

Estudio del Consejo Superior de Política Criminal al Proyecto de Acto Legislativo No. 022 de 2014 Senado, 167 de 2014 Cámara “Por el cual se reforma el artículo 221 de la Constitución Política de Colombia”

Proyecto de Acto Legislativo No. 22 de 2014 Senado, 167 de 2014 Cámara	
Ponente	Senador Manuel Enríquez Rosero
Fecha de radicación	26 de marzo de 2015
Estado Actual	Con ponencia ante el Senado de la República, para primer debate en la segunda vuelta
Referencia	Concepto No. 15.01

El análisis del proyecto se hizo sobre el texto que presentó el Senador Ponente Manuel Enríquez Rosero como parte Informe de ponencia para primer debate en segunda vuelta al proyecto de Acto Legislativo 22 de 2014 Senado 167 de 2014 Cámara “Por el cual se reforma el artículo 221 de la Constitución Política de Colombia.”

1. Objeto del proyecto

El objeto del proyecto de Acto Legislativo es reformar el contenido del artículo 221 de la Constitución Política, a fin de modificar las condiciones para el ejercicio del fuero penal militar, en particular en lo relacionado con las competencias de la jurisdicción penal militar; la independencia del sistema de administración de justicia penal militar y la aplicación del Derecho Internacional Humanitario en los eventos en los que la iniciativa constitucional considera aplicable.

Para la ponencia se introducen algunas modificaciones al texto aprobado en la Cámara de representantes en el año 2014, con la finalidad de “profundizar en conceptos que están relacionados con uno de los pilares fundamentales de nuestra Carta fundante, las garantías para el pleno ejercicio de los derechos de cualquiera de los ciudadanos. Dichas discusiones motivan a esta nueva legislatura a precisar el alcance y los límites de la Justicia Penal Militar (JPM), y en especial su competencia para conocer de conductas o delitos cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas”.

2. Contenido del proyecto

El proyecto, en dos artículos, trata varios temas: (i) el juzgamiento de los militares por tribunales de su propio cuerpo, integrados por miembros de la fuerza pública

en servicio activo o en retiro, independientes del mando militar; (ii) los delitos que están excluidos del conocimiento de los tribunales militares y la competencia exclusiva de éstos para el juzgamiento de las infracciones al Derecho Internacional Humanitario; (iii) el mandato de aplicación de las reglas del Derecho Internacional Humanitario a los juzgamientos de la justicia ordinaria cuando éstos se refieran a conductas relacionadas con el conflicto armado cometidas por militares; (iv) la permanencia de las investigaciones en curso en la jurisdicción ordinaria; (v) la transitoria coordinación entre la Fiscalía General de la Nación y la justicia penal militar para trasladar a la jurisdicción penal militar las investigaciones que no sean de competencia de la jurisdicción ordinaria; (vi) la definición de los elementos básicos del delito de ejecuciones extrajudiciales; (vii) la prevalencia sobre la jurisdicción penal militar de los mecanismos de justicia transicional que se creen con ocasión de la terminación del conflicto y la no aplicación de los mecanismos de justicia transicional en la jurisdicción penal militar, y (viii) en su artículo 2, la vigencia del Acto Legislativo a partir de la fecha de su promulgación.

3. Consideraciones político criminales sobre el proyecto de Acto Legislativo

3.1. La ampliación del fuero penal militar

La propuesta contenida en el proyecto de Acto Legislativo implica una ampliación extraordinaria de la competencia de los tribunales castrenses, en la medida en la que a partir de la enunciación de las conductas punibles que son objeto de su conocimiento y de aquellas que no lo pueden ser, modifica las reglas que tiene actualmente la Constitución Política al respecto, y las precisiones que sobre el tema ha hecho la Corte Constitucional.

En efecto, actualmente la competencia de los tribunales militares se restringe a “los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio”, habiendo precisado la Corte Constitucional respecto del concepto de “servicio” en la Sentencia C-533 de 2008:

“7.9. Al respecto de la expresión “servicio”, esta corporación en reiterada jurisprudencia ha considerado, que alude a las actividades concretas que se orientan a cumplir o realizar las finalidades propias de las fuerzas militares, defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional, y de la policía nacional, el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz”.

