

El enigma hermenéutico de los falsos positivos: criterios jurídicos de comprensión en el contexto de los derechos humanos y el derecho penal y su incidencia en el fuero penal militar colombiano

The hermeneutical enigma of false positives: Legal criteria for understanding in the context of human rights and criminal law and their impact on the Colombian military criminal jurisdiction

Violed Soleyde Roldán Espinal¹
Luis Orlando Toro Garzón²
Mónica María Bustamante Rúa³

Cómo citar: Roldán Espinal, V. S., Toro Garzón, L. O. y Bustamante Rúa, M. M. (2025). El enigma hermenéutico de los falsos positivos: criterios jurídicos de comprensión en el contexto de los derechos humanos y el derecho penal y su incidencia en el fuero penal militar colombiano. *Nuevo Derecho*, 21(37), 1-25. <https://doi.org/10.25057/2500672X.1743>

Recibido: 23-04-2025 – Aceptado: 11-09-2025 – Publicado: 16-10-2025

Resumen

El objetivo general del presente estudio se orienta a resolver el enigma hermenéutico de los falsos positivos a partir del sistema internacional de derechos humanos y su incidencia en el fuero penal militar colombiano (FPMP). La pregunta de fundamento se presenta en el escenario sustancial y procesal: ¿Cuáles son los criterios jurídicos de comprensión en los contextos local e internacional de los derechos humanos y el derecho penal para gobernar la expresión *falsos positivos* en sede de justicia y en relación con el FPMP? Para dar luz a la incertidumbre hermenéutica planteada se acude a la revisión de los aspectos generales de los falsos positivos y de la política de seguridad democrática del Gobierno nacional en el lapso comprendido entre 2002 y 2010. Se revisan diversas posturas en torno a los falsos positivos y su tipicidad penal, se explora sobre los falsos positivos en relación con el Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos,

¹ Abogada, magíster en Derecho Procesal y doctoranda en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín. Docente de tiempo completo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín y coordinadora de su área penal. ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-7111-9307>. Correo electrónico: vroidan@udemedellin.edu.co

² Abogado, especialista en Gestión Pública y en Derecho Penal, magíster y doctor en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín. Líder e investigador del Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín. Conferenciante nacional e internacional en temas procesales de justicia penal y de prueba. Director de posgrados de Derecho Procesal de la Universidad de Medellín. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4571-8991>. Correo electrónico: ltoro@udemedellin.edu.co

³ Abogada y magíster en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín, doctora en Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Rosario, Argentina, e investigadora postdoctoral de la Universidad de Salamanca. Profesora titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín, integrante del Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1029-1468>. Correo electrónico: mmbustamante@udemedellin.edu.co



se particulariza sobre el homicidio en persona protegida como conducta delictual de mayor encaje en los falsos positivos, se analiza la dogmática de los delitos de lesa humanidad frente al conflicto armado colombiano y, por último, se hace puente lógico con el fuero penal militar y policial (FPMP) en relación con los falsos positivos. Desde el punto de vista metodológico, se utiliza el enfoque cualitativo y un tipo de estudio básico jurídico de orden exploratorio, descriptivo y propositivo. Como resultado relevante, se llega a la conclusión de que los falsos positivos son claras violaciones a los derechos humanos de custodia internacional, igualmente que estos no tienen tipicidad como delito, pero están adaptados al Código Penal colombiano como homicidio en persona protegida, principalmente, y en el orden internacional penal como delitos de lesa humanidad por estar relacionados con el conflicto interno colombiano. Igualmente, se pone de relieve que el juez natural para este tipo de conductas es la jurisdicción penal ordinaria y, complementariamente, la jurisdicción penal internacional a través de la Corte Penal Internacional.

Palabras clave: Falsos positivos, Derechos Humanos, Derecho Penal, Política de Seguridad Democrática, Fuero penal militar, Principio de distinción

Abstract

This study is guided by the general objective of solving the hermeneutical enigma of false positives based on the international human rights system and its impact on the Colombian military criminal jurisdiction-FPMP. The fundamental question arises in the substantial and procedural scenario of determining what are the legal criteria in the context of human rights and criminal law of local and international order to govern this expression of false positives in the courts of justice and in relation to the FPMP?

In order to shed light on the hermeneutical uncertainty raised, a review is made of the general aspects of false positives and the democratic security policy of the national government in the period between 2002 and 2010, various positions regarding false positives and their criminal classification are reviewed, false positives are explored in relation to the Inter-American System for the Promotion and Protection of Human Rights, homicide of a protected person is examined as a criminal conduct that best fits false positives, an analysis is made of the dogmatics of crimes against humanity in the face of the Colombian armed conflict and finally a logical bridge is made with the military and police criminal jurisdiction -FPMP- in communication with false positives.

To manage the thematic axes from the methodological point of view, the qualitative approach and a type of basic legal study of exploration, descriptive and propositional order are used. As a relevant result, it is concluded, among others, that false positives are clear violations of human rights of international custody, and that these are not classified as crimes, but are adapted to the Colombian penal code as homicide of a protected person mainly and in the international criminal order as crimes against humanity because they are related to the Colombian internal conflict. It is also highlighted that the natural judge for this type of conduct is common criminal jurisdiction and, additionally, international criminal jurisdiction through the International Criminal Court.

Keywords: False Positives, Human Rights, Criminal Law, Democratic Security Policy, Legal Criterion

Introducción

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en su accionar cotidiano, ha desempeñado un rol fundamental en la observancia e investigación de las vulneraciones en materia de derechos humanos en Colombia relacionadas con el conflicto, basadas principalmente en conductas caracterizadas como “falsos positivos”, término con el que se conocen las ejecuciones extrajudiciales presentadas como bajas en combate e imputadas a agentes de la fuerza pública, en el lapso comprendido entre los años 2002-2010, bajo la presidencia de Álvaro Uribe Vélez (Mancilla, Montealegre & Rojas, 2019).

La correlación entre la normatividad internacional, los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el derecho interno colombiano ha generado un escenario de redefinición de lo que se ha entendido hasta el momento como fuero penal militar, y ha establecido límites exactos a su competencia en los casos de los llamados falsos positivos.

Sin embargo, pese a que la justicia ordinaria avanza en la investigación y el esclarecimiento de algunos casos por competencia decantada, las decisiones jurisdiccionales de orden constitucional y convencional siguen siendo un punto de debate en el derecho penal militar colombiano. Es así como la evolución de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos con relación al fuero penal militar refleja los principales desafíos que enfrenta la administración de justicia para entender y sancionar estos crímenes.

Ya se ha reconocido que el conflicto armado en Colombia ha dejado profundas huellas en la memoria de las poblaciones más vulnerables y marginadas del país. La serie de eventos que, de forma paulatina, se hicieron de conocimiento público y que fueron nombrados en los medios de comunicación, eufemísticamente, como “falsos positivos” constituyen uno de los hitos más escabrosos en la larga lista de violaciones a los derechos humanos. En ese sentido, en los siguientes párrafos se describe el contexto normativo, fáctico, jurisprudencial y doctrinal en el cual emerge este fenómeno y su comprensión.

Resultados

Aspectos generales de los falsos positivos y la seguridad democrática

Desde los medios de comunicación nacionales e internacionales ha trascendido el término “falsos positivos” como una forma edulcorada de nombrar uno de los más crudos eventos de las últimas décadas en contra de la dignidad de la población connacional. En este contexto, se resalta que por lo menos “6402 colombianas y colombianos fueron víctimas de muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate entre 2002 y 2008”, según reporte de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP, 2021, p. 1), quienes, de acuerdo con lo afirmado por instancias judiciales, sin tener

ninguna participación en el conflicto armado fueron asesinados y desaparecidos por integrantes activos de las FF. MM.

La continua y vehemente presión que le fue impuesta al cuerpo militar por parte del Estado, con el objetivo de lograr los resultados y metas establecidos en la política de defensa, fue enfáticamente repetida tanto en alocuciones públicas como en documentos oficiales, públicos e internos durante el mandato de Álvaro Uribe Vélez.

Podría decirse que, o al menos así lo exponen quienes por sometimiento a la justicia han contado su versión de verdad de los hechos, que este fue uno de los aspectos que contribuyó a un aumento evidente en el número de casos de falsos positivos, que se vio reflejado tanto en las denuncias ante los organismos de control, como en la visibilidad mediática de los casos de desapariciones y ejecuciones extrajudiciales durante el período 2002-2010, que corresponde a los dos mandatos presidenciales en los que fue aplicada la política de seguridad.

