

Bogotá, D.C., marzo 06 de 2013

Honorable Magistrada y Honorables Magistrados  
**CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA**  
Sala Plena  
E. S. D.

**REF.** Acción Pública de Inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo 02 de diciembre 27 de 2012 (excepto el inc. 1 del art. 3º), *por el cual se reforman los artículos 116, 152 y 221 de la Constitución Política de Colombia.*

Nosotros(as), ALIRIO URIBE MUÑOZ ciudadano colombiano, mayor de edad, vecino de Bogotá, identificado con la C.C. No 19.418.812 de Bogotá, en nombre propio y también en mi calidad de representante legal de la CORPORACIÓN COLECTIVO DE ABOGADOS JOSÉ ALVEAR RESTREPO, conforme al certificado de existencia y representación que anexo, organización de derechos humanos legalmente reconocida por el Estado Colombiano, que por 35 años ha prestado asistencia legal a las personas víctimas de la violencia, y que como ONG tenemos estatus consultivo ante la OEA; MARIA DEL PILAR SILVA GARAY identificada con la C.C. 51.693.771 de Bogotá, YESSIKA JOHANNA HOYOS MORALES identificada con la C.C. 53.043.399 de Bogotá, EDUARDO CARREÑO WILCHES identificado con la C.C. 19.199.211 de Bogotá, CAMILO ERNESTO FAGUA CASTELLANOS identificado con la C.C. 1.020.715.363, LUIS GUILLERMO PÉREZ CASAS identificado con la C.C. 19.496.782 de Bogotá, SORAYA GUTIERREZ ARGUELLO identificada con la C.C. 46.363.125 de Sogamoso, en nombre propio y como integrantes de la Corporación Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo; JHON JAIRO GUTIERREZ BERRIO, ciudadano colombiano, mayor de edad, identificado con la C.C. N° 71.691.045 de Medellín, en nombre propio y también en mi calidad de representante legal de la CORPORACIÓN YURUPARI, conforme al certificado de existencia y representación que anexo; FRANKLIN CASTAÑEDA VILLACOB ciudadano colombiano, mayor de edad, identificado con la C.C. N° 72.266.786 de Barranquilla, en nombre propio y también en mi calidad de representante legal de la FUNDACIÓN COMITÉ DE SOLIDARIDAD CON PRESOS POLÍTICOS conforme al certificado de existencia y representación que anexo; IVÁN DANILO RUEDA RODRÍGUEZ ciudadano colombiano, mayor de edad, identificado con la C.C. N° 79.306.923 de Bogotá, en nombre propio y también en mi calidad de representante legal de la COMISIÓN INTERECLESIAL DE JUSTICIA Y PAZ conforme al certificado de existencia y representación que anexo; ALFONSO CASTILLO GARZÓN ciudadano colombiano, mayor de edad, identificado con la C.C. N° 16.702.743 de Cali, en nombre propio y también en mi calidad de representante legal de la ASOCIACIÓN NACIONAL DE AYUDA SOLIDARIA (ANDAS) conforme al certificado de existencia y representación que anexo; JHON JAIRO ENRIQUEZ CLAVIJO ciudadano colombiano, mayor de edad, identificado con la C.C. N° 80.415.090 de Bogotá, en nombre propio y también en mi calidad de representante legal de la CORPORACIÓN SERVICIOS PROFESIONALES COMUNITARIOS SEMBRAR conforme al certificado de existencia y representación que anexo; GELASIO CARDONA SERNA ciudadano colombiano, mayor de edad, identificado con la C.C. N° 2.896.763 de Bogotá, en nombre propio y también en mi calidad de representante legal del COMITÉ PERMANENTE POR LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS, conforme al certificado de existencia y representación que anexo; las anteriores como

organizaciones que hacen también parte del Movimiento Nacional de Víctimas de Crímenes de Estado (MOVICE); junto con los ciudadanos y ciudadanas colombianas que se adhieren mediante su firma apoyando la presente acción pública, presentamos **DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD** contra el Acto Legislativo 02 del 27 de diciembre de 2012 (excepto el inc. 1 del art. 3º), *por el cual se reforman los artículos 116, 152 y 221 de la Constitución Política de Colombia*, con fundamento en lo dispuesto en el numeral 6 artículo 40, numeral 4 artículo 95, numeral 1 artículo 241, numeral 3 artículo 242 y artículo 379 de la Constitución Política.

Para mayor facilidad de la Corte Constitucional a la hora de revisar los argumentos de inconstitucionalidad, se presentará la demanda bajo el siguiente esquema:

#### **I. Antecedentes y contexto.**

Se presenta brevemente el pronunciamiento de diferentes organizaciones nacionales e internacionales sobre la inconveniencia de continuar con el trámite del proyecto de acto legislativo, por considerar que de aprobarse se vulnerarían derechos fundamentales de las personas víctimas, los tratados internacionales de derechos humanos y las obligaciones asumidas por el Estado colombiano en virtud de tales tratados.

#### **II. Norma demandada.**

Se reproduce y subraya el texto demandado del acto legislativo 02 del 27 de diciembre de 2012.

#### **III. Competencia de la Corte y concepto de sustitución de la Constitución.**

En este acápite señalaremos por qué la Corte Constitucional es competente para conocer de la presente demanda de inconstitucionalidad y enunciaremos algunos apartes de la jurisprudencia de la Corte respecto al análisis del juicio de sustitución de la constitución en el ejercicio de su competencia para conocer de las demandas de inconstitucionalidad contra los actos reformativos a la Constitución Política.

#### **IV. Fundamentos de inconstitucionalidad del acto legislativo 02 de 2012 por sustitución parcial de la Constitución Política de Colombia de 1991.**

##### **4.1 Primer cargo de inconstitucionalidad por sustitución parcial de la constitución - separación de funciones de las ramas del poder público y principio de independencia del poder judicial.**

Este primer cargo demostrará que el artículo 1º del acto legislativo 02 del 27 de diciembre de 2012, sustituye parcialmente el principio de separación de poderes y el principio de independencia del poder judicial, al atribuir funciones de la justicia ordinaria a un Tribunal de Garantías Penales, que sería un órgano de la rama ejecutiva, creado para ejercer funciones de control de garantías y de control de la acusación a miembros de la fuerza pública, permitiendo la injerencia de la rama ejecutiva en asuntos exclusivos de la justicia ordinaria de la rama judicial.

También se mostrará cómo se desconoce el carácter excepcional y restrictivo de la justicia penal militar, de acuerdo con lo establecido por el Constituyente Primario, en el artículo 221 anterior a la sustitución parcial de la Constitución.

