

Proyecto de Acto Legislativo No. 192/2012 “Por el cual se reforman los artículos 116, 152 y 221 de la Constitución Política de Colombia”

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1º. Adiciónese el artículo 116 de la Constitución Política con los siguientes incisos:

Una ley estatutaria creará un tribunal de garantías penales que tendrá competencia en todo el territorio nacional y en cualquier jurisdicción. El tribunal ejercerá de manera preferente las siguientes funciones:

Servir de juez de control de garantías en cualquier investigación o proceso penal que se adelante contra miembros de la Fuerza Pública.

Controlar la acusación penal, con el fin de garantizar que se cumplan los presupuestos materiales y formales para iniciar el juicio oral.

Las demás funciones que le asigne la ley.

El tribunal de garantías estará integrado por un número impar de magistrados, elegidos por los presidentes de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional. Los magistrados deberán ser especialistas en derecho constitucional, derecho penal o derecho internacional humanitario y cumplir con los requisitos exigidos para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia. Los miembros de la Fuerza Pública en retiro podrán formar parte de este tribunal. La ley establecerá un mecanismo de postulación de candidatos que asegure la composición equilibrada del Tribunal.

Los integrantes del tribunal tendrán el mismo periodo de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y no podrán ejercer ningún cargo público durante los cinco años siguientes.

Artículo 2º. Adiciónese al artículo 152 de la Constitución Política un literal g), así:

g) Las materias atinentes al juzgamiento de los miembros de la Fuerza Pública en cualquier jurisdicción, señaladas en los artículos 116 y 221 de la Constitución.

Artículo 3º. El artículo 221 de la Constitución Política quedará así:

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

En ningún caso la Justicia Penal Militar conocerá de los crímenes de lesa humanidad, ni de los delitos de genocidio, desaparición forzada, tortura, ejecución extrajudicial, desplazamiento forzado, violación y abusos sexuales, actos de terror contra la población civil y reclutamiento o uso de menores. Salvo los delitos anteriores, las infracciones al Derecho Internacional Humanitario cometidas por miembros de la Fuerza Pública serán conocidas exclusivamente por las cortes marciales o tribunales militares.

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.

Si en desarrollo de una acción, operación o procedimiento de la Fuerza Pública, ocurre algún hecho que pueda ser punible y existe duda sobre la jurisdicción competente, una comisión mixta integrada por representantes de las dos jurisdicciones, constatará inmediatamente lo sucedido y remitirá la actuación a la que corresponda. La ley estatutaria regulará la composición de la comisión y la forma en que será apoyada por los diferentes órganos de Policía Judicial de las jurisdicciones ordinaria y militar. También indicará las autoridades que pueden solicitar la intervención de la comisión, los plazos que deberá cumplir y la manera de solucionar sus desacuerdos.

La ley ordinaria podrá crear juzgados y tribunales penales policiales y adoptar un Código Penal Policial.

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

La ley estatutaria creará un fondo destinado específicamente a financiar la defensa pública técnica y especializada de los miembros de la Fuerza Pública, en cualquiera de las dos jurisdicciones, bajo la orientación de la autoridad que determine la ley.

Artículo 4º. El presente Acto Legislativo rige a partir de la fecha de su promulgación.

JUAN CARLOS PINZÓN BUENO
Ministro de Defensa Nacional

EXPOSICION DE MOTIVOS

El Gobierno Nacional presenta este proyecto de Acto Legislativo con el fin de responder de manera integral al problema de la ausencia de garantías y reglas claras para los miembros de la Fuerza Pública.

La inseguridad jurídica es una fuente de inquietud para los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional. Es necesario en consecuencia tener un marco jurídico claro que les permita actuar de manera efectiva y sin vacilaciones frente a las amenazas que atentan contra el orden constitucional y contra los ciudadanos.

La fuerza pública para cumplir con su misión requiere ser dotada del personal, de los equipos, de la organización, de la logística, de los recursos y del marco jurídico para poder cumplir con la misión que la Carta Política les ha impuesto. Por esto, es una prioridad del Gobierno Nacional, y en este caso concreto del Ministerio de Defensa Nacional, trabajar para proporcionar las mejores condiciones a las Fuerzas Militares y

a la Policía Nacional, y en tal sentido, se ha considerado necesario promover una solución integral a esa ausencia de claridad normativa que los miembros de la fuerza pública consideran que existe frente a sus actuaciones, y procurar que se dirima con certeza el debate que en torno a la investigación y juzgamiento de las mismas se suscita.

Así, se consideró conveniente convocar una Comisión Asesora de alto nivel, conformada por tres ex-presidentes de la Corte Constitucional, dos generales de la reserva activa y un ex-vice ministro de justicia. Esta Comisión sesionó entre enero y marzo de 2012, concluyó que el debate suscitado en torno a la necesidad de consolidar un marco jurídico que ofrezca seguridad jurídica tanto a las Fuerzas Militares como a la Policía Nacional era pertinente dada la realidad que afrontan los miembros de las Fuerzas Armadas, y tras sus análisis arribó por consenso a la propuesta de articulado que hoy se somete a consideración del Congreso de la República.

En tal sentido, en el seno de la Comisión se estudiaron e identificaron algunos problemas, los cuales la misma Comisión consideró aconsejable abordar por medio de una reforma constitucional integral al juzgamiento de los miembros de la Fuerza Pública. Así, el proyecto promueve unas definiciones de rango constitucional claras y unos desarrollos legislativos posteriores que, además de consolidar el marco que ofrezca seguridad jurídica tanto a las Fuerzas Militares como a la Policía Nacional, aseguren que dicho marco sea interpretado y aplicado de manera consistente, clara y estable.

