



## **Persecución penal y uso de la fuerza en Colombia**

Autores:

Alejandro Sierra Uribe

Jorge Andrés Acosta Franco

Trabajo de grado presentado para optar por el título de Abogado

Asesor

Jorge Alexander Ruiz Restrepo

Universidad Autónoma Latinoamericana (UNAULA)

Facultad de Derecho

Programa de Derecho

Medellín, Antioquia, Colombia

2021

## **Resumen**

Este trabajo de investigación tiene como finalidad primordial, establecer cómo es que se materializa el uso de la fuerza en las instituciones militares y de policía en el ámbito socio político de Colombia, tratando de mantener los límites formales y los materiales de la persecución penal, así como la garantía del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, para ello, se aplica desde un enfoque metodológico, un estudio de tipo documental con análisis sistemático de la literatura encontrada, con un enfoque de carácter exploratorio y descriptivo, el método utilizado es analítico-sintético porque se analizan los presupuestos fácticos y jurídicos que deben seguir la institución militar y de policía; como resultado principal, se puede indicar que, en primer lugar, el sostenimiento del poder en la evolución del Estado moderno ha estado marcado por el sometimiento de aquellas personas o grupos que desdibujan el statu quo; en segundo lugar, el derecho penal constituye un recurso contenedor de todas las posibles manifestaciones de vulneración de los derechos de las personas; finalmente, en Colombia, se ha hecho necesario repensar el diseño de la política criminal para combatir los grupos que actúan al margen de la ley.

**Palabras claves:** persecución penal; uso de la fuerza; fuerza militar; fuerza policial; Derechos Humanos; Derecho Internacional Humanitario.

## **Abstract**

The primary purpose of this research work is to establish how the use of force is materialized in the military and police institutions in the socio-political sphere of Colombia, trying to maintain the formal and material limits of criminal prosecution, as well as the guarantee of international human rights law and international humanitarian law, for this, a documentary-type study is applied from a methodological approach with systematic analysis of the literature found, with an exploratory and descriptive approach, under the The method used is analytical-synthetic because the factual and legal assumptions that the military and police institution must follow are analyzed; As the main result, it can be indicated that, in the first place, the maintenance of power in the evolution of the modern State has been marked by the subjugation of those people or groups that blur the status quo; secondly, criminal law constitutes a container resource for all possible manifestations of violation of people's rights; Finally, in Colombia, it has become necessary to rethink not only the design of criminal policy to combat the strongholds of organized groups outside the law.

**Keywords:** criminal prosecution; use of force; military force; police force; Human rights; International human right.

## Tabla de contenido

Resumen.....	2
Introducción .....	5
CAPÍTULO I. NOCIONES PRELIMINARES SOBRE EL USO DE LA FUERZA .....	10
Límite formal del Ius Puniendi frente al uso de la fuerza.....	12
Limites materiales al Ius Puniendi frente al uso de la fuerza .....	19
CAPÍTULO II. EL USO DE LA FUERZA POLICIAL Y EL IUS PUNIENDI.....	26
CAPÍTULO III. EL USO DE LA FUERZA MILITAR Y EL IUS PUNIENDI.....	36
Conclusiones .....	46
Bibliografía .....	48

## **Introducción**

El presente trabajo tiene como eje conceptual la noción jurídica del uso de la fuerza como un instrumento originado en el derecho internacional consuetudinario, para regular las relaciones conflictivas entre los Estados, posteriormente el mismo concepto se introduce en el derecho positivo internacional en la Carta de las Naciones Unidas, para el establecimiento de los límites de los Estados en cuanto a la observancia del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

Es en el campo del derecho internacional humanitario donde el uso de la fuerza adquiere mayor relevancia por cuanto entra a jugar un papel relevante en la contención de la potencia bélica de los Estados, no solo en su relación con otros Estados, sino también en cuanto tiene que ver con sus nacionales, en lo que se refiere a los conflictos armados internos.

Los elementos del uso de la fuerza vienen a integrarse con el concepto del *ius puniendi* o persecución penal, entendido entonces el *ius puniendi* como aquella facultad que tiene el Estado para sancionar dentro de su ordenamiento jurídico, aquellas conductas que resulten contrarias a los contenidos axiológicos de convivencia social, dentro del ordenamiento jurídico establecido.

Por ello entonces se afirma, que dentro del ordenamiento jurídico debe estar contenido todo aquello, normativamente hablando, concerniente a la actividad sancionatoria, sus elementos, las consecuencias, pero también las garantías que permitan ejercer esa potestad sancionatoria. Nosotros lo tratamos dentro de los límites formales a esa potestad sancionatoria.

Como se desarrollará entonces, es en extremo evidente que el límite formal preferencial o por excelencia, a esa facultad sancionatoria del Estado, no es otra que el principio de legalidad, entendido, entre otras concepciones, legalidad de la conducta punible, de la sanción, de su juez

natural, y como lo trataremos a continuación, de las formas propias de cada juicio, para alcanzar esa facultad sancionatoria.

Entonces, al Estado solo le está permitido ejercer la persecución penal sobre aquellas conductas previamente establecidas como típicas y antijurídicas, y en la misma línea al Estado, solo le está permitido acudir al uso de la fuerza si y solo si, cuando otros medios para mantener el orden no resulten eficaces o no garanticen el resultado previsto, y en todo caso el uso de la fuerza se encuentra contenido en la existencia de una actuación ilícita a la luz del derecho penal interno y del derecho penal internacional.

Igualmente, esa facultad sancionatoria precitada exige, a no dudarlo, que el Estado a la hora de limitar los derechos de los ciudadanos, se reitera, en ejercicio de esa facultad, conforme lo refieren los tratados internacionales sobre Derechos Humanos, la Constitución Política de 1991 y la ley 906 de 2004, observe, preserve o acate unos requisitos para limitar derechos y garantías, obvio, sin trasgredir derechos fundamentales. Lo cual constituye el límite material de ese ius puniendi, o si se quiere entonces, la persecución penal.

Por ello se afirma entonces, que el Estado tiene el monopolio de administrar justicia en materia penal, es decir, en fases o sedes de indagación, investigación, juzgamiento y cumplimiento de la sanción, de quienes trasgreden o actúan al margen de la ley. Lo que implica, necesariamente, que ese monopolio conlleve la obligación de garantizar la justicia misma, como fundamento o razón de ser del derecho adjetivo o procesal penal en Colombia.

Así las cosas, la estructura teórica de la presente monografía, entonces, se configurará a partir del desarrollo descriptivo y compilatorio de los procesos jurídicos, políticos y sociales que se han llevado a cabo en Colombia, para poder establecer un marco de acción legal y legítimo a la luz del derecho nacional y del derecho internacional, con el fin de mantener el orden social y el

régimen Constitucional y legalmente establecido, el cual se ha visto amenazado por conflictos armados al interior del país desde hace varios años, combinado con diversos actores armados y medios de confrontación entre las fuerzas armadas patrias y grupos que actúan o se desenvuelven por fuera de la ley.

Colombia es un territorio en el que constantemente se han generado diversas luchas de poder, las cuales han influido de manera directa en la forma como la sociedad se relaciona con las instituciones que se encargan de administrar el país y los diferentes actores legales e ilegales, que surgen o emergen por distintos factores, como políticos, económicos, culturales, sociales, entre muchos otros que pudiéramos enunciar.

Las relaciones de poder que se tejen en una sociedad, siempre estarán permeadas por una lucha por el poder y el sostenimiento del mismo. Es en el escenario del sostenimiento del poder donde se generan los métodos y medios encaminados a sostener el statu quo.

En las épocas donde no se encontraban consolidados los presupuestos jurídico políticos del Estado moderno, tales como los derechos del hombre y otras garantías dadas al ciudadano en tanto ser humano, le estaba dado al poder soberano arremeter contra su población cuando veía amenazada la estabilidad de su poder supremo.

En el contexto del Estado moderno y concretamente del estado social de derecho, la teoría jurídica supone que los poderes o ramas del poder público son las que están legal y legítimamente instituidas para administrar el Estado, no obstante cuando se presentan situaciones que desbordan la capacidad de respuesta institucional se dan los presupuestos fácticos que pueden generar situaciones de disturbios o tensiones internas hasta conflictos armados internos, como ha sido el caso de Colombia durante décadas.

A la luz del estado social de derecho, esas situaciones, tensiones o conflictos ya no se pueden repeler desde la institucionalidad, sobrepasando los presupuestos axiológicos y jurídicos fundantes del Estado, y es en este contexto donde surge la noción del uso de la fuerza como última medida de contención para el sostenimiento del status quo, atendiendo a categorías tales como el umbral de violencia, la categoría de grupo armado y el reproche penal.

Bajo esas premisas, no todo escenario que exalte el orden público puede llevar consigo una respuesta institucional de represión, el derecho a la huelga por ejemplo está consagrado en la Constitución Nacional, no obstante en la misma medida el código penal colombiano trae consigo la tipificación de unas conductas que como el mismo título advierte, puede atentar contra el régimen constitucional y legal del Estado, es decir, la defensa del régimen legal ya no puede hacerse sobrepasando los derechos de los ciudadanos sino que además para poder hacerle frente a dichas conductas, estas deben estar tipificadas, conductas que en el ordenamiento jurídico interno se describen bajo la nominación de rebelión, sedición y asonada.