Asimismo, se demostrará que la norma sustituye tácita y parcialmente los principios democrático, de legalidad, igualdad, orden social justo y atribución de competencias constitucionales, al permitir que una norma constitucional sea indeterminada y no sea clara frente a su ubicación orgánica dentro del texto constitucional. De igual forma se mostrará cómo la norma establece un criterio de desigualdad ante la ley que evidentemente es contrario al principio de igualdad y también se demostrará de

qué forma la norma demandada sustituye parcialmente las funciones del Consejo Superior de la Judicatura, que han sido establecidas por el Constituyente Primario.

#### **4.1.2 Argumentos específicos de la sustitución parcial de la Constitución – Primer cargo.**

**a) Sustitución parcial del principio de separación de poderes y de independencia judicial, y sustitución parcial tácita del principio democrático, el principio de legalidad y el principio de funciones establecidas en la Constitución.**

Se demostrará mediante la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana o Corte IDH), que se han establecido criterios y estándares para asegurar que los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, preserven y fortalezcan el Estado Constitucional o Democrático de Derecho.

También se demostrará de qué forma hay una indeterminación orgánica y funcional del Tribunal de Garantías Penales, lo cual sustituye parcial y tácitamente el principio de legalidad, el cual es a su vez uno de los elementos esenciales del Estado Social de Derecho. De igual forma se demostrará cómo el acto legislativo 02 de 2012, asigna funciones que son propias de la rama judicial, a un órgano de la rama ejecutiva, y en general a la justicia penal militar.

**b) Sustitución parcial tácita del principio de igualdad y orden social justo.**

En este apartado se demostrará de qué forma la creación de un Tribunal de Garantías Penales, exclusivo para la fuerza pública, sustituye parcialmente y tácitamente el principio de igualdad, en específico la igualdad ante la ley, y el principio de orden social justo que define al Estado Social de Derecho.

#### **4.2 Segundo cargo de inconstitucionalidad por sustitución parcial de la Constitución – Competencia de la justicia ordinaria y ampliación del fuero penal militar.**

##### **Regímenes militares en América Latina.**

En este apartado se describirá la amarga experiencia de los regímenes militares en América Latina y las leyes marciales, así como la situación particular de las normas de Estado de Sitio que se establecieron en Colombia en la década de los 70s y 80s, y cómo en América Latina la tendencia tanto política como jurídica ha sido limitar al máximo los poderes de las fuerzas armadas, y que tenga prevalencia el derecho sobre la fuerza.

##### **Justicia Penal Militar en Colombia.**

Se transcribirán algunos apartes de sentencias de la Corte Interamericana, de tribunales internacionales y de doctrina internacional, sobre las limitaciones a la competencia de la justicia penal militar, y la tendencia regional y global de restringirla a sus mínimas expresiones e incluso llevar a la eliminación de la misma.

En este segundo cargo de inconstitucionalidad por sustitución parcial de la Constitución, se demostrará cómo el acto legislativo sustituye la jurisdicción excepcional y restrictiva de la justicia penal militar, por una jurisdicción que se ejerce de manera general y ampliada, contrariando así los estándares internacionales establecidos por la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional, haciendo de la justicia penal militar la regla general, cuando el Constituyente Primario había definido que esta debe ser la excepción.

#### **4.2.2 Argumentos específicos de la sustitución parcial de la Constitución – Segundo cargo.**

##### **a) Obligación del Estado colombiano de investigar las violaciones a los derechos humanos.**

Con este apartado se demostrará de qué forma el acto legislativo 02 de 2012, tácitamente sustituye una de las obligaciones del Estado colombiano de investigar seria y adecuadamente las violaciones a los derechos humanos, al dejar en manos de la justicia penal militar el conocimiento de violaciones a los derechos humanos, infracciones al derecho internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, por no ser la justicia penal militar el tribunal idóneo y competente para conocer de tales delitos, cometidos por miembros de la fuerza pública.

##### **b) Principio de supremacía de la Constitución Política - Complementariedad y convergencia del derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos – Bloque de constitucionalidad.**

Mediante la argumentación desarrollada en este literal se demostrará de qué forma el acto legislativo 02 de 2012, sustituye parcial y tácitamente el principio de Supremacía de la Constitución al excluir de la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos a la fuerza pública, especialmente cuando sus actividades tienen relación con el conflicto armado.

También se demostrará, mediante la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional, que el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario son plexos normativos complementarios, convergentes y mutuamente aplicables en el contexto del conflicto armado interno, concepto que el acto legislativo 02 de 2012, sustituye por un concepto que excluye a la fuerza pública de la órbita de aplicación y observancia del derecho internacional de los derechos humanos, dando primacía al derecho internacional humanitario, lo cual es contrario y sustituye la primacía de los tratados de derechos humanos en el ordenamiento jurídico colombiano, el cual se establece también mediante la figura del bloque de constitucionalidad.

##### **bi) Estados de excepción, observancia de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario – De vuelta al Estado de Sitio.**

Con este literal se demostrará cómo el Estado colombiano ha regresado a un estado permanente de sitio, al sustraer a la fuerza pública del control de las normas internacionales de derechos humanos, sustrayendo, en consecuencia, a las personas víctimas de delitos cometidos por miembros de la fuerza pública, también de la protección de los instrumentos internacionales de derechos humanos.

De igual forma, se mostrará cómo el acto legislativo 02 de 2012, establece como regla general, aquello que el Constituyente Primario estableció como excepcional, y de qué forma se hace una aplicación errónea del mandato constitucional de respetar siempre el derecho internacional humanitario, y la tergiversación del derecho internacional humanitario como un privilegio para la fuerza pública y no de garantía para las personas que no participan de las hostilidades, especialmente de la población civil.

##### **c) Sustitución tácita y parcial de las funciones otorgadas por el Constituyente a la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional.**

**ci) Sustitución tácita y parcial de las funciones de la Corte Suprema de Justicia.**

**cii) Sustitución tácita y parcial de las funciones de la Corte Constitucional.**

En estos apartados se demostrará cómo el acto legislativo sustituye tácita y parcialmente las funciones de los jueces de la República, al no permitirse que acudan de manera sistemática e integral al texto, principios y valores constitucionales para decidir sobre asuntos en los que se encuentran involucrados miembros de la fuerza pública. Se sustituye además, tácita y parcialmente, las funciones exclusivas asignadas por el Constituyente Primario a la Corte Suprema de Justicia como órgano de cierre de la justicia ordinaria, y la función de la Corte Constitucional como órgano de cierre de la jurisdicción constitucional y como guarda suprema de la integridad de la Constitución Política.

**d) Sustitución tácita y parcial de las funciones de la Fiscalía General de la Nación.**

Mediante la argumentación en este literal se demostrará de qué forma se sustituyen parcial y tácitamente algunas funciones de la Fiscalía General de la Nación, y cómo se limita en el tiempo el ejercicio de sus funciones y cómo la rama ejecutiva ejerce una injerencia indebida e ilegítima sobre la rama judicial.