Con la presentación del presente proyecto de acto legislativo el Gobierno Nacional ha decidido acoger las recomendaciones de la Comisión, después de haber analizado sus alcances y sus implicaciones, y está presto a cumplir con el proceso democrático de

discusión, debate y enriquecimiento del mismo ante el Honorable Congreso de la República.

De destacarse que una reforma integral de esta magnitud solo puede ser presentada a consideración de esa Corporación gracias al apoyo alcanzado por el trabajo de los honorables Congresistas de todos los partidos que conforman la mesa de unidad nacional. En efecto, hoy se reconoce que es necesaria una reforma constitucional al artículo 221 de la Constitución y en un sentido más amplio, al marco que rige la investigación y el juzgamiento de los miembros de la Fuerza Pública.

La presente exposición de motivos contiene las razones por las cuales, a juicio del Gobierno, es importante impulsar una reforma integral. Estas razones reflejan la posición de institucional, la cual pese a identificarse con la propuesta de consenso emanada de la Comisión no compromete las posiciones individuales de cada uno de sus miembros.

Las justificaciones constitucionales que explican la reforma integral al fuero penal militar a través del proyecto de Acto Legislativo que propone reformar los artículos 116, 152 y 221 de la Constitución se enfocan en los siguientes aspectos: **Primero**, la fijación de parámetros claros para establecer la competencia de la jurisdicción penal ordinaria y de la jurisdicción penal militar. **Segundo**, la creación de una comisión mixta, que en caso de duda, sea la responsable de constatar prontamente los hechos ocurridos en el desarrollo de una acción, operación o procedimiento de la Fuerza Pública, y de remitir su actuación a la jurisdicción que estime competente. **Tercero**, la creación de una policía judicial de la jurisdicción penal militar que, en coordinación con la policía judicial de la jurisdicción penal ordinaria, apoye a la comisión mixta. **Cuarto**, la definición del marco sustantivo que ha de regir el juzgamiento de los miembros de la fuerza pública, en especial en operaciones y procedimientos que se ejecuten en el contexto de un conflicto armado. Para tal efecto, se propone un mandato de armonización legal entre el derecho penal y el derecho internacional humanitario.

Quinto, el establecimiento de garantías adicionales de independencia, autonomía e imparcialidad de la justicia penal militar. **Sexto**, la creación de un tribunal de garantías penales que tendrá competencia en todo el territorio nacional y en cualquier jurisdicción, el cual ejercerá de manera preferente sus funciones cuando los miembros de la fuerza pública sean investigados o procesados. **Séptimo**, la norma de habilitación al legislador para crear una justicia penal policial. **Octavo**, creación de un fondo destinado específicamente a financiar la defensa pública técnica y especializada de los miembros de la Fuerza Pública, en cualquiera de las dos jurisdicciones. **Noveno**, el requisito de que las anteriores reformas sean desarrolladas por medio de una ley estatutaria con el fin de asegurar la estabilidad del régimen integral propuesto. Además, se contempla la autorización al legislador ordinario para crear juzgados y tribunales penales policiales y adoptar un Código Penal Policial. **Décimo**. Se contempla la autorización al legislador ordinario para la expedición de un Código Penal Policial.

Estas diez propuestas adicionan con varios incisos, numerales y literales tres artículos de la Constitución: el 221, atinente a la justicia penal militar, el 152, relativo a las materias propias de ley estatutaria, y el 116 sobre las autoridades que administran justicia.

1. Hacia la búsqueda del marco jurídico que fija la competencia de la jurisdicción ordinaria y la justicia penal militar

La explicación frente al marco jurídico que fija la competencia entre la jurisdicción ordinaria y la justicia penal militar se abordará desde dos perspectivas: de una parte, las razones por las cuales en el proyecto de acto legislativo se elabora una lista de delitos que revisten el carácter de gravedad inusitada cuya comisión rompe *ipso jure* el vínculo con el servicio y deben ser de conocimiento imperativo de la justicia ordinaria

(A) y de otra parte, las razones por las cuales las extralimitaciones en las que incurra la Fuerza Pública en actuaciones legítimas con ocasión del conflicto armado deben ser de conocimiento de la justicia penal militar (B).

A. Las razones de la constitucionalización de un *numerus clausus* de conductas que rompen la relación con el servicio

La justificación de un marco jurídico especial que regula la administración de justicia para los miembros de la fuerza pública se explica porque, los militares y policías tienen “fuero” en relación con ciertas conductas específicas propias de sus funciones constitucionales y legales. El fuero es una garantía constitucional en virtud de la cual ciertas personas por razones de origen étnico, índole funcional, o con ocasión del desarrollo de sus actividades pueden ser investigadas y juzgadas por autoridades jurisdiccionales especiales.

Es necesario distinguir el fuero, de las nociones de inmunidad y de inviolabilidad: “mientras el fuero exime del juez común u ordinario, la inmunidad exime de la jurisdicción y la inviolabilidad exime de responsabilidad. En Colombia el Presidente de la República goza de fuero, los agentes diplomáticos tienen inmunidad y los congresistas, según el caso, pueden reclamar inviolabilidad o fuero”¹.

El ordenamiento jurídico colombiano fija en el artículo 221 de la Constitución Política dos condiciones para que la Justicia Penal Militar pueda tener conocimiento de conductas delictivas que hayan sido cometidas por los miembros de la Fuerza Pública. En primer lugar, 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”.

¹ Comentarios sobre el nuevo Código Penal Militar, en *Revista Nova et Vetera*, Instituto de Derechos Humanos de la Escuela Superior de Administración Pública, Santa Fe de Bogotá, agosto-septiembre, No. 36, 1999.

