

Desde esta perspectiva estructural, la Comisión ha considerado, además, que los tribunales militares en la región carecen de la independencia necesaria porque están integrados, en su gran mayoría, por personas que no son abogados de carrera.⁶⁴ Finalmente, los llamados jueces militares no gozan de la suficiente estabilidad en su cargo, ya que pueden ser removidos a discreción, por lo general, de sus superiores jerárquicos.⁶⁵ Estructuralmente, la CIDH ha encontrado que, en muchos sistemas de justicia militar en la región, hay una dependencia jerárquica que impide que los jueces puedan actuar con la independencia y la imparcialidad necesarias.⁶⁶ Muchas veces, quienes actúan como jueces tienen que estar juzgando a quienes son los responsables de evaluar su actuación⁶⁷ y determinar sus ascensos dentro de la carrera militar.⁶⁸ Muchas veces, quienes tienen que juzgar son subordinados de quien ha dado la orden para la comisión de hechos violatorios de los derechos humanos.⁶⁹ Muchas veces, quienes tienen que juzgar a sus superiores, han recibido órdenes de dichos superiores de que no pueden sancionarlos.⁷⁰ Con ese grado de dependencia y parcialidad no es posible que el juzgamiento por los tribunales militares sea conforme a los estándares internacionales.⁷¹

En la práctica, la Comisión también ha podido observar que los tribunales militares carecen de la independencia y la imparcialidad necesaria por un malentendido “espíritu

⁶⁰ C.I.D.H., *Informe Sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, nota 15 *supra*, párrafo 231. *Tercer Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia* (1999), nota 11 *supra*, Capítulo V, párrafos 20-26. *Segundo Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú* (2000), nota 11 *supra*, Capítulo II, párrafos 206-211. *Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos en Brasil* (1997), nota 12 *supra*, párrafos 68-90.

⁶¹ *Id.*

⁶² C.I.D.H., *Segundo Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú* (2000), nota 11 *supra*, párrafos 170-173. *Tercer Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia* (1999), nota 11 *supra*, Capítulo V, párrafo 25.

⁶³ C.I.D.H., *Tercer Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia* (1999), nota 11 *supra*, Capítulo V.

⁶⁴ C.I.D.H., *Segundo Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú* (2000), nota 11 *supra*, párrafos 211. *Tercer Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia* (1999), nota 11 *supra*, Capítulo V, párrafos 20-21.

⁶⁵ C.I.D.H., *Tercer Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia* (1999), nota 11 *supra*, Capítulo V, párrafos 23-26.

⁶⁶ *Id.*

⁶⁷ *Id.*, párrafo 26.

⁶⁸ *Id.*

⁶⁹ *Id.*, párrafo 25.

⁷⁰ *Id.*

⁷¹ C.I.D.H., Caso 11.519, *Jose Alexis Fuentes Guerrero y Otros*, nota 3 *supra*, párrafo 47.

de cuerpo".⁷² La Comisión ha sido muy crítica en este malentendido "espíritu de cuerpo", al que ha descrito como el sentimiento de las personas que están sirviendo como jueces militares de proteger a sus compañeros de arma.⁷³ La Comisión de todas maneras ha hallado comprensible esta situación ya que, en las fuerzas armadas y de seguridad, los compañeros de armas tienen que enfrentarse a situaciones sumamente difíciles, complejas y peligrosas, donde deben enfrentar y proteger el derecho a la vida de cada uno de sus compañeros en un campo de batalla.⁷⁴ La CIDH entiende que ello genera una unidad de cuerpo necesaria, que impide a compañeros de armas desempeñarse como jueces independientes e imparciales.⁷⁵

¿Por qué la Comisión ha sido tan estricta y ha considerado que los tribunales militares no pueden juzgar militares por violaciones graves a derechos humanos? Fuera del problema de la falta de independencia e imparcialidad reseñado, o precisamente debido a ello, la Comisión ha entendido que los tribunales militares en la región han sido fundamentalmente un instrumento para asegurar la impunidad.⁷⁶ Muchas veces la Comisión ha encontrado que los tribunales militares frente a graves violaciones a los derechos humanos, han aplicado sanciones, pero por infracciones mínimas como incumplimiento de las órdenes o incumplimiento de los deberes de un funcionario público, pero no por la responsabilidad en una masacre, una tortura, o una desaparición forzada.⁷⁷