**e) Desnaturalización de la Policía Nacional y sometimiento al fuero penal militar para esta institución.**

La argumentación de este literal demostrará cómo al otorgarle funciones judiciales permanentes, e incluir de manera amplia a la Policía Nacional dentro de la extensión del fuero penal militar, constituye una sustitución tácita y parcial de la naturaleza civil de esta institución.

**4.3 Tercer cargo de inconstitucionalidad por sustitución parcial de la constitución – Derechos de las personas víctimas.**

**a) Derechos de las personas víctimas.**

Brevemente se enunciarán algunos de los principios establecidos internacionalmente para la protección y garantía de los derechos a la verdad, la justicia, la reparación integral y las garantías de no repetición, de las personas víctimas de violaciones a los derechos humanos, infracciones al derecho internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra. También esta enunciación se complementará con la jurisprudencia regional y nacional sobre la competencia de la justicia ordinaria para conocer de los delitos mencionados, y cómo la justicia penal militar no debe en ningún caso conocer de ellos. Principio que es sustituido por el acto legislativo 02 de 2012, al establecer que la justicia penal militar conocerá de tales delitos, sustituyendo así la competencia de la justicia ordinaria.

**b) Creación de un fondo especial para la defensa de la fuerza pública y desprotección a las personas víctimas de delitos cometidos por agentes estatales.**

En este apartado demostraremos cómo el fondo especial exclusivo para la fuerza pública sustituye parcial y tácitamente los principios de igualdad, acceso a la justicia, orden político, económico y social justo, al privilegiar a un sector de la rama ejecutiva, en especial presuntos autores de violaciones a los derechos humanos e infracciones del derecho internacional humanitario, frente a otras personas que presuntamente hayan cometido estos delitos y en especial frente a los derechos de las personas víctimas de tales delitos, quienes no cuentan con las garantías que ofrece el Estado a la fuerza pública, dejando a las personas víctimas desprotegidas y en una situación de desigualdad en caso de enfrentar un proceso de investigación y juzgamiento por conductas punibles cometidas por miembros de la fuerza pública.

**c) Afectación tácita de los derechos de los miembros de la fuerza pública de rangos inferiores procesados.**

Además de considerar que la investigación y juzgamiento por parte de la justicia penal militar de delitos que no tienen relación con el servicio, sustituyen parcialmente principios constitucionales fundamentales, también consideramos que la justicia penal militar no es adecuada incluso para los militares y policías de inferior rango que sean sometidos a ella, por cuanto en estos juicios regularmente se procesan a miembros de la fuerza pública de rangos inferiores, permitiendo que las acciones de los determinadores y máximos responsables de estos delitos queden en la impunidad.

**d) Extensión ilegítima del fuero penal militar a los centros carcelarios para los miembros de la fuerza pública.**

Por considerar que las violaciones a los derechos humanos y las infracciones al derecho internacional humanitario deben ser conocidas únicamente por la justicia ordinaria, desde la indagación, investigación, juzgamiento hasta la ejecución de la pena en centros penitenciarios ordinarios, el acto legislativo sustituye este principio al otorgar competencia a la justicia penal militar para conocer de tales delitos, e incluso al establecer que los establecimientos carcelarios y penitenciarios especiales para miembros de la fuerza pública. Por ello consideramos ilegítimo y que no es ajustado a los principios internacionales sobre derechos humanos que los miembros de la fuerza pública sean detenidos o cumplan la condena por violaciones a los derechos humanos o infracciones al derecho internacional humanitario, en centros carcelario o penitenciarios especiales, lo cual constituye también una vulneración de los derechos de las personas víctimas.

**4.4 Cuarto cargo de inconstitucionalidad por sustitución parcial de la Constitución- Principio de reserva de ley estatutaria.**

**4.4.1 El concepto de derechos fundamentales según la Constitución.**

Se realizará una breve enunciación de las normas constitucionales y la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la concepción de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico colombiano.

**4.4.2 La reserva de ley estatutaria para los derechos fundamentales.**

En este apartado se enunciarán los fundamentos establecidos constitucional y jurisprudencialmente para las leyes estatutarias, las cuales son exclusivamente para desarrollar aspectos esenciales de los derechos fundamentales, atribuyendo la Constitución una competencia excepcional al legislador para desarrollar estas leyes, de acuerdo con materias determinadas por el Constituyente.

**4.4.3 El concepto de sustitución de la Constitución en lo relativo al objeto de regulación de las leyes estatutarias.**

Al considerar el fuero penal militar como un derecho fundamental, se desnaturaliza la esencia misma de los derechos fundamentales, y se atenta contra su primacía, estableciendo en un plano de igualdad derechos constitucionales que no tienen carácter fundamental, con los derechos reconocidos como fundamentales. Permitiendo así, que el legislador ordinario sea vaciado de su competencia, por cuanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido clara en señalar que mediante las leyes ordinarias se pueden regular asuntos de la justicia penal militar, por lo cual las leyes estatutarias no son las constitucionalmente establecidas para regular esta materia.

**V. Pretensiones.**

**VI. Notificaciones.**

Así, leídos en su conjunto los cargos de la presente demanda, solicitaremos a la Corte Constitucional que declare inconstitucional el acto legislativo 02 del 27 de diciembre de 2012, por sustitución parcial, en algunos casos tácita, de pilares esenciales de la Constitución Política de 1991, por haberse excedido el órgano legislativo en su competencia para reformar la Constitución, constituyéndose este en un vicio de forma en su creación.

## I. ANTECEDENTES Y CONTEXTO.

En el mes de marzo de 2012, fue radicado ante el Congreso de la República de Colombia (en adelante el Congreso), por parte del Gobierno Nacional en cabeza del Ministro de Defensa Nacional, un proyecto de reforma constitucional de los artículos 116, 152 y 221 de la Constitución Política. Entre los argumentos de la exposición de motivos<sup>1</sup>, se encuentra la inseguridad jurídica como inquietud de la fuerza pública, la necesidad de un marco jurídico para que la fuerza pública pueda realizar la misión que le encomienda la Constitución Política, necesidad de claridad normativa frente a la investigación y juzgamiento de los miembros de la fuerza pública, todo lo cual da lugar a la necesidad de la reforma integral del fuero penal militar.

Durante el trámite en el Congreso, varias organizaciones de derechos humanos nacionales e internacionales expresaron su preocupación por esta reforma que daría lugar al incumplimiento por parte del Estado colombiano de sus obligaciones internacionales respecto a la protección de los derechos humanos en el país y la obligación del Estado de investigar, juzgar y sancionar apropiadamente toda conducta violatoria del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) y al derecho internacional humanitario (DIH), y de garantizar los derechos de las personas víctimas de tales delitos.