Esas dos condiciones implican que la Justicia Penal Militar adquiere competencia para la investigación de un presunto delito si concurren dos criterios: el criterio subjetivo, que hace referencia a la condición de encontrarse el miembro de la Fuerza Pública en servicio activo para el momento de los hechos, y el criterio objetivo o funcional que hace referencia a los delitos por los cuales se investiga a un miembro de la Fuerza Pública, deben tener relación directa con la función militar o policial que la Constitución, la Ley o el reglamento les ha asignado.

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

Para solucionar estas ambigüedades el Gobierno Nacional ha considerado acertado establecer en la Constitución una lista de delitos de gravedad inusitada cuya comisión rompe el vínculo con el servicio, usando denominaciones que corresponden al derecho y la práctica internacional. La razón que sustenta esta posición es de seguridad jurídica: la mejor manera de mantener la certeza sobre la competencia de la justicia penal militar, es definir en la Constitución las conductas sobre las cuales ésta no puede conocer.

En tal sentido, se partió del ejemplo más claro: los crímenes de lesa humanidad. Pero también se partió de la premisa de que el concepto de crímenes de lesa humanidad, tal como lo entiende el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, no alcanza a describir todas las posibles conductas de gravedad inusitada que son abiertamente

contrarias a la misión institucional de la Fuerza Pública y que por ende, de ser cometidas por un miembro de la Fuerza Pública, deben ser juzgadas por la jurisdicción ordinaria.

Después de sopesar distintas alternativas, se llegó a la siguiente lista de conductas:

- Crímenes de lesa humanidad
- Genocidio
- Desaparición forzada
- Tortura
- Ejecución extrajudicial
- Desplazamiento forzado
- Violación y abusos sexuales
- Actos de terror contra la población civil
- Reclutamiento o uso de menores

Ahora bien, algunos de estos delitos no están directamente tipificados en el ordenamiento interno. De lo que se infiere, que el legislador tendrá que crear nuevos tipos penales, como es el caso de la ejecución extrajudicial y los crímenes de lesa humanidad. En particular, la ejecución extrajudicial en algunos casos puede coincidir con otros delitos, pero en otros no. Por esa razón, será necesario tipificar la ejecución extrajudicial como un delito específico. Lo mismo deberá hacerse con los crímenes de lesa humanidad.

En la lista propuesta hay conductas que pueden o no ser crímenes de guerra. Los crímenes de guerra de gravedad inusitada, como el desplazamiento forzado, la desaparición forzada o la tortura, hacen parte de la lista, la cual también incluye otros delitos muy graves que en ningún caso pueden considerarse como conexos con el servicio. Aparte de los crímenes de lesa humanidad y las ejecuciones extrajudiciales, los delitos que aparecen en la lista anterior están tipificados en el ordenamiento jurídico colombiano.

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

Con la constitucionalización de estas conductas se resuelve la discusión relativa a la noción de acto relacionado con el servicio, para entender que cuando ocurre la comisión de uno de los delitos mencionados anteriormente de manera específica, la investigación y juzgamiento pertenecerá de manera clara a la jurisdicción ordinaria.

En suma, el Gobierno Nacional somete a consideración del Congreso de la República la adición del siguiente inciso al artículo 221 de la Constitución Política:

“En ningún caso la justicia penal militar conocerá de los crímenes de lesa humanidad, ni de los delitos de genocidio, desaparición forzada, tortura, ejecución extrajudicial, desplazamiento forzado, violación y abusos sexuales, actos de terror contra la población civil y reclutamiento o uso de menores. Salvo los delitos anteriores, las infracciones al derecho internacional humanitario cometidas por miembros de la Fuerza Pública serán conocidas exclusivamente por las cortes marciales o tribunales militares.”

A continuación explicaremos las razones por las cuales, cuando se incurre en extralimitaciones de la Fuerza Pública en actuaciones legítimas en el contexto de un conflicto armado, la determinación de responsabilidad penal requiere una evaluación

técnica por parte de jueces especializados, y salvo las excepciones ya mencionadas, las infracciones al derecho internacional humanitario deben ser conocidas por la justicia penal militar.

B. Las razones por las cuales la justicia penal militar debe conocer de las infracciones al derecho internacional humanitario cometidas por miembros de la fuerza pública

Para explicar esta adición al inciso del 221 se partirá desde dos perspectivas. De una parte, las razones por las cuales es importante aplicar el Derecho Internacional Humanitario a los procedimientos de la fuerza pública (a) y, por otra parte, porque la justicia penal militar debe conocer de las infracciones al DIH (b).

a. Aplicación del marco jurídico del DIH a los procedimientos de la Fuerza pública

Las relaciones jurídicas existentes entre el DIH y el DIDH tienen en común el interés por la protección de la dignidad humana, sin embargo están previstos para circunstancias diferentes, pues al momento de ser aplicados en el contexto de un conflicto, el ámbito de protección de los derechos inherentes al ser humano varía. Puestas así las cosas, el DIH al ser un conjunto de normas jurídicas internacionales cuyo fin último es garantizarle un mínimo de protección al ser humano durante situaciones de conflicto armado, sea éste de carácter internacional o interno, su espíritu es de excepcionalidad, mientras que el DIDH al ser un sistema normativo internacional conformado, esencialmente, por normas convencionales y principios generales del derecho que persiguen tutelar, en todo tiempo, una gama extensa de derechos esenciales al ser humano, en tanto que manifestaciones de su dignidad, su espíritu es de normalidad.