Ahora bien, el contexto del conflicto armado en Colombia hace que el análisis del uso de la fuerza en el marco del derecho penal interese desde el punto de vista jurídico, toda vez que si bien puede ser claro que la policía nacional tiene bajo su misión garantizar el orden público, el ejército nacional vela por la soberanía y defensa nacional, quienes actúan al margen del ordenamiento jurídico hacen surgir en el país una confusión de funciones entre ambas institucionalidades, lo cual a su vez repercute de forma directa en las sanciones penales y sociales que se hace a quienes integran la fuerza pública.

La pertinencia de este trabajo se encuentra inscrita en el escenario del post conflicto que vive Colombia, las nuevas formas de lucha contra la delincuencia, contra grupos armados incluso contra disidencias de las FARC, que hacen a la institucionalidad revalidar las herramientas



jurídicas para hacerle frente a esas nuevas formas criminales, incluyendo la del uso de la fuerza como una medida llamada a prosperar en contexto del conflicto armado; la respuesta parece ser la de acudir a un blindaje jurídico institucional para evitar en primera medida que los ataques dirigidos contra estos grupos se vean como desproporcionales o excesivos, conllevando a un reproche penal sobre la fuerza pública.

El valor que reviste para la academia y en especial para la Universidad Autónoma Latinoamericana este trabajo, es la actualidad del tema con relación a situaciones fácticas y jurídicas que aún están por resolverse en el panorama nacional, tales como la consolidación de la justicia en el post conflicto, en especial, en el marco de las negociaciones con la guerrilla, la participación de los miembros de esta guerrilla en política y los matices que tome el nivel de conflictividad interno con los grupos disidentes, el resurgimiento de grupos paramilitares y demás actores del conflicto interno, que parecen atados a un patrón de comportamiento cíclico, gracias a la pobreza y desigualdad social que afronta el país Colombiano, conforme estadísticas sobre desigualdad en el mundo.

En ese orden de ideas, con este trabajo pretendemos realizar un análisis de cómo se materializa el uso de la fuerza en las instituciones militares y de policía en Colombia, la preservación de los límites formales y materiales del *ius puniendi*, la garantía del derecho internacional, a través de tres puntos: en primer lugar, establecer el desarrollo histórico del uso de la fuerza a través de la consolidación del Estado moderno, como herramienta para el sostenimiento del status quo; en segundo lugar, desarrollar las nociones básicas de los límites materiales y formales al *ius puniendi* frente al uso de la fuerza; finalmente, determinar las herramientas y presupuestos jurídicos sobre los cuales se cimienta el uso de la fuerza policial y militar en el contexto socio político colombiano.

Para tal fin, el método utilizado es de tipo documental, reiteramos, bajo un análisis sistemático de literatura, además, será de carácter exploratorio y descriptivo, porque *“tiende a resumir las características de los fenómenos observados en el momento actual”* (Bernal, 2000, p. 158). La investigación describe las particularidades del uso de la fuerza frente a la persecución penal, respecto de la realidad social y política que se vive en Colombia, y explora las fuentes jurídicas internacionales y nacionales que sirven de base a las instituciones encargadas de velar por la observancia de la ley y el orden jurídico; finalmente, el método utilizado es analítico-sintético porque se analizan los presupuestos fácticos y jurídicos que deben seguir la institución militar y policial.

Para la elaboración del trabajo, el instrumento de investigación es la consulta bibliográfica, pues se utilizan fuentes secundarias respecto al tema tratado. Partiendo de estas circunstancias, el presente trabajo busca también la información contenida en documentos de las Naciones Unidas y del Comité Internacional de la Cruz Roja, jurisprudencia nacional e internacional, ley y doctrina.

## **CAPÍTULO I. NOCIONES PRELIMINARES SOBRE EL USO DE LA FUERZA**

En todas las sociedades y las civilizaciones antiguas y modernas, ha estado presente la confrontación armada, la guerra, que obviamente ha tenido sus detractores y apologistas, ha marcado los derroteros del mundo desde todas las perspectivas; económicas, políticas y culturales, ha sido una herramienta de dominio y de control, una forma de implantación de una idea, de un ideal, una lucha de intereses de los gobernantes, bajo esa premisa todo Estado tiene desde la antigüedad el derecho no solo a hacer la guerra, sino también a defenderse de la guerra

Así mismo, se ha influenciado de tal manera en el derecho internacional, que no existe en la actualidad una regulación que permita limitar de manera considerable la capacidad de los Estado

de recurrir a la guerra, ya que son estos, lo que de manera libre atendiendo a sus propios criterios políticos, ideológicos, religiosos económicos, son los que deciden desencadenar una confrontación.

En la antigüedad muchos imperios fueron formados y derrocados bajo la dinámica de la guerra, el *ius ad bellum*, el cual siempre ha sido considerado como un derecho soberano, una forma de resolver las disputas territoriales o políticas, las normas internacionales han permitido desarrollar las hostilidades con mayor limitación que la misma regulación en cuanto a los sujetos de ataque y los medios y métodos empleados para llevar a cabo las hostilidades.

En ese orden de cosas, el uso de la fuerza se ha permitido como instrumento estatal para la obtención de réditos económicos y políticos en el campo de batalla, las tropas armadas acuden al escenario de las operaciones acompañadas de sus líderes, con el fin de luchar por un ideal; el uso del potencial bélico y la muerte de millones de civiles, personal militar y la destrucción de la infraestructura territorial e incluso los mismos territorios, termina por involucrar a generaciones enteras.

Las confrontaciones armadas, la lucha por el poder y la posibilidad de matar a otro, son prerrogativas Estatales establecidas desde el derecho internacional, esto es reconocido incluso hoy en el ordenamiento jurídico Colombiano, matar a un combatiente enemigo no es considerado jurídicamente un homicidio, si bien la muerte se produce, esta no tiene las consecuencias jurídicas previstas en la normatividad penal vigente, todo ello porque el mismo Estado y la sociedad en general desde el inicio del hombre ha considerado lícito matar, cuando se hace en defensa de un ideal, de un gobernante, de unas instituciones aunque estas estén, desvirtuadas, deslegitimadas.

Lo que hace relevante el estudio de las relaciones existentes entre quien utiliza la fuerza, el destinatario de la misma, el marco normativo aplicable, la potestad de castigar que tiene el Estado

y sus límites, toda vez que no es posible utilizar la fuerza letal como primera opción, cuando se está frente a tensiones internas o disturbios, diferencias relevantes que pueden ser la diferencia entre una y otra conducta.

Se hace necesario entonces realizar una verificación del contenido acerca del uso de la fuerza en el derecho penal, desde la perspectiva de la persecución a cargos del órgano de investigación, pero además, un análisis del uso de la fuerza por parte de la policía, el uso de la fuerza por parte de la autoridad militar, y frente a ellas, la legítima defensa frente a ese uso de la fuerza; lo anterior desde la perspectiva orientadora que nos señala el derecho internacional y a la vez el derecho interno, para entender cómo el Estado debe afrontar las nuevas amenazas en las distintas regiones del país, muchas de las cuales van a mutar a estructuras que por su naturaleza, connotación y peligrosidad, deberían ser perseguidas en el marco del derecho internacional humanitario.

### **Límite formal del Ius Puniendi frente al uso de la fuerza**

Como ya se señaló, la potestad sancionadora y el uso de la fuerza tiene un límite formal, bajo esa dinámica y como lo señala Velásquez: *“El ordenamiento prevé una serie de postulados que constituyen controles formales al ejercicio de la potestad punitiva, pues tocan con la manera como se ejerce esa actividad sancionadora, con sus presupuestos y condiciones”* (Velásquez, 2010, p.62), a esto se le denomina límite formal del ius puniendi.

El límite formal por excelencia que controla la posibilidad desde lo penal de hacer uso de la fuerza y de castigar al tenor de lo que significa el Ius Puniendi, es sin duda el principio de legalidad, el cual implica desde lo objetivo la preexistencia de la conducta, de la sanción, del tribunal y de las formas propias con las cuales se quiere llegar a una sentencia de carácter condenatorio.

La taxatividad plantea que solamente podrán ser consideradas como conductas delictivas, aquellas que estén consignadas de manera clara, expresa e inequívoca dentro de la norma penal, bajo esa premisa, lo que no esté contemplado en la parte sustantiva no puede ser tenido en cuenta dentro de la valoración de lo fáctico y de lo jurídico que debe realizar el operador judicial al momento de verificar la ocurrencia de una conducta delictiva que llega a su conocimiento en el marco de sus competencias.

La reserva legal corresponde al proceso de tipificación, el cual es considerado como la potestad que tiene el legislador de transformar o construir en conductas delictivas comportamientos que atentan contra la sociedad, y que por ello, ameritan ser elevados a la categoría de delito, que es función exclusiva del congreso de la Republica, por cuanto es el único que puede a través de leyes construir normas de carácter penal.

Este proceso de transformación de conductas que afectan las reglas de grupo y tiene alguna incidencia en el aumento de la criminalidad en determinado territorio debe obedecer al estudio de los factores del delito dentro de la política criminal del Estado, haciendo hincapié en aquellos comportamientos que en gran medida lesionan o vulneran bienes jurídicos de interés no solo para la colectividad sino también para el ciudadano del común.