La CIDH también ha encontrado que los tribunales militares carecen de la eficacia necesaria para investigar violaciones a los derechos humanos.⁷⁸ Una de las consecuencias fundamentales en términos procesales es que, como cualquier organismo internacional de derechos humanos, para poder intervenir en una denuncia de un caso de violación a los derechos humanos, la persona que presenta la denuncia deber haber agotado los recursos de la jurisdicción interna. La Comisión ha considerado que si en un caso de violaciones a derechos humanos la investigación está siendo llevada a cabo por tribunales militares, no hay que aguardar el agotamiento de los recursos internos y se puede acudir directamente al sistema interamericano ya que los tribunales militares no son un recurso eficaz e idóneo para reparar violaciones a derechos humanos.⁷⁹

De todas maneras, existen fundadas razones para la existencia e intervención de los tribunales militares. La Comisión nunca ha sostenido que los tribunales militares no tengan razón de ser. A criterio de la Comisión, el propósito fundamental de la justicia militar debe ser para mantener el orden y la disciplina y sancionar delitos militares cometidos por la comunidad internacional.⁸⁰ Y ha dicho que deben ser delitos realmente

⁷² C.I.D.H., *Tercer Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia* (1999), nota 11 *supra*, Capítulo V, párrafos 25-26. *Segundo Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú* (2000), nota 11 *supra*, párrafo 211.

⁷³ *Id.*

⁷⁴ *Id.*

⁷⁵ *Id.*

⁷⁶ C.I.D.H., *Segundo Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú* (2000), nota 11 *supra*, párrafos 205-230. *Tercer Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia* (1999), nota 11 *supra*, Capítulo V, párrafos 14-19. C.I.D.H., *Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos en Brasil* (1997), nota 12 *supra*, párrafos 68-90.

⁷⁷ *Id.*

⁷⁸ C.I.D.H., Caso 11.565, *Ana, Beatriz, y Celia Gonzalez Perez*, nota 5 *supra*, párrafos 88 y 90.

⁷⁹ C.I.D.H., Informe N° Petición 136/03, *Eduardo Nicolas Cruz Sánchez y Otros*, Perú, 27 de febrero, 2004, párrafos 59-62. Informe N° 41/02, Petición 11.478, *José del Carmen Alvarez Blanco y Otros (Pueblo Bello)*, Colombia, 9 de octubre, 2002, párrafos 24 y 27.

⁸⁰ C.I.D.H., *Informe Sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, nota 16 *supra*, párrafos 231- 232.

relacionados con el servicio ya que, a criterio de la Comisión, la jurisdicción militar es una jurisdicción funcional.⁸¹ En segundo lugar, también la CIDH ha entendido que, durante conflictos armados, pueden existir tribunales militares para juzgar a combatientes tanto privilegiados como no privilegiados siempre que se garanticen los requisitos mínimos del debido proceso y ha hecho referencia específica al artículo 84 del Tercer Convenio de Ginebra.⁸²

Muchas gracias.

⁸¹ *Id.* C.I.D.H., *Tercer Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia* (1999), nota 11 *supra*, Capítulo V, párrafos 27-31.

⁸² C.I.D.H., *Informe Sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, nota 16 *supra*, párrafos 231- 232.

“Los tribunales militares frente a las graves violaciones de derechos humanos cometidas por militares. Obstáculos opuestos a su efectividad”

*Dr. Prudencio García*⁸³

1. Extrema dificultad para el enjuiciamiento y castigo, por tribunales militares, de jefes y oficiales acusados de graves violaciones de derechos humanos⁸⁴

Nuestra larga experiencia de investigación en el campo de la Sociología Militar, particularmente en los Ejércitos de América Latina (tanto en nuestros trabajos en el ámbito de la ONU como fuera de ella, tanto en Centroamérica como en el Cono Sur), nos muestra la siguiente realidad: El enjuiciamiento de jefes militares por graves violaciones de derechos humanos, a través de tribunales militares, presenta grandes dificultades en la práctica, hasta el extremo de que la justicia militar resulta prácticamente inoperante frente a este tipo de delitos cometidos por los mandos profesionales de los ejércitos.