En función de ello, el programa de apoyo financiero y militar que realizara en su momento los Estados Unidos a Colombia a través del denominado Plan Colombia (PC), fue especialmente planeado, diseñado y ejecutado para hacerles frente al narcotráfico y a los grupos armados ilegales, lo que constituyó un factor fundamental tanto económico como ideológico-político en el diseño de los lineamientos de la estrategia de seguridad, que a la postre pudieron hacer arder la idea de compromiso y efectividad bajo cauces poco ortodoxos en relación con los derechos humanos.

De acuerdo con el informe de balance del PC 1999-2005 elaborado por el Departamento Nacional de Planeación (DNP, 2006), en total se ejecutaron 10.732 millones de dólares, de los cuales el 26,6 % se destinaron al fortalecimiento institucional, el 57,5 %, para la lucha contra las drogas ilícitas y el crimen organizado, y el 16 % restante para programas sociales (DNP, 2006, p. 11). De igual manera, en el reporte se resalta “el fortalecimiento de las capacidades operativas y de respuesta de la Fuerza Pública [...] como los logros más importantes del PC en este ámbito” (DNP, 2006, p. 43).

Así las cosas, ante tamaña inversión, la responsabilidad operacional fue un aspecto crítico en la denominada Política de Seguridad Democrática, cuyo énfasis fue la neutralización de las amenazas antes identificadas que provenían del crimen organizado y el narcotráfico, y para el logro de resultados concretos se establecieron necesidades imperativas y tácticas.

Los objetivos estratégicos planteados en la Política de Seguridad Democrática del gobierno central requerían acciones imperiosas, decididas y efectivas, dado que el éxito de metas como “la eliminación del comercio de drogas ilícitas, el ataque frontal y desarticulación de grupos de insurgentes” requería, como indicadores unos resultados operacionales específicos, que algunas autoridades leyeron e interpretaron como un salvoconducto al ‘todo vale’ en la gestión de autoridad; empero, vale recordar que no fue el único objetivo en su ejecución.

Sin duda, el programa de recompensas inició con buenos propósitos y fue sustentado en la Política Estatal de Defensa y Seguridad Democrática, así como en la Directiva Ministerial 029 de 2005, redactada por el ministro de Defensa Camilo Ospina, cuyo objetivo fue definir una: “Política ministerial que desarrolle criterios claros y definidos para el pago de recompensas por la captura o abatimiento en combate de cabecillas de las organizaciones armadas al margen de la ley (Ministerio de Defensa, 2005, p. 1).

Está claro que esta directriz operacional está bajo presunción de legalidad y que, por tanto, la lectura y comprensión literal de su lenguaje no permite suponer una expedición de licencia de actuación al margen del ordenamiento jurídico y de los postulados humanistas en el ejercicio de autoridad legítima. Por el contrario, pudo ser vista por algunos miembros del Estado y partícipes de las acciones de control y recuperación del Estado de derecho como un aliciente personal, mas no con representación institucional.

Es importante recabar que inicialmente este documento fue categorizado como secreto. A pesar de esto, para el año 2008 el periodista colombiano Félix de Bedout lo reveló al país y puso en evidencia el más crudo escándalo relacionado con las desapariciones forzadas, de lo cual se responsabilizaba al estamento militar de Colombia por vía de pago de recompensas a los subordinados, bajo el norte operacional “resultados positivos que permiten contrarrestar acciones delictivas”.

De acuerdo con los reportes consultados, las implicaciones de esta política de seguridad y recompensas tuvieron un alto costo humano que se tradujo en múltiples afectaciones a la dignidad humana y, según consideraciones doctrinales de orden consuetudinario o jurídico, en niveles de graves violaciones a los derechos humanos y al DIH.

Uno de los “beneficios” que revelan lo abyecto de estas conductas trasluce en el testimonio de Yeris Andrés Gómez, un soldado del Batallón La Popa, quien testificó ante la JEP que había sido “entrenado solo para matar a civiles inocentes” y que recibió un premio tras su primer asesinato: “por esa muerte me dieron 100 mil pesos y a la tropa arroz chino” (Navarro, 2022).

Frente a esta situación de calamidad humana, han sido reiteradas las críticas por parte de la sociedad, los organismos internacionales de derechos humanos, los organismos de control nacionales y los medios de comunicación hacia el programa de recompensas e incentivos antes mencionado, pues la posibilidad de una distorsión en el objetivo de dichos incentivos era altamente peligrosa. Además, los estímulos no estaban dirigidos solo a la ciudadanía para que actuara como informante, sino también, de manera interna, para los miembros activos de las Fuerzas Militares.

Ante la imputación de recurrentes violaciones con carácter delictivo y disciplinario, muchas de ellas ya demostradas probatoriamente tanto en la jurisdicción nacional como internacional, se han tomado medidas para responsabilizar individualmente a quienes participaron en estos casos de desapariciones, ejecuciones extrajudiciales y otras violaciones de derechos humanos. Asimismo, el Estado ha sido hallado responsable,

especialmente desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), a través del poder decisorio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

A pesar de la gravedad de los hechos y sus consecuencias, la Presidencia de la República de entonces y los organismos encargados como el Ministerio de Defensa Nacional, frente a las primeras denuncias y los indicios que sirvieron circunstancialmente a las hipótesis de orientación en las investigaciones preliminares, asumieron frente a los hechos una postura de negacionismo y minimización de las acusaciones, actuaciones y responsables, como también de respaldo a la gestión militar en un entorno de generalidad. Respaldo por generalidad que se comprende, si se parte de la presunción de que los señalamientos de autoría o participación por estas conductas no obedecían a una política de todo el estamento militar o del Ministerio de Defensa Nacional, sino de interpretaciones y ejecuciones misionales aisladas y desviadas de algunos integrantes.

Sin embargo, ante las denuncias de los mismos organismos de derechos humanos, el Gobierno nacional, a través de sus voceros, manifestaba una concepción dual de amigo-enemigo en relación con la actuación de organizaciones como Human Rights Watch y Amnistía Internacional, al punto de manifestar respecto de ellas que: “No vamos a permitir ahora que el ‘bloque intelectual de las Farc’ nos desoriente con un discurso de paz que finalmente fortalezca el terrorismo, y nos toca dar esa batalla en todo el país” (Observatorio de Derechos Humanos y Derecho Humanitario, 2012, p. 23).

Pero en este cauce de informaciones y señalamientos, salieron a la luz pública episodios como el caso de “las madres de Soacha”⁴, que se convirtió en el primero y más visible de la larga lista de investigaciones que se desarrollaron en este asunto de interés humano y legal. En este caso, se evidenció a grandes rasgos que:

Entre diciembre de 2007 y agosto de 2008, al menos 16 hombres jóvenes desaparecieron en extrañas circunstancias del municipio de Soacha (Cundinamarca) [...] todos ellos fueron reportados posteriormente como muertos en combate por tropas del Batallón Francisco de Paula Santander o por la Brigada Móvil 15 (FIDH, 2012, p. 7).

A partir de esta noticia, el gobierno de entonces anunció la instalación de una comisión investigadora, donde se decide que el caso debería quedar bajo la jurisdicción de la justicia ordinaria y su investigación a cargo de la Fiscalía General de la Nación, y no bajo el Fuero Penal Militar, al señalar el Gobierno que “la Comisión para investigar desde el punto de vista administrativo ha encontrado que puede haber integrantes de las Fuerzas Armadas incurso en asesinatos y que hay fallas en procedimientos, en protocolos, en vigilancia” (Presidencia de la República de Colombia, 2008).

⁴ El término hace referencia al colectivo de mujeres oriundas de Soacha, Cundinamarca, que, bajo el rol de madres principalmente, se unieron para buscar y denunciar las desapariciones o ejecuciones extrajudiciales de sus hijos a manos del Ejército Nacional de Colombia entre 2006 y 2009 durante la presidencia de Álvaro Uribe Vélez. Este fenómeno es conocido popularmente como “falsos positivos” (Mancilla, Montealegre y Rojas, 2019).

Diversas posturas en torno a los falsos positivos y su tipicidad penal

En el orden doctrinal

Los hechos que encajan en los denominados falsos positivos, mirados desde una semiología general, son un tema trascendente y reconocido en un contexto de abuso de autoridad militar, sumamente discutido tanto en Colombia como internacionalmente, pues se trata de conductas que han sido materia de amplias investigaciones, juicios y narrativas históricas mediáticas en escenarios periodísticos y académicos, sobre las cuales existen posiciones y opiniones variables que están presentes en enfoques de diferentes filiaciones políticas, ideológicas, dogmático-jurídicas e incluso personales.