Las cartas de derechos que aparecen recogidas en tratados internacionales, tales como la Convención Americana de Derechos (1978), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) o la Convención de Derechos del Niño (1989), pone de presente que se trata de normas convencionales que regulan situaciones propias de tiempos de normalidad. Así, el DIDH fue concebido como una regulación aplicable en cualquier circunstancia, sus destinatarios resultan ser todos los seres humanos, sin distinguir alguno por razones de sexo, religión, raza, condición social u origen nacional. El DIH parte igualmente del principio de la no-discriminación, pero, complementariamente, se orienta por una lógica de categorización, distinguiendo así entre población civil, combatientes en acción y aquellos que se encuentran *hors de combat*.

Así, los miembros de la fuerza pública al estar inmersos en la conducción de las hostilidades se les debe aplicar las reglas provenientes del derecho internacional humanitario, puesto que esa es la única forma de proteger a las eventuales víctimas de tales hostilidades.

b. La justicia penal militar debe conocer de las infracciones al DIH

La Justicia penal militar parece haber sufrido una imposición de estándares de comparación que no parecen adecuados por la situación actual que atraviesa el país, cuando se trata de determinar su ámbito de aplicación. Así, aun frente a la situación de conflicto, se han venido formulando estándares internacionales para justicias castrenses redefinidas para períodos de paz o de transición.

Actualmente, se presenta una dificultad normativa en el ordenamiento jurídico, mientras la Constitución señala que los delitos cometidos en relación con el servicio serán de conocimiento de la Justicia Penal Militar, el artículo 3º de la ley 1407 de 2010 señala que las infracciones cometidas en la conducción de las hostilidades por la Fuerza Pública serán objeto de conocimiento de la justicia ordinaria. Esto ha llevado a

generar una confusión en el operador judicial tanto de la justicia penal militar como de la justicia ordinaria.

Las actuaciones de la Fuerza Pública en el contexto de un conflicto armado, requieren de una evaluación técnica por parte de jueces especializados para la determinación de responsabilidad penal, incluso si se aduce que hubo una infracción al derecho internacional humanitario. Por esa razón, se considera que, salvo las excepciones mencionadas que son una lista cerrada, las infracciones al derecho internacional humanitario deben ser conocidas por la justicia penal militar.

2. Creación de una comisión mixta

Actualmente, en una operación militar donde resulta una muerte en combate constituye, para efectos judiciales, una *notitia criminis* que obliga a las autoridades judiciales a poner en marcha una investigación penal. El efecto es que miembros de la Fuerza Pública son vinculados de manera automática a investigaciones penales así no hayan cometido ningún delito con efectos negativos en la misión de la misma y en la moral de sus hombres. Es necesario entonces un mecanismo que permita distinguir los casos donde no hay duda sobre la legitimidad de una operación y de sus resultados, y aquellos donde, por la existencia de dudas sobre las circunstancias y de indicios de conductas delictivas, hay mérito para iniciar una investigación penal tendiente a establecer si se cometió algún delito en el marco de la operación. Adicionalmente, es importante que en caso de duda sobre lo sucedido haya una constatación oportuna y técnica de los hechos.

Una solución que parece posible a los ojos del Gobierno Nacional es adelantar una averiguación rápida y eficaz que permita establecer algunos hechos básicos, con base en los cuales se pueda asignar la jurisdicción.

Por eso se propone crear por acto legislativo una comisión mixta, encargada de constatar los hechos rápidamente y determinar si una investigación penal debe iniciarse. La creación de este mecanismo supone tres ventajas: (i) evita iniciar de oficio una investigación formal por todas y cada una de las operaciones militares, sin perjuicio de que los afectados interpongan una denuncia si creen que han sido víctimas de un delito; (ii) permite disipar desde el inicio las discusiones sobre competencia, al remitir a la jurisdicción que corresponda según la constatación fáctica efectuada por la comisión mixta las actuaciones, sin perjuicio de que posteriormente la otra jurisdicción plantee el conflicto de competencia ante el Consejo Superior de la Judicatura si cree que la decisión de la comisión fue equivocada; y (iii) evita que las decisiones sobre competencia se fundamenten exclusivamente en vacíos en la investigación inicial, o en duda sobre los hechos, como ocurre actualmente.

En suma, la comisión mixta se inspira en una perspectiva de colaboración armónica desde el inicio de las investigaciones, en lugar de postergar todo a un eventual conflicto entre jurisdicciones.

Por lo anterior, el Gobierno propone al Congreso de la República adicionar el siguiente inciso al artículo 221 de la Constitución, creando la comisión mixta:

“Si en desarrollo de una acción, operación o procedimiento de la Fuerza Pública, ocurre algún hecho que pueda ser punible y existe duda sobre la jurisdicción competente, una comisión mixta integrada por representantes de las dos jurisdicciones, constatará inmediatamente lo sucedido y remitirá la actuación a la que corresponda. La ley estatutaria regulará la composición de la comisión y la forma en que será apoyada por los diferentes órganos de policía judicial de las jurisdicciones ordinaria y militar. También indicará las autoridades que pueden solicitar la

intervención de la comisión, los plazos que deberá cumplir y la manera de solucionar sus desacuerdos.”

Este inciso tiene varios elementos que vale resaltar. En primer lugar, la ley debe establecer la composición de la comisión mixta, la cual idealmente debería estar integrada por juristas encargados de constatar las conductas y analizarlas a la luz de los referentes normativos aplicables, como el DIH, para remitir la actuación a la jurisdicción penal que corresponda, de ser necesario. La comisión es mixta porque debe estar compuesta por representantes de las dos jurisdicciones. En segundo lugar, la comisión mixta contaría con el apoyo de funcionarios de policía judicial de ambas jurisdicciones para la recolección y el análisis de elementos materiales de prueba. Esto es de suma importancia porque en la actualidad la justicia penal militar carece de policía judicial propia, por lo cual con la propuesta de la Comisión se supera también este vacío. En tercer lugar, uno de los deberes más importantes de la comisión sería el de la inmediatez. Para que los fines de esta comisión mixta puedan ser logrados, los tiempos deben ser cortos. Así, debe haber un deber de constatar y analizar los hechos de manera inmediata, obviamente respetando los tiempos de desplazamientos o las demoras fundamentadas en motivos de seguridad, pero la ley debe establecer plazos para la comisión, teniendo en cuenta las necesidades derivadas del lugar de los hechos, la complejidad del asunto y los demás factores relevantes. En cuarto lugar, también correspondería a la ley fijar reglas para resolver los eventuales desacuerdos que haya entre los miembros de la comisión. Finalmente, la ley podría regular la activación de la comisión mixta, señalando las autoridades facultadas para solicitar su intervención.