Ese conjunto de respuesta que vienen del sentir del legislador, se acomoda desde la perspectiva del uso de la fuerza como una herramienta indispensable a la hora de utilizar el aparato represor del Estado en contra de los diferentes fenómenos de violencia, los cuales deben ir escalando en la medida que aumenten sus métodos y formas de generar afectaciones en la colectividad.

Bajo ese entendimiento, las conductas punibles actuales y futuras que puedan resultar como consecuencia del reciente proceso de paz con la guerrilla, deben analizarse por parte del legislador

como potestad de configuración legislativa, para evitar así fenómenos criminales que pudieran afectar la comunidad, en especial, en las zonas de influencias de esos grupos sometidos a la justicia, y es allí donde el Estado debe actuar con total contundencia para reducir los índices de criminalidad a un mínimo razonable, ya que es utópico pensar que después de la negociación no se presenten y como efectivamente se ha venido presentando, situaciones en donde se vulnere la ley, por ello entonces lo indicado es tener las herramientas necesarias para garantizar que estas conductas no se repitan o que se vulnere de alguna manera los bienes jurídicos, en especial con lo que ha venido sucediendo en el país con las disidencias de esa guerrilla, con las conocidas bandas criminales y particularmente con la política nacional de erradicación y sustitución de cultivos ilícitos, los cuales según se conoce se encuentran en crecimiento vertiginoso.

Volviendo sobre el análisis del uso de la fuerza con posterioridad al conflicto interno que se presentó en nuestro país, en relación con el principio de favorabilidad de talante constitucional y legal, se plantea la posibilidad de analizar lo que considera la justicia especial para la paz, en virtud con los delitos que se cometieron como consecuencia de esa confrontación armada, con el fin de aplicar la norma más favorable.

Esta premisa es relevante en la medida que existen en diferentes regiones del país, grupos que han venido delinquiendo, especialmente en zonas donde la influencia del narcotráfico es evidente, y quieren tomar parte en los beneficios otorgados para los desmovilizados tras las negociaciones con el gobierno nacional, personas que han contribuido de alguna manera en el conflicto, y que esperan contar con los beneficios especiales acordados en materia de justicia especial.

Así las cosas, desde la perspectiva de la aplicación de la ley, en lo que se refiere a las hipótesis planteadas, resulta indispensable contar con normas claras expresas y exigibles, en

relación con las cuales se pueda predicar responsabilidad para los combatientes que tuvieron que ver de manera directa o indirecta con las conductas punibles cometidas a todo nivel.

El Estado entonces no puede utilizar la fuerza para contrarrestar la amenaza si esta no proviene de vulneración de conductas previamente establecidas por el legislador en las codificaciones jurídico penales o normas concordantes, es el límite impuesto a su actuación que de antaño previene el abuso del operador judicial frente a comportamientos que no están descritos de manera preliminar en las normas penales, garantizando incluso la posibilidad de aplicación de la sanción por parte del funcionario competente, lo que se traduce sin duda en la garantía jurisdiccional.

Esta garantía jurisdiccional, también es un límite formal a la persecución penal, ya que la sanción impuesta solamente puede ser aplicada por un funcionario competente dentro de la jurisdicción que representa, lo anterior por cuanto en Colombia confluyen tres jurisdicciones, ordinaria, penal militar e indígena, en donde la primera constituye la regla general y las dos siguientes la excepción a esa justicia ordinaria, no solo en cuanto a la normatividad misma, sino también a su aplicación, el funcionario competente y hasta las sanciones imponibles a los infractores de la ley en cada una de esas codificaciones.

Respecto de la jurisdicción ordinaria, el sustento constitucional se encuentra en los artículos 116 y 250 de esa obra, y constituyen regla general para la aplicación de justicia, teniendo dentro de su estructura, para la persecución penal, precisamente a la Fiscalía General de la Nación, órgano encargado de la investigación de los delitos que lleguen a su conocimiento por querrela, por petición especial, denuncia o de manera oficiosa.

Lo que implica que su competencia está orientada a investigar y castigar todas las conductas que sean constitutivas de hechos delictivos, especialmente aquellas que de manera efectiva lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos, siempre y cuando las conductas no sean de competencia de otras jurisdicciones, especialmente la jurisdicción penal militar.

Lo anterior, atendiendo a que la jurisprudencia considera o tiene entendido que existen unos requisitos para que una conducta sea de conocimiento o competencia de la justicia militar o que bien pueda ser de competencia o conocimiento de la jurisdicción indígena.

En cuanto a la primera, la justicia militar, la investigación de delitos tiene sustento en los artículos 116, 221 y 250 constitucionales, y la razón de ser estriba en que constituye la normatividad vigente para investigar al personal activo en la fuerza pública, que pudieran haber cometido un delito en ejercicio de sus funciones, conocido también como fuero militar.

Dicho fuero lo desarrolló la Corte Constitucional así: *“fuero penal militar es una prerrogativa en virtud de la cual los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en servicio activo no son investigados y juzgados por los fiscales y jueces a los cuales están sometidos la generalidad de los ciudadanos, sino por jueces y tribunales militares, con arreglo al Código y leyes penales militares, en aquellos eventos en los que incurren en conductas punibles al ejecutar o desarrollar sus funciones legales y constitucionales.* (Sentencia C 084, 2016).

*“...el fuero supone, en este sentido, un trato especial a los miembros de la fuerza pública en lo relativo a los funcionarios competentes para averiguar y determinar la responsabilidad en los delitos en que incurrieren mientras desarrollan labores oficiales y, correlativamente, constituye una muy relevante excepción al principio general del juez natural ordinario, que conoce de las conductas punibles cometidas por la generalidad de los asociados”.* (Sentencia C 084, 2016).



Lo que se convierte en una garantía para el desempeño de la función por parte del funcionario que como ningún otro debe asumir una responsabilidad en defensa de las instituciones, una función particularmente compleja, que debe ser analizada por un juez que entienda el quehacer diario militar y policial, las regulaciones reglamentarias y el contenido y alcance de los manuales que regulan su actuación en el escenario de las operaciones.

El servidor público de policía o de la justicia militar está llamado a entregarlo todo en defensa de la tranquilidad, la soberanía y la integridad del territorio, como indica la Corte:

*“...en las diferencias existentes entre los deberes y responsabilidades que tienen los ciudadanos y los que están llamados a asumir los miembros de la fuerza pública, pues a estos últimos la Constitución les asigna una función especial, exclusiva y excluyente: el monopolio del ejercicio coactivo del Estado, que implica el uso y disposición de la fuerza legítima y el sometimiento a una reglas especiales propias de la actividad militar, opuestas por naturaleza a las que son aplicables en la vida civil. (Sentencia C 084, 2016)*

Por ello, la justicia militar además de ser una herramienta de cohesión y de subordinación para aquellos que ostentan el monopolio de las armas, también se convierte en una garantía del Estado, referida a las conductas cometidas por un miembro de la fuerza en ejercicio de sus funciones y en relación con el servicio, para ser juzgados por tribunales militares con arreglo al ordenamiento penal militar.

Así mismo, en esas investigaciones el funcionario competente de manera debe ser el juez de instrucción penal militar, como juez natural, en términos de lo normado en el artículo 221 de la Carta Magna que indica en uno de sus apartes: *“...En la investigación y juzgamiento de las conductas punibles de los miembros de la Fuerza Pública, en relación con un conflicto armado o*

*un enfrentamiento que reúna las condiciones objetivas del Derecho Internacional Humanitario, se aplicarán las normas y principios de este. Los jueces y fiscales de la justicia ordinaria y de la Justicia Penal Militar o Policial que conozcan de las conductas de los miembros de la Fuerza Pública deberán tener formación y conocimiento adecuado del Derecho Internacional Humanitario (Constitución Política, 1991).*

En ese orden de cosas, una vez se conozca la noticia criminal con la evidencia que por el uso de la fuerza se lesionó un bien jurídico, el funcionario de policía judicial deberán adelantar todo lo concerniente a los actos urgentes, y una vez surtidas estas diligencias de manera preliminar, deberán enviar las mismas al juez competente ante justicia militar para que inicie la investigación en el marco de la competencia que le confiere la ley. Incluso, válido decirlo es, que en aquellos eventos en los que se presentan conflictos de competencia, su conocimiento le está atribuido al Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, quien tiene a su cargo dirime dicho conflicto.

Finalmente, desde la perspectiva de la garantía jurisdiccional como límite formal frente al uso de la fuerza, está la jurisdicción indígena, la cual tiene sustento constitucional en el artículo 246, y garantiza el respeto de la autonomía de las culturas ancestrales. Sobre el particular ha dicho la jurisprudencia constitucional que del fuero indígena gozan los ciudadanos nacionales que hacen parte de las comunidades indígenas, por el solo hecho que esos nacionales pertenezcan a ellas, y que por tal razón deben ser juzgados, ante la comisión de conductas punibles, precisamente por las autoridades indígenas, con sus normas y sus procedimientos propios, es decir, tiene un juez diferente al de la justicia ordinaria y al de la justicia militar.