Sin duda, la hermenéutica doctrinal se altera por el contexto abierto de la expresión “falsos positivos” y su armonización penal, pues lejos de la estricta legalidad del Código Penal colombiano o el Derecho Penal Internacional, esta forma de comunicación abierta y reprochada frente a los derechos humanos permite entender la falta de precisión conceptual que podría afectar el debido proceso en relación con las víctimas o los imputados.

El término “falso positivo” no se encuentra catalogado como delito en la legislación interna colombiana o internacional. Se trata más bien de un eufemismo jurídico que comporta una conducta delictiva tipificada como desaparición forzada y posteriores ejecuciones extrajudiciales de civiles (Quintero, 2016, p. 190).

Ríos (2022, pp. 223-224) afirma que los falsos positivos necesariamente deben entenderse como crímenes de lesa humanidad por su carácter sistemático y la implicación de estructuras del poder del Estado durante su desarrollo. Según su perspectiva, la presencia de incentivos institucionales y el encubrimiento de estos delitos refuerzan su tipificación en el Estatuto de Roma.

Por su parte, Rodríguez (2009) destaca que estos sucesos representan una clara vulneración al Derecho Internacional Humanitario (DIH), por la contravención del principio de distinción al atacar a civiles que deberían ser protegidos en todo momento por estar al margen del conflicto armado.

En los tribunales colombianos

Aunque los falsos positivos, es decir, los crímenes calificados como ejecuciones extrajudiciales ocurridas en el contexto del conflicto armado colombiano al parecer por agentes del Estado, no son un fenómeno de reciente aparición, sí constituyen un asunto que sigue suscitando variables de interpretación en el proceso de tipificación en el ordenamiento jurídico.

En este sentido, el concepto jurídico de los tribunales colombianos para tipificar estos crímenes, al hacer lectura y aplicación legal de las fuentes del derecho local y los tratados y convenios de organismos de control internacionales (como parte del Código de Procedimiento Penal colombiano), y con las categorizaciones internacionales de los derechos humanos y el DIH, se orienta a una figura que tiene existencia jurídica a partir de delitos concretos que le son afines, en relación con el conflicto armado, como desaparición forzada, homicidio o lesiones en persona protegida, abuso de autoridad, entre otros.

A este respecto, el abogado e investigador Juan Sebastián Quintero (2016) refiere que “no existe un criterio unificado en el ordenamiento jurídico colombiano por parte de los entes del Estado en cuanto a esta conducta, permitiendo que las investigaciones y sanciones sean diferentes dependiendo del órgano que conoce el caso” (p. 189).

Así, paralelamente, existe toda una serie de delitos frente a los cuales las personas son procesadas —investigadas y juzgadas— en su identidad de sujetos calificados de acuerdo con el marco legal amplio en donde se hace subsunción de delitos que entrañen falsos positivos. Esta serie de delitos es tan amplia que involucra, por lo menos, nueve caracterizaciones en el marco legal del Código de Procedimiento Penal y sus criterios de procesamiento, sin contar con los dictámenes de los organismos internacionales relacionados con delitos de graves violaciones a los derechos humanos.

Se aclara eso sí que, no es necesario, ni técnico, pensar que en cada caso todos los delitos conectados con falsos positivos se integran en un concurso homogéneo bajo una misma acción configurativa, pues las circunstancias y el contexto definen a cuál o a cuáles acciones responde la estricta legalidad imperativa de los postulados jurídicos y dogmáticos en la categoría penal que les es propia, por decantación de crimen de sistema a crimen individual, para posibilitar la responsabilidad de la persona y de la estructura de mando inmersa en ellos.

De ahí que la clasificación e individualización de tipos penales, por lo observado en el criterio de los diferentes tribunales, se puede dar a partir de la concepción de varios tipos de homicidio (como el homicidio en persona protegida), la privación ilegal de la libertad, el secuestro, la desaparición forzada, la tortura, y pueden incluirse también los delitos de falsedad en documento público, conspiración y encubrimiento.

Interpretación de la Corte Constitucional

Como órgano judicial superior, con la función de ser intérprete auténtico de la Constitución Política, y aun con la atribución de creación de reglas de constitucionalidad de todo el ordenamiento jurídico para la tutela eficaz de los derechos fundamentales, a través de providencias como la Sentencia T-535 de 2015, explica que en el marco normativo nacional los falsos positivos “no se encuentran tipificados en la legislación nacional como tal, motivo por el cual la adecuación de la conducta delictiva se realiza como homicidio en persona protegida o como homicidio agravado, según el caso (Corte Constitucional de Colombia, 2015, Sentencia T-535).

Esta sentencia no solo aporta claridad sobre la falta de tipificación por parte del legislador o la jurisprudencia, sino que al mismo tiempo marca un punto de partida para saber en qué escenario penal ubicar los falsos positivos. Sin embargo, la sentencia no es plena para comprender los otros tipos penales antes mencionados y que podrían encuadrar en los falsos positivos.

De acuerdo con lo expuesto, las ejecuciones extrajudiciales, al no contar con una tipificación propia en el ordenamiento jurídico colombiano, se deben asumir dentro de la categoría de homicidio en persona protegida y desaparición forzada. Frente a esto, la Corte enfatiza que estos crímenes, por su sistematicidad y vinculación con los actores estatales, pueden ser considerados como de lesa humanidad.

Por otro lado, la Corte también resalta la obligación del Estado de garantizar la investigación, sanción y reparación de los delitos con base en los estándares internacionales de derechos humanos (Corte Constitucional de Colombia, 2015, Sentencia T-535).

La tipificación a la que se alude no solo es cuestión de revisión y discusión en el ordenamiento jurídico nacional, ya que, de forma complementaria, ante el presupuesto *sine qua non* de la ausencia de juzgamiento real o de decisión justa en la jurisdicción penal local, esta clase de conductas se asemeja a los tipos delictuales que se acomodan a las previsiones del injusto penal internacional asimilable a: a) el crimen de genocidio; b) los crímenes de lesa humanidad; c) los crímenes de guerra, y d) el crimen de agresión, a los cuales perfectamente se aplica el derecho penal sustancial y procesal internacional previsto en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI), incorporado a la legislación colombiana mediante la Ley 742 del 5 de junio de 2002. Se debe indicar que este Estatuto fue ratificado y hace parte del bloque de constitucionalidad, según la Sentencia C-488 de 2009 de la Corte Constitucional.

Vale recordar que ya la Corte, en la Sentencia C-225 de 1992, había diseñado y estructurado los presupuestos del nominado bloque de constitucionalidad, donde cobran relevancia constitucional con naturaleza imperativa el derecho internacional de los derechos humanos y el DIH, como normas *ius cogens* con aplicación inmediata en el ordenamiento interno nacional, en la que prevalecen los derechos humanos inalienables.

Postura de la Corte Suprema de Justicia

Como máxima instancia judicial de la jurisdicción ordinaria, la Corte Suprema de Justicia (CSJ) ha armonizado las reglas de interpretación penal respecto de los falsos positivos en varios de sus pronunciamientos. Por ejemplo, en una sentencia del año 2013 (radicado N.º 36460 de 2013), abogó por la prevalencia de la protección especial de las personas no combatientes y, al tenor del derecho internacional, consideró la Corte que “la víctima, al no tener la condición de combatiente, ni participar en las hostilidades propias del conflicto armado interno colombiano, tenía el carácter de civil, y como tal,

gozaba del estatus de persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario” (Corte Suprema de Justicia, 2013).

En la misma sentencia, la CSJ caracteriza a las víctimas de este delito y las condiciones de desamparo en que suelen ocurrir los actos de reproche en contra, así como la sistematicidad que debe probarse para evidenciar la ejecución de dichos crímenes en consonancia con las prerrogativas de garantía y protección en el ámbito de la estricta guarda del DIH, que les prohíbe en forma rotunda a los actores armados involucrar a civiles como objeto de sus acciones armadas (Corte Suprema de Justicia, 2013).

Consecuentemente, esta sentencia enfatiza en la definición de “falso positivo”, a partir de la cual se deriva la conducta judicial que debería seguirse en cada caso, así como en las condiciones de posibilidad de su ocurrencia. Subraya, además, que esta conducta ocurre conexas al conflicto armado y, en ese orden, descarta su existencia en otros entornos, pues afirma:

No hay duda de que la oprobiosa práctica de los llamados falsos positivos, en virtud de la cual miembros de las fuerzas armadas causan la muerte a ciudadanos inermes ajenos al conflicto armado [...] se encuentra íntimamente vinculada con el conflicto armado interno, pues este es condición necesaria para que tengan lugar tales desmanes (Corte Suprema de Justicia, 2013).