3. Creación de un cuerpo de policía judicial para la justicia penal militar

El inciso ya mencionado, al establecer que a la comisión deben concurrir los órganos de policía judicial de ambas jurisdicciones, exige que la justicia penal militar tenga un órgano de policía judicial. Esto no equivale de ninguna manera a dotar a las Fuerzas Militares de atribuciones de policía judicial. Se trataría, en cambio, de darle a la justicia penal militar una capacidad investigativa exclusivamente para los asuntos de su competencia.

La creación de dicho órgano es fundamental para que la justicia penal militar pueda cumplir sus deberes institucionales. La capacidad de la comisión mixta para constatar rápidamente los hechos dependerá del apoyo que le brinden los órganos de policía judicial. A la vez, la capacidad de la justicia penal militar para decidir si se han cometido delitos o no, dependerá definitivamente de la actividad investigativa de sus órganos de policía judicial.

4. Definición del marco legal sustantivo que debe regir el juzgamiento de los miembros de la Fuerza Pública

Los operadores jurídicos deben, al interpretar y aplicar las normas caso a caso en un contexto de conflicto armado, tomar en cuenta como parámetro normativo de remisión el bloque de constitucionalidad. Es decir que en el texto constitucional reposan normas de reenvío o remisión (artículo 93 y 94) a normas supralegales que condicionan tanto el alcance como la efectividad de una norma de derecho interno. Por tanto, cuando se trata de juzgar una conducta reprochable de un miembro de la Fuerza Pública con ocasión de la conducción de las hostilidades, el bloque de constitucionalidad adquiere una fuerza relevante, pues el operador jurídico debe tener en cuenta el mandato constitucional de reenvío para resolver una controversia judicial. Esto hace que el derecho de la guerra no se encierre en la regulación de los parámetros legales del ordenamiento interno, sino que la lógica normativa se hace más dinámica y se adapte

a la realidad social, en la medida que jueces y fiscales pueden remitirse a normas internacionales que no están necesariamente incluidas en el texto constitucional, para investigar o juzgar una infracción.

Se debe anotar que ésta figura de *cuñó francés* tiene una relevancia considerable en el ámbito penal, en la medida en que incorpora los estándares normativos del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario al ordenamiento interno colombiano. El bloque de constitucionalidad no sólo permite sino que incluso obliga a interpretar los alcances del procedimiento penal a partir de las garantías fundamentales previstas no sólo en la Constitución sino también en muchos tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario, con lo cual no sólo constitucionaliza el procedimiento penal sino que obliga a analizarlo desde una perspectiva de derechos humanos y derecho internacional humanitario.

Sin embargo, se ha detectado una ausencia de aplicación del derecho internacional humanitario en providencias en que se determina la responsabilidad penal de miembros de la Fuerza Pública. Esto ocurre tanto en la jurisdicción ordinaria como en la justicia penal militar. El derecho internacional establece reglas especializadas para la conducta de la Fuerza Pública, que son el resultado de una cuidadosa ponderación entre el principio humanitario y la necesidad militar. Estas reglas son conocidas en su conjunto como DIH.

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

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

Pero existen providencias, tanto en la justicia penal ordinaria como en la justicia penal militar, que no aplican el DIH a la conducta de los miembros de la Fuerza Pública. Por el contrario, evalúan la posible responsabilidad de sus miembros con base en lecturas aisladas de conceptos del derecho penal, como las causales de ausencia de responsabilidad de “legítima defensa” y “estricto cumplimiento de un deber legal”. El problema con estas causales es que están diseñadas principalmente para evaluar la antijuridicidad de una conducta típica en tiempos de paz y en el contexto de la vida civil. No tiene sentido exigir a los integrantes de Fuerza Pública que durante un combate deban justificarse probando que se estaban protegiendo contra una “agresión injusta” que era “actual o inminente” y que el uso letal de la fuerza era la única alternativa para evitar esa agresión por ser “necesario”. La lectura aislada del derecho penal diseñado para contextos de normalidad en la vida civil puede terminar dejando a sus miembros en la disyuntiva entre no atacar a los grupos armados ilegales o someterse a un proceso penal.

Estos vicios que se observan en las providencias tienen efectos negativos, por cuanto contribuye a que en la práctica se incurra en retrocesos frente a un sistema penal más

garantista. No es una afirmación quimérica que los operadores jurídicos no saben manejar adecuadamente las normas de remisión del bloque de constitucionalidad. Al incurrir en esta deficiencia, ni los jueces de garantías, ni los jueces de conocimiento garantizan la efectividad de los derechos constitucionales en el proceso penal. A pesar de que el bloque de constitucionalidad ha sido, en términos generales, una figura útil pues ha permitido que los tratados de derechos humanos y de derecho humanitario hayan entrado con fuerza en la práctica jurídica colombiana, los jueces y fiscales desconocen el marco jurídico aplicable a la conducción de hostilidades negando cualquiera fuerza jurídica a los tratados en la materia.