Por lo que,

“[...] para tener derecho al fuero penal militar, además de la condición de miembro de

la fuerza pública en servicio activo, se requiere que el delito tenga relación con el mismo servicio, lo que no significa que la comisión de delitos sea un medio aceptable para el cumplimiento de la misión castrense; por el contrario, el objetivo del derecho penal militar es *excluir comportamientos reprochables que, pese a tener relación con el servicio, denotan desviación respecto de sus objetivos o medios legítimos*, que son repudiables y sancionables a la luz de la Constitución y la ley, pues en un Estado de Derecho no es tolerable el uso de medios ilegítimos para la consecución de sus fines.

Sin embargo, es posible que en el ejercicio de las tareas o misiones propias de la fuerza pública, voluntaria o culposamente, ésta se altere radicalmente, o se incurra en excesos o defectos de acción originando una desviación de poder capaz de desvirtuar el uso legítimo de la fuerza. En efecto, son estas conductas a las que se aplica el fuero penal militar y a las que se les aplica el Código Penal Militar.

Además, los mencionados comportamientos reprochables deben tener una relación directa y próxima con la función militar o policiva”.

Agregó la misma sentencia, recordando lo dicho en la Sentencia C-358 de 1997:

“7.11. Como la justicia penal militar constituye una excepción constitucional a la regla del juez natural general, su ámbito de acción debe ser interpretado de manera restrictiva. Así, un delito tendrá relación con el servicio únicamente en la medida en que haya sido cometido en el marco del cumplimiento de la labor, es decir, del servicio que ha sido asignada por la Constitución y la ley a la fuerza pública. Para esta definición, cabe recordar las precisiones hechas por la Corte acerca del ámbito del fuero penal militar:

“(…)

a) que para que un delito sea de competencia de la justicia penal militar debe existir un vínculo claro de origen entre él y la actividad del servicio, esto es, el hecho punible debe surgir como una extralimitación o un abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado. Pero aún más, el vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio debe ser próximo y directo, y no puramente hipotético y abstracto. Esto significa que el exceso o la extralimitación deben tener lugar durante la realización de una tarea que en sí misma constituya un desarrollo legítimo de los cometidos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional...

b) que el vínculo entre el hecho delictivo y la actividad relacionada con el servicio se rompe cuando el delito adquiere una gravedad inusitada, tal como ocurre con los llamados delitos de lesa humanidad. En estas circunstancias, el caso debe ser atribuido a la justicia ordinaria, dada la total contradicción entre el delito y los cometidos constitucionales de la Fuerza Pública...

c) que la relación con el servicio debe surgir claramente de las pruebas que obran dentro del proceso. Puesto que la justicia penal militar constituye la excepción a la norma ordinaria, ella será competente solamente en los casos en los que aparezca nitidamente que la excepción al principio del juez natural general debe aplicarse. Ello significa que en las situaciones en las que exista duda acerca de cuál es la jurisdicción competente para conocer sobre un proceso determinado, la decisión deberá recaer en

favor de la jurisdicción ordinaria, en razón de que no se pudo demostrar plenamente que se configuraba la excepción”.

El proyecto de Acto Legislativo, por su parte, además de “las conductas cometidas por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio”, incluye “Las infracciones al Derecho Internacional Humanitario cometidas por miembros de la Fuerza Pública”, con exclusión de los crímenes de lesa humanidad, [...] las conductas de genocidio, desaparición forzada, violencia sexual, tortura y desplazamiento forzado [...] las ejecuciones extrajudiciales tales como los homicidios cometidos contra personas puestas fuera de combate o en situación de indefensión”.

Por esta vía, quedan incluidas en la competencia exclusiva de la jurisdicción penal militar los delitos enunciados en el Título II, Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, contenidos en el Código Penal y que no están enunciados en las exclusiones, entre ellos homicidio en persona protegida; acceso carnal abusivo en persona protegida menor de catorce años; actos sexuales violentos en persona protegida; actos sexuales con persona protegida menor de catorce años; desnudez forzada en persona protegida; trata de personas en persona protegida con fines de explotación sexual; perfidia; actos de terrorismo; detención ilegal y privación del debido proceso; represalias, y deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil, cuando estos hechos no configuren crímenes de lesa humanidad.