Todo lo anterior con el fin de respetar las tradiciones autóctonas de los pueblos indígenas, los cuales aún hoy en día siguen siendo victimizados por la cultura occidental, los actores armados

reclutan de manera forzosa a sus miembros, vulneran sus derechos constitucionales y limitan la posibilidad de su realización con autonomía e independencia.

### **Limites materiales al Ius Puniendi frente al uso de la fuerza**

Los límites materiales de la persecución penal tienen relación directa con las garantías constitucionales a la que tiene derecho cualquier ciudadano, independiente de su condición o filiación política, si se quiere, díjase que constituye la verificación al cumplimiento de las reivindicaciones sociales a las que se tiene derecho, por el simple hecho de ser considerado persona. Garantías que encontramos diseminadas en la ley, en la constitución nacional, incluso, que se hallan en instrumentos internacionales sobre derechos humanos y en el conocido boque de constitucionalidad.

Esas garantías deben tenerse en cuenta a la hora de aplicar la fuerza, especialmente por las prohibiciones relacionadas con el respeto a los derechos fundamentales, como sucede, por ejemplo, con la dignidad, la vida, la libertad individual, derechos que no pueden ser limitados sino conforme a las precisas situaciones establecidas en la ley.

La vida no puede limitarse por vía judicial, pero puede restringirse con apego a la ley, como cuando se hace uso de la fuerza legítima del Estado, situación que cambia dependiendo del marco jurídico aplicable, como lo ha señalado la Corte Constitucional:

*“Se reitera, que no se remite a duda que los Estados tienen derecho a perseguir a los grupos alzados en armas y que, por ello, la muerte en combate que la Fuerza Pública ocasione a los miembros de estos grupos insurgentes no constituye jurídicamente un "homicidio", y no es tipificada como una conducta punible”* (Sentencia C 177, 2001).

Lo anterior implica, que cuando se está en defensa de la institucionalidad, es posible privar de la vida al adversario en combate, cuando se tiene claridad respecto de estarse frente a un combatiente o frente a una persona que participa activamente en las hostilidades o por lo menos mientras se presenta su participación.

En ese contexto, la muerte que surge en el desarrollo de las hostilidades no puede ser considerada como una conducta típica, y si bien es cierto existe una lesión a un bien jurídico, esta no alcanza la trascendencia jurídica necesaria para ser considerada como delito, no solo desde la perspectiva objetiva y desde el derecho interno, sino al tenor de los instrumentos internacionales dispuestos para la conducción de las hostilidades.

Ahora bien, desde otra perspectiva, en una situación que no asimilable al conflicto armado, la posibilidad de privar de la vida se supedita al cumplimiento de alguna de las circunstancias eximentes de responsabilidad penal previstas en la legislación penal, como por ejemplo la legítima defensa.

Es claro y así será desarrollado más adelante, que, en una situación de competencia de la policía nacional, por ejemplo, frente a la lucha diaria contra la delincuencia común, es posible hacer uso de la fuerza si y solo si, esta es la última opción disponible y bajo la premisa de la defensa de un bien jurídico propio o de un tercero, ante una amenaza actual o inminente.

Bajo esa premisa, se puede afirmar que la conducta es típica desde la perspectiva objetiva y subjetiva, pero no antijurídica, sino jurídica, pues si bien se lesiona el bien jurídicamente tutelado vida, título primero, ha operado la eximente de responsabilidad del numeral 6 del artículo 32 del ordenamiento sustantivo penal vigente en Colombia.

Incluso, no impide existir la posibilidad de restringir el derecho a la vida como viene de verse, también el legislador ha previsto la necesidad de analizar de manera especial la real o

potencial afectación al bien jurídicamente tutelado, como que de conformidad con lo normado en el artículo 11 de la ley 599 de 2000, esa lesión o puesta en peligro del bien jurídico debió haberse lesionado o puesto en peligro, de manera efectiva.

Ahora bien, trayéndolo al análisis del uso de la fuerza, es posible entonces delimitar el grado de intervención de las fuerzas del Estado, pero para contrarrestar una situación que ponga en peligro la institucionalidad, y así los niveles de violencia deben ser analizados desde la perspectiva de la lesividad, incluida dentro de la teoría de la antijuridicidad material como lo destaca el autor Sampedro:

*“Debe considerarse la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, tomando en consideración el carácter fragmentario del derecho penal que indica que no cualquier lesión o puesta en peligro implica antijuridicidad material, sino solo aquellas que superando la insignificancia alcanzan o alcanzarían a afectar el bien jurídico de manera grave,”* (Sampedro, 2011,p.333).

Esta situación plantea la existencia de tres aspectos que debe tener en cuenta el funcionario encargado de hacer cumplir la ley a la hora de utilizar la potestad delegada y el mecanismo de control social, la insignificancia, derecho penal como ultima ratio y mínima intervención del estado.

En cuanto a la insignificancia, comprende la teoría de aquellos delitos o conductas consideradas bagatelas, es decir de daño ínfimo al bien jurídico, conductas que no ameritan la intervención del Estado por el grado de afectación al interés protegido por el legislador. El Tribunal Superior de Bogotá en una sentencia de instancia, al analizar la conducta de un ciudadano que hurtó \$32.500 pesos señalaron:

*“...el concepto delito de bagatela, que literalmente significa pequeño delito, no se engloba una sola clase de delitos sino toda una serie de fenómenos. En la doctrina se puede observar que por delito de bagatela se designa tanto al hecho que tiene poca frecuencia, como el que resulta intrascendente respecto de la clase o cantidad de lesión que recibe el bien jurídico penalmente protegido. También se tachan así aquellos delitos contra los que no existe interés público en la persecución penal. Coinciden los anteriores conceptos en cuanto a los efectos de la acción punible no repercute trascendentemente, la sociedad no palpa como graves sus efectos.”* (Tribunal Superior de Bogotá rad 110016000019201309394 01, 214).

Comportamiento que por su causación no se vulneran bienes jurídicos de relevancia para el derecho penal, algunos de los siguientes ejemplos que incluso llegaron a los tribunales judiciales contribuyen a estructurar el análisis que se pretende:

- Un conductor de ruta de bus que no permite que se bajen del automotor sus pasajeros en la estación respectiva, sino que los deja dos estaciones más adelante, fue denunciado por el delito de secuestro y absuelto por la justicia argentina.
- Una persona en la ciudad de Cali, que por situaciones desafortunadas se convirtió en habitante de calle, y hurtó dos caldos de gallina con el fin de realizarse una sopa.
- Una persona en la ciudad de Bogotá D.C. fue capturada por hurtarse unas chocolatinas evaluadas en \$15.000 mil pesos.

Delitos cuya comisión no vulneran de manera efectiva el bien jurídico tutelado, pero que sí constituyen un desgaste judicial innecesario que a la vez representa un congestión judicial, ya que se desvían recursos y tiempo que podrían ser utilizados en delitos que realmente vulneren derechos jurídicos de manera grave, como homicidios que continúan en la impunidad,

desapariciones forzadas no investigadas, o conductas que además de vulnerar derechos de personas determinadas, también afectan una colectividad en general. Lo que está en contravía de las funciones del derecho penal, como mecanismo de control, que no es otro que lograr la paz y convivencia social.

Lo que se plantea se encuentra en sintonía con lo señalado en torno la intervención mínima del Estado, específicamente en relación con aquellas conductas que de por sí traen inmerso un castigo especial, allí la intervención del Estado se torna innecesaria. Por ejemplo, al caso en el cual una mujer que debe salir a trabajar todos los días porque es madre cabeza de hogar, tiene a su cargo tres hijos menores que dependen de ella para lograr su subsistencia, no encuentra en el Estado un apoyo ya que en cercanías a su dominio no existe centro de cuidado o jardines infantiles y se ve en la penosa obligación de salir muy temprano dejando a sus hijos encerrados en una humilde vivienda.

Ella deja al cuidado de los hermanitos a su hijo mayor de nueve años, en él delega la responsabilidad y la tarea de cuidar a sus hermanitos menor que él, le corresponde bañarlos, atenderlos y darle la comida que previamente la mamá dejó listas desde el día anterior, el menor cumple con su encargo y de manera desafortunada ocurre un accidente, la estufa a gas estalla y se prende fuego la vivienda, la llamas cuben toda la humilde vivienda y como los niños están encerrados con candado nadie puede entrar o salir para auxiliarlos y tristemente mueren incinerados.

El caso hipotético deja visible la posibilidad de varias preguntas, la primera si la conducta es típica, si la madre comete algún delito y si el estado debe sancionar su comportamiento, la respuesta podría ser obvia desde la perspectiva objetiva, al analizar el tipo penal a endilgar desde la posición de garante la responsabilidad por vía de la omisión impropia (comisión por omisión).

Aquí sin duda se vulneró un bien jurídico, en este caso la vida de los menores, ya que la madre desatendió el deber que le asistía por ser su progenitora, pero además tenía la patria potestad, y tenía a su cargo garantizar no sólo la seguridad sino también la integridad de sus hijos menores, y que no podía delegar.