De lo anterior, resulta que es insuficiente el sistema de integración o de incorporación automática de las normas humanitarias de un valor superior en el ordenamiento jurídico interno. La aplicación de normas humanitarias ha resultado compleja por la ausencia de una disposición normativa que cumpla una suerte de bisagra en el ordenamiento interno. No es suficiente la incorporación automática del DIH, es necesario que el bloque de constitucionalidad vaya acompañado de normas intermedias de integración en el ordenamiento interno, para que las normas de remisión resulten eficaces.

Ahora bien, a pesar de no existir norma de integración no puede desconocerse que no exista un mandato de remisión al bloque de constitucionalidad que incorpora el DIH. En efecto, es un hecho indiscutible que, en su configuración actual, las normas de integración del bloque de constitucionalidad se han manifestado insuficientes. Por eso este proyecto de Acto de legislativo se preocupa por postular una norma de integración; que torne el proceso penal más garantista. La necesidad de esta norma toma notable relevancia cuando se constata que al no existir una pasarela entre el DIH y el derecho penal interno, se atenta contra la eficacia del principio de supremacía constitucional.

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

“Cuando la conducta de los miembros de la Fuerza Pública en relación con un conflicto armado sea investigada y juzgada por las autoridades judiciales, se aplicará siempre el derecho internacional humanitario. Una ley estatutaria especificará sus reglas de interpretación y aplicación, y determinará la forma de armonizar el derecho penal con el derecho internacional humanitario.”

De esta manera la técnica legislativa aplicada para la elaboración de una norma de integración entre el DIH y el derecho penal interno no sólo se limita a ser una cláusula de incriminación global, en virtud de la cual, sólo se menciona el instrumento internacional de reenvío, sino que este proyecto de Acto Legislativo busca que a través de una ley especial de interpretación y aplicación se tomen en cuenta las diferentes particularidades de un país con un conflicto no internacional. Esta técnica de ley especial ha sido incorporada simultáneamente a sus Códigos penales por países como España. Otros como Dinamarca, Italia, Noruega y Suiza han incorporado la ley especial de integración en el mismo código penal militar.

De acuerdo con lo anterior, el ordenamiento jurídico colombiano no sólo debe recurrir a una técnica legislativa de reenvío, sino que también debe incorporar en su estructura normativa una norma especial de integración de incriminación específica para definir de manera explícita toda la estructura de imputación y exoneración contenidas en el DIH. Esta norma de armonización del DIH con el derecho penal permite construir causales de exoneración de responsabilidad penal que reflejen las reglas específicas del DIH sobre la conducción de hostilidades.

El inciso transcrito entonces contiene un mandato al legislador de expedir una ley estatutaria en la cual se especifiquen (i) la interpretación y (ii) la aplicación del derecho internacional humanitario, y, además (iii) se determine la forma de armonizarlo con el derecho penal.

El DIH es aplicable en Colombia. El Gobierno Nacional considera que éste no debe ser revisado ni reformulado, aspecto que por lo demás escapa a una ley nacional. El propósito es establecer reglas de interpretación para que sea cumplido de manera uniforme por los jueces de las dos jurisdicciones. Por ejemplo, que se precise que el principio de proporcionalidad en el DIH tiene unos rasgos característicos que lo distinguen de nociones cercanas pero esencialmente diversas. También el Gobierno Nacional busca que se adopten unas reglas de aplicación para dar fundamento legal a las Reglas de Encuentro establecidas actualmente en manuales militares y otros instrumentos de jerarquía reglamentaria. De esta manera las reglas que rigen las operaciones y procedimientos – lo que se denomina derecho operacional – tendrá un claro asidero legal. De igual forma se considera que deben incorporarse causales de exoneración de responsabilidad penal que reflejen las reglas específicas del DIH sobre conducción de hostilidades.

5. Creación de garantías adicionales de independencia e imparcialidad en la administración de la justicia penal militar

A pesar de que la función jurisdiccional penal militar y la función militar de mando están separadas, la Justicia Penal Militar sigue influenciada por la línea jerárquica, en situaciones tales como el sistema de promoción, evaluación y calificación. Este hecho ha generado que la justicia penal militar de Colombia, así como la de otros países del hemisferio, haya sido cuestionada internacionalmente. El principal cuestionamiento

surge de una percibida falta de independencia e imparcialidad. Las percepciones son importantes, pues como lo ha establecido la jurisprudencia internacional, el debido proceso requiere que además de que la justicia sea independiente e imparcial, ésta también *parezca* independiente e imparcial desde la perspectiva de un observador razonable.

Por ese motivo el Gobierno Nacional somete a consideración dos preceptos normativos a nivel constitucional. En primer lugar, un mandato específico donde se establezca que la justicia penal militar debe tener un sistema de carrera y una estructura independientes del mando institucional. En segundo lugar, un mandato genérico donde se ordena al legislador establecer garantías de independencia e imparcialidad. Dichas garantías serán del resorte del legislador, las cuales podrán seguir algunas de las garantías que en otros países se han establecido para los jueces penales militares.

Para consolidar una administración de Justicia Penal Militar, la reforma propuesta busca crear un sistema de carrera, en la que los principios del mérito y la idoneidad sean los criterios rectores de acceso a los cargos de jueces y fiscales.

La introducción de esta propuesta persigue los siguientes propósitos. En primer lugar, el mérito en el sistema de carrera garantiza varios derechos fundamentales de los colombianos: permite la correcta materialización del principio de acceso a la administración de justicia, a la vez que asegura el derecho al debido proceso, pues demanda de la administración de justicia una especificidad de la función y el conocimiento de las ciencias militares y policiales. En segundo lugar, la selección de los funcionarios de la JPM con fundamento en el mérito garantiza la igualdad de trato y de oportunidades, pues, permite que cualquier uniformado calificado para el cargo pueda participar.