Particular mención debe hacerse al delito de homicidio en persona protegida, porque algunas de las hipótesis que lo configuran podrían adecuarse a lo que en el proyecto se denomina “ejecuciones extrajudiciales” y que, de acuerdo con la norma propuesta, sería competencia de la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, esta conducta no está definida en la legislación penal, por lo que su configuración queda deferida al legislador, quien tiene plazo hasta el 31 de diciembre de 2015 para hacerlo, siendo por tanto de aplicación preferente la norma previa, lo que significa que solamente serán de competencia de las autoridades judiciales ordinarias los hechos que ocurran a partir de la definición legal del delito de “ejecuciones extrajudiciales”.

Las conductas punibles que constituyen infracciones al Derecho Internacional Humanitario tampoco pueden, como lo propone el proyecto, ser de competencia exclusiva de la jurisdicción penal militar, porque la Corte Constitucional, entre otras en la sentencia C-538/08 ha señalado expresamente que “Las violaciones de derechos humanos y las infracciones del derecho internacional humanitario son contrarias a la misión constitucional y legal de la fuerza pública y por lo tanto deben estar excluidas del fuero militar”.

En similar sentido la Corte Constitucional, en la Sentencia C-469 de 2009 reiteró, a propósito del análisis de las objeciones presidenciales al proyecto de Código Penal Militar:

“En concepto de la Corte, el texto del artículo 3º. del Proyecto de ley 111/06 Senado, 144/05 Cámara, *“Por la cual se expide el Código Penal Militar”*, tal como fue expedido por el Congreso admite dos interpretaciones. Una que atiende a su tenor literal y que indicaría que no se relacionan con el servicio sólo los delitos de tortura, genocidio y desaparición forzada, interpretación que sería contraria a la Constitución por las razones citadas en la sentencia C-878 de 2000.

Sin embargo, dicha norma puede ser exequible si se considera que además de los delitos de tortura, genocidio y desaparición forzada, también quedan excluidos de la competencia de la jurisdicción penal militar los delitos de lesa humanidad, los que signifiquen atentado contra el Derecho Internacional Humanitario y las conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio.

En efecto, para que la disposición resulte acorde con la Constitución, le corresponderá al Congreso ajustarla para incluir en ella que, además de la tortura, el genocidio y la desaparición forzadas, tampoco se relacionan con el servicio los delitos de lesa humanidad, los que signifiquen atentado contra el Derecho Internacional Humanitario y las conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio, entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia. (Subraya la Sala)”.

Además de lo anterior, la reglamentación que se pretende en el proyecto de Acto Legislativo resulta contraria a las normas convencionales, por las siguientes razones:

El Estado colombiano, a raíz de la suscripción de distintos Convenios Internacionales y bajo sujeción de la costumbre internacional, tiene el deber de investigar, enjuiciar y castigar conductas que, por comprometer interés de la comunidad internacional, se consideran como auténticos crímenes internacionales (*core crimes*); tal es el caso del genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra y el crimen internacional de agresión. Adicionalmente, el Estado colombiano se ha obligado en el plano internacional a perseguir y castigar otras conductas que si bien no encuadran en el concepto de crímenes internacionales, sí son consideradas afrentas a valores básicos de civilidad, como la tortura y la desaparición forzada por fuera del contexto de los crímenes contra la humanidad.

El alcance de estas obligaciones ha sido expresamente determinado por la jurisprudencia de los tribunales internacionales a cuya jurisdicción está sometida la República. Así, por ejemplo, la Corte IDH claramente señaló que “tal como se

desprende del preámbulo de la Convención Interamericana señalada [sobre desapariciones forzadas] ante la particular gravedad de estos delitos y la naturaleza de los derechos lesionados, la desaparición forzada de personas y el correlativo deber de investigarlas y sancionar a sus responsables han alcanzado el carácter de *jus cogens*¹.

En igual sentido afirmó el mencionado Tribunal en relación con la tortura:

“Las prohibiciones de la tortura y de las desapariciones forzadas de personas (..) son contempladas en la definición de conductas que se considera afectan valores o bienes trascendentales de la comunidad internacional, y hacen necesaria la activación de medios, instrumentos y mecanismos nacionales e internacionales para la persecución efectiva de tales conductas y las sanción de sus autores, con el fin de prevenirlas y evitar que queden en la impunidad. Es así como, ante la gravedad de determinados delitos, las normas de derecho internacional consuetudinario y convencional establecen el deber de juzgar a sus responsables. En casos como el presente, esto adquiere especial relevancia pues los hechos se dieron en un contexto de violación sistemática de derechos humanos -constituyendo ambos crímenes contra la humanidad- lo que genera para los Estados la obligación de asegurar estas conductas sean perseguidas penalmente y sancionados sus autores²”.