Sin embargo, a pesar de ser coherente con la realidad del conflicto interno, la postura de la CSJ deja dudas al demarcar el camino jurídico de no extender la posibilidad de interpretación a otros actos de autoridad institucional que están por fuera de la definición del conflicto armado interno, como las operaciones contra otras organizaciones criminales, como los grupos armados organizados (GAO), situación que podría comprometer la protección y el restablecimiento de los derechos de las víctimas en otros órdenes de confrontación de la fuerza pública.

De otro lado, en la Sentencia de Casación 26137 de 2009, la CSJ ya había dado visos de lo que se ha venido argumentando sobre la falta de delimitación jurídico-conceptual de los falsos positivos. En esa sentencia, la Corte expresaba la necesidad de una tipificación unificada de las ejecuciones extrajudiciales, dado que aún persistía una pluralidad de delitos bajo los cuales han sido juzgados los miembros de las Fuerzas Militares de Colombia procesados por crímenes severos, específicamente las muertes ilegítimas perpetradas por el Estado.

Postura del Consejo de Estado

Al encargarse de resolver las controversias surgidas entre la población civil y las entidades estatales mediante reparación directa por generalidad, y contar con la experiencia en resolver las demandas y pretensiones que recurrentemente se presentan en los casos cuyo fundamento fáctico está relacionado con asesinatos extrajudiciales y

manifestación de responsabilidad de miembros del Ejército, son evidentes los criterios doctrinales sentados al respecto.

En contexto de esta experiencia decisonal, a través de dictámenes legales, la corporación se ha pronunciado en los casos en los que se ven comprometidos los derechos humanos y el DIH, cuyos estándares se reconocen y aplican en Colombia cuando se cometen en contra de civiles en el marco del conflicto armado interno. Precisamente, la Sentencia 2009-00212/52892, en su sección de consideraciones jurídicas, afirmó:

Cuando se trata de [...] hechos en los que se encuentra comprometida la violación de derechos humanos o del derecho internacional humanitario, por afectación de miembros de la población civil [desaparecidos, forzosamente, desplazados forzosamente, muertos, torturados, lesionados, o sometidos a tratos crueles e inhumanos] inmersa en el conflicto armado, [...], la aplicación de las reglas normativas procesales [...] debe hacerse conforme con los estándares convencionales de protección de los mencionados ámbitos (Consejo de Estado, 2015).

Ante este panorama de afectación a los derechos, este órgano de justicia proclama que el juez contencioso obra como juez convencional para garantizar el acceso a la justicia, lo que indica que su enfoque de justicia reparadora es de tipo global centrado en las víctimas y con base en los desarrollos de experiencias de interpretación y aplicación de la jurisdicción internacional frente a los derechos humanos (Consejo de Estado, 2015).

En sentencia del año 2017, este tribunal resalta como componentes estructuradores de los falsos positivos los siguientes: i) El carácter sistemático de las operaciones donde se dan como resultados los crímenes de Estado, desligando las actuaciones individuales no organizadas o que obedezcan a patrones de permanencia o política operacional; dice que el carácter sistemático pone acento en la existencia de una planificación previa de las conductas ejecutadas, de manera que, siguiendo a la Comisión de Derecho Internacional, “lo importante de este requisito es que excluye el acto cometido al azar y no como parte de un plan o una política más amplios”. ii) Hace referencia al tipo de ataque, que debe ser generalizado. Así, por generalizado se entiende un ataque que causa una gran cantidad de víctimas o dirigido contra una multiplicidad de personas, es decir, se trata de un criterio cuantitativo (Consejo de Estado, 2017).

Sumado a lo anterior, este tribunal acentúa que en cada proceso, para atender las pretensiones, se deben identificar claramente ciertos patrones criminales, en un cruce de variables comunes que dan pie a la configuración de un macroproceso. Al ir más allá en las descripciones, se puntualiza que, para determinar que se trata de un acto de lesa humanidad, la Sala debe analizar bajo criterios contextuales los hechos del caso y los de otras decisiones judiciales, de las que se desprenden los elementos singulares siguientes: i) se trata de acciones desplegadas por diferentes unidades y miembros de las fuerzas militares con ocasión del conflicto armado; ii) se realizan bajo la cobertura de órdenes o misiones militares; iii) con conocimiento de los altos mandos militares

de cada zona en donde se despliegan; iv) presuntamente se identifica a miembros de grupos armados insurgentes, de bandas criminales o de narcotraficantes; v) involucran a personas de la población civil que responden a ciertas características (Consejo de Estado, 2017).

Criterio que emana de las salas de la JEP

En el contexto del Acuerdo de Paz pactado entre el Gobierno Nacional y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), firmado en septiembre del 2016, en el componente de justicia del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición, se instauró la JEP, cuya investidura legal fue creada mediante el Acto legislativo N.º 01 del 4 de abril de 2017, como una disposición transitoria de la Constitución que, a través de la aplicación de un régimen legal propio e independiente, busca, entre otras disposiciones, consolidar la terminación del conflicto armado en Colombia.

Se asume entonces que la JEP tiene la misión de alcanzar un tipo de reconciliación social dialógica ante el conflicto armado interno y lejos de la confrontación armada. Por esto, es natural en su labor que incluya un amplio número de consideraciones que tienen como causa una relación directa o indirecta con el conflicto armado interno del país.

En lo referente a la categorización jurídica de los asesinatos estatales, la JEP tiene como principal tarea la investigación y el juzgamiento de los crímenes relacionados con el conflicto armado ocurridos por espacio temporal hasta septiembre de 2016. Ello incluye, por supuesto, los falsos positivos y la posibilidad de llamar ante la justicia transicional a los agentes del Estado representados en miembros de la fuerza pública, por lo tanto, es fundamental tipificar tales crímenes y perseguir a sus autores con el fin de garantizar la justicia, la rendición de cuentas y responsabilidades y, especialmente, la verdad y la reparación de las víctimas con la garantía de no repetición.

Precisamente, a partir de la información que recopila la JEP para el ejercicio de justicia a través de sus diferentes salas, el 18 de febrero del año 2021 emitió un reporte que contiene la cifra considerada oficial de conductas relacionadas con falsos positivos, el cual fue divulgado mediante el Auto 033 del 12 de febrero del mismo año, cuyo objetivo fue “hacer de público conocimiento la priorización interna del Caso 03 denominado ‘muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate por agentes del Estado’”.

El documento indica que, a través de evidencias documentales, legales y normativas obtenidas rigurosamente mediante la labor realizada por la Sala de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, se pudo constatar que “durante el período comprendido entre los años 2002 y 2008 aproximadamente 6.402 personas fueron muertas ilegítimamente para ser presentadas como bajas en combate en todo el territorio nacional (JEP, Sala de Justicia, 2021, p. 6).

El hecho de que la JEP haya adoptado la estrategia de priorización durante el desarrollo de la investigación tiene que ver con su fin y funcionalidad de acción, que

prevalecen frente a las conductas más graves que afectaron los derechos humanos durante el desarrollo del conflicto antes del acuerdo de 2016.

Del informe emerge que este macrocaso y las estrategias de conocimiento y juzgamiento sobre falsos positivos se refieren a una serie de disposiciones constitucionales y legales para la ejecución de una pesquisa global, y se particulariza que la priorización es una técnica de gestión de la investigación criminal que consiste en reagrupar casos individuales, de conformidad con patrones criminales contruidos a partir del cruce de diferentes variables (temporales, geográficas, calidad de la víctima, etc.) (JEP. Salas de Justicia, 2021, p. 3). Por lo tanto, no hay duda de que los denominados falsos positivos motivan el máximo interés de esta jurisdicción por salvaguardar a las víctimas y lograr, además, la reparación integral y la sensibilidad hacia la no repetición⁵.

Los falsos positivos y el Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos

El Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, compuesto por normas y organismos con la misión de humanizar, ha sido un importante mecanismo para activar la denuncia, la investigación y el control de los resultados por violación de derechos humanos y por actos delictivos en escenarios de responsabilidad estatal. El sistema opera, en primer lugar, como un promotor, auditor y gestor de arbitraje de prevención en relación con lo que los Estados partes realizan en función de la protección de los derechos humanos, sobre todo de las víctimas de los agentes del Estado y sus desviaciones de poder; opera, además, en su instancia más excepcional de jurisdicción, como juez que investiga y juzga la responsabilidad de los Estados que, por acción u omisión, afectan los derechos humanos en todo momento, esto es, en tiempos de paz y en tiempos de guerra o de conflicto interno.

