EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Introducción

El presente proyecto de ley estatutaria busca desarrollar el Acto Legislativo 02 de 2012, aprobado el año pasado por el Congreso de la República. En los debates para la reforma constitucional fueron planteadas múltiples posiciones y una variedad de argumentos. Este proyecto valora el debate que se surtió tanto en el Legislativo, como en los medios de comunicación.

En ese sentido, partiendo del mandato esencial de protección de la población civil y de respeto por el derecho internacional humanitario, la iniciativa responde de manera equilibrada a las necesidades operacionales de la Fuerza Pública, a la garantía del debido proceso de los miembros de las Fuerzas Militares y la Policía, los imperativos de independencia e imparcialidad de la actividad jurisdiccional y los derechos de las víctimas de los delitos, en particular, el derecho a una justicia pronta y eficaz, sin limitar su derecho a la verdad y a la reparación, los cuales permanecen incólumes.

La aprobación del Acto Legislativo 02 de 2012, a más de constituir el primer gran paso para una justicia penal militar independiente, moderna, eficiente, ágil y fortalecida, y sentar los pilares para entregar a nuestra fuerza pública seguridad jurídica en ejercicio de su valiosa y compleja misión constitucional, entregó al legislador un mandato expreso, enfocado a desarrollar algunos preceptos cardinales de esa reforma.

Así, el acto legislativo en cuestión ordena, en concreto, desarrollar los siguientes temas por vía de una ley especial, de conformidad con el artículo 152 de la Constitución:

Armonización del Derecho Penal Interno con el Derecho Internacional Humanitario.

“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. Una ley estatutaria especificará sus reglas de interpretación y aplicación, y determinará la forma de armonizar el derecho penal con el Derecho Internacional Humanitario.”

Una de las motivaciones del acto legislativo 02 de 2012 fue la de entregar a los operadores judiciales reglas claras para la investigación, acusación y juzgamiento de nuestros militares y policías. La progresiva indefinición en cuanto al marco aplicable a las conductas de la Fuerza Pública en el marco del conflicto armado motivaron al legislador a recalcar en la norma superior la prevalencia del DIH como ley especial de los conflictos y marcar una línea clara en la competencia de las jurisdicciones ordinaria y penal militar, frente a dichas conductas y delitos.

Tales decisiones, irrigadas en el Acto Legislativo aprobado, demandaban un compendio normativo que trajera al ordenamiento colombiano las definiciones y principios más

relevantes del DIH, las circunstancias concretas para su aplicación, las reglas aplicables a la conducción de hostilidades y regulara de manera precisa figuras del derecho penal como la posición de garante, la responsabilidad del superior y las causales de exoneración de responsabilidad, en lo aplicable a los miembros de la Fuerza Pública.

En esta precisión de las reglas de interpretación y aplicación del DIH se señalan algunas definiciones tomadas directamente del bloque de constitucionalidad, se establecen algunas reglas de interpretación y se reiteran algunas reglas sustantivas del DIH.

Por otra parte, en el articulado se precisan las reglas de distribución de competencias entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción penal militar, en desarrollo de los incisos primero y segundo del artículo 221 de la Constitución. Estas reglas de distribución de competencias respetan la lista cerrada de conductas señalada en el inciso segundo, y mantienen el requisito de un vínculo próximo y directo con el servicio contenido en el inciso primero.

De esta manera, se le entrega a nuestra Fuerza Pública un compendio para orientar el curso de sus acciones, operaciones y procedimientos y a nuestros jueces y fiscales en las dos jurisdicciones una herramienta normativa única, a partir de la cual habrán de orientar el curso de sus investigaciones y decisiones, con plenas garantías para las partes y para todos los asociados.

Independencia y autonomía de la justicia penal militar

“La ley estatutaria desarrollará las garantías de autonomía e imparcialidad de la Justicia Penal Militar.”

El constituyente, en virtud del acto legislativo 02 de 2012, defiere a este proyecto de ley el desarrollo de las garantías de autonomía e imparcialidad de la justicia penal militar.

Así, se proponen en la iniciativa previsiones de gran calado para materializar ese querer de la carta superior, en aras de una justicia penal militar renovada, confiable y severa. Su independencia del mando institucional y la autonomía e imparcialidad en su rol de administración de justicia tiene plena realización en este proyecto de ley, con lo que se reitera, de paso, la irrestricta vocación que ha motivado al Gobierno Nacional a acometer este esfuerzo.

Comisión Mixta y Tribunal de Garantías Penales

“Una ley estatutaria establecerá los requisitos exigidos para ser magistrado, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, el mecanismo de postulación de candidatos, el procedimiento para su selección y demás aspectos de organización y funcionamiento del Tribunal de Garantías Penales.”

“La ley estatutaria regulará la composición y funcionamiento de esta comisión, la forma en que será apoyada por los órganos de policía judicial de las jurisdicciones ordinarias y penal militar y los plazos que deberá cumplir.”

El acto legislativo deposita en una ley estatutaria la misión de regular el funcionamiento y organización del Tribunal de Garantías Penales y la composición y funcionamiento de la Comisión Mixta de Coordinación, previstos en los artículos 1 y 3 del acto legislativo.

La Parte final de este proyecto de ley responde también a esa instrucción del legislador, así como a los principios de independencia e imparcialidad desarrollados en la iniciativa, con total garantía para las víctimas.

Hechas estas consideraciones iniciales, se explicará el contenido del presente proyecto de ley estatutaria **“por la cual se desarrollan los artículos 116 y 221 de la Constitución Política de Colombia y se dictan otras disposiciones”**, en los siguientes términos:

El **Título Primero** del Proyecto de Ley precisa las reglas del derecho internacional humanitario aplicables a la conducción de hostilidades, en cumplimiento del mandato contenido en el inciso tercero del artículo 221 de la Constitución, que dice: *“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. Una ley estatutaria especificará sus reglas de interpretación y aplicación, y determinará la forma de armonizar el derecho penal con el Derecho Internacional Humanitario.”* En esta precisión de las reglas de interpretación y aplicación del DIH se señalan algunas definiciones tomadas directamente del bloque de constitucionalidad, se establecen algunas reglas de interpretación y se reiteran algunas reglas sustantivas del DIH. Entre las reglas de interpretación, vale destacar la del artículo 17 que exige a los funcionarios judiciales tener en cuenta la información disponible a los miembros de la Fuerza Pública y la apreciación honesta y razonable que éstos pueden hacer en ejercicio de su margen de apreciación. Las reglas de DIH señaladas en el Título Primero se derivan del bloque de constitucionalidad, como se especifica en cada comentario detallado a los artículos.

El **Título Segundo** armoniza el derecho penal con el DIH, en cumplimiento del mandato contenido en el inciso tercero, según el cual *“Una ley estatutaria [...] determinará la forma de armonizar el derecho penal con el Derecho Internacional Humanitario”*. Se regulan de manera precisa figuras del derecho penal como la posición de garante, la responsabilidad del superior y las causales de exoneración de responsabilidad, en lo aplicable a los miembros de la Fuerza Pública. Se deja al Congreso de la República, como órgano de decisión democrática, el debate y la decisión sobre si estas causales deben ser tratadas como causales de atipicidad.

El **Título Tercero** precisa las reglas de distribución de competencias entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción penal militar, en desarrollo de los incisos primero y segundo del artículo 221 de la Constitución. Estas reglas de distribución de competencias respetan la

lista cerrada y taxativa de conductas señalada en el inciso segundo, y mantienen el requisito de un vínculo próximo y directo con el servicio contenido en el inciso primero.

El **Título Cuarto** establece principios de independencia e imparcialidad de la justicia penal militar, en cumplimiento del inciso sexto del artículo 221 según el cual *“La ley estatutaria desarrollará las garantías de autonomía e imparcialidad de la Justicia Penal Militar.”* Entre estos principios se encuentran: (1) la independencia de la justicia penal militar y policial del mando institucional, (2) las garantías de autonomía de los funcionarios de la justicia penal militar y policial y (3) las garantías de imparcialidad de los mismos funcionarios.

El **Título Quinto** regula el funcionamiento de la Comisión Técnica de Coordinación, la cual debe cumplir una función exclusivamente de verificación de hechos. La verificación de los hechos permitirá dirimir las dudas que existan sobre la jurisdicción competente para investigar y juzgar la conducta de la Fuerza Pública en un determinado caso.

El **Título Sexto** regula el funcionamiento del Tribunal de Garantías Penales y sus tres funciones de resolución de conflicto de competencias, control de garantías y control de la acusación.

A continuación se presenta un comentario detallado por cada uno de los artículos propuestos en el Proyecto de Ley. Para cada disposición del Proyecto se señala una justificación particular. Especialmente en el Título Primero, se explica el fundamento del respectivo artículo en las disposiciones del DIH que son vinculantes para Colombia y hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Explicación detallada de las disposiciones del Proyecto de Ley

Título Preliminar: artículos 1 a 5

El título preliminar contiene las disposiciones que fijan el objeto de toda la ley y establecen reglas y principios de interpretación para la misma. Es importante tener en cuenta que la ley que debe ser aprobada tiene un objeto limitado, señalado por el artículo 152 de la Constitución, tal como quedó reformado por el Acto Legislativo 02 de 2012.

La ley estatutaria no tendrá la finalidad de reformar integralmente los códigos penal, de procedimiento penal ni penal militar. Sólo hará modificaciones concretas donde éstas sean necesarias para desarrollar el Acto Legislativo. Tampoco buscará redefinir los delitos en que pueden incurrir los miembros de la Fuerza Pública, salvo para precisar aquellos que por disposición constitucional quedarán excluidos de la jurisdicción penal militar, como es el caso de los crímenes de lesa humanidad y la ejecución extrajudicial. Cada título se refiere a uno de los temas que, según el Acto Legislativo, la ley debe regular.

Debido a los fines precisos de la ley, el artículo 1 señala el objeto de la misma con precisión y establece que la ley sólo tendrá aplicación para los miembros de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, cuando sea el caso, lo cual evita extender la aplicación de sus disposiciones a situaciones para las cuales no han sido diseñadas. La aplicación exclusiva a los miembros de la Fuerza Pública no ocurre en todas las disposiciones de este

proyecto. Por ejemplo, en las modificaciones propuestas al Código Penal, que incluyen la tipificación de los crímenes de lesa humanidad, se contempla un sujeto activo indeterminado.

El artículo 2 fija una regla de interpretación según la cual la ley debe ser interpretada de acuerdo con su finalidad, y se enuncian los tres objetivos fundamentales de la ley estatutaria. El primer objetivo es garantizar los derechos fundamentales de las personas que pertenecen a la población civil, estableciendo procedimientos independientes, imparciales y transparentes para la verificación de la licitud de la conducta de la Fuerza Pública. De esta manera se busca evitar la impunidad y proveer justicia a las víctimas de los delitos, al mismo tiempo que se evita que la judicialización automática de conductas que no son delictivas inhiba la capacidad operativa de la Fuerza Pública.

El segundo objetivo consiste en garantizar el cumplimiento efectivo de los deberes constitucionales de la Fuerza Pública. Con ese fin, el proyecto modifica algunos procedimientos y crea otros, pero no redefine ni modifica los límites sustantivos del uso de la fuerza por parte de los miembros de la Fuerza Pública. En cambio, el Título Primero busca *precisar* las reglas del derecho internacional humanitario que desde la Constitución de 1991 son aplicables al conflicto armado.

En tercer lugar, este proyecto propende por garantizar la seguridad jurídica de los miembros de la Fuerza Pública, que es el mismo objetivo perseguido por el Acto Legislativo. En ese sentido, el proyecto de ley busca superar algunas de las incertidumbres jurídicas que rodean la actividad de la Fuerza Pública cuando ésta debe combatir a los grupos armados al margen de la ley.

El artículo 3 codifica la regla de ley especial que ha aplicado la Corte Internacional de Justicia, así como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La jurisprudencia internacional ha establecido uniformemente que en tiempos de conflicto armado, el derecho internacional humanitario no desplaza la aplicación de los tratados de derechos humanos, pero sí debe ser usado para interpretarlos cuando regule la situación de manera específica. Así lo dijo la Corte Internacional de Justicia en la opinión consultiva sobre las armas nucleares:

*“La Corte observa que la protección prevista en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no cesa en tiempo de guerra, excepto cuando se aplica el artículo 4 del Pacto, según el cual algunas disposiciones pueden ser suspendidas cuando se da una situación de emergencia nacional. Sin embargo, el respeto del derecho a la vida no es una de esas disposiciones. En principio, el derecho a no ser privado de la vida arbitrariamente se aplica también en tiempo de hostilidades. Ahora bien, el criterio para determinar si la privación de la vida es arbitraria hay que referirse a la *lex specialis* aplicable, a saber, el derecho aplicable en caso de conflicto armado, que tiene por objeto regir las situaciones de hostilidades. Así pues, que un caso de pérdida de vida, a causa del empleo de un arma determinada en una situación de guerra, se considere un caso de privación arbitraria de la vida que contraviene el artículo 6 del Pacto,*

es cosa que sólo se puede decidir por remisión al derecho aplicable en caso de conflicto armado y no por deducción de las disposiciones del Pacto.”¹

Lo mismo dijo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso *La Tablada*, en el cual sostuvo que “la Convención Americana no contiene disposiciones que definan o distinguan a los civiles de los combatientes, y otros objetivos militares ni, mucho menos, que especifiquen cuándo un civil puede ser objeto de ataque legítimo o cuándo las bajas civiles son una consecuencia legítima de operaciones militares”, por lo cual “la Comisión debe necesariamente referirse y aplicar estándares y reglas pertinentes del Derecho humanitario, como fuentes de interpretación autorizadas al resolver ésta y otras denuncias similares que aleguen la violación de la Convención Americana en situaciones de combate”².

El artículo 4 reitera que este proyecto de ley no busca agotar ni absorber todas las normas que rigen la actuación de la Fuerza Pública. La Constitución, las leyes y el bloque de constitucionalidad son aplicables a ella en todo momento, sin perjuicio de la aplicación del derecho internacional humanitario como ley especial.