Como se observa, la obligación de investigar y sancionar graves violaciones de derechos humanos es de carácter erga omnes, es decir, vincula a todos los Estados, y comprende un extenso catálogo de conductas punibles; en palabras de la Corte IDH:

“Una vez establecido el amplio alcance de las obligaciones internacionales erga omnes contra la impunidad de las graves violaciones a los derechos humanos, la Corte reitera que en los términos del artículo 1.1. de la Convención Americana los Estados están obligados a investigar las violaciones de derechos humanos y sancionar a los responsables³”.

Lo anterior es en mayor medida predicable de los crímenes internacionales propiamente dichos, entre los que se incluyen las infracciones graves al DIH y los crímenes de guerra. Así, por ejemplo, el artículo 40 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 dispone:

“Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente”.

¹ Corte IDH, Caso Agustín Goiburú y otros VS. Paraguay, sentencia de 22 de septiembre de 2006. Párrafo 84.

² ídem. Párrafo 129.

³ ídem. Párrafo 129.

"Cada una de las partes contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerla comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las disposiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Alta Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ellas cargos suficientes"⁴

De modo aún más categórico, en el preámbulo del Estatuto de la Corte Penal Internacional se indica expresamente que "es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales".

Así las cosas, resulta válido concluir que toda medida legislativa en relación con la investigación, enjuiciamiento y castigo de crímenes internacionales, concepto que incluye las infracciones graves al DIH, sólo será constitucionalmente y convencionalmente admisible en la medida en la que habilite al Estado colombiano para cumplir en mejor y mayor medida sus compromisos internacionales.

En relación con los derechos de las víctimas, el proyecto puede también resultar contrario a las obligaciones adquiridas por el Estado colombiano en instrumentos internacionales. En efecto, extender la competencia del fuero castrense a delitos que no tienen estricta conexión con la disciplina militar, con bienes jurídicos propios del ámbito castrense, o aquellos que constituyan violaciones de derechos humanos de civiles, sería contrario a la obligación contenida en el artículo 2 de la Convención Americana, en conexión con los artículos 8 y 25 de la misma.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos sostuvo:

"En consecuencia, tomando en cuenta la jurisprudencia constante de este Tribunal debe concluirse que si los actos delictivos cometidos por una persona que ostente la calidad de militar en servicio activo no afectan los bienes jurídicos de la esfera castrense, dicha persona debe ser siempre juzgada por tribunales ordinarios. En este sentido, frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles bajo ninguna circunstancia puede operar la jurisdicción militar"⁵.

El Consejo Superior de Política Criminal considera, en consecuencia, que las anteriores observaciones al proyecto de Acto Legislativo son suficientes para que se abandone la iniciativa de reforma a la Constitución Política, en razón de su

⁴ Artículo 49 del Convenio 1; 50 del Convenio 11; 129 del Convenio 111; y 146 del Convenio IV. Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, que entraron en vigor para Colombia el 08 de mayo de 1962, mediante Ley 5 de 1960.

⁵ Corte I.D.H., Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párrafo 274.

abierta contradicción a las disposiciones actuales de la Constitución Política en materia de principios que rigen el ejercicio de la jurisdicción y en lo relacionado con la protección de los derechos fundamentales de los habitantes del territorio, al punto que una regulación como la propuesta configura una iniciativa de sustitución constitucional, inadmisibles de acuerdo con el principio democrático.

3.2. *La integración del Tribunal y la independencia de sus miembros*

El artículo 221 constitucional actual, en relación con la integración de los tribunales militares con miembros de las propias fuerzas en servicio activo o en retiro no tiene inconvenientes, tal como lo ha reconocido la Corte Constitucional en diferentes sentencias, a partir del entendimiento de las cortes marciales para el juzgamiento de los actos relacionados con el servicio activo.

No obstante, con la ampliación del fuero penal militar que se presenta en el proyecto, dicha integración adquiere una dimensión distinta, en razón de que al adquirir las cortes marciales competencia para el juzgamiento de conductas que no corresponden al ejercicio de las funciones de la fuerza pública, se violan las reglas relacionadas con la independencia de los jueces y las relativas al ejercicio de la jurisdicción.