Igualmente, en un pronunciamiento sin precedentes, once titulares de mandatos de procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), expresaron sus inquietudes en una carta abierta sobre el entonces proyecto de reforma Constitucional. Algunas de las preocupaciones expresadas fueron:

(...) De aprobarse esta reforma, se perjudicaría seriamente la administración de la justicia para casos de presuntas violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, incluidos los crímenes graves, por parte de las fuerzas militares o de la policía (Fuerza Pública).

De aplicarse, el proyecto de reforma constitucional obstaculizaría efectivamente el funcionamiento independiente de la judicatura al permitir a la justicia militar investigar, procesar y juzgar estos crímenes, y así eliminar el carácter de excepcionalidad y competencia restrictiva que los tribunales militares deben tener (...) <sup>2</sup> (subrayas nuestras)

En el último informe de la situación de derechos humanos en Colombia, la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, expresó su preocupación, por la reforma constitucional expresando que:

79. La reforma constitucional para ampliar la jurisdicción de los tribunales militares

1 Congreso de la República, Gaceta del Congreso N° 70, 16 de marzo de 2012, p. 2-11.

2 Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Carta abierta de titulares de mandatos de los Procedimientos Especiales del Consejo de Derechos Humanos al Gobierno y a los representantes del Congreso de la República de Colombia*, 22 de octubre de 2012. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=12683&LangID=S>

vulnera la separación básica entre los poderes necesaria para la independencia del poder judicial (...) Cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe ser examinado por los tribunales civiles, se vulnera el derecho de las víctimas de acceso a la justicia, así como el derecho a ser juzgado por un juez competente, independiente e imparcial (...) <sup>3</sup> (subrayas nuestras)

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, realizó una visita *in loco* al Estado colombiano a finales del año 2012, y en sus observaciones preliminares expresó al Estado colombiano sus inquietudes sobre la reforma constitucional propuesta:

En su formulación actual, las primeras diligencias tras un presunto delito cometido por un miembro de la fuerza pública estarían a cargo de la justicia penal militar. Las etapas iniciales de una investigación sirven como base para la toma de decisiones centrales y marcan el desarrollo de las etapas siguientes, por lo cual tienen una importancia clave en la administración de justicia.

(...) el proyecto invierte la regla actual de que los casos sean resueltos en la jurisdicción ordinaria, y que la transferencia a la justicia penal militar sea la excepción.

(...) otras graves violaciones a los derechos humanos serían conocidas por la jurisdicción militar, por ejemplo, crímenes de guerra y detenciones arbitrarias, entre otros.

Al respecto, los estándares del sistema interamericano de derechos humanos han resaltado que la investigación de violaciones a los derechos humanos debe ser realizada por las instancias de la jurisdicción ordinaria, tanto en tiempos de paz como en situaciones de conflicto. <sup>4</sup> (subrayas nuestras)

También la organización de derechos humanos Human Rights Watch, expresó su preocupación por el trámite de la reforma constitucional por considerarla lesiva al respeto de los estándares internacionales de derechos humanos. Reproducimos algunos apartes de la carta enviada por esta organización al Gobierno colombiano.

(...) Permitir que las fuerzas militares se auto-investiguen por sus propios abusos prácticamente garantizaría la impunidad de estos hechos. Como mencionamos anteriormente, la justicia penal militar carece de la independencia, imparcialidad y, por ende, también de la credibilidad necesarias para asegurar que militares que cometieron abusos rindan cuentas ante la justicia por estos actos. <sup>5</sup> (subrayas nuestras)

La organización Abogados Sin Fronteras Canadá también hizo reparos al proyecto de reforma constitucional, considerando que esta reforma podía frenar los avances significativos en la lucha contra la impunidad por parte del Estado colombiano. También porque se pondría en peligro el derecho al debido proceso, a un juez independiente e imparcial, así como el carácter excepcional de la justicia penal militar, al ampliar el fuero penal militar a otras conductas no relacionadas con el servicio, lo cual abriría la puerta para que tribunales internacionales conocieran de posibles vulneraciones a los derechos humanos declarando la responsabilidad del

3 Naciones Unidas, *Informe de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, Asamblea General, A/HRC/22/17/Add.3, 07 de enero de 2013.

4 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Observaciones preliminares de la CIDH sobre la visita in loco a Colombia*, 07 de diciembre de 2012. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2012/144A.asp>

5 Human Rights Watch, *Carta al presidente Santos criticando ampliación del fuero militar*, 25 de octubre de 2012. Disponible en: <http://www.hrw.org/es/news/2012/10/25/colombia-carta-al-presidente-santos-criticando-ampliacion-del-fuero-militar>



Estado.<sup>6</sup>

Diversas organizaciones de derechos humanos de Colombia y a nivel internacional también expresaron la preocupación por el proyecto de ley que se adelantaba en ese momento, y solicitaron su retiro por parte del Gobierno Nacional. En una carta dirigida al presidente Juan Manuel Santos y al Congreso de la República lo manifestaron así:

Con esta reforma, el Estado colombiano, (...) está promoviendo cambios que beneficiaran a militares y policías implicados en graves violaciones de los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, sustrayéndolos de ser investigados por la justicia ordinaria y permitiendo que la jurisdicción penal militar, carente de independencia e imparcialidad por su rol en el conflicto armado y en la represión de asuntos de orden público, sea facultada para que agentes del Estado, activos o en retiro, sean a la vez juez y parte en estas investigaciones penales.

Estos cambios contravienen la jurisprudencia constitucional y los tratados y resoluciones internacionales, que han limitado la jurisdicción penal militar a asuntos estrictamente relacionados con la disciplina interna de la fuerza pública y pone en cuestión la autonomía e independencia del poder judicial (...)<sup>7</sup>(subrayas nuestras)

A pesar de las advertencias, recomendaciones y solicitudes de las organizaciones nacionales e internacionales de derechos humanos, la reforma constitucional se llevó a cabo y se convirtió en el acto legislativo 02 del 27 de diciembre 2012, que actualmente se encuentra vigente en el ordenamiento jurídico colombiano.

## II. NORMA DEMANDADA.

La norma que se demanda mediante la presente acción pública de inconstitucionalidad es la totalidad del acto legislativo 02 del 27 de diciembre de 2012, excepto el inciso 1 del artículo 3° por ser este una reproducción del artículo 221 constitucional (reformado por el acto legislativo N° 2 de 1995).

A continuación reproducimos el texto de la norma demandada subrayando el texto demandado.