El artículo 5 señala ocho principios para la interpretación de la ley. Estos principios surgen de la Constitución Política y del derecho internacional. El principio de dignidad humana está contenido en el artículo 1 de la Constitución. Los de humanidad y trato humanitario son principios cardinales del derecho internacional humanitario que tienen rango de *ius cogens*³. Lo mismo ocurre con los principios de distinción y precaución. El principio de proporcionalidad es una subcategoría del principio de distinción que busca evitar daños incidentales excesivos, de acuerdo con la regla consuetudinaria, tal como se encuentra reflejada en el artículo 51 del Protocolo I a los Convenios de Ginebra. El respeto por los derechos está ordenado por los artículos 2 y 5 de la Constitución. El principio de necesidad militar justifica las acciones de la Fuerza Pública, pero no puede ser invocado para justificar infracciones al derecho internacional humanitario. Un artículo posterior del proyecto define la relación entre el principio de necesidad y el principio de humanidad. Finalmente, el principio de seguridad jurídica desarrolla la finalidad principal del Acto Legislativo 02 de 2012: la provisión de reglas claras para el cumplimiento de los fines constitucionales de la acción de la Fuerza Pública.

Título primero: Precisión de las reglas del derecho internacional humanitario aplicables a la conducción de hostilidades.

Capítulo I: Finalidad y definiciones para la precisión e interpretación del derecho internacional humanitario.

Artículo 6.

¹ CIJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 8 de julio de 1996, párrafo 25. Traducción oficial de las Naciones Unidas.

² *Abella v. Argentina*, Informe No. 55/97, Caso 11.137, 18 de noviembre de 1997, párr. 161.

³ Sentencia C-291 de 2007.

El capítulo I del Título Primero define la finalidad y el ámbito de aplicación de las reglas que se desarrollan en él. La finalidad es limitada, como se refleja en el artículo 6. El Título Primero busca “precisar”, en lugar de definir o modificar las reglas del derecho internacional humanitario. Además, no busca hacerlo con respecto a todas las reglas del derecho internacional humanitario sino únicamente con respecto a aquellas “*aplicables a la conducción de hostilidades por parte de la Fuerza Pública en contra de grupos armados*”.

La Corte Constitucional ha dicho que “el derecho internacional humanitario contiene normas que limitan el derecho de las partes en conflicto a elegir libremente los medios y métodos utilizados en combate, así como disposiciones encaminadas a proteger a las víctimas y a los bienes susceptibles de verse afectados por un conflicto armado”⁴. Este título sólo busca precisar las reglas que “limitan el derecho” de la Fuerza Pública “a elegir libremente los medios y métodos utilizados en combate”, pero no las demás reglas “encaminadas a proteger a las víctimas y a los bienes susceptibles de verse afectados por un conflicto armado”. Para esos propósitos se debe seguir aplicando todo el derecho internacional humanitario, además de los tratados de derechos humanos y las leyes nacionales que protegen a las víctimas del conflicto.

En tercer lugar, el ámbito del título se encuentra delimitado por el sujeto regulado por las normas. Este título sólo precisa las normas aplicables a la Fuerza Pública y no las que se aplican a otras partes del conflicto, como son los grupos armados ilegales. En efecto, muchas de las normas que se encuentran en el Título I no pueden ser aplicadas a los grupos armados, quienes por el solo hecho de alzarse en armas contra el Estado cometen los delitos de rebelión, sedición y asonada⁵. El cumplimiento o incumplimiento del derecho internacional humanitario, por parte de esos grupos, puede agravar o atenuar su conducta delictiva, pero de ninguna manera la vuelve legítima. La Corte Constitucional, al declarar exequible el Protocolo II a los Convenios de Ginebra, señaló que “[t]odos los actores armados, estatales o no estatales, están entonces obligados a respetar estas normas que consagran aquellos principios mínimos de humanidad que no pueden ser derogados ni siquiera en las peores situaciones de conflicto armado” pero también afirmó que los grupos armados “no devienen, por la sola aplicación del derecho humanitario, sujetos de derecho internacional público, puesto que siguen sometidos al derecho penal interno del Estado respectivo, y pueden ser penados por haber tomado las armas e incurrido en perturbación del orden público”⁶.

El segundo inciso del artículo 6 señala que las normas que se precisan en este título no son aplicables al uso legítimo de la fuerza por parte de la Policía Nacional en desarrollo de funciones distintas a combatir a los grupos armados. Esa fuerza, por supuesto, debe tener mayores limitaciones, incluyendo criterios estrictos de necesidad y racionalidad, que no son exigidos en todos los casos y en la misma intensidad por el derecho internacional humanitario cuando un Estado se enfrenta contra uno o varios grupos armados ilegales.

⁴ Sentencia C-574 de 1992.

⁵ Código Penal, artículos 467 a 469.

⁶ Sentencia C-225 de 1995. En esto coincide Sylvie Junod, entonces asesora jurídica del Comité Internacional de la Cruz Roja, quien aseguró que “el miembro de un grupo armado puede ser enjuiciado por haberse alzado en armas”. Ver Sylvie Junod, “Additional Protocol II: History and Scope”, *American University Law Review*, Vol. 33 (1983), pp. 29-40, p. 35.

Artículo 7.

El artículo 7 reitera la delimitación propuesta en el artículo 1, haciendo explícito que las reglas que se precisan a continuación son aplicables exclusivamente a investigación, acusación y juzgamiento de los miembros de la Fuerza Pública.

Artículo 8.

Varias leyes⁷ y pronunciamientos judiciales⁸ han reconocido la existencia de un conflicto armado en Colombia. El artículo 8 busca construir sobre ese reconocimiento para distinguir las situaciones en que el conflicto armado es relevante, y aquellas en que no lo es. El criterio principal es que la situación sea una de confrontación entre la Fuerza Pública y los grupos armados con quienes se desarrolla el conflicto armado. Por esa razón es necesario definir el concepto de “grupo armado”, según los criterios usados por la jurisprudencia para distinguir las situaciones de conflicto armado de otras situaciones.

Este artículo define la noción de “grupo armado” usando los dos criterios desarrollados por la jurisprudencia internacional, que la Corte Constitucional resume de la siguiente manera:

*“la jurisprudencia internacional ha recurrido principalmente a dos criterios: (i) la intensidad del conflicto, y (ii) el nivel de organización de las partes. Al apreciar la intensidad de un determinado conflicto, las Cortes internacionales han aplicado, por ejemplo, factores tales como la seriedad de los ataques y si ha habido un incremento en las confrontaciones armadas, la extensión de las hostilidades a lo largo de un territorio y de un período de tiempo, el aumento en las fuerzas armadas estatales y en su movilización, así como la movilidad y distribución de armas de las distintas partes enfrentadas. En cuanto a la organización de los grupos enfrentados, las cortes internacionales la han apreciado de conformidad con criterios tales como la existencia de cuarteles, zonas designadas de operación, y la capacidad de procurar, transportar y distribuir armas”*⁹.

Este pasaje reproduce fielmente la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales ad hoc que han determinado la existencia de conflictos armados y el nexo de determinadas conductas con los mismos, y la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional. Los dos criterios allí enumerados siguen la definición ampliamente aceptada de conflicto armado que provee la decisión del Tribunal Penal Internacional para la ex – Yugoslavia proferida en el caso *Tadić*: “un conflicto armado existe cuando hay un recurso a la fuerza entre Estados o cuando ocurre una violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre dichos grupos dentro de un

⁷ Por ejemplo, la Ley 782 de 2002 y la Ley 1448 de 2011.

⁸ Por ejemplo, la Sentencia T-188 de 2007 de la Corte Constitucional.

⁹ Sentencia C-291 de 2007.

Estado”¹⁰. La jurisprudencia posterior de ese tribunal ha precisado que los dos criterios para establecer si esa “violencia armada prolongada” supera las “tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos”, que según el Protocolo II “no son conflictos armados”¹¹.

Siguiendo la tendencia de tribunales internacionales, incluyendo la Corte Penal Internacional, la definición del artículo 8 adopta una serie de factores dentro de los cuales es relevante, pero no definitivo, el control territorial. La Corte Penal Internacional ha aplicado el derecho internacional humanitario especificando que se requiere probar la intensidad de las hostilidades y la organización de las partes, pero que la definición de conflicto armado interno contenida en el Estatuto de Roma y el derecho internacional consuetudinario no exige necesariamente una prueba del control territorial o el mando responsable¹².

La Corte Penal Internacional también ha dicho que para establecer el primer criterio de *intensidad de las hostilidades* se deben tener en cuenta, entre otros factores:

*“la gravedad de los ataques y el incremento potencial de encuentros armados, su proliferación en el territorio y a lo largo del tiempo, el incremento en el número de fuerzas gubernamentales, la movilización y distribución de armas entre las partes del conflicto, así como si el conflicto ha atraído la atención del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y, en tal caso, si se han aprobado resoluciones sobre la materia”*¹³.

Para establecer el segundo criterio de *organización de las partes* se deben apreciar, entre otros, los siguientes elementos:

*“la jerarquía interna del grupo o la fuerza, su estructura de mando y reglas, el grado de disponibilidad de equipos militares incluyendo armas de fuego, la habilidad del grupo o la fuerza para planear operaciones militares y ponerlas en marcha, y el grado de extensión, gravedad e intensidad de cualquier involucramiento gubernamental”*¹⁴.

Los primeros dos numerales del artículo reflejan el criterio de intensidad y proveen una medida de la intensidad de la fuerza que usan los grupos armados. Si la intensidad de la fuerza requiere una respuesta armada de la Fuerza Pública, ésta ha cruzado el umbral requerido para la aplicación del derecho internacional humanitario.

¹⁰ *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-AR74, “Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction”, Sala de Apelaciones, 2 de octubre de 1995, párrafo 70.

¹¹ Protocolo II a los Convenios de Ginebra, artículo 1(2): “El presente Protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados.”

¹² Corte Penal Internacional, *Prosecutor v. Lubanga*, Case No. ICC-01/04-01/06, “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, 14 de marzo de 2012, párrafo 536.

¹³ *Ibíd.*, párrafo 538.

¹⁴ *Ibíd.*, párrafo 537.

El tercer numeral refleja el criterio de organización de las partes, estableciendo también un criterio objetivo para determinar la organización del grupo armado. El criterio consiste en un nivel de organización que permite a un mando responsable ejercer liderazgo o dirección sobre los miembros del grupo y realizar ataques concertados contra la Fuerza Pública o contra la población civil en áreas del territorio nacional. El numeral tercero sigue así la finalidad de la definición de conflicto armado según el artículo 1 del Protocolo II de Ginebra, que en 1977 estableció el requisito de control territorial como una medida de la capacidad de los grupos armados para “realizar operaciones militares sostenidas y concertadas”.

En suma, la definición de “grupo armado” según el artículo 8 refleja las últimas tendencias de aplicación del derecho internacional humanitario por los tribunales internacionales, recoge el objetivo del derecho internacional humanitario de distinguir entre conflicto armado y situaciones distintas y permite aplicar el derecho internacional humanitario a la conducción de hostilidades contra grupos armados tales como las Farc, el Eln y las distintas bandas criminales que cumplan con los criterios de este artículo. La definición propuesta está vinculada a los desarrollos existentes en el derecho internacional consuetudinario y en el Protocolo II de 1977 que, según la Corte Constitucional, forma parte del bloque de constitucionalidad¹⁵.

Finalmente, la determinación del Presidente de la República se autoriza en este Proyecto de Ley como una reiteración de su función bajo el artículo 189-3 de la Constitución de “Dirigir la fuerza pública y disponer de ella como Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas de la República”. La determinación que puede hacer el Presidente servirá como una garantía adicional de seguridad jurídica para la Fuerza Pública, la cual contará con una indicación precisa sobre los grupos que pueden o no ser atacados con referencia a las reglas de conducción de hostilidades propias del DIH y por medio de las Fuerzas Militares.

Artículos 9 a 13.

Los artículos 9 a 13 contienen definiciones básicas del derecho internacional humanitario.

El artículo 9 define el término “ataque” reproduciendo el artículo 49 del Protocolo I que en ese punto recoge el derecho internacional consuetudinario, y ratifica que la Fuerza Pública tiene la facultad de hacer uso de la fuerza ofensiva o defensiva”, excluyendo del ámbito de esa definición los “ataques contra la población civil” que puedan constituir el elemento contextual de los crímenes de lesa humanidad.

El artículo 10 define a los miembros de grupos armados que pueden ser legítimamente atacados por el Estado. El término que usa este Proyecto de Ley es “blanco legítimo” para evitar una confusión con los “combatientes”. Sin embargo se trata de la misma categoría de ‘combatiente en sentido genérico’ reconocida por la Corte Constitucional, según la cual “[e]n su sentido genérico, el término “combatientes” hace referencia a las personas que, por formar parte de las fuerzas armadas y los grupos armados irregulares, o tomar parte en las

¹⁵ Sentencia C-225 de 1995.

hostilidades, no gozan de las protecciones contra los ataques asignadas a los civiles”¹⁶. Esta es la misma definición usada por el Manual de San Remo, según el cual los combatientes “son miembros de [...] las fuerzas armadas disidentes o de otros grupos armados organizados, o personas que participan directamente en las hostilidades”¹⁷.

El artículo 10 aclara que el *blanco legítimo* no goza del estatuto del combatiente. Este artículo también sigue lo establecido por la Corte Constitucional, que afirma que “[e]stá fuera de duda que el término “*combatientes*” en sentido específico, y las categorías jurídicas adjuntas como “*status de prisionero de guerra*”, no son aplicables a los conflictos armados internos”¹⁸. Es decir, que los miembros de grupos armados en un conflicto interno no tienen el derecho a ser tratados como prisioneros de guerra una vez son capturados. Tal como lo ha establecido la Corte Constitucional, el Estado tiene el derecho a procesarlos penalmente y sancionarlos por el solo hecho de haberse alzado en armas.