En apoyo de esta tesis, el Consejo recuerda el contenido de los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura, adoptados por la Asamblea General de la ONU Resoluciones 40/32, del 29 de noviembre de 1985 y 40/146, del 13 de diciembre de 1985, cuyo numeral 10 dispone:

“Las personas seleccionadas para ocupar cargos judiciales serán personas íntegras e idóneas y tendrán la formación o las calificaciones jurídicas apropiadas. Todo método utilizado para la selección de personal judicial garantizará que éste no sea nombrado por motivos indebidos. En la selección de los jueces, no se hará discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o condición; el requisito de que los postulantes a cargos judiciales sean nacionales del país de que se trate no se considerará discriminatorio”.

Esta norma internacional prevé los requisitos generales que deben cumplir los integrantes de los órganos encargados de la administración de justicia, haciendo énfasis en su integridad, idoneidad y conocimiento especializado, y proscribiendo las discriminaciones odiosas de los aspirantes.

De esta manera, si los tribunales militares adquirirán competencia para el juzgamiento de conductas que no son estrictamente de aquellas que se desprenden del ejercicio de las atribuciones de la fuerza pública, carece de sentido la restricción que se prevé para los ciudadanos que aspiren a integrar las

cortes marciales, pues ya el criterio de profesionalización no la ampara y, por el contrario, sería indispensable que los casos fueran juzgados con criterios y conocimientos propios del derecho ordinario, pues la integración, en el texto actual, solamente se justifica porque la jurisdicción solamente se ocupa de casos en los que el procesado ha actuado dentro de los estrictos límites del servicio.

A este respecto, se trae a colación la sentencia de la Corte Constitucional C-373 de 2011, en donde se dijo sobre la integración de los tribunales militares:

“4.2.3. La jurisprudencia constitucional había señalado inicialmente que *“un civil no puede, según los cánones constitucionales, conocer de los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública”*, interpretación que se había consolidado a partir de la sentencia C-473 de julio 7 de 1999, M. P. Martha SÁCHICA de Moncaleano, en la que se estudió la exequibilidad de algunas normas del Decreto 2550 de 1988, *“por el cual se expide el Código Penal Militar”* de entonces.

Así se pronunció esta corporación en esa oportunidad:

“... es imperativo que las cortes marciales y los tribunales militares estén integrados por militares en servicio activo o en retiro, lo cual consecuentemente, impide que el personal civil pueda acceder a dichos cargos.

Si bien resulta evidente, que las calidades para ser magistrado del Tribunal Militar deberían estar referidas a factores objetivos fundados esencialmente en las condiciones morales y profesionales de los aspirantes y que el carácter de militar en servicio activo o en retiro no debería ser una condición esencial para acceder a dicho cargo, lo cierto es que actualmente, en virtud del Acto Legislativo 2 de 1995, tal condición se convirtió en relevante. Por consiguiente, es ineludible considerar que el Constituyente introdujo en esta materia, una excepción al principio general de la igualdad en el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos, gobernado por los artículos 13, 40 y 125 de la Constitución.”

Posteriormente, en sentencia C-676 de junio 28 de 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, la Corte advirtió que *“la Justicia Penal Militar es una dentro de las diferentes especialidades que integran las Fuerzas Militares y la Policía Nacional... sólo quienes ostenten la calidad de oficiales de una y otra fuerza pueden acceder a los cargos de magistrados, jueces militares, fiscales militares, auditores de guerra, y funcionarios de instrucción, por lo que la condición de ser oficial de la Fuerza Pública no es un requisito exigido únicamente para desempeñar el cargo de Juez de Primera Instancia”*.

En cuanto al ejercicio de las funciones al interior de esa jurisdicción, en sentencia C-457 de junio 12 de 2002, M. P. Jaime Córdoba Triviño, frente al estudio de constitucionalidad de la norma que en ese entonces establecía *“los requisitos para ocupar el cargo de Magistrado de Tribunal Superior Militar”*, se expresó:

El constituyente concibió la justicia penal militar pues se trata de que en unos funcionarios concorra, a más del criterio jurídico inherente a todo administrador de justicia, el conocimiento de la estructura de la fuerza pública, de la misión constitucional que le incumbe y de las reglas de conducta que la gobiernan pues esa estructura, esa misión y esas reglas de comportamiento tienen profunda incidencia en la manera como se han de valorar las conductas punibles cometidas por los miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el servicio.