Las razones de esta negativa realidad son serias y preocupantes, pero, al mismo tiempo, muy claras desde la perspectiva sociológico-militar. Los militares acusados de graves violaciones de derechos humanos, en no pocos países y ejércitos, encuentran fácilmente, dentro del ámbito judicial militar, unas vías de escape sumamente efectivas, que garantizan en gran medida su impunidad. Entre ellas, cabe señalar principalmente las siguientes:

1.1. Aquellos que obedecieron las órdenes criminales alegan la ‘obediencia debida’ a sus superiores, concepto que (tanto ellos como sus posibles jueces militares) tienen incrustado en su moral por la formación que recibieron. Resulta inimaginable que unos militares que cometieron graves excesos obedeciendo a sus jefes lleguen a ser condenados por otros militares (jueces, en este caso) que, al igual que sus compañeros juzgados, tienen metido en sus entrañas el viejo concepto de obediencia debida y su inseparable ‘eximente’ del mismo nombre. Figura jurídica obsoleta y ya superada por la moderna sociología y por la moral militar occidental, pero que se mantiene vigente en numerosos ejércitos, garantizando la impunidad de sus miembros por muy graves que sean los crímenes cometidos obedeciendo órdenes superiores.

1.2. Aquéllos que ocuparon los más altos puestos de la pirámide jerárquica niegan su responsabilidad, utilizando en su descargo uno de estos dos argumentos, muy diferentes entre sí pero ambos eficaces, según los casos y circunstancias específicas de cada situación:

a) Alegación de que las graves violaciones de derechos humanos fueron cometidas por sus subordinados actuando fuera de su control, puesto que ellos *‘nunca ordenaron’* tales acciones. Como ejemplo paradigmático tenemos el caso Pinochet: *“Yo nunca mandé*

⁸³ Coronel retirado (Ejército Español). Consultor internacional de la ONU y otros Organismos. Investigador del Instituto Ciencia y Sociedad (Madrid).

⁸⁴ Si los autores de las violaciones de derechos humanos (a las que se refiere el título) fueran civiles, en tal caso deberían ser juzgados por tribunales civiles, no militares. La posibilidad de que criminales civiles, incluso autores de graves violaciones de derechos humanos, sean juzgados por tribunales militares es una anomalía que debe ser evitada en una sociedad democrática, pues debe ser la justicia civil la que se ocupe de ese tipo de crímenes. Incluso si los criminales son militares, también deben ser juzgados por la justicia civil si sus delitos consisten en gravísimas violaciones contra víctimas civiles. Nos referimos aquí por tanto, específicamente, a las grandes violaciones contra los DDHH cometidas por militares, en la hipótesis de que se pretenda juzgar a sus autores a través de tribunales igualmente militares.

matar ni torturar. Mis subordinados lo hicieron actuando fuera de mi control", dijo en Londres y repitió en Santiago, ante la respectiva justicia británica y chilena.

b) Alegación de que ellos sí ordenaron los procedimientos delictivos utilizados, pero que lo hicieron por una insoslayable exigencia patriótica. Como ejemplo igualmente notable tenemos el caso del general argentino J.R. Videla: *"Era la única forma posible de salvar a la Patria de la subversión y de defender eficazmente a la civilización cristiana y occidental"*, repitió antes y después de su condena (por la justicia civil, pues nunca fue condenado por la militar).

Como prueba de la gran efectividad de este tipo de argumentos ante un tribunal militar del mismo ejército que ha cometido los crímenes, recordemos que en la Argentina el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas, instado a juzgar a los Comandantes de las tres primeras Juntas, se negó a ello, alegando, en su famoso dictamen, que fue *'correcto lo actuado'* durante la terrible represión de la dictadura, lo que finalmente abocó el caso a la Cámara Federal (justicia civil), que fue la que finalmente juzgó y dictó las sentencias de diciembre de 1985.