### **ACTO LEGISLATIVO N° 02 DEL 27 DE DICIEMBRE DE 2012, POR EL CUAL SE REFORMAN LOS ARTÍCULOS 116, 152 Y 221 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA.<sup>8</sup>**

#### **EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA**

#### **DECRETA:**

**ARTÍCULO 1°.** Adiciónese el artículo 116 de la Constitución Política con los siguientes incisos:

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

6 Abogados Sin Fronteras Canada, ASFC preocupada por la reforma a la justicia penal militar en Colombia, 06 de diciembre de 2012. Disponible en: <http://www.asfcCanada.ca/es/noticias/abogados-sin-fronteras-canada-preocupada-por-la-reforma-de-la-justicia-penal-militar-en-colombia-180>

7 Varias organizaciones de derechos humanos nacionales e internacionales, Solicitud de retiro de reforma constitucional que amplía el fuero penal militar a graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, Carta dirigida al Presidente de la República y al Congreso de la República, 14 de noviembre de 2012.

8 Publicado en el Diario Oficial No. 48.657 el 28 de diciembre de 2012.

1. De manera preferente, servir de juez de control de garantías en cualquier investigación o proceso penal que se adelante contra miembros de la Fuerza Pública.

2. De manera preferente, controlar la acusación penal contra miembros de la Fuerza Pública, con el fin de garantizar que se cumplan los presupuestos materiales y formales para iniciar el juicio oral.

3. De manera permanente, dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre la Jurisdicción Ordinaria y la Jurisdicción Penal Militar.

4. Las demás funciones que le asigne la ley.

El Tribunal de Garantías estará integrado por ocho (8) Magistrados, cuatro (4) de los cuales serán miembros de la Fuerza Pública en retiro. Sus miembros serán elegidos por la Sala de Gobierno de la Corte Suprema de Justicia, la Sala de Gobierno del Consejo de Estado y la Corte Constitucional en pleno. Los miembros de la Fuerza Pública en retiro de este Tribunal serán elegidos de cuatro (4) ternas que enviará el Presidente de la República.

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

**Parágrafo transitorio.** El Tribunal de Garantías Penales empezará a ejercer las funciones asignadas en este artículo, una vez entre en vigencia la ley estatutaria que lo reglamente.

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

g) Las materias expresamente señaladas en los artículos 116 y 221 de la constitución, de conformidad con el presente acto legislativo.

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

De los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro.

En ningún caso la Justicia Penal Militar o policial conocerá de los crímenes de lesa humanidad, ni de los delitos de genocidio, desaparición forzada, ejecución extrajudicial, violencia sexual, tortura y desplazamiento forzado. Las infracciones al Derecho Internacional Humanitario cometidas por miembros de la Fuerza Pública, salvo los delitos anteriores, serán conocidas exclusivamente por las cortes marciales o tribunales militares o policiales.

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

Si en desarrollo de una acción, operación o procedimiento de la Fuerza Pública, ocurre alguna conducta que pueda ser punible y exista duda sobre la competencia de la Justicia Penal Militar, excepcionalmente podrá intervenir una comisión técnica de coordinación integrada por representantes de la jurisdicción penal militar y de la jurisdicción penal ordinaria, apoyada por sus respectivos órganos de policía judicial. La ley estatutaria regulará la composición y funcionamiento de esta comisión, la forma en que será apoyada por los órganos de policía judicial de las jurisdicciones ordinarias y penal militar y los plazos que deberá cumplir.

La ley ordinaria podrá crear juzgados y tribunales penales policiales, y adoptar un Código

Penal Policial.

La ley estatutaria desarrollará las garantías de autonomía e imparcialidad de la Justicia Penal Militar. Además, una ley ordinaria regulará una estructura y un sistema de carrera propio e independiente del mando institucional.

Créase un fondo destinado específicamente a financiar el Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los miembros de la Fuerza Pública, en la forma en que lo regule la ley, bajo la dependencia, orientación y coordinación del Ministerio de Defensa Nacional.

Los miembros de la Fuerza Pública cumplirán la detención preventiva en centros de reclusión establecidos para ellos y a falta de estos, en las instalaciones de la unidad a que pertenezcan. Cumplirán la condena en centros penitenciarios y carcelarios establecidos para miembros de la Fuerza Pública.

**ARTÍCULO 4º. Transitorio.** Los procesos penales que se adelantan contra los miembros de la Fuerza Pública por los delitos que no tengan relación con el servicio o por los delitos expresamente excluidos del conocimiento de la Justicia Penal Militar de acuerdo a los incisos 1 y 2 del artículo 3 del presente acto legislativo y que se encuentran en la justicia ordinaria, continuarán en esta. La Fiscalía General de la Nación, en coordinación con la Justicia Penal Militar, contará con un periodo de hasta un (1) año para identificar todos los procesos que se adelantan contra los miembros de la Fuerza Pública, y trasladar a la Justicia Penal Militar aquellos donde no se cumplan los supuestos para la competencia de la jurisdicción ordinaria. En el marco de esa coordinación, se podrá verificar si algún proceso específico que cursa en la Justicia Penal Militar podría ser de competencia de la Justicia Ordinaria.

**ARTÍCULO 5º. Transitorio.** Facúltese por tres (3) meses al Presidente de la República para expedir los decretos con fuerza de ley necesarios para poner en marcha el Fondo de Defensa Técnica y Especializada de que trata el presente acto legislativo. Los decretos expedidos bajo esta facultad regirán hasta que el Congreso expida la ley que regule la materia.

**ARTÍCULO 6º.** El presente acto legislativo rige a partir de la fecha de su promulgación.

Si bien estamos demandando el texto completo del acto legislativo 02 del 27 de diciembre de 2012, a excepción del inciso 1 del artículo 3º, en la presente demanda de inconstitucionalidad, como se refirió en el esquema inicial presentado, se establecen cuatro cargos particulares, en los cuales se demandarán aspectos específicos por artículos e incisos, mostrando por qué se sustituyen pilares esenciales de la Carta Política, y además, dentro de cada uno de los cuatro cargos, se argumentarán las razones por las cuales consideramos que el acto legislativo, según el cargo correspondiente, también sustituye tácita y parcialmente otros principios esenciales del ordenamiento constitucional colombiano.

### **III. COMPETENCIA DE LA CORTE Y CONCEPTO DE SUSTITUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN.**

La Corte Constitucional es competente para conocer de la presente demanda de inconstitucionalidad, de acuerdo con el artículo 241 numeral 1, en el cual se establece que la Corte conocerá de las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos en el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad contra los actos reformativos de la constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación. Asimismo el artículo 379 establece que los actos reformativos a la Constitución pueden ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en el título XIII de la Constitución.