En similar sentido, en sentencia C-171 de marzo 3 de 2004, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, se expuso que “si para ser miembro de una Corte Marcial se requiere ser miembro de la Fuerza Pública, y las cortes marciales están integradas por jueces de primera instancia, entonces dichos jueces deben ser miembros de la fuerza pública”, agregando “que la calidad de miembro de la fuerza pública en servicio activo o en retiro es indispensable para ocupar el cargo de Juez Penal Militar -entre otros cargos dentro de la Justicia Penal Militar- independientemente de que éste haga o no parte de una corte marcial”. Con lo cual se encontró establecido que “los miembros de la fuerza pública no pueden ser juzgados sino por miembros de la fuerza pública, sea en servicio activo o en retiro”.

Es relevante considerar que del propio artículo 221 superior, en su integración con toda la preceptiva constitucional, se colige que “la totalidad de los actos u omisiones de los miembros de la fuerza pública no puede quedar comprendida dentro del fuero, distinguiéndose los comportamientos que realicen o dejen de realizar como miembros activos de los cuerpos militares o policial, en directa relación con el servicio propiamente tal, de las que corresponden a su actividad común de integrantes de la colectividad, o a excesos en la labor pretendidamente oficial, al ser “una distinción básica y obligada si se quiere preservar la especialidad del derecho penal militar”, según se lee en la misma sentencia acabada de citar.

Es así oportuno reiterar que, a diferencia de la finalidad del fuero de los miembros del Congreso de la República, que busca “constituir un privilegio protector de la investidura, y asegurar al máximo la independencia en el juicio”, no puede entenderse el fuero militar asociado, como en el pasado, a la idea de privilegio, prerrogativa, prebenda o gracia especial para el juzgamiento de los miembros de la fuerza pública por los delitos que cometan con ocasión del servicio que cumplen, en condiciones materiales y jurídicas diferentes frente a las demás personas sobre las cuales recae en un momento dado la acción punitiva del Estado que favorezca la impunidad, pues ello implicaría el otorgamiento de un trato particularizado, contrario al principio de igualdad y a la idea de justicia.

Así, partiendo de la obvia premisa de que, en un Estado Social de Derecho, las funciones militares y policivas están también sujetas al principio de legalidad, las acciones de sus miembros son legítimas siempre que se adelanten conforme a la Constitución y a la ley, de modo que dentro del marco legal aplicable, tienen mayor relevancia las actuaciones contenidas en el Código Penal Militar, al imponer deberes de acción y de abstención, excluyendo comportamientos reprochables, que denotan desviación respecto de los objetivos y/o de los medios legítimos.

De este modo, se establece que la exigencia, para la concreción del fuero, de que los comportamientos tengan relación directa con una legítima misión o tarea militar o policiva, “obedece a la necesidad de preservar la especialidad del derecho penal

militar y de evitar que el fuero militar se expanda hasta convertirse en un puro privilegio estamental” (C-358 de 1997, precitada, no está en negrilla en el texto original).

Por otra parte, el Consejo es de la opinión que los principios de independencia e imparcialidad de la jurisdicción penal militar no se satisfacen solamente con la previsión de que los miembros de los tribunales tendrán independencia del mando militar. La independencia y la imparcialidad devienen de la forma de designación de los tribunales; de la pertenencia de ellos o no a la fuerza pública; de las relaciones materiales que se establezcan entre los jueces y el mando militar; del régimen prestacional de los jueces; de su sistema de ascensos y carrera; de la injerencia de los poderes públicos y autores no estatales en sus decisiones o procedimientos, y de otros factores que permitan asegurar que quienes ejercen jurisdicción en la justicia penal militar estarán realmente por fuera de la estructura de la fuerza pública.

Desde esta perspectiva, para garantizar la independencia e imparcialidad de la jurisdicción penal militar, pero también para evitar las críticas al respecto, es preciso entrar en el análisis y reforma de los aspectos anotados, de conformidad con criterios validados por la doctrina. A este propósito, es recomendable revisar el documento *Garantías para la Independencia de las y los Operadores de Justicia. Hacia el Fortalecimiento del Acceso a la Justicia y el Estado de Derecho en las Américas*, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, publicado en el año 2013.