El artículo 11 define el término “participación directa en las hostilidades”. El término “participación directa” o “participación activa” en las hostilidades es usado en múltiples disposiciones de tratados de derecho internacional humanitario, pero los tratados no definen su contenido. La definición propuesta en el artículo 11 recoge el criterio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la materia, así como del comité de expertos del Comité Internacional de la Cruz Roja.

La Comisión Interamericana ha dicho que este concepto equivale a “la participación en un ataque por virtud del cual la parte busca causar daño físico a personal o bienes del enemigo”¹⁹. El CICR similarmente ha establecido que la participación directa en las hostilidades requiere un umbral de daño, una causalidad directa y un nexo beligerante del acto que se realiza²⁰. La participación directa en las hostilidades cubre los supuestos en que los civiles pierden su protección por unirse al esfuerzo bélico contra el Estado o contra la misma población civil.

Los artículos 12 y 13 definen los conceptos de bien civil y objetivo militar. El Protocolo II prohíbe atacar bienes civiles particulares²¹ pero el derecho internacional consuetudinario contiene una prohibición general y amplia con respecto a todos los bienes civiles. El artículo 52 del Protocolo I contiene una prohibición que refleja el derecho consuetudinario aplicable a los conflictos internos²². En ese sentido, el artículo 12 cubre todos los bienes

¹⁶ Sentencia C-291 de 2007.

¹⁷ International Institute of Humanitarian Law, “The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict”, San Remo, 2006. Manual elaborado por los profesores Michael N. Schmitt, Charles H.B. Garraway y Yoram Dinstein, p. 4. En adelante (“Manual de San Remo”).

¹⁸ Sentencia C-291 de 2007.

¹⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Tercer Informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, OEA/Ser.L/V/II.102, 26 de febrero de 1999, Capítulo IV, párrafo 46.

²⁰ Nils Melzer, “Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario”, CICR, 2010.

²¹ Los artículos 14 a 16 del Protocolo II prohíben los ataques contra “bienes indispensables para la supervivencia de la población civil”, “obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas” y “bienes culturales y de los lugares de culto”.

²² Jean Marie Henckaerts & Louise Doswald-Beck, “El derecho internacional humanitario consuetudinario”, CICR, 2007, pp. 29-41.

que el Protocolo II prohíbe atacar, y todos los demás bienes que tienen carácter civil. Por lo tanto, la Fuerza Pública sólo debe atacar a los objetivos militares.

La definición de objetivo militar en el artículo 13 reproduce textualmente la definición del Protocolo I. Esta misma definición ha sido usada por los tribunales internacionales, como el Tribunal Penal Internacional para la ex – Yugoslavia que ha afirmado que “de acuerdo con el principio de distinción, las partes en conflicto deben [...] dirigir sus ataques únicamente contra objetivos militares”²³ y para hacer efectiva esta norma ha usado la definición de objetivo militar del Protocolo I²⁴. La disposición según la cual las dos condiciones señaladas son concurrentes, y las definiciones de los conceptos de naturaleza, ubicación, finalidad, utilización y ventaja militar definida, son tomadas del comentario autorizado al Protocolo I en el cual se exponen estos conceptos²⁵. Es importante anotar que, aunque la versión en castellano del Protocolo I utiliza el conector “o”, de donde podría leerse que los requisitos son alternativos, las demás versiones auténticas del mismo tratado utilizan el conector “y” (*and, et*). Igualmente, el Manual de San Remo sobre conflictos no internacionales utiliza el conector “y” para mostrar que se trata de requisitos concurrentes²⁶.

Capítulo II: Aplicación del derecho internacional humanitario.

El capítulo II señala cinco criterios preliminares para aplicar el derecho internacional humanitario y valorar la conducta militar ocurrida en un conflicto armado.

Artículo 14.

El artículo 14 señala el ámbito de aplicación material del derecho internacional humanitario. El criterio determinante para establecer si a una determinada conducta es aplicable el derecho internacional humanitario es el *nexo* con el mismo. Así lo han dicho tanto los tribunales internacionales²⁷ como la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia²⁸.

²³ *Prosecutor v. Galić*, Case No. IT-98-29-A, Sala de Apelaciones, 30 de noviembre de 2006, párrafo 190.

²⁴ *Prosecutor v. Kordić & Čerkez*, Case No. IT-95-14/2-A, Sala de Apelaciones, 17 de diciembre de 2004, párrafo 53.

²⁵ Yves Sandoz, Christophe Swinarski & Bruno Zimmermann, “Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949”, CICR, 1987, pp. 636-637, §§ 2019-2027.

²⁶ Manual de San Remo, p. 5.

²⁷ *Prosecutor v. Boškoski & Tarčulovski*, Case No. IT-04-82-T, “Judgement”, 10 de Julio de 2008, párrafo 293. El Tribunal para la ex – Yugoslavia, reiterando su jurisprudencia, dijo que para aplicar el derecho internacional humanitario “el conflicto armado [...] debió haber jugado un rol sustancial en la habilidad del procesado para cometer el delito. [...] Para determinar si existe un nexo entre los actos del procesado y el conflicto armado, puede tenerse en cuenta, entre otros criterios, si el procesado era un combatiente, si la víctima era no combatiente, si la víctima era miembro de la parte opuesta del conflicto, si puede decirse que el acto sirvió el fin último de una campaña militar y si el crimen fue cometido como parte de o en el contexto de los deberes oficiales del procesado”.

²⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 27 de enero de 2010, Rad. 29753, página 26. La Corte Suprema de Justicia aplicó el derecho internacional humanitario, y por ende el tipo penal de

El artículo 14 establece criterios para determinar ese nexo, cuando se trata de la conducta de miembros de la Fuerza Pública. El primer inciso señala que el nexo está dado cuando la conducta ocurre “en el contexto de hostilidades”. El segundo inciso provee algunos indicios no taxativos de ese contexto, los cuales incluyen la ocurrencia de un combate, la calidad del sujeto pasivo y la realización de acciones, operaciones o procedimientos de la Fuerza Pública contra grupos armados. En una situación de combate, se aplica el derecho internacional humanitario. Pero como lo señaló la Corte Suprema de Justicia, el combate no agota todos los supuestos en que este derecho se aplica²⁹. Por ese motivo, es un error dejar de aplicar el derecho internacional humanitario en situaciones donde no se verifica la existencia de un combate. Este es aplicable, incluso sin combate, en situaciones que ocurren en el contexto de las hostilidades.

Artículo 15.

Este artículo señala que los manuales operacionales y las reglas de encuentro deben aplicar el derecho internacional humanitario. El propósito de esta disposición es proveer un fundamento legal sólido para esos documentos de la Fuerza Pública. Es importante tener en cuenta los distintos roles que cumplen el proyecto propuesto y los manuales. Este proyecto de ley señala las reglas básicas que deben ser usadas por las autoridades judiciales al valorar la conducta militar, y las limitaciones mínimas que exige el derecho internacional humanitario. Su objeto no es determinar cómo actúa la Fuerza Pública sino establecer los criterios para la investigación, acusación y el juzgamiento de sus miembros. Ese es el rol de los manuales y las reglas de encuentro, que deben ser flexibles y sujetos a revisión, y deben responder a las dificultades que encuentra la Fuerza Pública en el terreno, por supuesto sujetándose al marco básico del derecho internacional humanitario.

Artículo 16.

La primera frase de este artículo refleja un principio básico del derecho internacional humanitario, según el cual las partes del conflicto no pueden hacer todo aquello que sea requerido por la necesidad militar, pues ésta se encuentra limitada por el principio de humanidad. Este principio ha sido afirmado al menos desde los juicios de Núremberg³⁰. La necesidad militar puede ser una excepción válida frente a ciertas normas, pero únicamente donde la excepción ha sido establecida expresamente en un tratado.

La fórmula del artículo transcrito sigue la redacción del Manual de San Remo³¹. Esta formulación impide invocar la necesidad militar como una excusa para violar los imperativos del derecho internacional humanitario. También impide invocarla como una

homicidio en persona protegida, a la masacre de indígenas kankuamos cometida por miembros de las AUC porque la masacre ocurrió “en medio de una operación militar llevada a cabo por más de sesenta hombres armados pertenecientes a las Autodefensas Unidas de Colombia” y “ese accionar no fue un caso aislado”.

²⁹ *Ibíd.*

³⁰ *United States of America v. Wilhelm List et al.*, Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10, Vol XI, pp. 1253-1256.

³¹ International Institute of Humanitarian Law, “The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict”, San Remo, 2006. Regla 1.2.1.b.

limitación a los medios y métodos de combate adicional a las contempladas en el derecho internacional humanitario, pues la necesidad militar es un principio que se pondera en la formulación de las reglas del derecho internacional humanitario, de manera específica en situaciones predefinidas.

Artículo 17.

El artículo 17 recoge la jurisprudencia de los tribunales de Núremberg, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos. Estos tres organismos judiciales han sostenido que la conducta militar no puede ser juzgada exclusivamente en retrospectiva. En 1948, dos de los tribunales estadounidenses encargados de juzgar la conducta militar de algunos comandantes militares alemanes en la Segunda Guerra Mundial sostuvieron que juez penal “está obligado a juzgar la situación tal como era percibida por el acusado en el momento” y no procede condenar a un comandante cuando “al momento de la ocurrencia [del acto en cuestión, el comandante] actuó dentro de los límites de una evaluación honesta sobre la base de las condiciones que prevalecían en ese momento”³².

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos usó en 1997 un criterio similar al evaluar si Argentina había violado los derechos humanos en la retoma de la base militar de La Tablada. La Comisión afirmó que “la norma apropiada para juzgar las acciones de los participantes en las hostilidades debe basarse en una apreciación honesta y razonable de la situación general imperante en el momento de ocurrir la acción, y no en especulaciones o percepciones en retrospectiva”³³.

La Corte Europea de Derechos Humanos ha seguido un enfoque similar en su evaluación de la conducta de las fuerzas militares rusas en varios casos. En la sentencia más reciente, el caso *Finogenov v. Rusia*, la Corte Europea se negó a responsabilizar a la Federación Rusa por las decisiones que llevaron al rescate fallido de los rehenes del teatro Dubrovka en Moscú:

“Aunque la toma de rehenes era, tristemente, un fenómeno de común ocurrencia en años recientes, la magnitud de la crisis el 23-26 de octubre de 2002 excedió todo lo anteriormente conocido e hizo de esa situación una realmente excepcional. Las vidas de varios cientos de rehenes estaban en peligro, los terroristas estaban bien armados y entrenados y comprometidos con su causa, y con respecto al aspecto militar del asalto, ninguna medida preliminar específica podía haber sido tomada. La toma de rehenes vino como una sorpresa para las autoridades [...], por lo cual las preparaciones militares para el asalto tuvieron que ser hechas rápidamente y en absoluto secreto. Debe tenerse en cuenta que las

³² *United States of America v. Wilhelm List et al.*, Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10, Vol XI, pp. 1296-1297; *United States of America v. Wilhelm von Leeb et al.*, Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10, Vol XI, p. 609

³³ *Abella v. Argentina*, Informe No. 55/97, Caso 11.137, 18 de noviembre de 1997, párr. 181.

autoridades no tenían control sobre la situación dentro del recinto. En tal situación la Corte acepta que las autoridades domésticas tuvieron que tomar decisiones difíciles y agonizantes. La Corte está preparada para otorgar a las autoridades un margen de apreciación, al menos en lo que concierne a los aspectos militares y técnicos de la situación, incluso si ahora, en retrospectiva, algunas de las decisiones tomadas por las autoridades pueden parecer dudosas”³⁴.

Estas reglas jurisprudenciales otorgan a las autoridades militares un cierto margen de apreciación, e impiden a los jueces condenar la conducta militar con base en apreciaciones retrospectivas e información que surge después del hecho. El Código Penal contiene algunas causales de exoneración que cumplen una función similar usando el concepto de “error invencible”³⁵. Sin embargo, es necesario establecer una regla que permita, de manera específica, valorar las decisiones difíciles que se deben tomar en la profesión militar aun cuando en el plano hipotético los errores que se cometen no sean “invencibles”.

A diferencia de las causales de exoneración que contienen el “error invencible”, el artículo 17 no es una regla de exoneración sino una de apreciación de la prueba e interpretación del derecho. La regla del artículo 17 incorpora los elementos de la jurisprudencia internacional, tales como la “apreciación honesta y razonable”, la “información disponible al procesado” y los deberes de diligencia que corresponden al respectivo rango militar o policial. De esta manera se busca armonizar los imperativos del derecho internacional humanitario con las dificultades prácticas que la Fuerza Pública enfrenta todos los días en el terreno cuando combate a los grupos armados ilegales.

Artículo 18.

Finalmente, el artículo 18 exige tener en cuenta las distintas responsabilidades al interior de la Fuerza Pública. Esto evita aproximaciones al juzgamiento de los miembros de la Fuerza Pública que exigen actuaciones no contempladas en los deberes funcionales individuales. Dado que la responsabilidad penal es individual, al determinarla se deben apreciar los deberes funcionales que recaen sobre el miembro individual de la Fuerza Pública y no sobre la Fuerza Pública en su conjunto. Así, por ejemplo, una infracción en la *ejecución* de una operación que era en principio lícita no puede atribuirse a quien era responsable únicamente de *planear* dicha operación. De la misma manera, al determinar la responsabilidad penal por omisión, sólo debe exigirse el cumplimiento de aquellos deberes específicamente exigibles al miembro de la Fuerza Pública cuya responsabilidad se examina, y no todos los deberes de la Fuerza Pública en su totalidad.

Capítulo III: Reglas aplicables a la conducción de hostilidades.

Artículo 19.

³⁴ Corte Europea de Derechos Humanos, *Finogenov v. Russia*, 20 de diciembre de 2011, párrafo 213.

³⁵ Código Penal, artículo 32, numerales 10-12.

