

**PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NO. “POR EL CUAL SE REFORMA EL
ARTÍCULO 221 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA”**

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

DECRETA:

Artículo 1º. El artículo 221 de la Constitución Política quedará así:

De los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales cortes o tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro.

En ningún caso la Justicia Penal Militar o policial conocerá de los crímenes de lesa humanidad, ni de los delitos de genocidio, desaparición forzada, ejecución extrajudicial, violencia sexual, tortura y desplazamiento forzado. Las infracciones al Derecho Internacional Humanitario cometidas por miembros de la Fuerza Pública, salvo los delitos anteriores, serán conocidas exclusivamente por las cortes marciales o tribunales militares o policiales.

Cuando la conducta de los miembros de la Fuerza Pública en relación con un conflicto armado sea investigada y juzgada por las autoridades judiciales, se aplicará siempre el Derecho Internacional Humanitario.

La justicia penal militar o policial será independiente del mando de la Fuerza Pública.

PARÁGRAFO°. Transitorio. Los procesos penales que se adelantan contra los miembros de la Fuerza Pública por los delitos que no tengan relación con el servicio o por los delitos expresamente excluidos del conocimiento de la Justicia Penal Militar de acuerdo a los incisos 1 y 2 del presente artículo y que se encuentran en la justicia ordinaria, continuarán en esta. La Fiscalía General de la Nación, en coordinación con la Justicia Penal Militar, contará con un periodo de hasta un (1) año para identificar todos los procesos que se adelantan contra los miembros de la Fuerza Pública, y trasladar a la Justicia Penal Militar aquellos donde no se cumplan los supuestos para la competencia de la jurisdicción ordinaria. En el marco de esa coordinación, se podrá verificar si algún proceso específico que cursa en la Justicia Penal Militar podría ser de competencia de la Justicia Ordinaria.

Artículo 2º. El presente acto legislativo rige a partir de la fecha de su promulgación.

JUAN CARLOS PINZÓN BUENO
Ministro de Defensa Nacional

EXPOSICIÓN MOTIVOS

El proyecto de acto legislativo comprende una reforma constitucional que se ocupa en primer lugar del establecimiento de parámetros claros para fijar la competencia de la jurisdicción penal ordinaria y de la jurisdicción penal militar y en segundo lugar de la obligación de aplicar el derecho internacional humanitario, el marco sustantivo que ha de regir el juzgamiento de los miembros de la Fuerza Pública, en especial en operaciones y procedimientos llevados a cabo en el contexto de un conflicto armado.

La reforma propuesta transcribe literalmente los incisos correspondientes del Acto Legislativo 02 de 2013. Sin embargo, no se incluyen temas de orden estructural atinentes a la administración de justicia porque con la presentación de la reforma constitucional llamada de equilibrio de poderes, el contexto es completamente diferente. Por ejemplo, el Consejo Superior de la Judicatura es suprimido.

El inciso segundo y el inciso tercero tienen cada uno un objeto propio y diferente. El segundo inciso es una norma de distribución de competencias. El tercer inciso es una norma de definición del marco jurídico aplicable a la investigación y juzgamiento de conductas realizadas por miembros de la fuerza pública en relación con un conflicto armado.

En efecto, el segundo inciso del artículo se ocupa de la distribución de competencias entre la justicia penal ordinaria y la justicia penal militar. La justicia penal ordinaria conoce de las conductas de los miembros de la Fuerza Pública expresamente mencionadas, es decir de los crímenes de lesa humanidad. Por su parte la justicia penal militar conoce de las infracciones al derecho internacional humanitario, salvo que el delito haya sido expresamente atribuido a la justicia penal ordinaria por la primera frase del inciso.

Por su parte, el tercer inciso se ocupa del referente normativo material para investigar y juzgar las conductas realizadas en el contexto de un conflicto armado. En estas situaciones tanto la justicia penal ordinaria como la justicia penal militar siempre deben aplicar el derecho internacional humanitario. Este es el marco jurídico que debe ser aplicado por ambas jurisdicciones a los miembros de la Fuerza pública cuando las conductas investigadas y juzgadas guarden relación con un conflicto armado.

1. Parámetros claros para fijar la competencia de la jurisdicción ordinaria y la justicia penal militar.

El actual artículo 221 de la Constitución señala dos condiciones para fijar la competencia de la justicia penal militar. En primer lugar, la persona procesada debe ser un miembro de la Fuerza Pública en servicio activo. En segundo lugar, el delito en cuestión debe tener “relación con el mismo servicio”.