Respecto a las demandas de inconstitucionalidad contra los actos reformativos a la Constitución, por vicios de forma, la Corte Constitucional ha establecido algunos

critérios. Esto es, que la declaración de inconstitucionalidad procede cuando se ha sustituido, total o parcialmente, transitoria o permanentemente la Constitución, y que dentro de los vicios de procedimiento se encuentra el análisis de la competencia del órgano que realiza la reforma a la Constitución. De manera que se proteja la voluntad del Constituyente Primario al haber establecido los principios, valores, y fines que hacen parte del texto normativo constitucional.

Para la presente demanda de inconstitucionalidad contra el acto legislativo 02 de 2012, se tendrán en cuenta los criterios mencionados, especialmente en lo relacionado con la sustitución parcial de la Constitución por excederse el órgano legislativo en su competencia de reformar, derivando en una sustitución parcial de la Constitución.

Al respecto la Corte ha señalado y reiterado, que son dos los referentes normativos a partir de los cuales se define su límite competencial:

Dos son los referentes normativos a partir de los cuales la Corte ha establecido la existencia de este límite competencial:

a. La restricción en la competencia, parte, necesariamente, de la distinción entre poder constituyente primario del pueblo y poderes constituidos, incluido el poder de reforma.

(...)

b. De manera específica, la limitación competencial se deriva de la ausencia de una habilitación para la sustitución de la Constitución, en la medida en que el ordenamiento superior ha contemplado mecanismos exclusivamente para reformar la Constitución.

(...)

A partir de esas premisas, la Corte ha señalado que el poder de reforma Constitucional es un poder derivado que carece de competencia para asumir el papel que corresponde al constituyente primario y no puede, por consiguiente, por la vía del procedimiento de reforma, sustituir la Constitución.<sup>9</sup> (subrayas nuestras)

También la Corte ha establecido una metodología para abordar el análisis de inconstitucionalidad de un acto reformativo de la Constitución por sustitución de la misma.

Las diferencias fundamentales que distinguen al juicio de sustitución de los otros dos mencionados, residen en que la premisa mayor del juicio de sustitución no está específicamente plasmada en un artículo de la Constitución, sino que es toda la Constitución entendida a la luz de los elementos esenciales que definen su identidad. Además, en el juicio de sustitución no se verifica si existe una contradicción entre normas -como sucede típicamente en el control material ordinario-, ni se registra si se presenta la violación de un principio o regla intocable -como sucede en el juicio de intangibilidad-, sino que mediante el juicio de sustitución (a) se aprecia si la reforma introduce un nuevo elemento esencial a la Constitución, (b) se analiza si éste reemplaza al originalmente adoptado por el constituyente y, luego, (c) se compara el nuevo principio con el anterior para verificar, no si son distintos, lo cual siempre ocurrirá, sino si son opuestos o integralmente diferentes, al punto que resulten incompatibles.

(...) El método del juicio de sustitución exige que la Corte demuestre que un elemento esencial definitorio de la identidad de la Constitución de 1991 fue reemplazado por otro integralmente distinto.

9 Sentencia C-971 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, 07 de octubre de 2004.

(...) De esta manera, resulta posible introducir reformas sustanciales a la Constitución, que alteren su estructura básica o los principios fundamentales en ella contenidos, pero que puedan, sin embargo, entenderse como incorporadas a ella. Cuando se produce una sustitución, total o parcial de la Constitución, las nuevas instituciones resultan de tal modo incompatibles con la Constitución anterior que unas y otra no pueden coexistir en el tiempo y en el espacio.<sup>10</sup> (subrayas nuestras)

De igual forma, la Corte Constitucional ha determinado que la sustitución de elementos estructurales, puede constituir un fraude a la Constitución:

(...) Finalmente se estableció que debía tenerse en cuenta que esta modificación constitucional reformó de manera tácita, el artículo 13 sobre la igualdad y el artículo 40.7 sobre el acceso al desempeño de funciones o cargos públicos y que por el carácter escrito de las normas, este tipo de modificaciones debe proibirse para evitar lo que se conoce como un “fraude a la Constitución”.

(...)

Que mediante el llamado **test de la eficacia** el juez constitucional puede comprobar: (i) si las normas constitucionales a reformar siguen siendo las mismas antes y después de la reforma, porque si las normas después de la revisión resultan ser idénticas, entonces no ha existido reforma constitucional, sino que se ha encubierto con el ropaje de la reforma una decisión política singular, (ii) que el cambio no dio lugar a que se establecieran normas *ad hoc* o particulares, y (iii) que no se hayan sustituido tácitamente a través de la reforma otros principios estructurales de la Constitución, dando lugar al fraude de la Constitución.<sup>11</sup> (subrayas nuestras)

De modo que la Corte Constitucional es competente para conocer la presente demanda de inconstitucionalidad, conforme a los criterios ya señalados, en tanto que la norma demandada en la presente acción pública sustituye parcialmente, y en algunos aspectos tácitamente, la Constitución Política de 1991 en elementos y principios que son pilares fundamentales de la misma.

#### **IV. FUNDAMENTOS DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ACTO LEGISLATIVO 02 DE 2012 POR SUSTITUCIÓN PARCIAL DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991.**

##### **4.1 Primer cargo de inconstitucionalidad por sustitución parcial de la constitución - separación de funciones de las ramas del poder público y principio de independencia del poder judicial.**

Este primer cargo de inconstitucionalidad por sustitución parcial de la Constitución Política de 1991 (también la Constitución o C.P.), está fundamentado en que el artículo 1º del acto legislativo 02 de 2012, al crear un Tribunal de Garantías Penales exclusivo para la fuerza pública, sustituye parcialmente el principio de separación de poderes y el principio de independencia del poder judicial, los cuales se encuentran consagrados, entre otros, en el Preámbulo, artículos 1, 2, 9, 95-7, 113, 114, 115, 116, 121, 122, 150-156, 188-189, 228-229, 235, 237, 241, 246, 250, 256 de la Constitución Política de Colombia de 1991; Preámbulo, artículos 8 y 10 Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH); artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); artículo 8 y 25, Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana).

<sup>10</sup> Sentencia C-1040 de 2005, varios magistrados(as) ponentes, 19 de octubre de 2005.

<sup>11</sup> Sentencia 574 de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez, 22 de julio de 2011.

El artículo 1º del acto legislativo 02 de 2012 es el siguiente:

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

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

1. De manera preferente, servir de juez de control de garantías en cualquier investigación o proceso penal que se adelante contra miembros de la Fuerza Pública.

2. De manera preferente, controlar la acusación penal contra miembros de la Fuerza Pública, con el fin de garantizar que se cumplan los presupuestos materiales y formales para iniciar el juicio oral.

3. De manera permanente, dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre la Jurisdicción Ordinaria y la Jurisdicción Penal Militar.