El artículo 19 busca excluir interpretaciones que sostienen que la Fuerza Pública debe aguardar un ataque para poder llevar a cabo operaciones militares contra los grupos armados. El derecho internacional humanitario no contiene esa limitación. Por el contrario, permite elegir medios y métodos para conducir las hostilidades siempre que éstos no se encuentren prohibidos. Ninguna disposición del Protocolo II, ninguna norma del derecho internacional consuetudinario³⁶ y ninguna sentencia internacional sobre el derecho internacional humanitario, sostienen que una de las limitaciones al uso de la fuerza en conflicto armado sea la legítima defensa. Por el contrario, tribunales extranjeros como la Corte Suprema de Israel³⁷ y expertos internacionales³⁸ sostienen que el derecho internacional humanitario permite el uso de la fuerza letal contra los grupos armados ilegales como primera opción.

Además, el artículo 37 del Protocolo I de Ginebra, que refleja el derecho consuetudinario³⁹, establece que “[n]o están prohibidas las estratagemas”, lo que demuestra que el uso de la fuerza contra grupos armados tampoco requiere un aviso previo.

Este artículo no *exige* que la Fuerza Pública adopte determinadas tácticas de combate. Esa determinación corresponde exclusivamente al Presidente de la República y al alto mando.

Establece sin embargo que un miembro de la Fuerza Pública no puede ser condenado por el solo hecho de haber tomado la iniciativa en el combate, de no haber aguardado el fuego enemigo o de haber tenido superioridad táctica frente al adversario.

Artículos 20 y 21.

El artículo 20 codifica una de las reglas que conforman el principio de distinción. De acuerdo con la Corte Constitucional, el principio de distinción “es una de las piedras angulares del Derecho Internacional Humanitario, [que] se deriva directamente del postulado según el cual se debe proteger a la población civil de los efectos de la guerra, ya que en tiempos de conflicto armado sólo es aceptable el debilitamiento del potencial militar del enemigo”⁴⁰.

Los numerales 1 y 2 reproducen textualmente las prohibiciones contenidas en los numerales 1 y 3 del artículo 13 del Protocolo II que establecen lo siguiente:

“Artículo 13: Protección de la población civil.

1. La población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares. Para hacer efectiva esta protección, se observarán en todas las circunstancias las normas siguientes.

[...]

³⁶ Para este efecto se ha consultado Jean Marie Henckaerts & Louise Doswald-Beck, “El derecho internacional humanitario consuetudinario”, CICR, 2007.

³⁷ *Public Committee against Torture in Israel v. Government of Israel*, HCJ 769/02, 11 de diciembre de 2005.

³⁸ Nils Melzer, “Targeted Killing in International Law”, Oxford University Press, 2008.

³⁹ *Ibid.*, p. 227

⁴⁰ Sentencia C-291 de 2007.

3. Las personas civiles gozarán de la protección que confiere este Título, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación.”

El segundo inciso, que permite a la Fuerza Pública atacar a los combatientes, es la consecuencia lógica de las anteriores prohibiciones. Esta permisión ha sido codificada en el Manual de San Remo de 2006 sobre conflictos armados no internacionales⁴¹, donde se establece que “los ataques deben dirigirse únicamente contra combatientes u objetivos militares”⁴².

El artículo 21 reitera esta regla en su aplicación a los bienes. En el caso de los bienes, la Fuerza Pública debe distinguir entre bienes civiles y objetivos militares, tal como estos se encuentran definidos en artículos anteriores.

Artículo 22.

El artículo 22 señala tres reglas que precisan el alcance del principio de proporcionalidad en los ataques y la prohibición de los ataques indiscriminados. La regla contenida en el numeral primero, señala que los ataques deben dirigirse específicamente contra blancos legítimos y objetivos militares. Ésta refleja la misma regla contenida en el Manual de San Remo sobre el Derecho Aplicable a Conflictos Armados No Internacionales, según la cual se prohíben los ataques indiscriminados, los cuales son definidos como “aquellos que no se dirigen específicamente contra combatientes u objetivos militares”⁴³. Esa regla también se encuentra recogida en el artículo 51(4)(a) del Protocolo I según el cual “[s]on ataques indiscriminados: a) los que no estén dirigidos contra un objetivo militar concreto”. Igualmente, el CICR considera que esta norma hace parte del derecho internacional consuetudinario⁴⁴.

El numeral segundo reproduce la regla de proporcionalidad tal como se encuentra recogida en el artículo 51(5)(b) del Protocolo I, la Regla 2.1.1.4 del Manual de San Remo⁴⁵ y la Norma 14 del estudio del CICR sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario⁴⁶. Esa regla consuetudinaria ha sido aplicada por el Tribunal Penal Internacional para la ex – Yugoslavia, que ha afirmado reiterando su jurisprudencia que “un ataque que pueda causar pérdidas civiles desproporcionadas frente a la ventaja militar concreta y directa prevista, se considera indiscriminado”⁴⁷.

⁴¹ International Institute of Humanitarian Law, “The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict”, San Remo, 2006. Manual elaborado por los profesores Michael N. Schmitt, Charles H.B. Garraway y Yoram Dinstein.

⁴² *Ibíd.*, p.18, Regla 2.1.1.

⁴³ International Institute of Humanitarian Law, “The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict”, San Remo, 2006, p. 20, Regla 2.1.1.3.

⁴⁴ Jean Marie Henckaerts & Louise Doswald-Beck, “El derecho internacional humanitario consuetudinario”, CICR, 2007, p. 46.

⁴⁵ International Institute of Humanitarian Law, “The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict”, San Remo, 2006, p. 22, Regla 2.1.1.4.

⁴⁶ Jean Marie Henckaerts & Louise Doswald-Beck, “El derecho internacional humanitario consuetudinario”, CICR, 2007, p. 53.

⁴⁷ *Prosecutor v. Perišić*, Case No. IT-04-81, Sala de Primera Instancia I, 6 de septiembre de 2011, párrafo 97.

A la formulación de la regla se le añade la palabra “manifiestamente”, en el sentido que la lesión incidental a personas civiles o el daño colateral a objetos civiles debe ser “manifiestamente excesivo” frente a la ventaja militar prevista, para que el ataque pueda considerarse desproporcionado. Esta modificación de la formulación sigue la misma modificación hecha en el artículo 8(2)(b)(iv) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional que se refiere a daños “claramente excesivos en relación con la ventaja militar general concreta y directa que se prevea”. La definición estricta del Estatuto de Roma se deriva de su naturaleza como tratado en materias penales. La misma definición estricta es apropiada para este proyecto de ley estatutaria, que versará sobre el juzgamiento penal de miembros de la Fuerza Pública.

Es importante señalar que el Manual de San Remo añade una frase adicional a la formulación de la regla de proporcionalidad. Esa frase establece que “se reconoce que las lesiones incidentales a las personas civiles y el daño colateral a los objetos civiles pueden ocurrir como resultado de un ataque lícito contra combatientes u objetivos militares”⁴⁸. Ese reconocimiento está implícito en el numeral segundo aquí propuesto. Se trata de una precisión importante. Incluso si hay una baja civil, el juez debe evaluar si se cumplieron los principios de distinción, proporcionalidad y precaución.

Finalmente, el numeral tercero busca excluir interpretaciones inadecuadas de la regla de proporcionalidad tal como existe en el derecho internacional humanitario. Cuando la Fuerza Pública tiene una ventaja táctica frente a un grupo armado, que puede consistir en superioridad numérica, de armas, de posición, u otras clases de ventaja, los miembros de la Fuerza Pública tienen la libertad de aprovechar esa ventaja táctica. No se ha encontrado en los tratados de derecho internacional humanitario, ni en las principales codificaciones del derecho internacional humanitario, una regla contraria. Los ataques lícitos contra grupos armados no están sometidos a los requisitos de “agresión injusta actual o inminente” ni necesidad estricta a los cuales según el Código Penal se someten las acciones realizadas en legítima defensa⁴⁹.

Artículo 23.

El artículo 23 reitera varias obligaciones internacionales adquiridas por Colombia. En primer lugar, reafirma la obligación de seleccionar medios y métodos de ataque no prohibidos por el derecho internacional humanitario que la Corte Constitucional recordó al sostener que “el derecho internacional humanitario contiene normas que limitan el derecho de las partes en conflicto a elegir libremente los medios y métodos utilizados en combate”⁵⁰.

En segundo lugar, reproduce la prohibición consuetudinaria de causar daños superfluos o sufrimientos innecesarios que se recoge en el artículo 35(2) del Protocolo I. Esta

⁴⁸ International Institute of Humanitarian Law, “The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict”, San Remo, 2006, p. 22, Regla 2.1.1.4.

⁴⁹ Código Penal, artículo 32, numeral 6.

⁵⁰ Sentencia C-574 de 1992.

prohibición se refiere a las distintas clases de armas que causan dichos daños o sufrimientos, por ejemplo las minas antipersonal. El artículo enumera cuatro grupos de tratados internacionales que han sido ratificados por Colombia y que prohíben ciertas armas específicas. El literal e) cubre cualquier otro tratado ratificado por Colombia que prohíbe ciertos tipos de armamentos.

Artículo 24.

La regla contenida en este artículo hace parte del principio de precaución que se encuentra en el derecho internacional consuetudinario. La Corte Constitucional ha establecido que las reglas que hacen parte de ese principio son “consuetudinarias y se aplican a los conflictos armados internos”⁵¹. La primera obligación concerniente al principio de precaución es la de verificar, de manera previa a cualquier ataque, la naturaleza de los blancos que se proyecta atacar.

El texto del artículo 24 reproduce el artículo 57(2)(a)(i) del Protocolo I, que a su vez refleja una regla consuetudinaria aplicable a conflictos internos, según el estudio del CICR sobre el derecho internacional consuetudinario, de acuerdo con el cual “[l]a norma de que incumbe a las partes en conflicto hacer todo lo que sea factible para verificar que los objetivos que se prevé atacar son objetivos militares figura en manuales militares que son aplicables, o se han aplicado, en conflictos armados no internacionales”⁵².

El artículo 24 introduce dos modificaciones técnicas a la norma. En primer lugar, utiliza de manera separada los términos “blancos” y “objetivos” que este proyecto de ley trata de manera separada en los artículos 10 y 13. En segundo lugar, se designa a una persona responsable de llevar a cabo la verificación que ordena la norma internacional. En ese sentido, toda operación deberá tener un “miembro de la Fuerza Pública responsable de decidir el ataque” quien debe hacer todo lo que sea factible por verificar que no se va a atacar a personas u objetos civiles.

Ahora bien, no toda verificación es factible y la ley no debe imponer una carga desproporcionada o una prueba imposible a los miembros de la Fuerza Pública en materia de verificación. Por esa razón el parágrafo cualifica en dos sentidos el deber de verificación. En primer lugar, señala que la factibilidad de la verificación debe evaluarse “en concreto” y “según la información y los medios disponibles por el miembro de la Fuerza Pública responsable de decidir el ataque, al momento de tomar la decisión”. Ésta es una aplicación específica de la regla más amplia establecida anteriormente sobre la valoración de la conducta militar, que impide juzgar y condenar a miembros de la Fuerza Pública con base en especulaciones e hipótesis hechas de manera general y en retrospectiva.

En segundo lugar, la verificación debe hacerse según los procedimientos que establezca cada fuerza. Esta regla impide que un miembro de la Fuerza Pública quien de buena fe ha seguido los procedimientos de verificación que se le ordenan, y lo ha hecho según la

⁵¹ Sentencia C-291 de 2007.

⁵² Jean Marie Henckaerts & Louise Doswald-Beck, “El derecho internacional humanitario consuetudinario”, CICR, 2007, p. 64.

información a su disposición al momento de tomar la decisión, sea luego juzgado por un resultado adverso no previsto de la operación militar.

Artículo 25.

El artículo 25 reproduce el contenido del artículo 57(2)(b) del Protocolo I según el cual “un ataque será suspendido o anulado si se advierte que el objetivo no es militar o que goza de protección especial, o que es de prever que el ataque causará incidentalmente muertos o heridos entre la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista”. Esta norma es consuetudinaria y aplica a conflictos internos, tal como lo estableció la Corte Constitucional y lo afirma el estudio del CICR sobre el derecho internacional humanitario⁵³.

Al ratificar el Protocolo I, el Reino Unido declaró que esta obligación se aplicaba solamente a “las personas con la autoridad y con la posibilidad práctica de anular o suspender el ataque”⁵⁴. El inciso segundo del artículo 25 suple el vacío señalado en ese entonces por el Reino Unido, al señalar las personas con autoridad para detener el ataque. El responsable de detener el ataque es el mismo “miembro de la Fuerza Pública responsable de decidir el ataque” al cual se refiere el artículo 24. La segunda frase del segundo inciso reitera además un punto obvio: sus superiores jerárquicos también pueden detener el ataque.

Finalmente, el tercer inciso cubre la situación en que el superior responsable considera unas circunstancias fácticas, y en el terreno esas circunstancias resultan ser distintas. Si esta diferencia implica que un ataque causará daños desproporcionados, el tercer inciso autoriza a los miembros subordinados a detener el ataque, pero deben informar inmediatamente, de ser posible, al superior que lo ordenó.

Artículo 26.

El artículo 26 es una reiteración específica del principio de distinción, según el cual la Fuerza Pública sólo puede atacar a los combatientes y las personas que participan directamente en las hostilidades. Así, los civiles que son cercanos o de otra manera simpatizan con grupos armados, no entran bajo ninguna de estas dos categorías. Así lo dijo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con respecto a Colombia:

“...las partes responsables han equiparado la vocación y/o las actividades no hostiles de sus víctimas con una participación activa en las hostilidades, justificando así ataques contra ellos. Aceptar dichos argumentos como fundamento para atacar estos civiles y otros similares no solamente desvirtuaría cualquier distinción significativa entre personas civiles y combatientes, sino que llevaría a una guerra carente de toda regulación en Colombia.”

⁵³ Jean Marie Henckaerts & Louise Doswald-Beck, “El derecho internacional humanitario consuetudinario”, CICR, 2007, p. 69.

⁵⁴ *Ibíd.*

[...]