La noción de relación con el servicio excluye dos clases de delitos de la competencia de la justicia penal militar. En primer lugar, excluye toda conducta que no haya tenido una relación próxima y directa con una actividad del servicio. En segundo lugar, excluye los delitos de gravedad inusitada, tales como los crímenes de lesa humanidad. Pero la Constitución no define cuáles son, exactamente, esos delitos de gravedad inusitada. En tercer lugar, existe un criterio jurisprudencial según el cual, en caso de duda, el caso debe ser remitido a la justicia ordinaria.

Se ha detectado entonces una necesidad de concretar las conductas que por ser abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y comprometer derechos humanos, no pueden ser conocidas en ningún caso por la justicia penal militar. Con este fin, la Comisión Asesora, que motivó la construcción del anteproyecto para la reforma de la Justicia Penal Militar y que culminó con el Acto Legislativo 02 de 2013, ha analizado varias opciones. En primer lugar, se ha considerado si esta definición debe hacerse en la Constitución o en la ley. En segundo lugar, si esta definición debe ser general o si por el contrario debe consistir en una lista de delitos. En tercer lugar, si la lista debe ser abierta o cerrada. En cuarto lugar, si los delitos en la lista deben ser aquellos ya tipificados en el ordenamiento penal, o si es posible usar una denominación distinta que el legislador deba concretar definiendo las conductas en cuestión. Después de sopesar cada alternativa, la Comisión recomendó establecer en la Constitución una lista de delitos de gravedad inusitada cuya comisión rompe ipso jure el vínculo con el servicio, usando denominaciones que corresponden al derecho y la práctica internacional. La razón que sustenta esta posición es una de seguridad jurídica: la mejor manera de mantener la certeza sobre la competencia de la justicia penal militar, es definir en la Constitución las conductas sobre las cuales ésta no puede conocer. De esta manera pueden ser despejadas las dudas sobre la relación con el servicio.

Para formular esta lista, la Comisión partió del ejemplo más claro: los crímenes de lesa humanidad. Pero también partió de la premisa de que el concepto de crímenes de lesa humanidad, tal como lo entiende el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, no alcanzan a describir todas las posibles conductas de gravedad inusitada que son abiertamente contrarias a la misión institucional de la Fuerza Pública y que por ende, de ser cometidas por un miembro de la Fuerza Pública, deben ser juzgadas por la jurisdicción ordinaria. Después de sopesar distintas alternativas que en su momento pasaron por el Honorable Congreso de la República, dicho órgano llegó a la siguiente lista de conductas:

- Crímenes de lesa humanidad
- Genocidio
- Desaparición forzada
- Tortura
- Ejecución extrajudicial
- Desplazamiento forzado
- Violencia sexual

Ahora bien, algunos de estos delitos no están directamente tipificados en el ordenamiento interno.

De acogerse la propuesta, el legislador tendrá que crear nuevos tipos penales, como es el caso de la ejecución extrajudicial y los crímenes de lesa humanidad. En particular, la ejecución extrajudicial en algunos casos puede coincidir con otros delitos, pero en otros no. Por esa razón, es necesario

tipificar la ejecución extrajudicial como un delito específico. Lo mismo debe hacerse con los crímenes de lesa humanidad.

En la lista propuesta hay conductas que pueden o no ser crímenes de guerra. Los crímenes de guerra de gravedad inusitada, como el desplazamiento forzado, la desaparición forzada o la tortura, hacen parte de la lista, la cual también incluye otros delitos muy graves que en ningún caso pueden considerarse como conexos con el servicio.

Aparte de los crímenes de lesa humanidad y las ejecuciones extrajudiciales, los delitos que aparecen en la lista anterior están tipificados de manera precisa en el ordenamiento jurídico colombiano:

- El genocidio está definido en el artículo 101 del Código Penal.
- La desaparición forzada está definida en el artículo 165 del Código Penal.
- La tortura está tipificada en los artículos 137 y 178 del Código Penal.
- El desplazamiento forzado está definido en los artículos 159 y 180 del Código Penal. Este último establece claramente que “[n]o se entenderá por desplazamiento forzado, el movimiento de población que realice la fuerza pública cuando tenga por objeto la seguridad de la población, o en desarrollo de imperiosas razones militares, de acuerdo con el derecho internacional.”
- Para definir Violencia Sexual se deberá acudir a todas las conductas que atentan contra la libertad, integridad y formación sexuales contempladas en el Título IV del Código Penal, así como los artículos 138, 139 y 141 del mismo Código.

De lo anterior es claro que lo que se excluye de la justicia penal militar expresamente son esos delitos, no cualquier otra conducta asociada a ellos que no sea delictiva, como es el caso de los traslados de población civil que el DIH permite llevar a cabo a la Fuerza Pública según el artículo 17(1) del Protocolo II que establece: “No se podrá ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a no ser que así lo exijan la seguridad de las personas civiles o razones militares imperiosas. Si tal desplazamiento tuviera que efectuarse, se tomarán todas las medidas posibles para que la población civil sea acogida en condiciones satisfactorias de alojamiento, salubridad, higiene, seguridad y alimentación.”