3.3. *De las ejecuciones extrajudiciales*

El proyecto trae la novedosa figura de las “ejecuciones extrajudiciales”, término que ha sido acuñado para hacer referencia a una modalidad de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias previstas en el derecho internacional, pero que por su misma generalidad, en los términos del proyecto, resulta ambiguo y puede limitar la competencia de los jueces de la República frente a comportamientos que han sido definidos por la normativa y la doctrina internacionales como ejecuciones extralegales, arbitrarias y sumarias.

Uno de los argumentos que se presenta en el informe de ponencia para introducir el concepto es el hecho de que es preciso tipificar este tipo de conductas delictivas, para garantizar la protección de los derechos fundamentales. No obstante, no siempre la tipificación de un comportamiento como una figura típica autónoma y distinta de otras que ya contiene la legislación penal es necesaria, porque bien puede suceder que el comportamiento que se pretende tipificar se encuentre previsto en la ley como delito y lo que resulta necesario es reformar la

descripción típica o incluir algunas circunstancias de agravación o de atenuación punitiva, u otros ingredientes normativos.

La orden de tipificación que contiene el proyecto es una muestra de lo anterior porque, lejos de contribuir a la tipificación taxativa de la conducta y a la claridad del tipo, fundamenta el delito de “ejecuciones extrajudiciales” en el concepto de homicidio en persona protegida, en tanto que según se prevé, “se considerarán como tales (ejecuciones extrajudiciales) los homicidios cometidos contra personas puestas fuera de combate o en situación de indefensión”, que no son sino una de las manifestaciones de las ejecuciones extralegales.

La tipificación del delito en el ámbito internacional, en todo caso, no se refiere exclusivamente a las muertes producidas en estado de indefensión o sobre personas puestas fuera de combate, y por el contrario, su concepto debe respetar los elementos propios de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias que se han decantado en el derecho internacional, por ejemplo en los “Principios relativos a una eficaz prevención de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias”, recomendado por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, mediante su Resolución 1989/65 del 2 de mayo de 1989, y en otros instrumentos de *soft law* internacional, de los cuales se puede colegir que una ejecución es extralegal, arbitraria o sumaria, cuando se produce la privación de la vida de una persona en forma arbitraria, esto es, por fuera del derecho, acto que se imputa a agentes del Estado o a particulares que actúan en complicidad con ellos o con la aquiescencia o tolerancia de los mismos, y sin que se haya dispuesto, mediante un proceso legal o judicial, dicha privación del derecho a la vida.

Organismos internacionales como el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Amnistía Internacional han establecido parámetros para la definición de las ejecuciones extrajudiciales en los siguientes términos:

"Hay ejecución extrajudicial cuando individuos cuya actuación compromete la responsabilidad internacional del Estado matan a una persona en acto que presenta los rasgos característicos de una privación ilegítima de la vida. Por lo tanto, para que con rigor pueda hablarse de este crimen internacional la muerte de la víctima ha de ser deliberada e injustificada.

La ejecución extrajudicial debe distinguirse, pues, de los homicidios cometidos por servidores públicos que mataron:

- a. Por imprudencia, impericia, negligencia o violación del reglamento.
- b. En legítima defensa.
- c. En combate dentro de un conflicto armado.
- d. Al hacer uso racional, necesario y proporcionado de la fuerza como encargados de hacer cumplir la ley.

En ciertos casos la ejecución extrajudicial es perpetrada en un contexto bélico. Ello

ocurre, por ejemplo, cuando con ocasión y en desarrollo de conflicto armado un miembro de la fuerza pública da muerte a una persona que no participa directamente en las hostilidades. En el caso de Colombia; esta conducta punible - conocida con el nombre de homicidio en persona protegida- ha sido tipificada por el artículo 135 del Código Penal, y pertenece al género de los delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario”.⁶

Como corolario de lo anterior, se puede establecer que a pesar de que en el homicidio en persona protegida y en la ejecución extrajudicial el resultado sea el mismo, esto es, la muerte de una persona, las dos conductas tienen elementos bastante diversos, grados de intencionalidad diferentes y protegen el derecho a la vida en contextos distintos. El homicidio en persona protegida es una infracción grave al derecho internacional humanitario, su sujeto activo debe ser un combatiente, ya sea agente del estado o del grupo disidente, el sujeto pasivo se circunscribe a las personas protegidas conforme al DIH. Por su parte, las ejecuciones extrajudiciales son crímenes de estado que atentan contra el derecho internacional de los derechos humanos, el sujeto activo debe ser un agente estatal en ejercicio de su cargo quien tiene la clara intencionalidad de matar, el sujeto pasivo de dicha conducta puede ser cualquier persona, además se puede presentar en escenarios de paz o de conflicto armado.