En la práctica, una persona civil participa directa o activamente en hostilidades cuando, individualmente o como miembro de un grupo, asume el papel de combatiente. Dichas personas civiles constituyen una amenaza inmediata de daño cuando se preparan, participan y retornan del combate. Como tales, quedan expuestas a ataque directo. Más aún, debido a sus actos hostiles, esas personas civiles pierden los beneficios de los que gozan los civiles pacíficos, de precaución al atacar y contra los efectos de ataques indiscriminados o desproporcionados.

[...]

En contraste, las personas civiles que tan sólo apoyen el esfuerzo militar o de guerra del adversario o de otra forma sólo participen indirectamente en las hostilidades no pueden ser consideradas combatientes por esa única razón. Esto se debe a que la participación indirecta, tal como vender mercaderías a una o varias de las partes en el conflicto, expresar simpatía por la causa de una de las partes o, más claro aún, no haber actuado para prevenir la incursión de una de las partes en contienda, no implica actos de violencia que constituyan una amenaza inmediata de daño actual a la contraparte. [...] Claramente, tampoco puede considerarse que las personas que ejercen su derecho a votar o que aspiren a ser elegidos o sean elegidos para cargos públicos estén cometiendo actos hostiles, directos o indirectos, contra una de las partes en cualquier conflicto armado”⁵⁵.

Esta distinción entre participación *directa* y participación *indirecta* en las hostilidades también ha sido señalada por el CICR. Este último señala que “[l]os actos que no pueden causar daños de índole militar ni causar la muerte, heridas o destrucción en detrimento de las personas o de los bienes protegidos”⁵⁶, y “la conducta individual que simplemente fomenta o mantiene la capacidad de una parte para dañar al adversario o que, de otra manera, causa un daño solo de forma indirecta” como “proporcionar al adversario suministros y servicios”⁵⁷, no constituyen participación indirecta en las hostilidades.

Ninguna persona puede ser atacada si su única conducta consiste en una participación *indirecta*. Las conductas señaladas en los numerales 1 y 2 no constituyen, bajo ninguna circunstancia, participación directa en las hostilidades. Se trata de los dos ejemplos más claros, que el numeral 3 complementa con una prohibición general: las personas que no son combatientes –como los miembros y milicianos de grupos armados– y que no participan directamente en las hostilidades, no pueden ser objeto de ataques.

El párrafo aclara que esto no hace a esas personas inmunes a la acción del Estado, y aclara así mismo que el uso de la fuerza armada se restringe al ataque contra combatientes y

⁵⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Tercer Informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, OEA/Ser.L/V/II.102, 26 de febrero de 1999, Capítulo IV, párrafos 52, 54 y 56.

⁵⁶ Nils Melzer, “Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario”, CICR, 2010, p. 50.

⁵⁷ *Ibíd.*, p. 53.

objetivos militares. Señala, en primer lugar, que algunas de las conductas descritas pueden constituir delitos. Ocurre, por ejemplo, cuando una persona apoya a un grupo armado de tal manera que comete el delito de concierto para delinquir⁵⁸. En segundo lugar, el párrafo precisa que la presencia de estas personas en un objetivo militar no hace por sí misma que el ataque esté prohibido, siempre que el ataque sea “dirigido específicamente contra un blanco legítimo o un objetivo militar”.

Artículo 27.

El artículo 27 precisa que la presente ley también se aplicará a los miembros de la Fuerza Pública en conflictos armados internacionales, sin perjuicio de las normas aplicables a dichos conflictos. Lo anterior en la medida en que estamos ante una norma de armonización del DIH con el derecho penal interno, la cual en nada contradice la aplicación de estas reglas con los estatutos internacionales respectivos (Convenio de Ginebra, Protocolos adicionales, Estatuto de Roma) , aplicables a conflictos de esa índole.

Capítulo IV

Artículos 28 y 29.

El artículo 28 deja en claro que esta ley no modifica las normas vigentes que rigen la asistencia militar a la Policía Nacional, vg el artículo 86 y sig. del Decreto 1355 de 1970 (Código de Policía). Entretanto, el artículo 29 reitera la aplicación del DIH a las actividades de la Policía Nacional, circunscribiéndola a su participación en las hostilidades.

Título Segundo

Este Título consta de diez artículos que buscan dos objetivos primordiales de armonización. En primer lugar, se busca armonizar las estructuras de imputación del derecho penal con aquellas del derecho penal internacional, en los aspectos particularmente relevantes para el juzgamiento de los miembros de la Fuerza Pública. Ese primer objetivo está reflejado en los artículos 32 (responsabilidad del superior), 35 (exoneración por error), 36 (órdenes superiores) y 37 (legítima defensa) del proyecto de ley. En segundo lugar, se busca armonizar estas estructuras de imputación con los deberes y las permisiones que establece el derecho internacional humanitario, así como con la realidad de las operaciones militares.

Así, el artículo 31 (posición de garante) propone precisar el contenido de la posición de garante en su aplicación a los integrantes de la Fuerza Pública; el 39 prohíbe invertir la carga de la prueba en contra de los miembros de la Fuerza Pública, cuando en un proceso penal se debate si una persona es combatiente o civil, y el 38 prevé causales de ausencia de responsabilidad para conductas que respeten el derecho internacional humanitario.

Los artículos 31 (posición de garante), 35 (exoneración por error), 36 (órdenes superiores) y 37 (legítima defensa) no crean nuevas instituciones o reglas en el Código Penal. Se limitan a precisar el contenido de algunos conceptos que ya existen en la Parte General del

⁵⁸ Código Penal, artículo 340.

Código en aspectos relevantes para la investigación y juzgamiento de los miembros de la Fuerza Pública. De esta manera, el proyecto se circunscribe al objetivo de la ley estatutaria previsto en el Proyecto de Acto Legislativo.

Los artículos 32 (responsabilidad del superior), 35 (exoneración por error), 36 (órdenes superiores) y 37 (legítima defensa) proponen incorporar al derecho interno algunos aspectos del Estatuto de Roma de manera clara, en particular los contenidos de los artículos 28, 31(1)(c), 32 y 33 del Estatuto.

El **artículo 31** sobre posición de garante propone dos precisiones esenciales para la aplicación de esta figura, prevista en el artículo 25 del Código Penal, a los comandantes militares. La primera precisión se trata de un estándar de "control efectivo" para determinar que un miembro de la Fuerza Pública solamente tiene posición de garante si goza de ese control efectivo. La simple competencia jurídica para actuar en una determinada situación no crea por sí sola una posición de garante, pues un miembro de la Fuerza Pública no puede ser responsabilizado por la mera existencia hipotética o teórica de una competencia sobre un territorio o una persona. Debe tener un verdadero *control efectivo* sobre el territorio de que se trate o la fuente de riesgo para la población civil, según sea el caso.

La segunda precisión busca que la responsabilidad por omisión de cumplimiento de los deberes de salvamento tenga en cuenta dos elementos: la competencia para actuar y la posibilidad fáctica de hacerlo. Ambas son condiciones necesarias para que un miembro de la Fuerza Pública sea responsable por omisión. Si el miembro de la Fuerza Pública tiene la competencia jurídica pero no la posibilidad fáctica, éste no puede ser condenado por la omisión de un deber que no habría podido cumplir o, en otras palabras, obligado a lo imposible. Si, de otro lado, tiene la posibilidad fáctica pero no la competencia jurídica, el miembro de la Fuerza Pública no puede ser condenado por no hacer aquello a lo que el ordenamiento jurídico no le autorizaba, pues se desconocería el principio de legalidad establecido en el artículo 6 de la Constitución Política y el principio de seguridad jurídica que se propone en este proyecto de ley.

El **artículo 32**, a su vez, incorpora la responsabilidad del superior prevista en el derecho penal internacional. Los artículos 31 y 32 buscan aclarar la manera en que los miembros de la Fuerza Pública pueden ser responsabilizados por acciones de otros, y en especial aclarar que una persona no puede ser responsable por la sola posición formal de jerarquía.

Este artículo refleja los elementos de la responsabilidad del superior previstos en el artículo 28 del Estatuto de Roma y desarrollados por la jurisprudencia internacional. De acuerdo con la jurisprudencia internacional, se requiere el cumplimiento de tres elementos (i) la relación de subordinación con mando y control efectivo, (ii) el conocimiento actual o constructivo del delito, y (iii) la omisión en los deberes de prevención o denuncia, según el caso⁵⁹. A estos requisitos se añade que la conducta debe haber ocurrido en el contexto de las hostilidades, pues la responsabilidad del superior es una regla consuetudinaria del derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos armados (internacionales e internos).

⁵⁹ *Prosecutor v. Delić*, Case No. IT-04-83-T, "Judgement", 15 de Septiembre de 2008, párrafos 53-76.

Los requisitos de la responsabilidad del superior son concurrentes. No se puede condenar a un miembro de la Fuerza Pública por el cumplimiento de uno solo de ellos. Así, el párrafo 1 aclara que el superior militar o policial no es responsable por el solo hecho de que sus subordinados hayan cometido un delito. Debe verificarse que el superior *conoció o debió conocer* de los delitos, y que además contaba con medios para prevenir o sancionar que ese superior no usó. El párrafo 2 aclara lo que quiere decir que el superior “hubiera debido saber” usando para ese efecto la jurisprudencia internacional sobre la materia⁶⁰. Finalmente, el párrafo 3 armoniza estas disposiciones con el artículo 91 de la Constitución, que limita la obediencia debida y por tanto el grado de control efectivo, de los superiores de la Policía Nacional.

El **artículo 33** regula la figura de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, que ha sido aplicada en diversas ocasiones por algunos funcionarios judiciales en Colombia. Esta doctrina también ha sido utilizada por la Corte Penal Internacional (con la oposición de varios magistrados⁶¹) y tribunales en países de América Latina como Perú y Argentina. Esta doctrina se deriva de la teoría del dominio del hecho formulada por el jurista alemán Claus Roxín, quien sostiene que la distinción entre la autoría y la participación en el delito debe trazarse señalando como autores a quienes tienen el dominio del hecho. Es decir, quienes con abstenerse de la conducta, podrían frustrar el hecho⁶². Tratándose de estructuras organizadas, Roxín formuló varios criterios indicativos que permiten establecer si el imputado tenía o no el dominio del hecho. Estos criterios han sido aplicados de por los tribunales de otros países en América Latina.

El artículo 33 evita que estos requisitos no sean tenidos en cuenta por los jueces nacionales y reitera que la sola posición de jerarquía no equivale a dominio del hecho y no puede ser el fundamento único para una condena penal. Por lo tanto, los cinco numerales del artículo 33 reiteran los elementos señalados por Roxín, sin los cuales no puede afirmarse que el líder de la estructura jerárquica dominó la voluntad de la misma y la utilizó como un mero instrumento para el logro de fines criminales. Si no puede hacerse esa afirmación en un caso concreto, no puede haber condena contra un miembro de la Fuerza Pública con base en la doctrina de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder.

Esta figura, sin embargo, sólo tiene la función de distinguir entre autor y partícipe. El presente proyecto de ley no regula la responsabilidad del determinador y el cómplice, la cual se encuentra reglada en los Códigos Penal y Penal Militar.

Por último, el **artículo 37** propone armonizar la causal de exoneración de legítima defensa con el derecho penal internacional. Este artículo incorpora los elementos del Estatuto de Roma que no aparecen de manera explícita en el Código Penal. También aclara la forma en que el elemento de proporcionalidad de la legítima defensa debe ser evaluado por las autoridades judiciales. A su vez, establece que la legítima defensa de bienes esenciales para

⁶⁰ *Prosecutor v. Delić*, Case No. IT-04-83-T, “Judgement”, 15 de Septiembre de 2008, párrafos 53-76

⁶¹ En los casos *Lubanga* y *Ngudjolo* los magistrados Fulford y van den Wyngaert disintieron del uso de la figura del “dominio del hecho” por no ser una interpretación razonable del artículo 25 del Estatuto de Roma.

⁶² Ver en general Claus Roxin, *Autoría y dominio del hecho*, Madrid, Marcial Pons, 2000.

la supervivencia no exime de responsabilidad entratándose de delitos de lesa humanidad, genocidio, desaparición forzada, ejecución extrajudicial, tortura y delitos relacionados con la libertad, integridad y formación sexuales.

El **artículo 38** a su vez propone armonizar el Código Penal con el derecho internacional humanitario al establecer causales de ausencia de responsabilidad cuando la conducta es respetuosa del derecho internacional humanitario. Las reglas de exoneración se dividen en conductas que causan daños a objetivos militares y blancos legítimos, por un lado, y conductas que causan daños a objetos y personas civiles por otro. Las reglas de exoneración se diferencian de acuerdo con el rol que cumplen los distintos miembros de la Fuerza Pública en las operaciones militares. Es distinto el tratamiento jurídico de la planeación de las operaciones, de la ejecución de las mismas, y de la ejecución de conductas por fuera de las órdenes de operaciones u órdenes de servicio, según sea el caso.

El **artículo 39** sobre la carga de la prueba busca cumplir el artículo 29 de la Constitución Política en cuanto a los deberes procesales de la Fiscalía. El derecho internacional humanitario establece presunciones de estatus de civil a favor de personas y bienes. Por ejemplo, el artículo 50(1) Protocolo I establece que en caso de duda, se presume que la persona es civil. El artículo 52(3) del mismo Protocolo establece una regla similar para objetivos militares. Aunque esas normas son aplicables a conflictos internacionales, el CICR ha sostenido que la misma aproximación “parece estar justificada en conflictos no internacionales”⁶³. Pero esta regla no debe ser interpretada como una inversión de la carga de la prueba en los procesos penales. La Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex – Yugoslavia ha sostenido que en estos casos “el imperativo ‘en caso de duda’ se limita a la conducta esperada de un miembro de las fuerzas militares. Sin embargo, cuando la responsabilidad penal de este último está en debate, la carga de la prueba acerca de si un objeto es de carácter civil recae sobre la Fiscalía”⁶⁴.

Título Tercero: Competencia de la jurisdicción ordinaria y de la jurisdicción penal militar y policial.