4. Las demás funciones que le asigne la ley.

El Tribunal de Garantías estará integrado por ocho (8) Magistrados, cuatro (4) de los cuales serán miembros de la Fuerza Pública en retiro. Sus miembros serán elegidos por la Sala de Gobierno de la Corte Suprema de Justicia, la Sala de Gobierno del Consejo de Estado y la Corte Constitucional en pleno. Los miembros de la Fuerza Pública en retiro de este Tribunal serán elegidos de cuatro (4) ternas que enviará el Presidente de la República.

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

**Parágrafo transitorio.** El Tribunal de Garantías Penales empezará a ejercer las funciones asignadas en este artículo, una vez entre en vigencia la ley estatutaria que lo reglamente.

*El principio de separación de poderes y de independencia judicial establecido por la Constitución Política de 1991 se podría enunciar así: El Estado colombiano se caracteriza por la separación de poderes. Particularmente la rama judicial goza de autonomía, independencia e imparcialidad para el ejercicio de sus funciones. La justicia ordinaria es la competente para administrar justicia de manera permanente y general, y no está sometida a ninguna injerencia por parte de otras ramas del poder público. La justicia penal militar, administran justicia de manera excepcional y restringida, por los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el servicio.*

El principio nuevo, establecido por el acto legislativo 02 de 2012 en su artículo 1º es: *La rama judicial está limitada en sus funciones de administración de justicia y está sometida a la injerencia de la rama ejecutiva. El Estado colombiano, en los casos de investigaciones a miembros de la fuerza pública, atribuye a la rama ejecutiva, específicamente a la justicia penal militar, funciones atribuidas por la Constitución Política a la rama judicial. La justicia penal militar, administra justicia de manera general, corriente y en sentido amplio, por cualquier delito cometido por los miembros de la fuerza pública.*

Como se evidencia, los dos principios no solamente son contrarios, sino que son incompatibles, puesto que se sustituyen parcialmente dos pilares fundamentales del Estado Social de Derecho, el principio de separación de poderes y el principio de independencia judicial, al permitir que haya injerencia por parte de la rama ejecutiva

en la función de administración de justicia por parte de la rama judicial. También al limitar la competencia de la justicia ordinaria para administrar justicia en los casos donde se investiga y juzga la conducta de los miembros de la fuerza pública, y al ampliar la competencia de la justicia penal militar, ésta última pasa, de ser una excepción en la administración de justicia, a ser la regla general.

Para argumentar la importancia que tiene en Colombia el principio de separación de poderes y el principio de independencia judicial, iniciaremos diciendo que el Estado colombiano es un Estado Social de Derecho, democrático, pluralista y fundado en el respeto de la dignidad humana (entre otros), en el cual todas las personas que integran al Estado están sometidas al imperio de la ley, todas las actividades que se realizan, especialmente por agentes del Estado, deben estar reguladas por la ley, en el cual se puede desarrollar la participación de los ciudadanos, bien sea de manera directa o mediante representantes, para concretar acuerdos que permitan la convivencia pacífica en el territorio que comprende el Estado, y en donde existen normas de carácter superior, en este caso normas constitucionales, a las cuales se debe someter todo el ordenamiento jurídico con el fin de garantizar los valores, principios y fines que se establecen en la Constitución.

De esta manera, la Constitución Política de Colombia de 1991 ha establecido en el preámbulo y en el artículo 1º de la misma el tipo de Estado que es Colombia, así como los principios y valores que lo sustentan:

#### **PREÁMBULO**

El pueblo de Colombia,

en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente:

#### **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA**

**ARTICULO 1o.** Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Frente a la obligatoriedad del preámbulo de la Constitución Política, la Corte Constitucional estableció que éste es vinculante al igual que el articulado constitucional, puesto en el preámbulo se establecen las bases fundamentales del Estado colombiano:

El Preámbulo de la Constitución incorpora, mucho más allá de un simple mandato específico, los fines hacia los cuales tiende el ordenamiento jurídico; los principios que inspiraron al Constituyente para diseñar de una determinada manera la estructura fundamental del Estado; la motivación política de toda la normatividad; los valores que esa Constitución aspira a realizar y que trasciende la pura literalidad de sus artículos.

(...)

Juzga la Corte Constitucional que el Preámbulo goza de poder vinculante en

cuanto sustento del orden que la Carta instaura y, por tanto, toda norma -sea de índole legislativa o de otro nivel- que desconozca o quebrante cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios (...) <sup>12</sup>  
(subrayas nuestras)

Por su parte, el artículo 2º de la Constitución, a su vez, establece los fines esenciales del Estado colombiano, y la razón de ser de las autoridades públicas:

**ARTICULO 2o.** Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. (subrayas nuestras)

Ahora bien, uno de los pilares fundamentales del Estado social y democrático de derecho, es la separación de poderes o separación de las ramas del poder público. Esta separación de poderes está consagrada, entre otros, en el artículo 113 de la Constitución Política de Colombia que a su tenor literal dice:

Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial.

Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.

La Constitución Política establece que existe una clara separación, diferenciación y determinación de funciones de las Ramas del Poder Público, aunque colaboran armónicamente para la realización de los fines constitucionales del Estado. Esta separación de funciones también corresponde a los principios constitucionales de legalidad y de la función pública, así como a la teoría de los frenos y contrapesos, los cuales establecen que todas las funciones, acciones, competencias, instancias, órganos y agentes estatales, deben estar determinados en una norma, la cual debe regular cómo cada uno de estos aspectos se desarrollan al interior del Estado y en sus relaciones exteriores, así como un sistema de frenos y contrapesos que cada una de las ramas del poder ejerce sobre las otras para limitar el poder que se ejerce dentro del marco de la constitución y las leyes.

Así lo recuerda la Corte Constitucional al pronunciarse sobre una reforma a la constitución mediante acto legislativo:

La separación funcional del poder del Estado en distintas ramas y órganos tiene como objetivo primordial garantizar la libertad de los asociados, al mismo tiempo que se racionaliza el ejercicio de dicho poder para el desarrollo eficiente de las diversas finalidades constitucionales encomendadas al Estado. (...)

El modelo constitucional de frenos y contrapesos no presupone el equilibrio entre los órganos que detentan las funciones clásicas del poder público como consecuencia espontánea de una adecuada delimitación funcional. Por el contrario,

---

12 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-479 de 1992, Ms.Ps. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero, 13 de agosto de 1992, Bogotá.



el balance de poderes es un resultado que se realiza y reafirma continuamente, y que no puede relegarse a un control político contingente, eventual o accidental, cuyo resultado natural y obvio tiende a ser la reafirmación del poder en los órganos, autoridades o funcionarios que se estiman política y popularmente más fuertes.