El Estado colombiano se obliga a las advertencias administrativas, a las decisiones de instancia y a los conceptos hermenéuticos de este sistema por vía de negociación o adhesión a los tratados y convenciones, cuyas cláusulas de compromiso son ineludibles.

Así, como consecuencia de dichos dispositivos supranacionales, cuando se presentan prácticas estatales reprochables contra los derechos humanos, y en “el caso de que los procedimientos judiciales nacionales no aborden los abusos contra los derechos humanos, existen mecanismos y procedimientos en el plano regional e internacional para presentar denuncias o comunicaciones individuales” (ACNUDH, 2010, p. 4), los cuales ayudan a garantizar que las normas y decisiones internacionales sean efectivamente respetadas, aplicadas y acatadas en el ámbito local.

Sobre el problema de los falsos positivos, el reproche internacional ha sido explícito en casos concretos de investigación sobre ejecuciones extrajudiciales. Por ejemplo, en un reporte de Human Rights Watch, titulado “El rol de los altos mandos en falsos

⁵ Al cierre del presente estudio, la noticia que emana de la JEP es que, debido a los aportes a la verdad, esta jurisdicción eliminó la sanción penal en contra de 11 exmiembros de la fuerza pública comprometidos en 2005 con falsos positivos en contra de integrantes de una comunidad indígena (*El Espectador*, 25 de febrero de 2025).

positivos”, se señala la responsabilidad de altos oficiales del ejército en este tipo de conductas, y se indica que la información está sustentada en una extensa consulta de expedientes penales, sentencias judiciales y datos relativos a investigaciones de la fiscalía por falsos positivos, así como en entrevistas a testigos, familiares y víctimas (Human Rights Watch, 2015, p. 3).

Ante el enigma hermenéutico de los falsos positivos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), como órgano jurisdiccional autónomo y generador de jurisprudencia para los Estados parte adheridos a la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), hace referencia a

[...] los falsos positivos como ejecuciones extrajudiciales en el marco del conflicto armado colombiano, con un *modus operandi* caracterizado por la muerte de civiles posteriormente presentados como miembros de grupos armados ilegales dados de baja en combate, mediante diversos mecanismos de distorsión de la escena del crimen y de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrieron los hechos (Humanidad Vigente y CAJAR, 2019, párr. 4).

Otra voz que interpreta la postura de la Corte IDH, en medio de estos presupuestos estructurales de relevancia jurídica, es la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), al reconocer el contexto y la sistematicidad de delitos relacionados con los falsos positivos en el marco del conflicto armado en Colombia y la importancia de la alta corte del sistema interamericano para profundizar con su jurisprudencia en estos delitos y su relación con las ejecuciones extrajudiciales de civiles presentados oficialmente como bajas en combate (CIDH, 2016, párr. 7).

Como antecedente que soporta lo anterior, es el primer fallo de la Corte IDH, conocido como el “caso Villamizar Durán y otros vs. Colombia”, cuya sentencia, notificada el 21 de diciembre de 2018, declaró al Estado colombiano responsable de ejecución extrajudicial en la modalidad de “falsos positivos” por delitos de privación arbitraria del derecho a la vida, a la integridad y a la libertad personal. Sin embargo, este caso en específico ocurrió entre los años 1992 y 1997.

A lo dicho en el fallo, se suman las violaciones a los artículos 1, 6 y 8 de la CADH, relacionados con la prevención y sanción de delitos de tortura, y a la garantía en la protección judicial en nexo causal. En el mismo sentido, la Corte IDH encontró vulneraciones a la honra y la dignidad de los familiares, pues, de acuerdo con declaraciones de funcionarios de la fuerza pública, las víctimas fueron señaladas como integrantes de grupos armados al margen de la ley, lo que generó estigmas sociales hacia las víctimas y sus familias (Humanidad Vigente y CAJAR, 2019, párr. 6).

El homicidio en persona protegida. Análisis de la dogmática de los delitos de lesa humanidad en el conflicto armado colombiano

Como es común en cualquier escenario bélico, al desarrollo del conflicto armado interno en Colombia se atribuye la ejecución de delitos de lesa humanidad, materializada en las

violaciones a los derechos humanos y en la imputación penal a miembros de las fuerzas militares del país.

Al respecto, como se ha mencionado más arriba, la práctica que se refiere al asesinato de persona protegida, llamada por los medios de comunicación “falsos positivos”, tiene que ver con las ejecuciones extrajudiciales de civiles ajenos a la guerra o al conflicto interno, a manos del cuerpo militar, para posteriormente ser presentados como bajas en el intercambio de disparos, con el fin de obtener los incentivos prometidos por el Estado a través de su Directiva Permanente N.º 29 de 2005, expedida por el Gobierno del entonces presidente Álvaro Uribe Vélez.

Estas dinámicas, además de afectar directamente la dignidad tanto de las víctimas mortales como de los victimarios obligados a hacerlo —tal y como se verá en el próximo capítulo—, han abierto una importante discusión en la doctrina penal en cuanto a la interpretación de los delitos de lesa humanidad.

Desde esta perspectiva, es fundamental primero analizar: ¿qué se entiende por delitos de lesa humanidad, a partir de una serie de acciones que atentan contra la integridad, la vida y la dignidad del ser humano? ¿Cuál es su relación con los falsos positivos? y ¿Cuál es su alcance en el marco constitucional al articular la distinción entre sujeto activo y sujeto pasivo y los desafíos interpretativos que demanda su tipificación? Surge así otra pregunta: ¿Cuál es el verdadero alcance de los delitos de lesa humanidad en el marco del conflicto armado colombiano?

En el derecho penal internacional se ha establecido que los delitos de lesa humanidad constituyen agresiones de excepcional magnitud dirigidas contra una persona en particular o una comunidad, según el caso, que fomentan de manera sistemática conductas delictivas como el asesinato, la tortura, la desaparición forzada, la esclavitud y, en el contexto específico de Colombia, el homicidio en persona protegida (Ríos, 2022).

Sobre la última categoría mencionada, desde una perspectiva de interpretación dogmática, al centrar la mira en la forma como se configuran los homicidios en personas protegidas, se afirma que estos emergen como una figura penal central, debido a que integran elementos objetivos como la existencia de un contexto de conflicto armado y la calidad de civil o persona protegida de la víctima.

Desde los elementos subjetivos como el conocimiento del autor sobre dicho contexto y su intención de causar la muerte con plena conciencia de la especial protección jurídica de la víctima, se asume que dicho acto excede los elementos del homicidio común, ya que se materializa en una afectación directa de las garantías conferidas por el DIH y los tratados internacionales de derechos humanos vigentes en Colombia.

En ese sentido, los falsos positivos, como un ejercicio para encubrir ejecuciones extrajudiciales perpetradas en un contexto de enfrentamiento armado y justificados por una política de seguridad estatal, donde la protección especial a la población civil no tuvo prelación, han sido efectivamente una conducta que alcanza la clasificación de

lesa humanidad, debido a su repercusión sobre los derechos fundamentales, como el derecho a la vida.

En el marco normativo internacional se establecen los estándares mínimos para la protección de los derechos humanos en situaciones de guerra, como el Estatuto de Roma de la CPI y diferentes resoluciones de tribunales internacionales, donde se consagra, en particular por el DIH, el principio de distinción, que obliga a diferenciar entre la comunidad y los combatientes para otorgar una protección especial a la primera. La violación a este principio por cualquier objetivo —el cumplimiento de la orden, la estrategia o la función—, se entenderá como una grave transgresión a los preceptos de protección internacional (Rodríguez, 2009). Con este antecedente, se podría entender que, en el plano general, en Colombia sí existe un conflicto armado en el que se ha vulnerado el principio de cuidado de los ciudadanos, quienes siempre estuvieron al margen.

De esta manera, la doble dimensión —la tipificación como delito de lesa humanidad y la vulneración de normas de protección— demanda llevar a cabo un análisis que permita el establecimiento de los elementos constitutivos de la infracción, cuya consecuencia puede ser la delimitación de la responsabilidad penal en los militares implicados.

Al abordar la conceptualización que se entreteje a partir de la concepción dogmática del homicidio en persona protegida, es fundamental reconocer que esta figura se ha desarrollado nacional e internacionalmente, tanto en la doctrina como en su jurisprudencia, para tipificar aquellas conductas en las que se ve vulnerado el derecho a la vida que, para el caso de la violencia armada, sería el derecho de los civiles, quienes merecen una protección especial. En Colombia, los denominados falsos positivos entran en dicha categoría, puesto que son víctimas que no participaban de las hostilidades y, por ende, debían gozar de la condición de personas protegidas (Corte Constitucional, 2015).