Capítulo I: Conductas de competencia exclusiva de la jurisdicción ordinaria.

Artículo 41.

Este artículo reproduce la lista contenida en el Acto Legislativo 02 de 2012 que extrae de la competencia de la justicia penal militar una serie de delitos graves, precisando la jurisprudencia constitucional sobre el rompimiento *ipso jure* del vínculo entre el delito y el servicio⁶⁵.

⁶³ http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_cha_chapter1_rule6?OpenDocument&highlight=doubt

⁶⁴ *Prosecutor v. Kordić & Čerkez*, Appeal Judgment (2004), párrafo 53: “the imperative ‘in case of doubt’ is limited to the expected conduct of a member of the military. However, when the latter’s criminal responsibility is at issue, the burden of proof as to whether an object is a civilian one rests on the Prosecution”

⁶⁵ Ver, por ejemplo, sentencias C-358 de 1997 y SU-1184 de 2001.

Como se señaló en los debates previos a la aprobación del Acto Legislativo, las conductas que aparecen en la lista y actualmente no están definidas en la legislación penal, deben ser definidas por la ley estatutaria. Sin embargo, la mayor parte de estas conductas ya están definidas, por lo cual los incisos segundo y tercero se remiten al Código Penal para esos efectos.

Artículo 42.

Esta disposición tipifica en Colombia los delitos de lesa humanidad, con el fin de superar la incertidumbre que genera el uso de ese término en la jurisprudencia. La tipificación transcrita fue elaborada por el profesor Mario Madrid-Malo y replica integralmente los delitos listados en el Estatuto de Roma, que se incorporan en el articulado con la tasación de la pena correspondiente o relativa a la conducta autónoma prevista en el código penal.

Cada uno de los tipos penales incluye los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad, que consisten en la existencia de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, y el conocimiento de dicho ataque. Estos elementos se encuentran regulados en el artículo 7 del Estatuto de Roma, que forma parte del bloque de constitucionalidad⁶⁶.

Artículos 43 y 44.

El término “ejecución extrajudicial” es usado en múltiples instrumentos de carácter internacional, incluyendo el Proyecto de Principios sobre la Administración de Justicia por los Tribunales Militares, elaborado por el Relator Especial de las Naciones Unidas, Emmanuel Decaux⁶⁷. Se trata de una categoría relevante para delimitar la competencia de la justicia penal militar, que no obstante carece de una definición precisa. Algunos informes internacionales se refieren de manera amplia a “homicidios en circunstancias que contravienen el derecho internacional”⁶⁸.

Esta formulación puede ser adecuada para el cumplimiento del mandato amplio de los relatores especiales de organismos internacionales, pero no es apropiada para la tipificación de un delito. El derecho constitucional al debido proceso comprende el principio de legalidad, de acuerdo con el cual “la descripción de las conductas punibles y el señalamiento de las penas deben ser exactos e inequívocos, y no ambiguos, de modo que la labor del juez se limite a establecer si una determinada conducta se adecúa o no al tipo penal, para deducir o no las consecuencias contempladas en el mismo”⁶⁹.

⁶⁶ Sentencia C-290 de 2012.

⁶⁷ Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos, *La administración de justicia por los tribunales militares: Informe presentado por el Relator Especial de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, Emmanuel Decaux* E/CN.4/2006/58, 13 de enero de 2006.

⁶⁸ Naciones Unidas. *Informe del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos en Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias* E/CN.4/2005/7, 22 de diciembre de 2004, párr. 7.

⁶⁹ Sentencia C-238 de 2005.

La Corte Constitucional ha establecido que “si la ley penal puede ser aplicada por los jueces a conductas que no se encuentran claramente definidas en la ley previa, entonces tampoco se protege la libertad jurídica de los ciudadanos, ni se controla la arbitrariedad de los funcionarios estatales, ni se asegura la igualdad de las personas ante la ley, ya que la determinación concreta de cuáles son los hechos punibles recae finalmente, ex post facto, en los jueces, quienes pueden además interpretar de manera muy diversa leyes que no son inequívocas”⁷⁰.

Por lo anterior es necesario establecer una definición estricta y taxativa de la conducta de ejecución extrajudicial, que además permita delimitar adecuadamente el ámbito de competencia de la jurisdicción ordinaria con respecto a la justicia penal militar. Todas las conductas que puedan calificarse como ejecución extrajudicial en sentido amplio, pueden catalogarse dependiendo de los hechos como homicidios agravados⁷¹ u homicidios en persona protegida⁷². Se requiere entonces un tipo penal más específico que se distinga de los anteriores delitos y cubra el núcleo de la conducta que en Colombia se ha denominado como “falsos positivos”. La formulación que se propone requiere tres elementos:

- i. Sujeto activo calificado.
- ii. Causación de la muerte a la víctima.
- iii. Haber puesto en indefensión absoluta a la víctima, después de haberla dominado.

Esta definición estricta permite asegurar que todas las ejecuciones extrajudiciales en estricto sentido sean juzgadas por la jurisdicción ordinaria, a la vez que las muertes en combate cuya legalidad se cuestiona por aspectos técnicos y militares, que serían catalogadas como homicidios en persona protegida, sean investigadas y juzgadas por la justicia penal militar. Así, por ejemplo, un caso como el de los jóvenes de Soacha sería claramente de competencia de la jurisdicción ordinaria, pero un caso como el de la muerte de un miembro de la guerrilla donde existen dudas sobre el modo de desarrollo de un combate por motivo de la posición táctica de las Fuerzas Militares o la superioridad numérica de un destacamento militar, o un caso en que una unidad militar comete un error e inadvertidamente dispara a una persona civil, serían de competencia de la justicia penal militar, por requerir una evaluación técnica de aspectos militares.

El siguiente artículo impide interpretaciones que permitan ampliar indebidamente la competencia de una u otra jurisdicción, a expensas de la otra. Según ese artículo, no importa qué otras calificaciones puedan darse a los hechos, pues el concurso de delitos es un aspecto del análisis que sólo se lleva a cabo al momento de acusar y posteriormente al proferir una condena penal. Para determinar la competencia de las distintas jurisdicciones penales, no es necesario determinar la relación entre el nuevo tipo penal de ejecución extrajudicial y los tipos penales ya existentes, ni considerar qué clase de concurso delictual plantean los distintos casos. Esa es una labor del juez penal competente, cuando ya se ha definido la competencia. Para establecer la competencia de ese juez, basta con apreciar si la conducta corresponde o no a la definición de ejecución extrajudicial.

⁷⁰ Sentencia C-559 de 1999.

⁷¹ Código Penal, artículo 104.

⁷² Código Penal, artículo 135.

Así, el proyecto de ley estatutaria, en consonancia con la política anunciada por el Gobierno Nacional, es claro en reafirmar que los mal llamados "falsos positivos" **son de competencia de la jurisdicción ordinaria y bajo ninguna circunstancia pueden ser de conocimiento de la jurisdicción penal militar.**

Capítulo II: Conductas de competencia exclusiva de la justicia penal militar.

Artículos 45 y 46.

Estos dos artículos precisan el significado de la “relación con el servicio” de acuerdo con la jurisprudencia constitucional. En la sentencia C-358 de 1997 la Corte Constitucional determinó que la relación con el servicio debía ser un “vínculo [...] próximo y directo, y no puramente hipotético y abstracto”. En ese caso la Corte rechazó nociones más amplias que vinculaban la jurisdicción militar a la ocurrencia de un delito “con ocasión” del servicio, y esa jurisprudencia ha guiado a las altas cortes en la definición de competencias de conformidad con el artículo 221 de la Constitución. Este articulado propone que la relación a observar sea entre la conducta y “la función del miembro de la Fuerza Pública bajo investigación y/o juzgamiento”. Esto permite que el funcionario judicial encargado de dirimir los conflictos de competencia, se enfoque en la función del procesado y no en las funciones más amplias de la Fuerza Pública, lo que permite a su vez que el vínculo a constatar sea “próximo y directo” en lugar de “hipotético y abstracto”.

El Acto Legislativo no modifica el primer inciso del artículo 221 de la Constitución⁷³, por lo cual es preciso establecer la relación entre el segundo inciso que se adiciona y el primer inciso que se deja intacto. El segundo inciso que se adiciona establece que “[l]as

⁷³ Ver por ejemplo, Gaceta No. 138 de 2012 (Ponencia para segundo debate): “Si bien es cierto que los delitos contra el Derecho Internacional Humanitario son cometidos con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, y por ello se propone que sean asumidos de manera exclusiva por la Justicia Penal Militar, también lo es que la jurisprudencia de los organismos internacionales y de la misma Corte Constitucional no ha vacilado en señalar que algunas de esas infracciones son de tal gravedad que resultan abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y deben, por lo mismo, ser conocidas por la justicia ordinaria.” Gaceta No. 229 de 2012 (Ponencia para tercer debate): “Por su parte, el Secretario General del Ministerio de Defensa intervino para aclarar que el proyecto de acto legislativo no es una propuesta de reforma al fuero sino un proyecto de reforma integral a la Justicia Penal Militar. Recordó que el inciso primero del actual artículo 221 de la Constitución Política, a partir del cual se ha elaborado la jurisprudencia sobre el alcance del fuero, queda intacto con la reforma.” Luego los senadores ponentes sostuvieron que: “Para quienes consideran que la propuesta contraviene instrumentos internacionales de Derechos Humanos o la jurisprudencia de nuestra Corte Constitucional o de los órganos del Sistema de Protección de los Derechos Humanos, hay que enfatizar que el proyecto deja intacto el inciso primero del artículo 221, a partir del cual se ha construido toda la jurisprudencia sobre el alcance restrictivo del fuero penal militar.” Gaceta No. 286 de 2012 (Ponencia para cuarto debate): “la reforma constitucional es respetuosa del precedente constitucional, por cuanto la fijación que el ordenamiento jurídico colombiano hace en el artículo 221 de la Constitución Política se mantiene intacta. (La persona procesada debe ser un miembro de la Fuerza Pública en servicio activo y, en segundo lugar, el delito en cuestión debe tener ‘relación con el mismo servicio’).” Gaceta No. 630 de 2012 (Ponencia para quinto debate): “Finalmente el doctor Luis Manuel Neira, Secretario General del Ministerio de Defensa Nacional afirmó que lo que se busca es una reforma integral a la Justicia Penal Militar que brinde a la Fuerza Pública un marco legal claro para acometer su misión institucional, y no del fuero, al señalar que el actual inciso 1° del 221 constitucional no se modifica por cuenta de esta reforma”.

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.” Para armonizar los dos incisos, se propone el artículo según el cual esas infracciones son de competencia exclusiva de la justicia penal militar “siempre que la conducta tenga relación próxima y directa con el servicio”.

Artículo 47.

La jurisprudencia constitucional señala que “en las situaciones en las que exista duda acerca de cuál es la jurisdicción competente para conocer sobre un proceso determinado, la decisión deberá recaer en favor de la jurisdicción ordinaria, en razón de que no se pudo demostrar plenamente que se configuraba la excepción”⁷⁴. La duda, sin embargo, ha sido considerada en los últimos años como el criterio principal para dirimir conflictos de competencia. Es necesario cualificar la duda de la que trata la jurisprudencia constitucional. Múltiples autos del Consejo Superior de la Judicatura asignan la competencia a la jurisdicción ordinaria simplemente porque no es posible conocer en detalle lo que ocurrió durante una determinada operación militar⁷⁵. Pero la Corte Constitucional no estableció el criterio de duda en el sentido de una *duda sobre lo ocurrido* sino de una *duda sobre la jurisdicción competente*. En ese sentido, para que la duda haga recaer la competencia en la jurisdicción ordinaria, ésta debe ser una duda que surge con la adecuación de los hechos a las reglas de competencia que se establecen en este Título.

Por lo anterior, este artículo (i) reitera la regla jurisprudencial, (ii) define con precisión el significado de una duda en esta materia y (iii) señala las circunstancias que *no* constituyen una duda suficiente para presumir que el proceso corresponde a la jurisdicción ordinaria. El artículo se refiere de manera específica a la Comisión Técnica de Coordinación, para permitir que esa comisión dirima las dudas sobre lo ocurrido, y así las decisiones sobre competencia sean tomadas con información completa y de calidad y no sobre la base de hipótesis y conjeturas.

Título Cuarto: Independencia e imparcialidad de la justicia penal militar y policial

El Título Cuarto desarrolla el inciso del Proyecto de Acto Legislativo según el cual:

⁷⁴ Sentencia C-358 de 1997.

⁷⁵ En un estudio de una muestra representativa de procesos de conflictos de competencia, se encontró que el 79% de los casos fue asignado a la jurisdicción ordinaria. Entre estos, se encontraban sesenta (60) autos del Consejo Superior de la Judicatura, de los cuales trece (13) asignaron el caso por el criterio de vínculo próximo y directo con el servicio, cuatro (4) por el rompimiento *ipso jure* del nexo con el servicio y cuarenta y tres (43) fueron resueltos con fundamento exclusivo en la duda. La duda por lo general surge de los siguientes factores: (i) falta de coherencia entre los relatos de miembros de la Fuerza Pública, (ii) ausencia de elementos probatorios que permiten discernir claramente las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon los hechos, (iii) la presencia en el proceso de testimonios que aseveran que la conducta fue ilegal, (iv) la demostración del estado de indefensión de la víctima, de su incapacidad de hostigar a la Fuerza Pública con armas, de la incapacidad de las armas y equipos de comunicación para ser utilizados o de la causación de heridas con armas de fuego a corta distancia, a partir de los dictámenes forenses, y (v) el rompimiento de la cadena de custodia.

“La ley establecerá las garantías de autonomía e imparcialidad de la justicia penal militar. Además, regulará una estructura y un sistema de carrera propio e independiente del mando institucional.”

Este mandato se desarrolla en cuatro capítulos: (I) independencia del mando institucional, (II) Autonomía administrativa de la justicia penal militar y policial, (III) garantías de autonomía de los funcionarios de la justicia penal militar y policial, y (IV) garantías de imparcialidad de los mismos.