Algunas de estas garantías ya existen en la justicia penal militar de Colombia. El proyecto de acto legislativo no se limita entonces a *crear* garantías, sino que busca que se avance en asegurar su plena autonomía e imparcialidad.

Por las anteriores razones, se propone añadir el siguiente inciso al artículo 221:

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

6. Creación de un tribunal de garantías para los miembros de la Fuerza Pública

En un sistema acusatorio como el que impera en la justicia penal ordinaria, y como el que se empezará a aplicar en la justicia penal militar, las garantías del investigado y acusado son de suma importancia. El Gobierno Nacional propone crear un tribunal de garantías penales. El criterio determinante de su competencia es que el investigado o acusado sea un miembro de la fuerza pública.

Este tribunal ejercerá el control de garantías en los procesos penales, con cuatro diferencias respecto de los jueces de garantías. En primer lugar, será un tribunal colegiado de alto perfil, conformado por magistrados que cumplan los mismos requisitos exigidos para los magistrados de la Corte Suprema de Justicia. En segundo lugar, ejercerá el poder preferente de control de garantías, teniendo así la facultad de desplazar al juez de control de garantías en cualquier proceso penal, militar u ordinario. Su competencia se extiende a ambas jurisdicciones. En tercer lugar, el

tribunal podrá estar conformado por miembros de la Fuerza Pública en retiro, pero no en servicio activo. Finalmente, el tribunal, además de ejercer el control de garantías de los derechos del investigado, tendrá la facultad de ejercer el control de los presupuestos materiales de la acusación. De esta manera se podrá asegurar que cualquier caso contra un miembro de la Fuerza Pública esté adecuada y suficientemente sustentado para ir a un juicio oral.

Se propone que el tribunal tenga competencia en todo el territorio nacional y en cualquier jurisdicción. Esto es necesario para poder unificar la interpretación y así promover la seguridad jurídica.

En cuanto a la integración del tribunal de garantías, el Gobierno Nacional propone al Congreso de la República que esté integrado por un número impar de magistrados, elegidos por los presidentes de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional. La elección de estos magistrados por parte de jueces de las más altas calidades e idoneidad, y con la mayor autoridad en el marco de la Rama Judicial, garantiza que los miembros del tribunal de garantías contarán con la calificación, objetividad y equilibrio para el ejercicio de su función.

Los magistrados a elegir deberán ser especialistas en derecho constitucional, derecho penal o derecho internacional humanitario y cumplir con los requisitos exigidos para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia. Esto asegura que tengan el nivel más alto y que sean conocedores de las ramas del derecho relevantes para ejercer las funciones de control de garantías penales.

En el mismo sentido, se propone al Congreso de la República que los integrantes del tribunal tengan el mismo periodo de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y no puedan ejercer ningún cargo público durante los cinco años siguientes. Por último,

se reconoce expresamente que los miembros de la Fuerza Pública que cuenten con las calidades requeridas en retiro puedan hacer parte de este tribunal.

Corresponde al legislador diseñar este mecanismo por el cual se va a definir la composición del tribunal, para lo cual goza de un amplio margen de configuración, que en todo caso, deberá garantizar la composición equilibrada del tribunal.

El Gobierno entonces propone al Congreso de la República adicionar los siguientes incisos al artículo 116, creando el tribunal de garantías penales:

“Una ley estatutaria creará un tribunal de garantías penales que tendrá competencia en todo el territorio nacional y en cualquier jurisdicción. El tribunal ejercerá de manera preferente las siguientes funciones:

- 1. Servir de juez de control de garantías en cualquier investigación o proceso penal que se adelante contra miembros de la Fuerza Pública.*
- 2. Controlar la acusación penal, con el fin de garantizar que se cumplan los presupuestos materiales y formales para iniciar el juicio oral.*
- 3. Las demás funciones que le asigne la ley.*

El tribunal de garantías estará integrado por un número impar de magistrados, elegidos por los presidentes de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional. Los magistrados deberán ser especialistas en derecho constitucional, derecho penal o derecho internacional humanitario y cumplir con los requisitos exigidos para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia. Los miembros de la Fuerza Pública en retiro podrán formar parte de este tribunal. La ley establecerá un mecanismo de postulación de candidatos que asegure la composición equilibrada del Tribunal.

Los integrantes del tribunal tendrán el mismo periodo de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y no podrán ejercer ningún cargo público durante los cinco años siguientes.”

7. Posibilidad de creación de una justicia penal policial

La Policía Nacional, como cuerpo armado de naturaleza civil, debe recibir un tratamiento distinto a las Fuerzas Militares. La razón es no solo su naturaleza civil, sino la misión institucional distinta de las Fuerza Militares. La Constitución somete a los militares y policías a un mismo fuero. Sin embargo, las condiciones en que la creación de una justicia penal policial se torne conveniente en nuestro contexto, debe ser apreciada por el Congreso de la República.

El Gobierno Nacional propone entonces remitir al legislador el establecimiento de un sistema de justicia policial distinto y separado de la justicia penal militar, mediante el siguiente texto:

“La ley ordinaria podrá crear juzgados y tribunales penales policiales y adoptar un Código Penal Policial.”

Ahora bien, esta autorización no quitaría el fundamento jurídico actual de la justicia penal militar como juez natural de los miembros de la Policía Nacional. Dado que el establecimiento de la justicia policial es algo que tendrá que hacerse a futuro, el Gobierno Nacional insiste en que el actual texto del primer inciso del artículo 221, cobija a todos los miembros de la Fuerza Pública. Así, el legislador cuenta con la autorización para crear una justicia policial, pero la ausencia de ésta no implica la remoción del fuero para los miembros de la Policía Nacional.