La respuesta entonces a estos interrogantes, se podrían resolver desde la perspectiva de la intervención mínima del Estado, en la medida que, además del sufrimiento que esa madre debe estar padeciendo por cuenta de la tragedia vivida, debemos sumarle un proceso penal por la muerte accidental de sus hijos, por supuesto no, parece suficiente castigo el hecho de saber que perdió a sus hijos, y que no es necesario adicionar un sufrimiento más, una carga impositiva que no está en ese momento en la posición de soportar. Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia señaló que:

*“...la llamada intervención mínima, conforme al cual el derecho penal sólo tutela aquellos derechos, libertades y deberes imprescindibles para la conservación del ordenamiento jurídico, frente a los ataques más intolerables que se realizan contra el mismo, noción en la que se integran los postulados del carácter fragmentario del derecho penal, su consideración de última ratio y su naturaleza subsidiaria o accesorio, conforme a los cuales el derecho penal es respetuoso y garante de la libertad de los ciudadanos, por lo cual sólo ha de intervenir en casos de especial gravedad y relevancia, ante bienes jurídicos importantes y cuando, los demás medios de control resultan inútiles para prevenir o solucionar los conflictos, esto es, reclamando como necesaria la intervención del derecho penal.”* (Corte Suprema de Justicia rad 38103, 2013).

Lo que sintetiza el argumento al confirmar la ponderación en relación con el grado de afectación al bien jurídico y la respuesta del estado en torno a la posibilidad de restringir un



derecho considerado fundamental, bajo esa premisa, la respuesta ante la amenaza debe girar en torno a unos criterios de valoración, los cuales permiten contribuir a determinar la respuesta adecuada a una situación específica.

Lo señalado anteriormente cobra relevancia en torno al uso de la fuerza y a las nuevas amenazas, ya que teniendo en cuenta los niveles de violencia, así será el marco jurídico aplicable, el DIH o el DIDH, y una protesta social por ejemplo no alcanza el umbral necesario para hacer uso de la fuerza, y la valoración de cara a la afectación del bien jurídico no le permite al funcionario hacer cumplir la ley utilizando una fuerza letal.

Bajo esa premisa, la interrelación entre la persecución penal y la lesividad como límite material de ese *Ius Puniendi*, permite verificar el grado de intervención según el nivel de violencia detectado, la valoración entonces ha de corresponder a criterios objetivos previsto por la doctrina internacional, especialmente respecto de los medios y métodos ideales para hacerle frente la violencia.

Lo anterior contribuye a determinar el momento en el cual se puede hacer uso de la fuerza policial y/o fuerza militar, para contrarrestar una amenaza, ya que cada uno de estos organismos de seguridad puede emplear métodos y medios disimiles.

## CAPÍTULO II. EL USO DE LA FUERZA POLICIAL Y EL IUS PUNIENDI

La función primordial o por excelencia de la policía nacional, se encuentra prevista en la Constitución Política de Colombia, artículo 218, y la finalidad esencial como se detalla en ese mandato supra legal, está orientado a garantizar que los colombianos convivan en paz y se mantengan las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y las libertades públicas. La actividad primordial está delimitada por el respeto de los derechos y las garantías de los ciudadanos y en medio de la población civil desempeña su función.

Esa especial situación implica que los medios de represión usados estén limitados al análisis de niveles de violencia, donde la fuerza letal solo se puede aplicar cuando se actúe en defensa de un derecho propio o ajeno, contra una injusta agresión actual e inminente, el entrenamiento, la capacitación y la posibilidad de utilizar medios menos lesivos para la vida e integridad, son la generalidad que enmarca los manuales y procedimientos en las distintas actividades.

En este orden de cosas, el funcionario encargado de hacer cumplir la ley, no solo debe tener claro su rol, sino que además debe analizar la situación que ha de controlar a la luz de los elementos internacionales dispuestos para controlar el monopolio y empleo de la fuerza, instrumentos internacionales que pese a ser considerados como *soft law*, tienen la fuerza vinculante necesaria cuando el operador judicial analiza el resultado antijurídico derivado de la intervención del agente policial; en este contexto, *soft law* se define como:

*“...serie de actos, no homogéneos, en cuanto a origen y naturaleza, que, a pesar de estar privados de efectos jurídicos vinculantes, resultan a través de distintas vías, jurídicamente relevantes. Se les considera “normas Ligeras”, dúctiles o blandas, en el sentido de falta de*

*eficacia obligatoria per se, carencia que no impide, sin embargo, que gocen d cierta eficacia jurídica gracias a la influencia que ejercen derivada de su capacidad de persuasión sobre los estados, las instituciones comunitarias y los individuos.” (Universidad de Cádiz, 2020, p. 1).*

El uso de la fuerza en el contexto policial quedó definido por el legislador en el nuevo código de policía que entró a regir en el territorio colombiano a partir del 1 de febrero de 2017, en los siguientes términos:

*“Artículo 166. Uso de la fuerza. Es el medio material, necesario, proporcional y racional, empleado por el personal uniformado de la Policía Nacional, como último recurso físico para proteger la vida e integridad física de las personas incluida la de ellos mismos, sin mandamiento previo y escrito, para prevenir, impedir o superar la amenaza o perturbación de la convivencia y la seguridad pública, de conformidad con la ley. (Congreso de Colombia, 2016)*

Además, desarrolla algunas circunstancias en la cuales es dable hacer uso de la fuerza como medida preventiva, con el fin de contrarrestar una amenaza contra la institucionalidad o la misma población civil, porque al tenor de la norma el uso de la fuerza puede ser utilizado en los siguientes casos:

Para prevenir la inminente o actual comisión de comportamientos contrarios a la convivencia, de conformidad con lo dispuesto en el régimen de Policía y en otras normas

Para hacer cumplir las medidas correctivas contempladas en este Código, las decisiones judiciales y obligaciones de ley, cuando exista oposición o resistencia

Para defenderse o defender a otra persona de una violencia actual o inminente contra su integridad y la de sus bienes, o protegerla de peligro inminente y grave

Para prevenir una emergencia o calamidad pública o evitar mayores peligros, daños o perjuicios, en caso de haber ocurrido la emergencia o calamidad pública

Para hacer cumplir los medios inmateriales y materiales, cuando se presente oposición o resistencia, se apele a la amenaza, o a medios violentos

Nota. Elaboración propia, adaptado de (Congreso de Colombia, 2016).

La consagración normativa permite hacer uso de los medios disponibles de manera preventiva, a manera de disuasión, o reactiva cuando se haga evidente la vulneración de un derecho individual o colectivo, dejando claro que estos elementos deben ser proporcionales dejando la fuerza letal como la última opción:

*“Parágrafo 1°. El personal uniformado de la Policía Nacional sólo podrá utilizar los medios de fuerza autorizados por ley o reglamento, y al hacer uso de ellos siempre escogerá entre los más eficaces, aquellos que causen menor daño a la integridad de las personas y de sus bienes.”*

*“Parágrafo 2°. El personal uniformado de la Policía Nacional está obligado a suministrar el apoyo de su fuerza por iniciativa propia o a petición de persona que esté urgida de esa asistencia, para proteger su vida o la de terceros, sus bienes, domicilio y su libertad personal.”*

*“Parágrafo 3°. El personal uniformado de la Policía Nacional que dirija o coordine el uso de la fuerza, informará al superior jerárquico y a quien hubiese dado la orden de usarla, una vez superados los hechos que dieron lugar a dicha medida, precisando las circunstancias de tiempo, modo y lugar, y desenlace de los hechos. En caso de que se haga uso de la fuerza que cause daños colaterales, se remitirá informe escrito al superior jerárquico y al Ministerio Público.” (Congreso de Colombia, 2016)*

En ese sentido, el mantenimiento del orden es una tarea que le compete a la policía nacional, para contrarrestar la amenaza es posible utilizar medios disponibles según los niveles de violencia, los cuales se pueden clasificar según su naturaleza en situaciones que no pueden consideradas como conflicto armado y la que si los son.

Frente a las primeras, el marco jurídico aplicable es el DIDH, y le corresponde en esencia a la policía nacional asumir su neutralización, los segundos corresponde a situaciones de conflicto armado al que le corresponde la *lex speciales* (DIH), como fuente de interpretación de los resultados producidos en el marco de las hostilidades.

A la policía nacional por mandato constitucional, le corresponde los primeros, es decir las situaciones que no alcanzan el umbral de violencia suficiente para ser consideradas conflicto armado, y se pueden clasificar de la siguiente manera:

- Reuniones y manifestaciones
- Disturbios internos y otras situaciones de violencia interna
- Estados de excepción

Por lo anterior, es que la Corte Constitucional entiende que la manifestación o protesta constituye un derecho fundamental, del cual gozan todos los ciudadanos, y que a través de este, se comparten y difunden opiniones, pensamientos sobre aspectos del orden político, religioso, económico, cultural y social, así:

*“...una libertad pública fundamental pues constituye una manifestación colectiva de la libertad de expresión y un medio para ejercer los derechos políticos. Esta libertad es la base de la acción política en las campañas electorales y también de los movimientos cívicos y otras manifestaciones legítimas de apoyo y protesta ( Sentencia C 742, 2012).*

Como garantía constitucional debe ser protegida y respetada y no puede ser limitada, a menos que la protesta o manifestación afecte derechos de terceros, como obstruir una vía pública, paralizar el sistema de transporte público de manera pacífica o violenta, evento en el cual la misma ley otorga la posibilidad a la policía nacional de hacer uso de la fuerza legítima, con el fin de establecer las garantías de las mayorías, incluso, a través de la judicialización de este comportamiento considerado delictivo en la legislación colombiana, conforme se establece en el artículo 353 A de la ley 599 de 2000.