La independencia e imparcialidad de la justicia penal militar es un tema de gran importancia, pues una ley que establezca estas garantías de manera clara, podrá mostrar que la justicia penal militar es un elemento legítimo dentro del Estado de Derecho en Colombia, que merece ser respetado por los tribunales internacionales.

Al determinar las garantías de independencia e imparcialidad se ha tenido en cuenta la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos según la cual la justicia no sólo debe *ser* independiente e imparcial, sino también *parecerlo*, con lo cual la duda que se abre a un observador razonable sobre la independencia e imparcialidad del juez es suficiente para viciar un proceso: “no es posible limitarse a un juicio puramente subjetivo. En este ámbito, incluso las apariencias pueden tener una cierta importancia [...] cualquier juez con respecto a quien haya una razón legítima para temer una falta de imparcialidad debe retirarse del caso. Lo que está en juego es la confianza que los tribunales deben inspirar en el público en una sociedad democrática”⁷⁶.

Con respecto a los jueces militares, la Corte Europea de Derechos Humanos no ha hecho descalificaciones amplias ni absolutas. La Corte, por el contrario, ha considerado los factores particulares que pueden llevar a dudar sobre su independencia e imparcialidad en casos concretos. En el caso particular de las Cortes de Seguridad Nacional de Turquía, la Corte Europea afirmó que

“el estatus de los jueces militares que forman parte de las Cortes de Seguridad Nacional provee ciertas garantías de independencia e imparcialidad. Por ejemplo, los jueces militares tienen el mismo entrenamiento profesional que sus contrapartes civiles, lo cual les otorga el estatus de miembros de carrera del Servicio Jurídico Militar. Cuando forman parte de las Cortes de Seguridad Nacional, los jueces militares gozan de garantías idénticas a las que tienen los jueces civiles; adicionalmente, con ciertas excepciones, no pueden ser retirados de su cargo u obligados a retirarse antes de tiempo sin su consentimiento [...]; como miembros regulares de las Cortes de Seguridad Nacional prestan su servicio en capacidad individual; de acuerdo con la Constitución, deben ser independientes y ninguna autoridad pública puede impartirles instrucciones con respecto a sus actividades judiciales o influenciarlos en el desempeño de sus deberes [...]”⁷⁷. Pero a la vez, en el mismo caso, la

⁷⁶ Corte Europea de Derechos Humanos, *Piersack v. Bélgica*, 1 de octubre de 1982, párrafo 30.

⁷⁷ Corte Europea de Derechos Humanos, *Incal v. Turquía*, 9 de junio de 1998, párrafo 67.

Corte Europea consideró que “por otro lado, otros aspectos del estatus de estos jueces hacen que éste sea cuestionable. En primer lugar, son miembros de las fuerzas militares que aún pertenecen al Ejército, que a su vez recibe órdenes del Ejecutivo. En segundo lugar, permanecen sujetos a la disciplina militar y el Ejército compila informes de evaluación para ese propósito [...]. Las decisiones sobre su nombramiento son tomadas en gran medida por las autoridades administrativas y el Ejército. Por último, su periodo como jueces de las Cortes de Seguridad Nacional es únicamente de cuatro años y puede ser renovado”⁷⁸.

Por esos motivos la Corte Europea de Derechos Humanos consideró que los jueces militares turcos no ofrecían suficientes garantías de independencia e imparcialidad. Esta jurisprudencia indica sin embargo que existen casos en que una justicia penal militar o policial sí puede ofrecer suficientes garantías de independencia e imparcialidad, y por lo tanto cumplir con los derechos humanos relativos al debido proceso. Esa tarea se acomete en este Título del proyecto de ley estatutaria

Nótese que el proyecto de ley abarca la noción de justicia penal militar y policial, en aras de prever que la eventual creación de la justicia penal policial, de conformidad con la habilitación prevista en el Acto Legislativo 02 de 2012, responda a los mismos principios que señala esta ley.

Capítulo I: Independencia del mando institucional.

Artículos 48 y 49.

Estos artículos reiteran el mandato constitucional de establecer una “estructura [...] independiente del mando institucional”. Ese nuevo mandato constitucional va más allá de la autonomía del juez, ya garantizada por el artículo 230 de la Constitución. Obliga al legislador a establecer una *estructura* de la justicia penal militar que sea *independiente del mando institucional*. Para hacer efectiva esta independencia, prohíbe a todos los miembros de la Fuerza Pública que hacen parte de la línea de mando, intervenir en la administración de la justicia penal militar.

El artículo 49 hace efectivo el mandato constitucional. Como la *estructura* misma de la justicia penal militar debe ser independiente del mando, se separa completamente el mando de la Fuerza Pública de la administración de la justicia penal militar. El artículo establece el principio general de independencia del mando de la Fuerza Pública, prohíbe a los funcionarios y empleados de la justicia penal militar y policial buscar o recibir instrucciones del mando, e impide que los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo que hacen parte de la línea de mando ejerzan funciones en la justicia penal militar y policial.

⁷⁸ *Ibíd.*, párrafo. 68.

Artículos 50 y 51.

Estos artículos reiteran derechos fundamentales de todos los intervinientes en los procesos ante la justicia penal militar y policial. El artículo 51 garantiza el derecho a la defensa, el cual en todos los procesos penales se divide en *defensa material* y *defensa técnica*. Esta última, señala el artículo 51, puede ser ejercida por miembros de la Fuerza Pública que sean abogados. Así se garantizan las más amplias garantías procesales para los miembros de la Fuerza Pública.

Capítulo II: Autonomía administrativa de la justicia penal militar y policial.

Artículos 52 a 54.

Este capítulo obliga al Gobierno Nacional a establecer garantías de autonomía administrativa para la justicia penal militar. al señalar un principio básico: el Gobierno Nacional y la Fuerza Pública no deben intervenir en la administración de la justicia penal militar. Así se preserva su independencia y se impiden cuestionamientos de la justicia militar colombiana a nivel internacional.

Los artículos 52 y 53 descienden a lo concreto y obligan al Gobierno a crear la estructura que garantice ese principio. Así, se establece la creación de una Unidad Administrativa Especial con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio, adscrita al Ministerio de Defensa, y se estipula su blindaje, incluso frente a instrucciones del Gobierno Nacional que incidan en la función de administrar justicia. Entretanto, se ordena que su consejo directivo tenga en todo caso mayoría civil, en aras de reforzar su autonomía.

De esta manera se armonizan las exigencias internacionales de independencia e imparcialidad con la ubicación institucional de la justicia penal militar, que según la Corte Constitucional forma parte de la Administración Pública y no de la Rama Judicial⁷⁹.

Por último, para cumplir el propósito de separar la administración de la justicia penal militar del mando institucional, se propone eliminar el Consejo Asesor de la Justicia Penal Militar contemplado en el Decreto 1512 de 2000

Capítulo III: Autonomía de los funcionarios de la justicia penal militar y policial.

Artículo 55.

Este artículo asegura la autonomía de los funcionarios de la justicia penal militar frente al Gobierno y garantiza una efectiva separación del mando, en cuanto a la definición de la autoridad disciplinaria. Con ese norte, se ha previsto que sea la Procuraduría General de la Nación la encargada de disciplinar a los funcionarios de la jurisdicción castrense por faltas en el ejercicio de sus funciones, y que sea la justicia penal militar o policial la que los discipline por otras faltas disciplinarias, como son las relacionadas con su actividad militar.

⁷⁹ Sentencia C-879 de 2003.

Esta previsión es, a todas luces, emblemática en lo que aviene a los propósitos de una justicia penal militar independiente.

Artículos 56 y 57.

El primer artículo busca reforzar la estabilidad laboral de los funcionarios de la justicia penal militar, eliminando así cualquier duda que pueda surgir sobre su independencia con respecto a su posibilidad de remoción. El segundo artículo busca poner en efecto la misma garantía con respecto a los traslados.

Artículo 58.

Este artículo evita que el mando institucional tenga un control sobre las evaluaciones de desempeño de los funcionarios de la justicia penal militar. Así se disipa cualquier duda sobre la independencia de estos funcionarios con respecto a sus evaluaciones profesionales.

Artículos 59 y 60 y 61.

La reforma aquí propuesta evita que sean el Ministerio de Defensa o la Fuerza Pública los que realizan el proceso de selección del personal de la justicia penal militar, con lo cual se impone una garantía adicional para la independencia. Se propone hacer lo mismo con respecto a la nominación de los magistrados del tribunal superior militar y de los ascensos (incluso con el establecimiento de una planta propia y separada para la justicia penal militar), de manera que la carrera profesional de los funcionarios de esa jurisdicción no dependa de las decisiones del mando institucional, sino de la administración independiente de la justicia penal militar.

Artículo 62.

Para garantizar la independencia de los funcionarios, se propone establecer que éstos, por una sola vez, puedan solicitar su cambio de cuerpo o especialidad, y por voluntad exclusiva del funcionario de la justicia penal militar. Ello, por un lado, propicia y motiva que aquellos militares y policías que han entrado a justicia penal militar permanezcan allí durante su carrera y, por otro, que su posibilidad de cambio solo sea procedente cuando este lo haya solicitado, y nunca por disposición del mando.

Artículos 63 y 64.

Estos dos artículos refuerzan la independencia de la justicia penal militar al separarla físicamente, en lo posible, de las unidades militares y otorgar periodos fijos a los magistrados del Tribunal Superior Militar.

Un sistema de justicia penal militar con todas las anteriores garantías de independencia, no tendría por qué sufrir cuestionamientos. Con el establecimiento de las anteriores garantías no sólo se garantiza el debido proceso de los miembros de la Fuerza Pública y de las

personas que se consideran víctimas de conductas delictivas, sino también el carácter definitivo y de cosa juzgada de las decisiones que profiera la justicia penal militar.

Capítulo IV: Imparcialidad de la justicia penal militar y policial.

Artículos 65 a 68.

Este último capítulo desarrolla tres garantías particulares de imparcialidad, (i) prohibiendo cualquier reparto selectivo de procesos, (ii) ordenando establecer causales de impedimento para los miembros de la Fuerza Pública que hacen parte de operaciones militares antes de su entrada a la justicia penal militar y (iii) evitando contactos secretos *ex parte* con estos funcionarios.

Título Quinto: Comisión Técnica de Coordinación.

El Título Quinto desarrolla el siguiente inciso del Proyecto de Acto Legislativo:

“Si en desarrollo de una acción, operación o procedimiento de la Fuerza Pública, ocurre algún hecho que pueda ser punible y exista duda sobre la competencia de la justicia penal militar, excepcionalmente podrá intervenir una comisión técnica de coordinación integrada por representantes de la jurisdicción penal militar y de la jurisdicción penal ordinaria, apoyada por sus respectivos órganos de policía judicial, en los términos que señale la ley estatutaria, la cual regulará la composición y funcionamiento de esta comisión, la forma en que será apoyada por los órganos de policía judicial de las jurisdicciones ordinaria y penal militar y los plazos que deberá cumplir.”

La principal característica de la Comisión Técnica de Coordinación es que el procedimiento que ésta debe adelantar es una *verificación no judicial* de los hechos. Se trata de una constatación fáctica, similar en principio a la Comisión de Encuesta del artículo 90 del Protocolo I, con la finalidad principal de esclarecer las circunstancias de las operaciones que sean cuestionadas y así otorgar confianza a las partes interesadas sobre el procedimiento posterior a seguir. También busca que las decisiones sobre competencia en casos difíciles no sean tomadas exclusivamente por la duda ocasionada por una ausencia de información. Finalmente, este mecanismo no judicial busca evitar que toda operación de la Fuerza Pública ocasione la apertura de una investigación penal, con los perjuicios morales y patrimoniales que eso supone para los soldados, suboficiales y oficiales que arriesgan su vida e integridad en defensa de los ciudadanos colombianos.

Es importante resaltar que la Comisión Técnica de Coordinación no es un juez ni un fiscal. No se encarga de investigar para asignar responsabilidades sino de verificar los hechos para asistir a las autoridades judiciales. Tampoco cumple funciones de policía judicial, pues se limita a averiguar de manera rápida lo que ocurrió. Finalmente, no es un tribunal de conflictos ni una instancia previa a la definición de la competencia. Se trata simplemente de una herramienta para disipar las dudas sobre los hechos, en circunstancias excepcionales.

Capítulo I: Conformación, funciones y atribuciones.

Artículos 69 a 71.

Estos cuatro artículos buscan asegurar la idoneidad y la independencia de la Comisión. La *idoneidad* se asegura con las calidades exigidas de cada miembro. La *independencia* se asegura con el mecanismo de listas recíprocas, que asegura que los miembros que postula una jurisdicción tengan el asentimiento de la otra, y con la presidencia rotativa de la comisión, que asegura que ningún miembro de esta se sienta obligado a defender a su jurisdicción en casos en que no es competente e incentiva a todos los miembros a buscar el consenso en las decisiones.

Artículos 72 y 73.

Estos dos artículos aseguran detalles administrativos, que deben establecerse en una ley para evitar que el carácter híbrido de la Comisión luego cause dudas sobre los procedimientos administrativos para ponerla en funcionamiento.

Artículo 74.

Este artículo señala la función principal de la Comisión, que es una de verificación fáctica. La Comisión no es un juez ni un fiscal colegiado. No realiza la investigación ni determina responsabilidades, aun preliminarmente. Simplemente verifica los hechos y remite sus conclusiones. Por esa razón la Comisión tiene atribuciones limitadas y poderes limitados, y la intervención de la misma no impide iniciar o proseguir una investigación penal. Las atribuciones limitadas de la Comisión son las que asegurarán su éxito como órgano no judicial: al no afectar los derechos fundamentales de las personas ni su presunción de inocencia, no hay razón para rodearla de los procedimientos y garantías propios de los procesos judiciales. Así se armonizan dos fines muy importantes: se garantiza una verificación fáctica de operaciones puestas en duda, pero a la vez se evita que por cada operación realizada, un miembro de la Fuerza Pública deba responder ante los despachos judiciales.