1.3. El abusivo corporativismo produce un 'espíritu de cuerpo' éticamente degradado, convertido en impunidad estamental. Ello constituye un poderosísimo factor que predispone rotundamente a los tribunales militares a favor de aquellos de sus colegas cuya ideología comparten, haciendo prácticamente imposible su condena. Los conceptos básicos de la vieja Doctrina de Seguridad Nacional (enemigo interior, necesidad de la tortura como método de información, justificación de la eliminación física de adversarios políticos incluso no violentos, etc.), esta serie de viejos conceptos 'seguritistas' asimilados e intensamente compartidos por los mismos jueces militares, hacen que los vínculos de un intenso espíritu corporativista (común a jueces y acusados) prevalezcan, favoreciendo en grado máximo la impunidad. Además, esos jueces ven favorecido su propósito por unos Códigos de Justicia Militar que todavía mantienen la figura de 'obediencia debida', magnífica coartada jurídica para dictar sentencias absolutorias.

¿Qué puede hacerse frente a estas fuertes barreras, todavía subsistentes, que hacen prácticamente imposible que los tribunales militares puedan juzgar y condenar las peores violaciones de derechos humanos cometidas por sus propios ejércitos? Entre otros requisitos, resultan necesarios los siguientes:

2. Necesidad de unos Códigos Militares de adecuada modernidad, superadores de los viejos conceptos que hacen imposible una verdadera Justicia Militar

Para empezar, resulta imprescindible modernizar adecuadamente los Códigos Militares. No existe posibilidad alguna de que los tribunales militares tengan una mínima eficacia en materia de derechos humanos mientras no se modifiquen los Códigos de aquellos Ejércitos que todavía tienen deficientemente regulada la disciplina, haciendo imposible la desobediencia legítima ante la orden criminal. Aunque no será fácil y se tardará en conseguirlo, hay que trabajar en cada país hasta conseguir unos Códigos Militares que incluyan dos normas fundamentales:

a) Establecer la responsabilidad penal ineludible del subordinado que obedezca órdenes criminales. Supresión del obsoleto y desastroso concepto de 'obediencia debida', imponiendo la obligación de obediencia estricta sólo a las órdenes legales, y no a las situadas fuera de la ley (como ya sucede, de hecho, en los Ejércitos más avanzados del mundo). El cumplimiento de órdenes criminales acarreará la culpabilidad del subordinado, que será responsable de los crímenes que haya cometido obedeciendo a su superior (sin perjuicio de la responsabilidad criminal de éste).

Hay que recordar que los códigos militares occidentales (británico, alemán, estadounidense, francés, español, italiano, etc.), rechazan la obediencia a las órdenes

criminales, habiendo proscrito por obsoleto y moralmente rechazable el viejo concepto de la 'obediencia debida', manteniendo así la línea jurídica y moral que empezó a establecerse a partir de la Segunda Guerra Mundial.

b) Establecer la responsabilidad penal, igualmente ineludible, del jefe cuyos subordinados cometen graves violaciones de derechos humanos, rechazando el argumento de toda autoridad militar que afirme que los excesos de sus subordinados se produjeron fuera de su conocimiento y control. Argumento despreciable, que descalifica a un jefe militar, ya que todo superior está obligado a ejercer el control efectivo sobre la actuación de sus subordinados. Y en aquellos casos posibles en que, en su ausencia o sin su conocimiento, se cometieran acciones criminales, el jefe está insoslayablemente obligado a posteriori a tomar, de forma inmediata y fulminante, las necesarias medidas punitivas contra aquellos que las perpetraron, arrestándolos y poniéndolos en manos de la justicia. De no hacerlo así asume la responsabilidad por todos aquellos crímenes que estaba obligado a evitar y no evitó, y por aquellos, ya cometidos, que tuvo que denunciar y castigar, y no denunció ni castigó.