Ahora bien, en aras de profundizar un poco más en el análisis del concepto, se hace necesario deconstruir los elementos que integran la figura del homicidio en persona protegida. Como primer elemento, aparece la conducta delictiva y la modalidad de ejecución de este tipo de asesinatos, que consisten en privar de la vida a un ciudadano que, en virtud de su natural condición, debe ser resguardado y permanecer al margen de los conflictos bélicos. Cuando se trata de los ya mencionados falsos positivos, su ejecución ocurre extrajudicialmente con el fin de falsear la naturaleza de la baja y acreditar éxito en los operativos desarrollados por las fuerzas militares. Su práctica se caracteriza por una premeditación tácita de los hechos.

Como segundo elemento, en el contexto del conflicto armado, la comisión del delito se inscribe en un entorno bélico donde el Estado tiene la obligación a toda costa de proteger a los civiles como uno de los fines principales de su Constitución (Constitución Política de Colombia, 1991).

Como tercer elemento, surge el sujeto activo. En la praxis de los falsos positivos, se ven involucrados agentes estatales de tipo militar quienes dieron o recibieron la orden para

cometer tales asesinatos. La imputabilidad de estos agentes se analiza considerando factores como la cultura de la organización militar, la existencia de órdenes jerárquicas y la presencia de incentivos que modulan la conducta. Pese a ello, la doctrina sostiene que, en ningún caso, la responsabilidad penal puede evadirse bajo la argumentación de la obediencia debida.

Por último, como cuarto elemento, aparece el sujeto pasivo. Se trata del ciudadano que, al ser ajeno al conflicto, recibe la condición de persona protegida. La vulneración de esta condición es el eje central de la protección internacional, gracias a que su estatus le confiere una especial salvaguarda contra cualquier forma de violencia.

En esa línea, es necesario ahora conocer la vinculación entre los falsos positivos y el homicidio en persona protegida, y cuál puede llegar a ser el rol de la justicia ordinaria en la investigación de estos casos cometidos por militares activos, mas no en misión, del Ejército Nacional de Colombia.

El fuero penal militar y policial (FPMP) y los falsos positivos

Lo dicho hasta ahora es una ejemplificación clara de las interpretaciones dadas sobre los falsos positivos y el homicidio en persona protegida. Sin embargo, ¿Cuál es el vínculo que existe entre este tipo penal y las ejecuciones extrajudiciales y, de estas, con el FPMP? Su relación se da a partir de la tipificación de los falsos positivos en el delito de homicidio en persona protegida para articular, de forma coherente, los elementos objetivos y subjetivos que configuran esta conducta delictiva.

Ahora bien, en relación con el FPMP en Colombia, la justicia penal militar funge como jurisdicción especial que solo puede asumir delitos típicamente militares o policiales, de un lado, y, de otro, delitos comunes cometidos en el ejercicio del servicio militar o policial, siempre y cuando exista una relación directa entre la conducta, la función militar o policial y el fin del cumplimiento del deber constitucional de protección. Para los casos de los agentes uniformados implicados en los homicidios a personas protegidas, personificados en las ejecuciones extrajudiciales de civiles ajenos al conflicto, no tendrían protección por el fuero penal militar y serían investigados por la instancia ordinaria (Corte Constitucional, 1997).

Lo anterior se fundamenta en el artículo 221 de la Constitución Política de Colombia, el cual establece que la justicia penal militar solo tiene competencia sobre aquellos delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en relación con su servicio. La Corte Constitucional, en su jurisprudencia, ha enfatizado que la justicia militar no debe juzgar los crímenes de lesa humanidad por la misma naturaleza con que se cometieron (Corte Constitucional, 2013).

De igual manera, el artículo 135 del Código Penal colombiano determina sanciones para quienes, en el marco del conflicto armado, atenten contra la vida de personas protegidas, como civiles, personal de la salud, prisioneros de guerra y demás. Por tal razón, en esta senda normativa, la Corte Suprema de Justicia considera que los falsos

positivos y sus autores deben pasar por la jurisdicción ordinaria, ya que estos hechos no tienen relación con las operaciones legítimas del servicio militar (Corte Suprema de Justicia, 2016).

Así, por el imperativo de investigar y juzgar los casos de falsos positivos con garantías reales para las víctimas y la justicia social, la Corte Constitucional en varias sentencias (entre ellas la C-578 de 1995 y la C-358 de 1997), para los delitos de encaje en esta figura de impacto internacional, desligó cualquier posibilidad procesal de activación de la justicia penal militar para el ejercicio investigativo o de juicio.

En específico, en diferentes sentencias, como la de radicado N.º 36460 de 2013 de la CSJ y la T-535 de 2015 de la Corte Constitucional, se ha establecido que las ejecuciones extrajudiciales se deben catalogar como delitos de lesa humanidad, dada la vulneración de derechos fundamentales y la sistematicidad de los hechos. Las mencionadas sentencias han servido de precedentes para orientar la interpretación doctrinal y normativa al respecto.

En el mismo sentido, en la sentencia de casación 26137 de 2009, la CSJ reprochó el incumplimiento al principio del juez natural en este tipo de sucesos —los falsos positivos—, pues no estuvo de acuerdo con que miembros activos militares, bajo el cargo de homicidio agravado, fueran juzgados por la justicia penal militar, y afirmó que, en este caso, era la justicia ordinaria la encargada del proceso por no existir relación directa entre los hechos y el servicio militar, con lo cual reivindicaba que el fuero militar cobija a los miembros de la fuerza pública en servicio activo exclusivamente por las conductas ilícitas relacionadas con el servicio.

Aclara la CSJ que, para que se cumpla con el presupuesto constitucional del FPMP, no se puede entender como una conexión genérica que se presenta entre el servicio activo militar o policial y el delito que lleva a cabo quien lo presta, pues, adicional a ello, es imprescindible determinar una “correspondencia” entre el hecho constitutivo de la infracción penal y los deberes que legalmente les atañen a esos servidores públicos, porque las normas constitucionales imponen los límites dentro de los cuales se puede actuar en un Estado Social de Derecho (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2009).

Por otro lado, en relación con estas premisas de interpretación constitucional, en las que subyacen las discusiones sobre falsos positivos, fuero militar, justicia penal militar y justicia penal ordinaria, se torna importante acoger las bases del principio de distinción, no solo para profundizar con claridad entre los que son combatientes y los no combatientes en el conflicto armado, sino también para distinguir entre las condiciones operacionales que se desarrollan dentro del marco del ordenamiento jurídico y las que no, para decantar el interés por mantener las reglas de confrontación, aumentar la intensidad de eficacia tanto operativa como de protección de los derechos humanos, y conceder el prestigio que se merece la honrosa labor de las FF. AA. de defensa de los ciudadanos y la convivencia.

Estos argumentos evidencian la intención de las corporaciones de justicia de unificar criterios jurisprudenciales con el fin de proteger y controlar la legalidad de los fallos como fuente que prevalece en la interpretación y aplicación de la autoridad penal del país, entre otras materias.

En esa misma línea, la Corte IDH, basada en el “Caso Villamizar Durán y otros vs. Colombia” (2018), reiteró que el uso de la justicia militar para encubrir los falsos positivos constituye una violación al debido proceso y al derecho de las víctimas a la verdad. De igual manera, el Estatuto de Roma de la CPI estableció que los crímenes de lesa humanidad jamás podrán ser juzgados por los militares, y que se debe recurrir a una investigación y una sanción efectivas en la justicia ordinaria.

Como se puede evidenciar, al razonar sobre el tipo de juez —natural— que debe investigar y juzgar estas conductas signadas como de lesa humanidad, en sus diferentes pronunciamientos, las altas cortes internacionales, como la Corte IDH y la misma CPI, a priori reflejan desconfianza e incertidumbre por la decisión de la justicia cuando el juez de causa es la justicia penal militar y policial (JPMP), y apoyan a no dudarlo que prevalezca el poder decisonal del juez de la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, al adherirse al Estatuto de Roma, Colombia negoció la restricción de conservar su soberanía penal, de lo contrario, la discusión sería acerca de la autonomía de la CPI para ingresar a la arena de competencia judicial en Colombia y procesar las denuncias por falsos positivos sin necesidad de esperar la activación del principio de complementariedad.