Artículo 75.

El Acto Legislativo 02 de 2012 ordena a la ley estatutaria señalar “la forma en que [la Comisión] será apoyada por los órganos de policía judicial de las jurisdicciones ordinaria y penal militar”. Este artículo cumple ese deber señalando además una obligación de mantener listas de funcionarios y una obligación de los funcionarios de concentrarse en la labor encomendada por la Comisión.

Artículo 76.

Este artículo limita los poderes de verificación de la Comisión. La Comisión sólo puede desarrollar las actividades que no impliquen una afectación de los derechos fundamentales. Por esa razón, sólo puede recibir las entrevistas a las cuales los sujetos accedan de manera voluntaria. En ese sentido, las personas citadas pueden alegar su derecho a no

autoincriminarse, y de este alegato no puede derivarse un indicio en contra. Las personas que invoquen ese derecho después podrán ejercer su derecho de defensa ante las autoridades judiciales, de iniciarse una investigación.

Capítulo II: Procedimientos de la Comisión.

Artículos 77 y 78.

Estos dos primeros artículos de procedimiento establecen los requisitos de convocatoria de la Comisión. Ésta puede ser convocada por la máxima autoridad investigativa de cada una de las jurisdicciones. La limitación del poder de convocatoria de la Comisión evita que ésta sea abusada y sobrecargada de trabajo. Así, no toda operación, sino apenas aquellas en que las respectivas fiscalías crean necesaria la intervención de la Comisión, serán verificadas.

Para evitar que la verificación de la Comisión interfiera con los procesos judiciales, se prohíbe convocarla después de la formulación o resolución de acusación en el respectivo proceso.

Artículos 79 a 82.

Los anteriores artículos regulan el procedimiento y los plazos que la Comisión debe cumplir. El procedimiento es sencillo y breve. Los plazos breves de la Comisión son importantes para asegurar que la información no se pierda y evitar que esa pérdida de información sea causa de demoras posteriores en los procesos judiciales.

El *contenido* del informe es estrictamente fáctico. Esto ratifica que la Comisión no es un fiscal o juez colegiado, y que el informe no es un fallo ni una providencia judicial de cualquier otra clase. La Comisión tampoco es un tribunal de conflictos, es simplemente un medio para obtener información. Por eso, el informe consta de una parte de constataciones y resúmenes (literales a, b y c Num.4 art. 79) y una parte de recomendaciones (literales d y e). Las recomendaciones no tienen ningún efecto vinculante. Son apenas preliminares. Lo mismo ocurre con las constataciones fácticas, que por sí solas no pueden ser la base de una condena o absolución. Pueden, en cambio, servir como base del programa de investigación. La Comisión sirve de esta manera como una ayuda importante para las actividades investigativas de ambas fiscalías.

El informe también es una ayuda para la resolución de conflictos de competencia, por lo cual se permite su remisión al Tribunal de Garantías Penales, que según el Acto Legislativo, será el encargado de dirimir conflictos de competencia.

Finalmente, se ordena la reserva de todo el informe salvo por la recomendación. Esta reserva legal evita afectar los derechos fundamentales de las personas involucradas en una operación de la Fuerza Pública, salvaguardando su buen nombre e intimidad. Las constataciones de la Comisión, se reitera, no tendrán ningún valor judicial distinto al de ayudar a la respectiva fiscalía en la investigación. Será el órgano de investigación el que determine si una persona debe ser llamada a declarar o si debe ser sujeto de una investigación penal.

La reserva legal también permite garantizar la autonomía de los órganos de investigación. Si las constataciones fueran públicas, habría presión para el órgano de investigación de llegar a conclusiones coherentes con las constataciones fácticas de la Comisión y sus conclusiones sobre los indicios de conductas punibles. A la vez, habría presión para la Comisión de llegar a conclusiones coherentes con investigaciones previamente realizadas por las respectivas fiscalías. Con la reserva legal se asegura que en cada caso particular la Comisión llegue a las constataciones que sus verificaciones rápidas le permitan llegar, y la respectiva fiscalía llegue a las conclusiones y a las decisiones que sean producto exclusivo de las piezas procesales.

Por último, la reserva legal garantiza la seguridad de los miembros de la Fuerza Pública y la seguridad de la ciudadanía, pues evita revelar los detalles de la conducta de las operaciones militares. Por razones elementales de eficacia de la Fuerza Pública, la estrategia y la táctica de la Fuerza Pública no deben ser divulgadas públicamente. Por razones de seguridad, además, los nombres y demás detalles personales de los miembros de la Fuerza Pública que participan en las operaciones, tampoco deben ser divulgados por el solo hecho de una verificación fáctica por la Comisión.

Título Sexto: Tribunal de Garantías Penales.

Este Título desarrolla la adición que el Proyecto de Acto Legislativo busca hacer al artículo 116 de la Constitución, que ordenará:

“Créase un Tribunal de Garantías Penales que tendrá competencia en todo el territorio nacional y en cualquier jurisdicción penal y que ejercerá de manera preferente las siguientes funciones:

- 1. De manera preferente, Servir de juez de control de garantías en cualquier investigación o proceso penal que se adelante contra miembros de la Fuerza Pública.*
- 2. De manera preferente, controlar la acusación penal contra miembros de la Fuerza Pública, con el fin de garantizar que se cumplan los presupuestos materiales y formales para iniciar el juicio oral.*
- 3. De manera permanente, dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre la Jurisdicción Ordinaria y la Jurisdicción Penal Militar.*
- 4. Las demás funciones que le asigne la ley.*

El Tribunal de Garantías estará integrado por seis (6) magistrados, tres (3) de los cuales serán miembros de la Fuerza Pública en retiro. Sus miembros serán elegidos por los presidentes de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional y deberán cumplir con los requisitos exigidos para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia, tendrán el mismo periodo de estos últimos y estarán sometidos a las mismas inhabilidades e incompatibilidades.

Una ley estatutaria establecerá el mecanismo de postulación de candidatos, el procedimiento para su selección y demás aspectos de organización y funcionamiento del Tribunal de Garantías Penales.”

Para cumplir con ese mandato, este Título se divide en cuatro capítulos. En el Capítulo I se establece la composición y la elección de los magistrados. En el Capítulo II se regula el control de garantías, en el capítulo III se regula el control formal y material de la acusación y en el Capítulo IV la función del Tribunal de dirimir conflictos de competencias.

Capítulo I: Composición y elección.

Artículos 83 a 87.

Estos artículos señalan la organización interna del Tribunal. Es importante que el Tribunal no tenga conjueces, de tal manera que se mantenga el equilibrio entre civiles y militares retirados que ordena la Constitución. La conformación por Salas, que replica la conformación de la Corte Constitucional, permite al Tribunal maximizar la eficiencia en su trabajo.

Capítulo II: Control de garantías en ejercicio del poder preferente.

Artículos 88 a 90.

Este capítulo, compuesto por tres artículos, regula el control de garantías por el Tribunal. El objeto de esta ley no es modificar las garantías procesales sino apenas hacerlas efectivas. Señala que el control de garantías debe ser ejercido según el código aplicable a cada jurisdicción. Permite ejercer el control de garantías en casos urgentes, señalando la decisión por un solo magistrado que luego debe ser ratificada por la Sala que éste preside. Así se asegura la celeridad del control de garantías, y a la vez se garantiza que las decisiones de control de garantías sean tomadas en últimas por un tribunal colegiado. Las decisiones de la Sala Plena del Tribunal no están sujetas a recurso alguno. Esta determinación es consistente con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia según la cual los funcionarios aforados juzgados ante la Corte, cuyo control de garantías es ejercido por un magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, no tienen derecho a apelar los autos proferidos en ejercicio de la función de control de garantías⁸⁰. La razón subyacente a esta regla es que el fuero confiere en sí mismo un beneficio. Lo mismo ocurre en este caso, en que la decisión por un Tribunal colegiado con jueces de las más altas calificaciones es en sí misma una garantía para las partes del proceso.

Capítulo III: Control de la acusación.

Artículo 91.

Este capítulo regula la función del Tribunal de Garantías de “controlar la acusación penal contra miembros de la Fuerza Pública, con el fin de garantizar que se cumplan los

⁸⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto del 27 de junio de 2007, Rad. 27488.

presupuestos materiales y formales para iniciar el juicio oral” (subrayas añadidas). Así el Tribunal no sólo debe verificar que se cumplan las reglas sobre el contenido y los anexos del escrito de acusación. También debe verificar que los elementos materiales probatorios no sean manifiestamente insuficientes. Así, por ejemplo, en un proceso adelantado bajo la Ley 600 de 2000, el Tribunal debe verificar que los elementos ofrecidos por el Fiscal en su resolución de acusación puedan mínimamente sustentar que está “demostrada la ocurrencia del hecho y exista confesión, testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad, indicios graves, documento, peritación o cualquier otro medio probatorio que señale la responsabilidad del sindicado”⁸¹.

De manera similar, en un proceso adelantado bajo la Ley 522 de 1999, el Tribunal debe establecer que los elementos materiales probatorios puedan tener alguna posibilidad de sustentar en un juicio que “esté demostrada la ocurrencia del hecho, su tipicidad y, además, existan confesión, testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad, indicios graves, documento, peritación o cualquier otro medio probatorio que comprometa la responsabilidad del procesado, como autor o partícipe”⁸².

En cambio, en un proceso adelantado bajo la Ley 906 de 2004 el Tribunal debe verificar que los elementos no sean manifiestamente insuficientes para “afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe”⁸³. En un proceso bajo la Ley 1407 de 2010, debe confirmar la acusación bajo el mismo presupuesto⁸⁴.

La función del Tribunal no es establecer responsabilidades penales, sino funcionar como filtro para determinar la seriedad de las acusaciones contra los miembros de la Fuerza Pública, en cualquier jurisdicción. Se trata de un instrumento para asegurar que sólo las acusaciones bien sustentadas, y no todas las que simplemente cumplan los requisitos formales, lleven a juicio a un miembro de la Fuerza Pública.

La verificación material tiene un estándar de *insuficiencia manifiesta*. Por lo tanto, el Tribunal no podrá rechazar acusaciones por la sola razón de no estar convencido, pues esa determinación corresponderá al juez de conocimiento. Deberá demostrar que la acusación es *manifiestamente insuficiente*. El tercer inciso señala el procedimiento en caso de que los elementos probatorios sean manifiestamente insuficientes. La Fiscalía, en ese caso, podrá formular una nueva acusación que supere el defecto detectado por el Tribunal. Podrá hacerlo (i) con nuevos elementos probatorios o (ii) con una nueva calificación jurídica que sí se ajuste a los elementos probatorios propuestos.

Capítulo IV: Conflictos de competencia entre jurisdicciones.

Este capítulo regula los conflictos de competencia, cuya resolución se encomienda al Tribunal de Garantías. El objeto del capítulo es establecer un procedimiento sencillo y

⁸¹ Ley 600 de 2000, art. 397.

⁸² Ley 522 de 1999, art. 556.

⁸³ Ley 906 de 2004, art. 336.

⁸⁴ Ley 1407 de 2010, art. 479.

breve para los conflictos de competencia, e impedir que éstos se conviertan en un obstáculo para los procesos que se encuentran en una etapa avanzada. Los conflictos de competencia deben ser decididos de acuerdo con las reglas del Título Tercero. Además, si en el caso hubo convocatoria de la Comisión Técnica de Coordinación, el Tribunal puede solicitar el informe que ésta haya rendido para decidir la competencia con toda la información disponible.

Artículo 92.

El artículo 92 señala a los funcionarios legitimados para plantear los conflictos de competencia.

Artículo 93.

Este artículo señala la oportunidad para solicitar el conflicto de competencias. Se impide plantearlo después de la audiencia de acusación, para evitar que éste se convierta en un obstáculo para la investigación y el juzgamiento. Pero el párrafo permite que se plantee en cualquier momento, cuando sea evidente que se cometió una de las conductas que el Acto Legislativo 02 de 2012 excluye de la jurisdicción penal militar.

Artículos 94 y 95.

Estos artículos señalan la manera de plantear los conflictos de competencia. El artículo 95 establece que la solicitud puede ser total o parcial, de tal forma que puede haber ruptura de la unidad procesal si dentro de una operación que sí tiene un vínculo próximo y directo con el servicio se debe investigar un acto que no lo tiene. La ruptura de la unidad procesal no impide a la Fiscalía General de la Nación hacer una investigación integral sobre el contexto en que ocurrió la conducta bajo investigación, pero sí impide que la conducta que cumple los supuestos del artículo 221 de la Constitución sea investigada por la jurisdicción ordinaria.

Artículo 96.

Este artículo regula un procedimiento rápido ante el Tribunal de Garantías Penales, el cual debe decidir el asunto dentro del término máximo de quince (15) días. Se prohíbe plantear nuevos conflictos de competencia dentro del mismo proceso, para que el conflicto de competencia no se convierta en una herramienta de dilación procesal. Sin embargo, el párrafo establece una excepción relacionada con las conductas taxativas señaladas por el segundo inciso del artículo 221 de la Constitución.

Título Séptimo: Disposiciones finales.

Artículos 97 y 98

Este título comprende dos disposiciones finales. Una transitoriedad necesaria para materializar algunos propósitos de la ley estatutaria, delegados a la Fiscalía General Penal Militar, y el artículo de vigencia y derogatorias.

Hechas estas consideraciones, el Gobierno Nacional, correspondiente con el deber deferido por la Constitución, presenta a consideración del Honorable Congreso de la República el presente proyecto de ley estatutaria, convencido de que, protegiendo a la población civil y respetando el DIH, responde de manera equilibrada a las necesidades operacionales de la Fuerza Pública, a la garantía del debido proceso de los miembros de las Fuerzas Militares y la Policía, los imperativos de independencia e imparcialidad de la actividad jurisdiccional y los derechos de las víctimas de los delitos, en particular, el derecho a una justicia pronta y eficaz, sin limitar su derecho a la verdad y a la reparación, los cuales permanecen incólumes.