Hay que recordar igualmente que esta viciosa conducta, militarmente intolerable en cualquier mando, aparece actualmente definida y tipificada como delito en los principales instrumentos del Derecho Humanitario Internacional. En efecto, tal como señala el profesor Hernando Valencia Villa, *"el actual derecho de gentes impone al jefe militar la obligación positiva de impedir, denunciar, investigar y sancionar las acciones u omisiones de carácter criminal que sean imputables a sus subordinados, so pena de incurrir él mismo en responsabilidad criminal internacional."* (Es la llamada 'doctrina Yamashita', nombre tomado del general japonés condenado a muerte y ejecutado en 1945 por no impedir las atrocidades cometidas por sus tropas con los prisioneros y la población civil durante la ocupación de las islas Filipinas en la Segunda Guerra Mundial por el ejército imperial japonés). Hoy este importante concepto aparece en los Protocolos Adicionales (1977) a los Convenios de Ginebra, y en los estatutos del Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia (1993), así como en el estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional (1998).

3. Considerable inercia opuesta al logro de unos Códigos Militares modernos, en los ejércitos que más los necesitan por su reciente historial

Los hechos nos demuestran, una vez más, la increíble dificultad de conseguir unos Códigos Militares adecuados y debidamente modernizados. Como prueba de ello, podemos citar dos casos notablemente ilustrativos, uno en Centroamérica y otro en el Cono Sur. El primer ejemplo se refiere a Guatemala. Seis años después del Acuerdo de Paz de 1996, y cinco años después del informe de la Comisión de Esclarecimiento Histórico de la ONU, informe entregado al secretario general en 1999 (Comisión de la que este autor formó parte como Consultor Especial), el Código Militar de Guatemala sigue sin ser modificado. Su proyecto de modificación (contemplado en los Acuerdos de Paz) sigue paralizado, manteniéndose, por tanto –entre otras cosas– la vigencia de la obediencia debida, a pesar de que ello contradice a su propia Constitución, que rechaza la obediencia a las órdenes delictivas en su art. 156.

El segundo ejemplo se refiere a la Argentina. En 1999 se redactó un proyecto de revisión del Código de Justicia Militar argentino, que incluía, entre otros cambios necesarios, la modificación del art. 514, suprimiendo la obediencia debida. Cuatro años después, ese nuevo Código sigue sin ser legalmente asumido, y la obediencia debida permanece aún establecida en el viejo Código, vigente aún mientras no se reforme o se implante otro de nueva promulgación. Y todo ello a pesar de que la Ley de Obediencia

Debida de 1986 fue derogada por el Legislativo en 1998 y finalmente anulada por el mismo Parlamento en 2003. Aun así, la inmensa inercia que caracteriza a estos ejércitos sigue impidiendo ese cambio legal tan necesario, en un país como Argentina, donde la obediencia a las órdenes criminales tanto daño causó.

Nadie puede esperar que los tribunales militares puedan juzgar las graves violaciones de derechos humanos en unos ejércitos que mantienen un fuerte corporativismo tendente a la impunidad, con una doctrina que justifica muy graves delitos, y que, además, carecen de instrumentos legales tan necesarios como unos Códigos de Justicia Militar concordantes con la Moral Militar, con la Sociología Militar y con el Derecho Penal de nuestro tiempo.

La jurisdicción militar nunca podrá impartir justicia frente a las grandes violaciones de los derechos humanos si no existen unos códigos militares adecuados. Resulta ilusorio hablar de una posible justicia impartida por tribunales militares si los códigos vigentes en sus ejércitos siguen todavía aferrados a la obediencia debida (proporcionando así la impunidad de los subordinados que obedecieron las órdenes criminales) e ignorando la ya citada doctrina Yamashita (proporcionando así también la impunidad a los altos jefes que ordenaron o permitieron los grandes crímenes cometidos por sus subordinados).

4. Juicios a militares por la Justicia Civil (jurisdicción territorial ordinaria)

Ante la extraordinaria dificultad de lograr implantar estos requisitos en los Códigos militares, dadas las inmensas inercias que siguen haciendo imposibles tales cambios, y mientras los tribunales militares de tantos países sigan mostrando su incapacidad (tantas veces evidenciada) de castigar las grandes violaciones de derechos humanos cometidas por militares, especialmente los de alta graduación, resultará necesario seguir soslayando en todo lo posible la jurisdicción militar, encomendando sistemáticamente el juicio de los grandes crímenes de lesa humanidad (ya sean cometidos por civiles o por militares) a la justicia civil.