Así, se ha estimado conveniente precisar la noción de acto relacionado con el servicio, estableciendo explícitamente los casos en que la competencia recae de manera clara en una u otra jurisdicción. El primer caso consiste en la comisión de uno de los delitos mencionados anteriormente de manera específica, cuya investigación y juzgamiento pertenece de manera clara a la jurisdicción ordinaria. El segundo caso es el de las extralimitaciones de la Fuerza Pública en actuaciones legítimas en el contexto de un conflicto armado, donde la determinación de responsabilidad penal requiere una evaluación técnica por parte de jueces especializados, incluso si se aduce que hubo una infracción al derecho internacional humanitario. Por esa razón, se considera que, salvo las excepciones mencionadas, las infracciones al derecho internacional humanitario deben ser conocidas por la justicia penal militar.

En suma, se propone al Congreso de la República la adición del siguiente inciso al artículo 221 de la Constitución Política:

“En ningún caso la Justicia Penal Militar o policial conocerá de los crímenes de lesa humanidad, ni de los delitos de genocidio, desaparición forzada, ejecución extrajudicial, violencia sexual, tortura y desplazamiento forzado. Las infracciones al Derecho Internacional Humanitario cometidas por miembros de la Fuerza Pública, salvo los delitos anteriores, serán conocidas exclusivamente por las cortes marciales o tribunales militares o policiales.”

2. Obligación de aplicar el DIH como marco sustantivo que debe regir el juzgamiento de los miembros de la Fuerza Pública en situación de hostilidades

La Corte Constitucional ha sostenido que el derecho internacional humanitario debe ser aplicado a la conducción de las hostilidades en un conflicto armado interno. A pesar de haberlo reiterado en numerosas sentencias, los operadores de justicia han hecho caso omiso de este mandato. Por eso es necesario hacer explícita esta obligación en el texto mismo de la Constitución. Así lo expresó la Comisión Asesora que motivó la construcción del anteproyecto para la reforma de la Justicia Penal Militar la cual culminó con el Acto Legislativo 02 de 2013. En esa oportunidad, dicha Comisión detectó una ausencia de aplicación del derecho internacional humanitario en providencias en que se determina la responsabilidad penal de miembros de la Fuerza Pública, señalando que esto ocurre tanto en la jurisdicción ordinaria como en la justicia penal militar.

De ahí la importancia de contar con un marco normativo que de conformidad con el derecho internacional establezca reglas especializadas para la conducta de la Fuerza Pública en la conducción de las hostilidades, que son el resultado de una cuidadosa ponderación entre el principio humanitario y la necesidad militar, conocido como Derecho Internacional Humanitario.

El DIH establece precisos parámetros para la acción de la Fuerza Pública. Por ejemplo, indica quienes participan en las hostilidades, protege a ciertas personas, señala cómo distinguir entre personas civiles y personas que participan directamente en las hostilidades, establece cómo distinguir entre objetos civiles y objetos militares, y qué reglas deben observarse al momento de lanzar un ataque.

A diferencia de las normas que rigen en tiempos de paz para las autoridades de policía, el DIH no niega la posibilidad de actuar de manera ofensiva, ni defensiva. Éste permite a la Fuerza Pública lanzar un ataque ofensivo contra sus adversarios sin la necesidad de esperar una amenaza similar por parte de ellos. Desde que exista un conflicto armado, la Fuerza Pública no tiene prohibido iniciar combates por su propia iniciativa ni bombardear posiciones enemigas desde el aire, respetando los principios de precaución y proporcionalidad, y siempre que cumpla con todas las restricciones sobre medios y métodos de guerra ordenadas por el DIH. En efecto, el DIH establece principios encaminados a reducir el riesgo de afectación de la población civil, como el principio de precaución, y reglas orientadas en el mismo sentido, como la prohibición de los ataques indiscriminados. También protege a las personas que quedan fuera de combate.

Pero existen providencias, tanto en la justicia penal ordinaria como en la justicia penal militar, que no aplican el DIH a la conducta de los miembros de la Fuerza Pública. Por el contrario, evalúan la posible responsabilidad de sus miembros con base en lecturas aisladas de conceptos del derecho penal, como las causales de ausencia de responsabilidad de “legítima defensa” y “estricto

cumplimiento de un deber legal”. El problema con estas causales es que están diseñadas principalmente para evaluar la antijuridicidad de una conducta típica en tiempos de paz y en el contexto de la vida civil. No tiene sentido exigir a los integrantes de Fuerza Pública que durante un combate deban justificarse probando que se estaban protegiendo contra una “agresión injusta” que era “actual o inminente” y que el uso letal de la fuerza era la única alternativa para evitar esa agresión por ser “necesario”. La lectura aislada del derecho penal diseñado para contextos de normalidad en la vida civil puede terminar dejando a sus miembros en la disyuntiva entre no atacar a los grupos armados ilegales o someterse a un proceso penal.