El funcionario encargado de hacer cumplir la ley debe entonces verificar si en el caso concreto es dable hacer uso de la fuerza teniendo especial cuidado en verificar que se cumplan los principios de necesidad, proporcionalidad, legalidad y precaución, especialmente porque estas manifestaciones tienen la característica de que son previsibles y con ello es posible la preparación previa para su contención.

En ese contexto, la acción dispuesta para contrarrestar la amenaza debe perseguir un objetivo legítimo, es decir hacer cumplir la ley, según la cual, el interés general prevalece por

encima del particular, para evitar bloqueos, daños a bien de uso público o bienes particulares, la policía entonces a través de sus unidades especiales debe disponer de los elementos dispuestos en el lugar de la concertación.

Todo ello debe estar incluido en la preparación, específicamente en el antes, donde se tiene en cuenta el alistamiento del personal, la coordinación interinstitucional con las demás autoridades militares y de policía de la zona, la consecución de recursos logísticos como grúas, retroexcavadoras, extintores, conductores para todo tipo de vehículo, todo lo necesario para contrarrestar cualquier acción con la cual se pretenda bloquear las vías o los accesos sitios o lugares neurálgicos para los intereses del Estado.

Las acciones deben ser necesarias, cuando se hace uso de la fuerza porque dentro de las posibilidades existentes no se tenía otra opción u alternativa al empleo de los medios disponibles para contrarrestar la actuación ilegal, bajo esa premisa el uso de escudos, marcaras antigás, y las armas no letales como las previstas en el artículo 21 de la resolución en cita son la opción.

Para el empleo de estas armas, se debe tener en cuenta el principio de proporcionalidad, el cual como lo señala la Corte Constitucional:

*“Comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho*

*por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes.”*  
(Sentencia C 022, 1996).

Además de lo anterior, se deben tomar todas las precauciones tendientes a garantizar, que personas ajenas a la manifestación resulten lesionadas, o sus bienes afectados, es menester entonces reducir al mínimo razonable los daños derivados de la actuación de la autoridad, *“el principio de precaución exige un constante cuidado y tomar todas las precauciones posibles para proteger a la población civil y los bienes de carácter civil”* (Comité Internacional de la Cruz Roja, 2015,p.39).

Con Relación a los disturbios domésticos y otras situaciones de violencia al interior del país, el uso de la fuerza de policía está ligado a la necesidad de mantener el orden público, por lo que constituye responsabilidad primordial de los servidores de policía, y está directamente relacionada con la misión constitucional antes observada; lo cual implica que se deban realizar todas las acciones para garantizar la seguridad y tranquilidad de una colectividad, como que es una situación de tensión que puede estar motivada en factores de violencia que deben ser neutralizados, producidos, generalmente, cuando una manifestación desencadena en violencia.

El uso de la fuerza en ese contexto se justifica como lo señala Eduardo Medina Mora:

*“Por el imperativo de hacer cumplir el derecho: impedir que se atropellen o se sigan atropellando los derechos de una o varias personas, preservar el orden público o ante la imposibilidad de hacer cumplir la ley por otras formas como el dialogo, la persuasión o la advertencia. Si estas vías fracasan, o s en la irrepetibles y pautadas circunstancias que se*



*presentan en el caso no hay posibilidad de recurrir a ellas por el riesgo que corre el bien jurídico que es necesario salvaguardar, los agentes policíacos esta obligados a hacer uso de la fuerza.”* (Medina, Uso legítimo de la fuerza, 2008, p. 68).

Ahora bien, cuando los disturbios se tornan generalizados, y el Estado es incapaz con la regulación existente de contrarrestar la amenaza y cumplir con su función protectora, debe tomar medidas que en ocasiones implican la suspensión de algunos derechos y garantías, lo cual se conoce como Estados de Excepción.

Al tenor de la Corte Constitucional son justificables este tipo de medidas porque: *“...El derecho es siempre compatible con un cierto grado de desobediencia y no puede ser de otro modo. Pero cuando ese grado de desobediencia, permisible e inevitable, es traspuesto, la convivencia se torna difícil y hasta imposible, especialmente cuando son las normas reguladoras de conductas sin las cuales la coexistencia no es pensable, las que están comprometidas. Cuando tal ocurre, el desorden se ha sustituido al orden. ¿Cuándo exactamente ocurre tal fenómeno? No es posible determinarlo con entera certeza. Pueden surgir discrepancias. Es, entonces, cuando se requiere el criterio autorizado y prevalente del órgano de la comunidad que ha de verificar, con fuerza vinculante, que el fenómeno se ha producido o su advenimiento es inminente. Justamente, para esas situaciones se han creado los Estados de excepción. Los Estados de excepción o de turbación del orden exigen, entonces, normas que se adecuen a la nueva situación. Se trata, de normas generalmente más drásticas, vale decir, de un poder disuasivo mayor y más restrictivas de la libertad jurídica.”* (Sentencia C 179, 1994).

No obstante, conforme con la normatividad internacional, se deben tomar ciertas medidas para garantizar los derechos humanos, el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos, plantea que:

*“En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.”* (Organización de Naciones Unidas, 1966)

Lo anterior permite concluir que en el uso de la fuerza policial, existe o debe existir el respeto por las garantías de los ciudadanos, incluso en los Estado de excepción o en los disturbios más violentos se puede restringir la vida de manera arbitraria, por lo que las normas internas deben estar acorde con los instrumentos internacionales de protección de derechos fundamentales y la precaución debe marcar la actuación de las fuerzas estatales, antes durante y después de su intervención.

Cosa muy parecida ocurre cuando se hace uso de la fuerza a través de la fuerza militar, en el estado ideal de las cosas, su intervención se debe limitar a la protección de las fronteras y la integridad del territorio nacional, no obstante, en un conflicto asimétrico como el que ha padecido

Colombia, como se analizará a continuación, la mixtura de funciones hace que, en muchos casos, el ejército especialmente deba apoyar en el control de la paz a la policía nacional.

### **CAPÍTULO III. EL USO DE LA FUERZA MILITAR Y EL IUS PUNIENDI**

En Colombia las fuerzas militares en virtud del mandato constitucional deben propender por preservar la integridad del territorio y por hacer respetar la soberanía, así está consignado en el mandato de la Carta Magna y así es reconocido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

En torno a la normatividad Constitucional la finalidad primordial es la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional, lo cual implica el uso de la fuerza en el marco de situaciones de conflicto armado que afectan la tranquilidad de los colombianos.

Además, esto implica el uso de las herramientas legítimas para contrarrestar la amenaza dentro del marco jurídico dispuesto para tal fin, esto es el Derecho Internacional Humanitario (DIH), el cual, según jurisprudencia de la Corte Constitucional:

*“...ha sido fruto esencialmente de unas prácticas consuetudinarias, que se entienden incorporadas al llamado derecho consuetudinario de los pueblos civilizados. Por ello, la mayoría de los convenios de derecho internacional humanitario deben ser entendidos más como la simple codificación de obligaciones existentes que como la creación de principios y reglas nuevas.”* (Sentencia C 225, 1995).

Normas de derecho internacional de obligatoria observación y que se aplican dentro de situación de conflicto armado. Bajo esa premisa es determinante por regla general a la hora de utilizar la fuerza por parte de las fuerzas militares, establecer sí la situación

corresponde o no a una situación de conflicto armado, por ello los elementos indispensables de esta condición, son los que permiten al operador judicial indicar si el caso que analiza en el cual se vulneró un derecho, está orientado y delimitado bajo la lupa de esta norma del *ius cogens*.

Según el tribunal internacional para la antigua Yugoslavia, existe conflicto armado cada vez que se recurre a la fuerza entre dos o más Estados, o al interior del territorio entre las fuerzas gubernamentales y grupos armados, o entre estas estructuras de facto por un tiempo prolongado.

La doctrina especializada citada por el CICR en el documento de opinión de marzo de 2008 el cual por ser relevante se cita de manera literal a continuación, trae compilada algunas definiciones de conflicto armado tanto de carácter internacional como no internacional de la siguiente manera:

Cuando se hable de un conflicto armado internacional (CAI), es porque en la confrontación en el uso de las fuerzas armadas están involucrados dos o más Estados, en este caso se activan de manera automática los protocolos e instrumentos internacionales de protección a los no combatientes, el principio de distinción cobra especial valor ya que lo que se trata es de diferenciar los bienes y recursos de carácter civil de los objetivos militares, los capturados tiene estatus de prisioneros de guerra y los métodos y medios empleados para las hostilidades son de carácter convencional.

Por su parte los conflictos armados de carácter no internacional (CANI), se presentan cuando se da una confrontación de carácter prolongado al interior de un Estado entre las fuerzas gubernamentales y grupos armados o entre estos grupos, el DIH se activa cuando se presenta la confrontación en el ámbito territorial y temporal donde se surten las hostilidades,

los combatientes no gozan del estatus de prisioneros de guerra y la persecución penal está habilitada por cuanto los que luchan en contra de la institucionalidad cometen delitos en el marco de la legislación interna.