De lo anterior se colige que, en la actualidad, ninguna conducta considerada delito común puede ser tratada bajo las líneas teóricas o pragmáticas del FPMP, a menos que cumpla con el presupuesto de nexo entre la función militar, el ser miembro activo al momento de llevar a cabo el hecho delictivo y actuar en relación con el servicio y a causa de él bajo el parámetro del deber constitucional, como tampoco aquellas conductas que de manera estricta estén desvinculadas de la anterior línea de presupuestos por ser crímenes de genocidio o de lesa humanidad.

Frente a lo anterior, como integrantes de la sociedad académica y jurídica, consideramos un reparo innecesario, y por demás no estrictamente racional, a la competencia y rigurosidad jurídicas de la JPMP, en tanto el equipo judicial castrense posee las particularidades formativas de todo abogado y las mismas condiciones y experticias éticas y profesionales de los funcionarios y empleados de la rama judicial en sede ordinaria. Además, su conocimiento de la esencia militar hace más viable la comprensión técnica, normativa, fáctica y probatoria que es consustancial a los comportamientos de orden militar.

Queda claro que el ordenamiento jurídico, en sus fuentes principales (ley) y auxiliares (jurisprudencia, precedente y doctrina), mayoritariamente excluye la aplicación del FPMP a este tipo de imputaciones, y atiende, además, el histórico reproche a la competencia de los tribunales *ad hoc* instituidos luego de la Primera y Segunda Guerras Mundiales por estar a cargo de los Estados vencedores y con desconfianza plena en su objetividad, pero toda dinámica normativa sustancial o procesal evoluciona, aun ante los criterios pétreos del juez.

Piénsese que, incluso en el sector de la jurisdicción ordinaria, las expresiones subjetivas de orden ideológico, los sesgos, los imaginarios personales del juez, las máximas de experiencia judiciales, algunas veces indebidamente tipificadas, los conocimientos y convencimientos del juez expuestos a la persuasión de parte, también pueden derivar en decisiones injustas o equivocadas. Precisamente, frente al conocimiento privado del juez, Friedrich Stein señala las fortalezas y debilidades de los saberes oficiales y privados puestos al servicio de la decisión (Stein, 2018, p. 83), sin que ello sea diferente de una jurisdicción a otra.

Es importante, además, apoyar lo dicho anteriormente en que todas las decisiones de orden penal, tanto en la jurisdicción penal militar como en la jurisdicción ordinaria penal en vía de casación, finalmente llegan a la misma corte, esto es, a la Corte Suprema de Justicia, por lo tanto, la discusión de los organismos internacionales y el barómetro de medición empleado por ellos no deben ser quién investigó y quién emitió la decisión, sino, más bien, si la decisión emitida es justa porque alcanza estándares de racionalidad o, al menos, de enfoques razonables con centralidad en la víctima, la sociedad, el prestigio institucional y, sobre todo, el debido proceso.

Con total tino, frente a la decisión justa, Taruffo (2021) indicó tres componentes fundamentales: i) la correcta identificación y aplicación de la norma jurídica pertinente al caso concreto; ii) la verificación precisa y confiable de los hechos relevantes mediante una adecuada valoración de las pruebas, y iii) el desarrollo de un procedimiento válido y equitativo que garantice el debido proceso, que, de cumplirse, sea en la jurisdicción que fuere, la decisión tiene que considerarse racionalmente justa.

Metodología

El estudio anterior adopta un enfoque cualitativo, centrando la interpretación profunda de los textos y discursos jurídicos relevantes. Este enfoque privilegia el análisis de datos no numéricos — palabras, normas, sentencias, testimonios e informes— que permiten comprender el fenómeno de los falsos positivos en su contexto social y jurídico. Como señala Nizama (2020), la investigación cualitativa es un procedimiento metodológico que se centra en el análisis de los acontecimientos puramente sociales que abordan la vida de los sujetos a través de los significados que cada quién le ha otorgado a la misma, permitiendo entonces tener un abanico de paráfrasis sobre un mismo hecho.

En este sentido, la aproximación propuesta no busca probar una hipótesis cuantitativa exactamente, por el contrario, busca generar interpretaciones comprensivas sobre su tema de estudio. Se integra además una praxis hermenéutica en el momento en que los textos normativos como leyes y decretos, entre otros, son objeto de interpretación sistemática. Dicha metodología, entendida como la posibilidad de abordar perspectivas intrínsecas e histórico -sociales, desentraña las intenciones, estructura y contextos de las normas citadas. Sobre el alcance del trabajo, es importante mencionar que este es de tipo exploratorio, descriptivo y propositivo.

Es exploratorio porque abre paso al estudio de un fenómeno complejo poco estudiado en tal marco, identificando sus facetas principales sin buscar explicaciones definitivas en primera instancia —en un primer y superficial acercamiento—. Es descriptivo, en cuanto aplica un análisis puro sobre los elementos jurídicos para descomponerlos en partes y comprender su funcionamiento interno. Por último, adopta un carácter propositivo tras diagnosticar debilidades o vacíos en el sistema normativo y jurisprudencial que permitieron los hechos examinados, planteando posibles soluciones o reformas.

En efecto, el diseño jurídico-propositivo evalúa las fallas del ordenamiento y propina mejoras asumiendo la naturaleza práctica del derecho. De esta forma, el presente texto concilia la función crítica y creativa del método jurídico, orientándose a aportar conclusiones útiles para el ámbito académico y normativo, por supuesto. Con relación a los criterios de selección de fuentes, responde a la necesidad de fundamentar el análisis en materiales autorizados y relevantes. Se consultaron jurisprudencias nacionales e internacionales para reunir los precedentes judiciales sobre las ejecuciones extrajudiciales.

De igual forma, se revisaron textos normativos vigentes para los periodos 2002 — 2010. La doctrina especializada enfocada en libros y artículos de derecho penal, constitucional y derechos humanos, aportan marco teórico tanto de autores colombianos como de extranjeros recientes. En paralelo, se incluyeron informes oficiales expedidos por el mismo gobierno colombiano que documentaron casos y patrones del asesinato de los falsos positivos. Siguiendo la práctica de investigaciones jurídicas similares, esta multiplicidad de fuentes busca ofrecer una visión integral y rigurosa sustentada en material primario y secundario de alta calidad.

Finalmente, entre las limitaciones se reconocen la ausencia de trabajo empírico directo y la dependencia exclusiva a fuentes documentales. Al basarse en documentos escritos, se corre el riesgo de que falte contraste con evidencia de campo, lo que puede limitar la verificación de los hallazgos; tal y como lo advierte Botero (2014). La investigación documental ha sido criticada por su aparente falta de veracidad y rigor frente a métodos experimentales, como resultado de lo expuesto anteriormente.

Conclusiones

Unos de los hechos más relevantes de la inmensa lista de nefastos acontecimientos que han hecho parte del conflicto armado en Colombia, fueron aquellos que la prensa nacional llamó como falsos positivos. En ellos se enmarcan el asesinato, la tortura y la desaparición, entre otros hechos atroces, de al menos 6.402 colombianos y colombianas (JEP, 2021, p. 1).

Si bien el término “falsos positivos” no se encuentra catalogado como delito en la legislación colombiana o internacional (Quintero, 2016, p. 190), sí existe una categoría jurídica tipificada que describe esta atroz conducta y es la de homicidio en persona protegida. Este tipo penal, como eje central de las denominadas ejecuciones extrajudiciales derivadas del conflicto interno, debe ser de manejo penal global.

Lo dicho por la Corte Suprema de Justicia (Sentencia Rad. N.º 36460, 2013) para definir los falsos positivos, se centra en que estas conductas, por un lado, la víctima no tiene la condición de combatiente ni participa en las hostilidades propias del conflicto armado interno colombiano, por lo tanto, se presenta con estatus de persona protegida por el DIH y, por otro lado, el victimario es un integrante de la fuerza pública quien ha actuado criminalmente haciendo parecer el hecho como resultado operacional de orden institucional.

El homicidio en persona protegida, en la legislación local, y los delitos de lesa humanidad, en la legislación internacional, son los tipos penales más representativos de los falsos positivos, en tanto cumplen con los presupuestos de i) víctima no combatiente, ii) ejecución extrajudicial por razones del conflicto armado, y iii) darles apariencia de resultado operacional contra combatientes por parte de uniformados de la fuerza pública. Sin embargo, este escenario de tipificación no se puede considerar absoluto por la posibilidad de adecuación de otros tipos penales bajo los mismos presupuestos.