8. Creación de un fondo para financiar la defensa de los miembros de la Fuerza Pública

La defensa es un derecho fundamental para los miembros de la Fuerza Pública. El constitucionalismo se edifica sobre derechos fundamentales, es decir sobre prohibiciones y obligaciones impuestas por las cartas constitucionales a todos los poderes públicos, incluso al legislador. Entre estos derechos se encuentra el derecho fundamental al debido proceso que hoy se erige en una de las piezas angulares de nuestro Estado constitucional y de derecho.

Es por ello imperativo para el Gobierno Nacional reconocer a los miembros de la Fuerza Pública un ejercicio adecuado, técnico y especializado del derecho a la defensa. El Gobierno Nacional ha identificado la ausencia de una política pública que garantice el derecho fundamental a la defensa de los miembros de la Fuerza Pública a quienes el Estado pone en una especial situación al entregar legítimamente el uso de las armas para el respeto y garantía de los derechos de los colombianos. El Gobierno es consciente de los esfuerzos que se han hecho en varias iniciativas legislativas para establecer sistemas de defensa técnica para los mismos, pero considera que la única viabilidad jurídica es la de establecer un mandato constitucional en el mismo sentido en especial para permitir que (i) fondos públicos ayuden a financiar dicha defensa y (ii) haya una política pública al respecto.

Por esa razón, se considera conveniente disponer la creación de un fondo destinado a financiar la defensa pública técnica y especializada de los miembros de la Fuerza Pública en cualquiera de las dos jurisdicciones, mediante el siguiente inciso en el artículo 221 de la Constitución:

“La ley estatutaria creará un fondo destinado específicamente a financiar la defensa pública técnica y especializada de los miembros de la Fuerza Pública, en cualquiera de las dos jurisdicciones, bajo la orientación de la autoridad que determine la ley.”

La ley obviamente tendrá que ocuparse de varios detalles y especialmente de varias garantías implícitas en el artículo 29 de la Constitución que consagra el debido proceso, tales como la competencia técnica y capacidad de los abogados defensores de tal manera que se pueda asegurar la igualdad de armas, y la independencia de los mismos de forma que actúen en el interés exclusivo de sus defendidos.

Además, la ley podrá determinar la autoridad encargada de orientar la defensa pública de los miembros de la Fuerza Pública. La ley también dispone de un margen de configuración para diseñar la defensa pública y determinar los criterios de priorización.

9. Ampliación de la reserva estatutaria

El desarrollo de la mayoría de las reformas recomendadas debe hacerse mediante una misma ley estatutaria. Las leyes estatutarias cuentan con dos virtudes. En primer lugar, al exigir mayorías absolutas para su aprobación, se asegura que el contenido de las mismas cuente con un amplio respaldo democrático, lo que quiere decir que la regulación legal de los temas centrales de la justicia penal militar tendrá un mayor grado de legitimidad política, lo cual redundará en su estabilidad. En segundo lugar, sobre ellas recae un control constitucional previo y oficioso, luego del cual la constitucionalidad de la ley que la Corte Constitucional declare exequible, es cosa juzgada constitucional. En suma, se trata de una garantía de seguridad jurídica y reglas claras para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, así como para toda la

población y los sectores de la sociedad civil que tiene interés directo en estos temas. Por esa razón, se recomienda adicionar al artículo 152 de la Constitución, que enumera los asuntos que deben ser regulados por leyes estatutarias, el siguiente literal:

“g) Las materias relacionadas con el juzgamiento de los miembros de la Fuerza Pública en cualquier jurisdicción, señaladas en los artículos 116 y 221 de la Constitución.”

Las materias a las que se refiere este literal, como se establece expresamente en los incisos sugeridos para los artículos 116 y 221 de la Constitución, son las siguientes:

- Tipificación de los crímenes de lesa humanidad y de las ejecuciones extrajudiciales.
- Creación y funcionamiento del tribunal de garantías penales.
- Reglas de interpretación y aplicación del derecho internacional humanitario.
- Armonización del derecho internacional humanitario con el derecho penal.
- Creación y funcionamiento de la comisión mixta.
- Garantías de autonomía e imparcialidad de la justicia penal militar y policial.
- Creación del fondo para la defensa de los miembros de la Fuerza Pública.

10. Autorización para la expedición de un Código Penal Policial.

La reforma plantea la posibilidad de establecer un Código Penal policial que recoja aquellas conductas que derivadas de la función constitucional asignada sólo pueden ser imputadas a miembros de la Policía Nacional. Esto contribuye a desarrollar la configuración del artículo 216 de la Constitución, en cuanto asigna a dicha institución la característica de naturaleza civil uniformada. Esto complementa la propuesta de crear juzgados y tribunales penales policiales. De este modo, la norma habilitante

permite que el legislador ordinario evalúe la pertinencia y oportunidad de desarrollar este enunciado normativo.

*“La ley ordinaria podrá crear juzgados y tribunales penales policiales y **adoptar un Código Penal Policial.**”*

En los términos antes señalados, presento a consideración del Honorable Congreso de la República el presente proyecto de acto legislativo con el convencimiento de que será una vía acertada para brindar tranquilidad y certeza en sus actuaciones a los miembros de la Fuerza Pública, a través de un marco jurídico claro y estable que les permitirá enfrentar con mayor respaldo las amenazas que atentan contra el pueblo colombiano. Sin lugar a dudas será también un instrumento normativo que le proporcionará tranquilidad a millones de ciudadanos colombianos que día a día esperan que las fuerzas militares y de policía cuenten con mejores herramientas para enfrentar las amenazas que atentan contra el ejercicio legítimo de sus derechos.

JUAN CARLOS PINZÓN BUENO
Ministro de Defensa Nacional