Las ejecuciones extrajudiciales no son tampoco equiparables al homicidio agravado, tienen un componente adicional y es la calidad del sujeto activo como agente del Estado en servicio activo. Resulta extremadamente grave que agentes estatales, investidos de funciones conferidas para proteger la vida, honra, bienes, derecho e intereses de los asociados y haciendo uso de los bienes dispuestos en procura de la realización de dichos fines constitucionales e incluso tomando provecho de la confianza que en primera instancia despiertan por pertenecer a la fuerza pública del Estado priven de la vida a ciudadanos.

En conclusión, los elementos estructurales del tipo penal de homicidio en persona protegida estarán o no comprendidos en el concepto de "ejecución extrajudicial" dependiendo del alcance que se dé a este último. Conforme a una concepción amplia de lo que debe entenderse por ejecución extrajudicial, propia de los instrumentos internacionales antes relacionados, el homicidio en persona protegida sería una forma de ejecución extrajudicial y, por ende, se hallaría por fuera del ámbito de la jurisdicción penal militar conforme a lo previsto en el artículo 98 del proyecto. Por el contrario, si se parte de la definición de ejecución extrajudicial recogida en el proyecto de ley estatutaria que desarrollaba el acto

⁶ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, intervención en el "Conversatorio sobre justicia penal militar organizado por el Comité Institucional de derechos humanos y derecho internacional humanitario", celebrado en Medellín el 14 de septiembre de 2005. Disponible en: http://www.hchr.org.co/publico/pronunciamientos/ponencias/po05_75.Pdf

legislativo 02 de 2012, el tipo penal de homicidio en persona protegida bien podría ser objeto de conocimiento por la justicia castrense.

En todo caso, resulta censurable que se empleen conceptos indeterminados como el de "ejecución extrajudicial" para consagrar las exclusiones a la jurisdicción penal militar.

Es importante, además, examinar si al incluir dentro del proyecto de Acto Legislativo el mandato de tipificación se cumplirá la función que se pretende, porque al incorporarse el tipo de "ejecuciones extrajudiciales" en la normatividad penal, se crean las condiciones propias para la aplicación del principio de favorabilidad, en razón de la no retroactividad del ordenamiento jurídico, con lo cual todos los hechos ya cometidos que puedan responder a esa definición, se verían afectados en su juzgamiento por el contenido de la nueva disposición penal.

Por lo demás, no es propio de la Constitución Política hacer definiciones de delitos; la inclusión de los elementos a los que se alude en uno de los párrafos del proyecto no debe ser tan cerrada que limite la libertad de configuración del legislador o que elimine la posibilidad de tipificar el delito de manera general y abstracta.

Finalmente, es necesario resaltar que el Consejo Superior de Política Criminal se ocupó de una disposición idéntica a la que se propone en éste, con ocasión del Proyecto de Ley Estatutaria 085 de 2013, artículo 98.

4. Conclusiones

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, el Consejo Superior de Política Criminal es de la opinión que el proyecto de Acto Legislativo No. 22 de 2014 Senado, 167 de 2014 Cámara "Por el cual se reforma el artículo 221 de la Constitución Política de Colombia" (i) no se ajusta a las previsiones de la jurisprudencia constitucional sobre el fuero militar; (ii) implica, con la ampliación del fuero militar, una sustitución inadmisibles de la Constitución Política; (iii) contiene un mandato de criminalización que contraría las previsiones internacionales sobre ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, y (iv) resulta, por ello, inconveniente.

CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL

Marcela Abadía Cubillos
Directora de Política Criminal y Penitenciaria
Secretaría Técnica Consejo Superior de Política Criminal

Elaboró: Iván González Amado/Coordinador Comité Técnico