Según lo anterior, no existe mayor dificultad al determinar la existencia de un CAI, basta con que la confrontación se surta entre dos o más Estados para que se adquiriera dicha denominación, el problema surge en torno a la denominación de los CANI, ya que se deben analizar algunos aspectos para alcanzar dicha connotación especialmente a la hora de aplicar el marco normativo adecuado, esto es el DIH.

Al respecto, resulta oportuno en aras de verificar el papel del integrante de la fuerza militar en relación con la potestad sancionadora del estado (*Ius Puniendi*), identificar tres criterios que contribuyen a dicha denominación a saber: el umbral de violencia que permite catalogar el hecho, los elementos para categorizar el grupo armado organizado y la sanción penal para los integrantes de estos grupos cuando vulneren bienes jurídicos tanto de la población civil o del combatiente gubernamental.

Cuando se trata del umbral de violencia necesario para catalogar el hecho como relacionado con el conflicto, es importante mencionar que dicha denominación no depende del calificativo que dé, el gobierno de turno en relación con la situación de violencia por la que atraviesa el Estado, el operador judicial es el competente, y para tal fin, los criterios orientadores que vienen de la jurisprudencia de los tribunales pueden contribuir a lograr dicha denominación.

En ese sentido la Corte Constitucional señaló:

*“...Para efectos de la aplicación del Derecho Internacional Humanitario, la existencia de un conflicto armado se determina jurídicamente con base en factores objetivos, independientemente de la denominación o calificación que le den los Estados, Gobiernos o grupos armados en él implicados. También cabe subrayar que la existencia de un conflicto armado “no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico” de los grupos armados (Art. 3 Común). Una condición para el reconocimiento de insurgencia o beligerancia es que el grupo armado irregular haya aceptado y aplicado el DIH.” (Sentencia C 291, 2007)*

En esa misma decisión, la corporación identificó en sintonía con las decisiones de los Tribunales Internacionales de Justicia, los elementos para establecer la existencia de un conflicto armado en el territorio del Estado, en ese sentido consideró:

*“...la determinación de la existencia de un conflicto armado debe realizarse no en abstracto, sino en atención a las características de cada caso particular. Para efectos de establecer en casos concretos si un determinado conflicto ha trascendido el umbral de gravedad necesario para ser clasificado como un conflicto armado interno, la jurisprudencia internacional ha recurrido principalmente a dos criterios: (i) la intensidad del conflicto, y (ii) el nivel de organización de las partes.” (Sentencia C 291, 2007).*

En torno al nivel de violencia, se hace mención a la intensidad de los ataques y a la seriedad de los mismos, la capacidad de generar daño en la población civil, la capacidad de

desplazamiento y de terror para los habitantes de la región afectada, y prolongación en el tiempo de las hostilidades.

Elementos que deben ser observados por el operador judicial al momento de analizar el caso concreto, especialmente cuando se presenta la vulneración de un bien jurídico como la vida donde según la legislación interna, se debe realizar una investigación, allí los criterios objetivos presentes tanto en los instrumentos internacionales como en la jurisprudencia, son la fuente de interpretación obligatoria para dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 221 constitucional.

*“En relación con un conflicto armado o un enfrentamiento que reúna las condiciones objetivas del Derecho Internacional Humanitario, se aplicarán las normas y principios de este. Los jueces y fiscales de la justicia ordinaria y de la Justicia Penal Militar o Policial que conozcan de las conductas de los miembros de la Fuerza Pública deberán tener formación y conocimiento adecuado del Derecho Internacional Humanitario.”* (Constitución Política. Art. 221).

Ahora, con relación a la organización de facto, existen algunos instrumentos que permiten cualificarla como un grupo armado organizado (GAO), al respecto citando jurisprudencia del Tribunal Ad-hoc para la antigua Yugoslavia se ha señalado:



Que use la violencia armada contra la Fuerza Pública u otras instituciones del Estado, la población civil, bienes civiles o contra otros grupos armados

Que tenga la capacidad de generar un nivel de violencia armada que supere la de los disturbios y tensiones internas

Que tenga una organización y un mando que ejerce liderazgo o dirección sobre sus miembros, que le permitan usar la violencia contra la población civil, bienes civiles o la Fuerza Pública, en áreas del territorio nacional

Nota. Elaboración propia, adaptado de (Ministerio de Defensa Nacional, 2016).

En cuanto a los niveles de violencia necesaria para establecer que un grupo armado tiene el potencial de ser considerado como GAO, en la Directiva Ministerial 015 de 2016, citando el Tribunal de Yugoslavia se consideró:

*“...La seriedad de los ataques y su incremento en cantidad o la dispersión en el territorio.*

*La propagación de los enfrentamientos en un territorio y en un período de tiempo determinado.*

*El incremento en el pie de fuerza de las Fuerzas Militares de un país, la movilización y distribución de armamento.*

*La atención internacional que el conflicto haya recibido.*

*El tipo de armamento empleado, la utilización de equipos militares, el bloqueo o el asalto a ciudades y la extensión de su destrucción.*

*El número de víctimas resultantes de ataques.*

*El número de tropas y unidades desplegadas.*

*La ocupación de un territorio, de ciudades y pueblos.*

*El despliegue de las FF.MM. a las áreas críticas.*

*El cierre de carreteras...”*

(Ministerio de Defensa Nacional, 2016)

Criterios que en conjunto de conformidad con los factores de violencia presente en las diferentes situaciones por la que atraviesa el país, ha permitido a las autoridades de todo orden catalogar varias estructuras criminales como grupos armados organizados contra los cuales es posible hacer uso de la fuerza letal por parte de la fuerza militar, grupos como las “FARC”, el “ELN”, disidencias del “EPL”, el “Clan del Golfo”, “Los Puntilleros” que delinquen en los llanos Orientales y “los Pelusos” cuya zona de influencia está en el Norte de Santander de manera específica en la región del Catatumbo.

Lo anterior porque además de alcanzar con su accionar criminal en los niveles de violencia requeridos por la jurisprudencia internacional, también tienen un grado de organización, medible a partir de uso factores también relacionados en la Directiva Ministerial 015 de 2016.

En un estudio realizado por la fundación Ideas para la paz, se hace un análisis objetivo en relación con el accionar de las organizaciones ilegales catalogadas inicialmente por el gobierno nacional como bandas criminales, haciendo notar la especial influencia y control

que ejercen en algunos lugares del territorio colombiano, donde combinan los negocios ilícitos como la extorsión, el secuestro y el narcotráfico con una plataforma de lucha política e ideológica bien estructurada.

Llama la atención del informe algunas de las conclusiones en las cuales se pedía precisamente al gobierno nacional que dejara de minimizar el poderío y la notoriedad política que tenían estas estructuras, al respecto se indica en el informe en cita:

*“...Un aspecto que debe revalorarse es la caracterización de este grupo armado ilegal como una simple banda criminal “al servicio del narcotráfico”, ya que niega la función reguladora de actividades económicas distintas a las del tráfico de drogas, que para el Bajo Cauca es evidente. Además, esa manera de categorizar esconde asuntos tan graves como las violaciones a los derechos humanos, el control social que ejercen estos grupos irregulares en aquellas áreas, urbanas y rurales, donde tienen consolidado su hegemonía armada, y las relaciones a través de la cooptación de funcionarios o intereses por el poder local y regional, más allá de la prevención judicial con fines de impunidad (...) Esa caracterización no se ajustaría con exactitud a las AGC, organización criminal que en los últimos años se ha constituido una fuerza armada ilegal hegemónica en buena parte del país. Su estrategia de confrontación armada directa desarrollada entre los años 2009 y 2012, aunada a su capacidad de negociación política con aquellos a los que confrontó, le dieron réditos para convertirse en la mayor fuerza criminal del país. Sus extensas redes criminales, su capacidad económica, su disciplina como ejército irregular, su conocimiento del terreno por donde se mueven y su poder de disuasión la consolidó como una*

*organización cuya permanencia en el tiempo podrá ser duradera.” (Restrepo, 2015,p.52).*

Realidad que dimensiona en gran medida lo que acontece con las estructuras que delinquen a lo largo del territorio nacional, esa caracterización equivocada ha permitido en algunos casos que estas estructuras tengan mayor capacidad bélica ya que la Policía Nacional en ocasiones no tiene toda la fuerza necesaria para su contención, y otra la judicialización de personal militar que al observar una persona armada, uniformada en actitud hostil han hecho uso de la fuerza letal como primera alternativa.

En este contexto se pueden presentar situaciones que desbordan la capacidad de respuesta institucional a nivel militar y penal, toda vez que, si le está dado a las fuerzas militares usar la fuerza letal para combatir las bandas criminales, en el contexto jurídico aplicable el ente acusador puede analizar dicha conducta como un procedimiento que no se ajusta a la ley, por cuanto se acudió a un uso desproporcionado de la fuerza al buscar la neutralización del enemigo y no su captura.