Objetivamente, el espectáculo de un Pinochet, o de un general Arellano ('caravana de la muerte'), o de un general Contreras (casos Letelier, Prats y otros), compareciendo ante un tribunal militar chileno y recibiendo unas adecuadas sentencias es algo sencillamente inimaginable. Ningún tribunal militar chileno sería capaz de condenarlos en proporción a la gravedad de sus crímenes. Igualmente, ningún tribunal militar argentino hubiera podido enfrentarse seriamente a los torturadores de la ESMA o del Primer Cuerpo. Ni un tribunal militar salvadoreño hubiera podido acusar y sentenciar a los asesinos de los jesuitas españoles de la UCA, ni a los jefes militares responsables de la masacre de campesinos indefensos en El Mozote. Ni jamás ningún tribunal militar guatemalteco hubiera sido capaz de condenar a los jefes militares imputados en el asesinato de monseñor Gerardi y de la antropóloga Myrna Mack. Sólo los jueces civiles tienen alguna posibilidad de conseguirlo, como ha podido comprobarse en todos los casos citados.

Obsérvese, en efecto, que todas las condenas (aunque pocas y algunas todavía no definitivas) dictadas contra militares imputados por muy graves violaciones de derechos humanos en juicios celebrados en Centroamérica (casos Gerardi y Mack en Guatemala, y caso jesuitas de la UCA, en El Salvador), así como otros casos juzgados en Chile y Argentina, podieron dictarse precisamente porque en tales países se consiguió soslayar a los tribunales militares, poniendo a los criminales en manos de la justicia civil. Ésta, aunque débil e imperfecta (e incluso directamente amenazada en casos como los de Guatemala), consiguió pese a todo algunas condenas que los tribunales militares locales nunca hubieran podido lograr, en ninguno de los países que acabamos de citar.

5. Juicios a militares por diversas formas de jurisdicción extraterritorial, en caso de inoperancia probada de la territorial, tanto civil como militar. Aplicación creciente del principio de Justicia Universal

Existen, por desgracia, situaciones en las que resulta imposible juzgar a los grandes criminales, ni a través de tribunales militares ni tampoco civiles, como sucedió en las situaciones bélicas que originaron grandes masacres en la antigua Yugoslavia (desde 1992) y Ruanda (1994). Ante esta imposibilidad de juzgar *in situ* a tales criminales por la jurisdicción territorial de sus propios países, y en previsión de futuros casos similares o de mayor gravedad, la comunidad internacional ha tenido que recurrir a órganos de justicia capaces de operar en una jurisdicción extraterritorial.

Así, en la última década del siglo XX hemos asistido a la aparición de un fenómeno de enorme importancia: el nacimiento de diversas formas de Justicia Universal, materializadas por las tres vías siguientes:

a) Tribunales Internacionales *ad hoc*

El Tribunal Penal Internacional de la Haya para la antigua Yugoslavia, creado en 1993, ha conseguido procesar, juzgar y condenar a importantes jefes civiles y militares, aunque también hay que decir que algunos de los más importantes no han sido todavía capturados. Sin embargo, pese a sus inicios escasamente efectivos, ese Tribunal ha ido consolidando su posición y su capacidad, de manera que se ha conseguido ya juzgar, y se está consiguiendo detener y llevar ante ese Tribunal, a un número creciente de criminales de considerable importancia. Ciñéndonos aquí a los criminales militares, es obvio que ninguno de tales criminales (ya sean militares serbios, bosnios, serbobosnios o croatas) hubieran podido nunca ser juzgados por tribunales militares de su propio país. (Otro tanto cabe decir, salvando todas las distancias, del caso de Ruanda y su correspondiente Tribunal *ad hoc*, creado en 1994).

b) Corte Penal Internacional (CPI)

El 17 de julio de 1998 se aprobó en Roma el Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI). Efectivamente, no es el Estatuto ideal, y sus atribuciones, limitadas de por sí, fueron recortadas precisamente para conseguir que los Estados Unidos disminuyeran su rechazo, cosa que tampoco se consiguió. Sin embargo, y pese a lo imperfecto de la CPI, sigue siendo el instrumento que materializa en mayor grado el concepto de Justicia Universal, y, en el momento actual, cerca de cien países se han adherido a él.