Por esa razón, se considera necesario precisar en un acto legislativo que las autoridades judiciales, sin importar si se trata de la jurisdicción ordinaria o de la justicia penal militar, deben aplicar el DIH al investigar y juzgar la conducta de los miembros de la Fuerza Pública relacionadas con el conflicto armado. Por lo anterior, al artículo 221 podría ser añadido el siguiente inciso:

“Cuando la conducta de los miembros de la Fuerza Pública en relación con un conflicto armado sea investigada y juzgada por las autoridades judiciales, se aplicará siempre el Derecho Internacional Humanitario. “

No se exige que el legislador desarrolle este mandato porque la jurisprudencia constitucional ha sido clara en ordenar su aplicación a la conducción de las hostilidades en situaciones de conflicto armado interno. Por lo tanto, el DIH debe ser aplicado como un conjunto de normas que obligan al estado colombiano. Sin embargo, nada impide que el Congreso ejerza su potestad legislativa para ocuparse de esta materia.

3. Reglas para la transición: los mal llamados falsos positivos continúan en la justicia penal ordinaria.

En aras de dar claridad frente a la transitoriedad derivada de la promulgación de esta reforma, y acentuar que cualquier efecto derivado de esta se concibe en un marco contundente de No impunidad, se propone que la Fiscalía General de la Nación, en coordinación con la Justicia Penal Militar, identifique los procesos contra miembros de la Fuerza Pública y traslade a la jurisdicción castrense exclusivamente aquellos que no cumplan los supuestos para la competencia de la Justicia Ordinaria, de conformidad con los incisos 1 y 2 del artículo 1 del presente acto legislativo.

En el mismo sentido, en el marco de ese ejercicio de coordinación, se faculta a la Fiscalía para revisar si algún proceso específico de los que actualmente se encuentran en curso en la Justicia Penal Militar, podría pasar al conocimiento de la Justicia Ordinaria.

De esa manera, introducimos un valioso refuerzo y blindaje constitucional, encaminado a que casos como los mal llamados “falsos positivos” no pasen, bajo ninguna medida, al conocimiento de la Justicia Penal Militar.

Así las cosas, al establecer esta instancia de coordinación y precisar los criterios o linderos para la valoración y traslado de procesos en curso en las dos jurisdicciones, pretendemos (1) dar mayor claridad frente al destino de las investigaciones en curso; (2) velar por un proceso transparente de definición de competencias y (3) reforzar los estándares de protección para las víctimas,

especialmente en aquellos casos que, por sus características, pudieran guardar relación con los mal llamados “falsos positivos”.

En últimas, el Ministerio de Defensa presenta este proyecto a consideración del H. Congreso de la República, con miras a establecer un marco competencial claro y uniforme para la investigación y juzgamiento de las conductas cometidas por miembros de la Fuerza Pública y darle al Derecho Internacional Humanitario su lugar como la norma que ha de regir su actuación en desarrollo de hostilidades.

Todo ello, de cara a un eventual proceso de justicia transicional, en el que el proceder de nuestros militares y policías ha de ponderarse con sujeción a esos postulados, y en un marco incontestable de no impunidad.

4. Creación de garantías adicionales de independencia e imparcialidad

Debido al cuestionamiento de la justicia penal militar, tanto la de Colombia como la de otros países del hemisferio, resulta relevante señalar que esta surge de una percibida falta de independencia e imparcialidad. Las percepciones son importantes, pues como lo ha establecido la jurisprudencia internacional, el debido proceso requiere que además de que la justicia sea independiente e imparcial, ésta también parezca independiente e imparcial desde la perspectiva de un observador razonable.

Por ese motivo se sugieren dos preceptos normativos a nivel constitucional. En primer lugar, un mandato específico donde se establezca que la justicia penal militar debe tener un sistema de carrera y una estructura independientes del mando institucional. En segundo lugar, un mandato genérico donde se ordena al legislador establecer garantías de independencia e imparcialidad.

Dichas garantías serán del resorte del legislador, las cuales podrán seguir algunas de las garantías que en otros países se han establecido para los jueces militares, como la estabilidad en el cargo y el salario.

JUAN CARLOS PINZÓN BUENO
Ministro de Defensa Nacional