Para blindar jurídica y penalmente la actuación de las fuerzas militares en conjunto con la policía nacional, el Ministerio de Defensa Nacional el 26 de octubre de 2017, emitió la directiva ministerial número 37, con el ánimo de visibilizar la problemática de orden social y político que se vive en el territorio colombiano, tras la desmovilización de la guerrilla de Las FARC los grupos disidente de la misma y los demás grupos al margen de la ley que delinquen en el territorio nacional.

Es evidente en las líneas finales del texto anteriormente transcrito, que uno de los apoyos fundamentales para dar vía libre a las operaciones conjuntas entre ejército y policía es la inestabilidad para el régimen democrático, conductas plasmadas en el código penal Colombiano en su título XVIII como Delitos Contra el Régimen Constitucional y Legal, lo cual aunado a la categorización de violaciones del D.I.H y los elementos de identificación de un GAO, los niveles de violencia que deben alcanzar estos y la organización, establecidos en directivas ministeriales precedentes y tratadas anteriormente, son el marco jurídico del cual se sirve el gobierno nacional, para acudir al uso de la fuerza como instrumento regulador del orden nacional.

## Conclusiones

El sostenimiento del poder en la evolución del Estado moderno ha estado marcado por el sometimiento de aquellas personas o grupos que irrumpen con el statu quo, por considerar que el orden de las cosas se encuentra alterado y es posible una transformación del mismo, acudiendo a la razón o la fuerza como discurso para la toma del poder.

La historia de la humanidad ha dado cuenta de la victoria de muchas de estas llamadas revoluciones que han logrado romper el statu quo e instaurar un orden si se quiere más justo e igualitario, por supuesto dejando miles de muertos y desastres materiales a su paso.

No obstante, cuando dicha fuerza revolucionaria no se alza con el poder, vienen a convertirse en sujetos de represión por quienes ostentan legal y legítimamente el poder, acudiendo para ello al uso de la fuerza y al ius puniendi como herramientas de control social.

El derecho penal se constituye como un recurso contenedor de todas las posibles manifestaciones de vulneraciones de los derechos de las personas que viven en sociedad, y bajo esta premisa el sostenimiento del orden constitucional y legal ya no puede darse desbordando los formales y materiales impuestos a través de años de evolución jurídica del Estado y reivindicación de los derechos de la humanidad; en este escenario tanto el ius puniendi como el uso de la fuerza son instrumentos que se entienden como la última opción en el ejercicio del sostenimiento del régimen constitucional y legal existente.

En el escenario del pos conflicto que se vive en Colombia, se ha hecho necesario recalibrar no solo el diseño de la política criminal para combatir los reductos de grupos organizados al margen de la ley originados tras la desmovilización de los grupos paramilitares, las disidencias de Las FARC y demás organizaciones que delinquen en el país con base en sus modalidades de conductas delictivas, sino además las misiones institucionales asignadas al ejército y la policía.

Esto atendiendo al criterio de legalidad como límite formal al ius puniendi para poder acudir al uso de la fuerza, toda vez que esta no puede ser usada para contrarrestar una amenaza si la misma no se configura como una vulneración a una conducta previamente definida por el legislador.

Ahora bien, el recurso del uso de la fuerza este contenido a la luz del derecho internacional como la última opción en lo que tiene que ver con relaciones entre Estados, y su instrumentalización en el ordenamiento jurídico interno se ha venido a dar a raíz del conflicto armado matizado por las operaciones de diversas estructuras criminales que delinquen en el territorio nacional.

Es en este punto donde vienen a confluír los papeles de la institución policial y militar, pues aunque en teoría sus misiones se encuentran delimitadas constitucional y legalmente, las condiciones sociales y políticas han generado que el Estado y los gobiernos de turno adopten medidas encaminadas a abrirle paso al uso de la fuerza como herramienta de disuasión; en este contexto el análisis del uso de la fuerza permite delimitar el grado de intervención de las fuerzas de seguridad del Estado cuando necesiten contrarrestar una situación que ponga en peligro la institucionalidad, los niveles de violencia han sido analizados desde perspectiva de la lesividad, incluyendo para esto la transgresión de las normas nacionales, las vulneraciones a los DDHH y las infracciones al DIH.

## Bibliografía

- Bernal, C. (2000, p. 158). *Metodología de la Investigación para Administración y Economía*. Bogotá: Pearson Educación de Colombia.
- Comité Internacional de Cruz Roja. (Septiembre de 2008). *cicr.org*. Recuperado el 20 de Abril de 2017, de [https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc\\_003\\_0943.pdf](https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_0943.pdf).
- Comité Internacional de la Cruz. (Octubre de 2016,p.18). *www.cicr.org*. Recuperado el 15 de junio de 2017, de [https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/violencia-y-uso-de-la-fuerza\\_\(web\).pdf](https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/violencia-y-uso-de-la-fuerza_(web).pdf).
- Comité Internacional de la Cruz Roja. (Septiembre de 2008,p.5). *cicr.org*. Recuperado el Marzo de 2017, de 22
- Comité Internacional de la Cruz Roja. (Marzo de 2015,p.39). *www.icrc.org*. Recuperado el 15 de junio de 2017, de <https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc-003-809.pdf>
- Congreso de Colombia. (29 de Julio de 2016). Código Nacional de Policía y Convivencia. Bogotá: Congreso de Colombia.
- Constitución Política. (1991). Bogotá: Congreso de Colombia.
- Gasser, H. (1993,p.510). *International Humanitarian Law: an Introduction*. Suiza: Ediciones H. Haug.
- Lawand, K. (10 de Diciembre de 2012). ¿ Qué es un conflicto armado no internacional? (C. I. Roja, Entrevistador)
- Ley 599. (2000). Bogotá: Congreso de Colombia.
- Medina, E. (2008,p,68). *Uso legítimo de la fuerza*. México: Publicaciones Inacipe.



- Medina, E. (2008,p.85). *Uso legítimo de la fuerza*. México: Publicaciones Inacipe.
- Ministerio de Defensa Nacional. (27 de Noviembre de 2015). Manual de Control de Manifestaciones y Disturbios para la Policía Nacional. Bogotá, Colombia.
- Ministerio de Defensa Nacional. (22 de Abril de 2016). LINEAMIENTOS DEL MINISTERIO DE DEFENSA PARA CARACTERIZAR Y ENFRENTAR A LOS GRUPOS ARMADOS ORGANIZADOS (GAO). Bogotá, Colombia.
- Nuño, J. (2002,p.65). Sistema penal y control social en Colombia. Bogotá, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana.
- Organización de Naciones Unidas. (16 de Diciembre de 1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Nueva York, Estados Unidos.
- Organización de Naciones Unidas. (2017,p.15). *Monitoreo de territorios afectados por cultivos ilícitos 2016*. Viena: UNODC.
- Restrepo, J. (2015,p.52). *'Autodefensas Gaitanistas de Colombia' en el Bajo Cauca antioqueño*. Bogotá: Fundación Ideas para la Paz.
- Sampedro, C. (2011,p.333). *Lecciones de derecho penal parte general*. Bogotá D.C.: Universidad Externado.
- Serna, Y. (2008,p.6). LA DIGNIDAD HUMANA (ART. 1 DEL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO) COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN DEL LEGISLADOR EN MATERIA PENAL. Medellín, Colombia: Universidad Eafit.
- Velásquez, f. (2010,p.62). *Manual de derecho penal. Cuanta Edición*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.

Zaffaroni, E. (09 de Agosto de 2011). *tcontrat.blogspot*. Recuperado el 20 de junio de 2017, de <http://tcontrat.blogspot.com.co/2011/08/eugenio-raul-zaffaroni-y-la-logica-del.html>

### **Casos y sentencias**

Sentencia C 179, 179 (Corte Constitucional 13 de Abril de 1994).

Caso Tadic párrafo 70, IT-94-1-AR72 (Sala de Apelaciones del TPIY 2 de Octubre de 1995).

Caso Tadic párrafo 70, IT-94-1-ar72 (Sala de Apelaciones del TPIY 2 de Octubre de 1995).

Sentencia C 225, 225 (Corte Constitucional 18 de Mayo de 1995).

Sentencia C 022, 022 (Corte Constitucional 23 de Enero de 1996).

Sentencia C 177, 177 (Corte Constitucional 14 de febrero de 2001).

Sentencia T 728, 728 (Corte Constitucional 22 de Enero de 2002).

Sentencia C 291, 291 (Corte Constitucional 25 de Abril de 2007).

Sentencia C 025, 025 (Corte Constitucional 27 de Enero de 2009).

Sentencia C 742, 742 (Corte Constitucional 26 de Septiembre de 2012).

Consejo de Estado exp 2009-00196 , 2009-00196 (Consejo de Estado sala Contencioso Administrativo 15 de Noviembre de 2012).

Corte Suprema de Justicia rad 38103, 38103 (Corte Suprema de Justicia 30 de Abril de 2013).

Sentencia T 921, 921 (Corte Consitucional 05 de Diciembre de 2013).

Sentencia C 813, 813 (Corte Constitucional 5 de Noviembre de 2014).

Sentencia C 084, 084 (Corte Consitucional 24 de Febrero de 2016).

Tribunal Superior de Bogotá rad 110016000019201309394 01, 110016000019201309394 01  
(Tribunal Superior de Bogotá 03 de febrero de 214).