Sin duda, la CPI adolece de una gran insuficiencia, quizá inevitable, pero en todo caso muy lamentable: la falta de retroactividad. Ello significa que aquellos terribles delitos cometidos por numerosos Ejércitos en los años setenta y ochenta no sólo no han sido debidamente juzgados y castigados sino que tampoco podrán serlo nunca por la Corte Penal Internacional. En consecuencia, aunque los delitos anteriores ya no puedan ser castigados por dicha Corte, hay que concederle a éste, desde ahora, la gran importancia de esta nueva realidad: el hecho de que los crímenes contra la humanidad que se perpetren en el futuro sí entrarán dentro de su jurisdicción.

c) Jurisdicción universal, ejercida a través de los Convenios Internacionales y los tribunales nacionales, otra nueva forma, aunque también imperfecta, de acercarse al principio de Justicia Universal

En los últimos años (a partir de las primeras denuncias presentadas ante la Audiencia Nacional de España contra las dictaduras argentina y chilena en 1996), ha surgido otra tercera vía efectiva de la Justicia Universal. Consiste en la aplicación fáctica, efectiva, de ciertas Convenciones Internacionales, como las promulgadas años atrás contra la Tortura (1984) y contra el Genocidio (1948), que establecen una forma de jurisdicción universal para la represión y castigo de estos terribles delitos contra la humanidad.

Estas Convenciones, en combinación con las legislaciones nacionales de ciertos Estados (ratificantes de aquéllas), que también incluyen la persecución internacional de los delitos contra la humanidad, proporcionan un procedimiento que ha servido, a partir de 1996, para conseguir logros tan inesperados y tan espectaculares como la detención de Pinochet en Londres (1998) o la detención en México del marino argentino Ricardo Miguel Cavallo (2000), uno de los más notables torturadores de la ESMA bajo la dictadura de las Juntas, actualmente encarcelado en España y pendiente de juicio, tras su entrega en extradición por las autoridades mexicanas.

En resumen, esta vía –aunque compleja y dificultosa– también ha demostrado ser útil en la lucha contra la impunidad. El resultado consiste en que, en contra de lo que podíamos ver y pensar hace muy pocos años, ahora existe una posibilidad efectiva, real, mediante la cual un genocida o un torturador puede ser capturado, a miles de kilómetros de su país, por la policía de un segundo país, para ser entregado a los tribunales de un tercero, cuya Justicia lo ha reclamado. Posibilidad inimaginable hace muy pocos años, pero que sin embargo ahí está, y todo ello al margen de la Corte Penal Internacional. Por tanto, he aquí esta tercera vía, esta tercera forma de Justicia Universal que ya ha demostrado su factibilidad.

6. Impacto de estas formas de jurisdicción universal sobre la impunidad militar

La férrea, pertinaz y prácticamente infranqueable barrera de la impunidad, que por muchos años ha permanecido y aun permanece vigente en muy numerosos ejércitos, empieza a verse debilitada y dañada, gracias precisamente a la creciente implantación de estas formas, aunque imperfectas, de Justicia Universal.

De hecho, tanto el Estatuto de la Corte Penal Internacional (Tratado de Roma de 1998) como el Estatuto del Tribunal de la Haya para la antigua Yugoslavia (1993), rechazan el concepto de obediencia debida como eximente, reduciéndolo a lo sumo a posible atenuante, haciendo responsable al subordinado por los crímenes que cometió obedeciendo órdenes. Igualmente, los estatutos de dichos tribunales cargan también sobre los jefes la responsabilidad de controlar la conducta de las tropas a sus órdenes, rechazando el argumento del supuesto descontrol.