La Política de Seguridad Democrática junto con el plan de recompensas, como ascensos, permisos, condecoraciones y demás premios, fueron quizás el mayor detonante de los falsos positivos, por lo tanto, tal orientación de las compensaciones debe ser, en el presente y futuro, condicionada al máximo en pro de la protección superior de los intereses de los no combatientes.

El FPMP es una institución jurídica de orden constitucional que no fue creada para delinquir, y a pesar de las recurrentes controversias que suscita es, sin duda, un baluarte de justicia y de equilibrio en cuanto a la hermenéutica que requiere el ejercicio de la función militar y policial en relación con actos delictivos. Por eso, no se debe satanizar a la justicia penal militar, pues se trata de una jurisdicción especial integrada por profesionales del derecho capacitados para investigar y ejercer el poder jurisdiccional a través del juzgamiento dentro de los cánones convencionales, constitucionales, legales y éticos. Es prejuicioso inhabilitarlos para conocer de graves afectaciones a los derechos humanos solo por el hecho de la desconfianza o porque algunas decisiones individuales no coincidan con el querer ex - proceso de los organismos naciones e internacionales.

El juez natural para las causas de delitos comunes o de delitos típicamente militares debe ser, en todo caso, un juez convencional, es decir, un intérprete y aplicador de justicia penal justa con garantía de protección y restablecimiento de los derechos humanos, con clara distinción y dominio de los enfoques jurídicos y fácticos elaborados por la jurisprudencia internacional y nacional frente a la protección superior de los derechos humanos.

Por último, a partir de los elementos expuestos en este estudio, queda claro que en la actualidad las ejecuciones extrajudiciales cometidas por agentes del Estado se configuran como conductas delictivas de competencia de la jurisdicción ordinaria, del Sistema Penal Internacional de forma complementaria y, en todo tiempo, del Sistema Internacional de los Derechos Humanos cuando se trata, en este último caso, de responsabilidad estatal.

Referencias

- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH). (2010). *Derecho internacional de los derechos humanos*. <https://www.ohchr.org/en/instruments-and-mechanisms/international-human-rights-law>
- Botero, A. (2014). La metodología documental en la investigación jurídica: Alcances y perspectivas. *Opinión Jurídica*, 2(4), 109–116. <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/1350>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2016). *CIDH presenta caso sobre Colombia ante la Corte IDH*. <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2016/058.asp>
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. (2015). Sentencia 2009-00212/52892. [https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/17001-23-31-000-2009-00212-01\(52892\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/17001-23-31-000-2009-00212-01(52892).pdf)
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. (2017). Sentencia 73001-23-31-000-2008-00561-01 (38.058). https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/sentencias/30-11-2017_73001233100020080056101%20.pdf
- Corte Constitucional de Colombia. (1995). Sentencia C-225/95. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-225-95.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (1997). Sentencia C-358/97. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-358-97.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2013). Sentencia C-579/13. [M. P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-579-13.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2015). Sentencia T-535/15. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-535-15.htm>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (2018). *Villamizar Durán y otros vs. Colombia*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_364_esp.pdf
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (2009). Sentencia de casación 26137. [https://jurinfo.jep.gov.co/normograma/compilacion/docs/CSJ_SCP_26137\(06-05-09\)_2009.htm](https://jurinfo.jep.gov.co/normograma/compilacion/docs/CSJ_SCP_26137(06-05-09)_2009.htm)
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (2013). Sentencia Rad. 36460. <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b2sep2013/Boletin%20Informativo%202013-09-24.pdf>
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (2016). Sentencia SP4090-2016. <https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1may2016/SP4090-2016.pdf>
- Departamento Nacional de Planeación (DNP). (2006). *Balance Plan Colombia 1999–2005*. https://colaboracion.dnp.gov.co/cdt/justicia%20seguridad%20y%20gobierno/bal_plan_col_espanol_final.pdf
- El Espectador. (2017). 29 generales y coroneles, en la mira de la CPI por ejecuciones extrajudiciales. <https://www.elespectador.com/colombia-20/jep-y-desaparecidos/29-generales-y-coroneles-en-la-mira-de-la-cpi-por-ejecuciones-extrajudiciales-article/>

- Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH). (2012). *Colombia. La guerra se mide en litros de sangre. Falsos positivos, crímenes de lesa humanidad: más altos responsables en la impunidad*. París: FIDH. <https://www.fidh.org/IMG/pdf/colombie589e.pdf>
- Human Rights Watch. (2015). *El rol de los altos mandos en falsos positivos. Evidencias de responsabilidad de generales y coroneles del Ejército colombiano por ejecuciones de civiles*. <https://www.hrw.org/es/report/2015/06/23/el-rol-de-los-altos-mandos-en-falsos-positivos/evidencias-de-responsabilidad-de>
- Humanidad Vigente. (2019). Primer fallo internacional sobre ‘falsos positivos’ en Colombia. <https://humanidadvigente.net/primer-fallo-internacional-sobre-falsos-positivos-en-colombia/#:~:text=La%20Corte%20se%20refiere%20a,combate%2C%20mediante%20diversos%20mecanismos%20de>
- JEP. (2021). La JEP hace pública la estrategia de priorización dentro del caso 03 conocido como el de falsos positivos. <https://indepaz.org.co/jep-6-402-falsos-positivos-entre-2002-2008/>
- JEP. (2021). *Auto 033*. Salas de Justicia. https://relatoria.jep.gov.co/documentos/providencias/1/1/Auto_SRVR-033_12-febrero-2021.docx
- Mancilla, L., Montealegre, A., & Rojas, W. (2019). Una mirada a las Madres de Soacha: Expresiones de transnacionalización de la resistencia en cuerpo de mujer en el marco del conflicto armado colombiano. *Vía Iuris*, (28), 9–26. <https://revistas.libertadores.edu.co/index.php/Vialuris/article/view/950/1033>
- Ministerio de Defensa de Colombia. (2005). *Directiva Ministerial Permanente 029 de 2005*. http://justiciaporcolombia.org/sites/justiciaporcolombia.org/files/u2/DIRECTIVA_MINISTERIAL_COLOMBIA.pdf
- Navarro, C. (2022). “Por matar a la primera víctima me dieron 100 mil pesos y arroz chino”. Caracol Radio. https://caracol.com.co/radio/2022/07/18/judicial/1658173786_025962.html
- Nizama, M. (2020). El enfoque cualitativo en la investigación jurídica, proyecto de investigación cualitativa y seminario de tesis. *Vox Juris*, 38(2), 69–90. <https://doi.org/10.24265/voxxuris.2020.v38n2.05>
- Observatorio de Derechos Humanos y Derecho Humanitario. (2012). *Ejecuciones extrajudiciales en Colombia 2002–2010. Crímenes de lesa humanidad bajo el mandato de la política de defensa y seguridad democrática (Vol. 1). Cuadernos temáticos N.º 8*. Bogotá: Coordinación Colombia–Europa–Estados Unidos. <https://coeuropa.org.co/wp-content/uploads/2017/05/Documentos-tematicos-8-FINAL-1.pdf>
- Presidencia de la República de Colombia. (2008). Rueda de prensa en la que el Gobierno anunció que 27 miembros del Ejército fueron llamados a calificar servicios. <http://historico.presidencia.gov.co/sp/2008/octubre/29/02292008.html>
- Quintero, J. (2016). *La desaparición forzada de personas: Análisis crítico del derecho administrativo colombiano a través de los estándares del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Estudio de caso de los mal llamados falsos positivos* [Tesis de maestría, Universidad del Rosario]. <https://repository.urosario.edu.co/server/api/core/bitstreams/953c7e4b-1857-41f3-b42c-911bf671a947/content>

- Ríos, J. (2022). Una aproximación a la problemática alrededor de los denominados delitos de lesa humanidad. *Nuevo Foro Penal*, 18(99), 223–224. <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/7456>
- Rodríguez, M. (2009). Crímenes de lesa humanidad. *Cuaderno de Derecho Internacional*, (2), 65–86. <http://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r29223.pdf>
- Stein, F. (2018). El conocimiento privado del juez. Investigaciones sobre el derecho probatorio en ambos procesos (A. de la Oliva Santos, Trad.) (3.^a ed.). Bogotá: Editorial Temis. <https://www.csj.gob.sv/wp-content/uploads/2023/03/El-conocimiento-privado-del-juez.pdf>
- Taruffo, M. (2021). Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil (B. Quintero, Trad.) [versión digital]. Bogotá: Temis. <https://content.e-bookshelf.de/media/reading/L-17843197-8b506ef4bc.pdf>