En consecuencia, este concepto de justicia por encima de las fronteras, que irrumpe en el ámbito internacional en estos últimos años, se fundamenta en negar la obediencia debida, establecer la obligada desobediencia a las órdenes criminales, cargar la responsabilidad criminal sobre los subordinados que obedecieron órdenes fuera de la ley, y, al mismo tiempo, establecer también la ineludible responsabilidad del jefe sobre los crímenes de sus subordinados.

Estos conceptos, inseparables del nuevo concepto de Justicia Universal, afectan en su propia base a esa degradada moral militar, basada en esa serie de vicios que conducen a la impunidad. Igualmente, la impunidad se ve directamente afectada por el ámbito, mucho más amplio, de la Justicia Universal. Porque esa impunidad se ha basado siempre en la existencia de una justicia territorial muy débil, muy local, con unos tribunales y un aparato judicial incapaces de resistir las presiones de una institución militar cuyo enorme peso corporativo se impone sobre dicha justicia local. Nada de esto ocurre con la Justicia

Universal, que, al establecer una jurisdicción de ámbito extraterritorial, escapa a no pocas limitaciones de la vieja justicia territorial y a las presiones locales procedentes de los ejércitos, que no pueden impedir el procesamiento de los criminales por una justicia de ámbito internacional.

En definitiva, el principio de Justicia Universal rompe y corrige, en gran medida, aquellos vicios de la moral militar –obediencia debida para el subordinado, negación de responsabilidad por parte del jefe, corporativismo convertido en impunidad, entre otros– que han sido los causantes de un gran volumen de violación de los Derechos Humanos en pasadas décadas.

En otras palabras, no cabe concebir un instrumento más potente, más efectivo, que afecte tanto y tan profundamente a todos los factores generadores de violaciones de los derechos humanos por los ejércitos como el concepto de Justicia Universal. Este concepto socava dichos factores tan negativos, y constituye un verdadero torpedo en la línea de flotación de toda la filosofía, de todos los principios, de todos los valores morales degenerativos que dan lugar a la violación de los derechos humanos por numerosos ejércitos.

Especialmente resulta disminuida la indeseable extensión de la impunidad militar, a la que tantas veces contribuyeron unos tribunales militares que no fueron capaces de juzgar y condenar tantas violaciones de derechos humanos cometidas por su propia institución. Aunque sólo fuera por esto, es evidente que tenemos grandes motivos para apoyar con realismo este progreso, lento pero cada vez más efectivo, del principio de Justicia Universal.

7. Conclusión final

Nuestra conclusión final sólo puede ser la siguiente. Deseando equivocarnos, pero con escasas esperanzas de que así sea, tenemos que concluir que, bajo la óptica analítica de la Sociología Militar, es muy poco lo que podemos esperar de los tribunales militares en la lucha contra las grandes violaciones de derechos humanos. En cambio, es mucho lo que podemos y debemos esperar de la creciente aplicación del principio de Justicia Universal.

* * * * *

Prudencio García es coronel del Ejército Español (Retirado). Investigador del Instituto Ciencia y Sociedad (Madrid) y consultor internacional de la ONU en materia de Derechos Humanos y Sociología Militar. Es doctor en ingeniería por la Escuela Politécnica Superior del Ejército, y diplomado en Sociología por el Instituto de Estudios Políticos de Madrid. *Fellow* del IUS (*Inter-University Seminar on Armed Forces and Society*) de Chicago, y diplomado en Investigación Operativa por las Universidades de Essex (Reino Unido) y Complutense de Madrid.

Fue jefe del área militar en la División de Derechos Humanos de ONUSAL (Misión de la ONU en El Salvador) y Consultor Especial en la CEH (Comisión de Esclarecimiento Histórico de la ONU para Guatemala). Ha impartido cursos de Derechos Humanos y Moral Militar a oficiales centroamericanos por encargo del ACNUDH (Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos). Actualmente imparte cursos sobre Fuerzas Armadas y Derechos Humanos en las Universidades Complutense y Carlos III de Madrid.