En todo caso, el principio de separación de poderes, mantiene como elemento definitorio, la identificación de las distintas funciones del Estado que, en el nivel supremo de su estructura, habrán de asignarse a órganos separados y autónomos (...)

En conjunto, la estructura constitucional descrita responde al modelo de frenos y contrapesos que tiene el propósito, no solo de obtener mayor eficiencia en el desarrollo de las funciones a través de las cuales el Estado atiende a la satisfacción de sus fines, sino, y principalmente, de garantizar una esfera de libertad para las personas, por efecto de la limitación del poder que resulta de esa distribución y articulación de competencias.<sup>13</sup> (subrayas nuestras)

El principio de separación de poderes es el elemento esencial que caracteriza a las democracias constitucionales. El principio parte del derecho de las personas a participar en el ejercicio y conformación del poder público. También de las debidas garantías y controles que se han de ejercer para legitimar las decisiones de cada uno de los órganos que componen ese poder. En cuanto a la administración de justicia, es fundamental que exista una separación clara entre el poder ejecutivo y el poder legislativo para garantizar que las decisiones de los jueces estarán basadas en la ley, de acuerdo a un interés público y bienestar general, y no de acuerdo a unos intereses particulares o hegemónicos.

El principio de separación de poderes es un elemento esencial para una correcta administración de justicia. En su informe Fortalecimiento del Estado de Derecho, el Secretario General de las Naciones Unidas afirmó que “entre los elementos esenciales del Estado de Derecho destacan la independencia del poder judicial, [...] la definición y limitación de las facultades del gobierno, [...] un marco legal que proteja los derechos humanos y normas que rijan el comportamiento de la policía y otras fuerzas de seguridad que sean compatibles con los principios internacionales”. Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha reiteradamente señalado que la tutela de los derechos humanos implica la existencia de un control institucional de la supremacía de la ley y el mantenimiento y respeto del Estado de Derecho, el cual depende de tres principios fundamentales, a saber: el principio de la limitación del poder, el principio de legalidad, y el principio de reconocimiento de los derechos fundamentales.<sup>14</sup>

El principio de separación de poderes es inherente al Estado de Derecho. El Comité de Derechos Humanos ha enfatizado, en varias oportunidades, acerca de la necesidad de que todo Estado parte en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos garantice una efectiva separación de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial. En ese sentido, el Comité de Derechos Humanos ha precisado que “la falta de claridad en la delimitación de las competencias respectivas de las autoridades ejecutivas, legislativas y judiciales puede poner en peligro el Estado de Derecho y la aplicación de una política coherente de derechos humanos”. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha considerado que “el funcionamiento real del poder judicial, [es] condición sine qua non para el restablecimiento del Estado de Derecho”.<sup>15</sup>

La Corte Europea de Derechos Humanos ha reafirmado que el respeto al principio

13 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-971 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, 07 de octubre de 2004.

14 Federico Andreu-Guzmán, *Tribunales militares y graves violaciones de derechos humanos*, Comisión Colombiana de Juristas, Bogotá, 2011, pg. 14-15.

15 Ibid., 15.

de separación de poderes es un principio esencial para el funcionamiento de una democracia y que no se puede poner en tela de juicio. Ha señalado también que todo tribunal o juez debe ser independiente de los poderes Ejecutivo y Legislativo, así como de las partes del proceso judicial. Y ha precisado que ello significa que ni la judicatura ni los jueces que la componen pueden estar subordinados a otros poderes del Estado o a las partes involucradas en el proceso judicial.<sup>16</sup>

El principio de separación de poderes es la piedra angular y condición *sine qua non* para la existencia de una administración de justicia independiente e imparcial, al igual que un elemento consustancial al Estado de Derecho. Así lo ha destacado el Relator Especial sobre la independencia de los jueces y abogados Param Cumaraswamy, al señalar que “el principio de la división de poderes, [es] base de los requisitos de la independencia e imparcialidad del poder judicial. El entendimiento y respeto del principio de la división de poderes es indispensable para un Estado democrático”.<sup>17</sup> (subrayas nuestras)

### **Sistema Interamericano y Estado Democrático de Derecho.**

Dentro del Sistema Interamericano también se ha insistido en que uno de los elementos esenciales que sostiene el sistema y los compromisos esenciales adquiridos por los Estados parte de la Convención sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), es la importancia de mantener la realización de la verdadera democracia al interior de los Estados, garantizando, entre otras cosas, la efectiva participación democrática en el ejercicio y composición del poder público, así como la importancia de la separación de poderes y la vigilancia del poder de los órganos del Estado.

En su informe anual 1990-1991, la Comisión destacó la relación que existe entre los derechos políticos y la democracia representativa, destacando que un Estado de derecho o un estado constitucional, se caracteriza porque los órganos del Estado están sujetos a control por parte de otros:

(...) la Comisión destacó la relación directa que existe, de acuerdo con los documentos del Sistema, entre el ejercicio de los derechos políticos y la democracia representativa, lo que conlleva o presupone la observancia de otros derechos políticos, destacando la necesidad de un estado de derecho o un estado constitucional, en el que los actos de ciertos órganos del Estado estén sujetos a vigilancia por otros, para asegurar que se preserve la integridad de la voluntad popular. Trayendo apartes de otros informes analiza los aspectos esenciales asociados al ejercicio de los derechos políticos en una democracia representativa (...) el control institucional sobre las actuaciones de los poderes del Estado; y la supremacía de la ley dentro del estado de derecho.<sup>18</sup>

El concepto de democracia tiene que ver, además, con el fin propio del Estado y su actitud frente a la comunidad. El Estado no es, como peligrosamente se entiende a veces, un fin en sí mismo. Es el medio que los asociados tienen para lograr la felicidad. Esa felicidad de los asociados se denomina bien común y condiciona totalmente la función del Estado y de sus poderes, crea límites al ejercicio de los mismos y exige la existencia de ramas independientes que respeten y garanticen eficazmente la dignidad y los derechos fundamentales del hombre. El Estado se legitima a partir de la dignidad del hombre, que es un valor anterior al propio Estado. La sociedad se organiza en Estado para defender la libertad del hombre y no para limitarla y este criterio debe privar sobre la idea de que se trata simplemente de organizarse para lograr una mayor facilidad en el ejercicio del

16 Ibid., 15-16.

17 Ibid., 16.

18 Rafael Nieto Navia, “El Estado democrático en el sistema interamericano de protección a los derechos humanos”, en *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, Volumen I, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1998. p 132.

poder.<sup>19</sup> (subrayas nuestras)

Otro de los fundamentos del Estado de derecho o Estado constitucional en el Sistema Interamericano es la independencia judicial. El fundamento del derecho a la garantía de independencia de los organismos judiciales se encuentra en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos el cual reza:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Dentro de la vigilancia que debe existir entre los órganos del Estado de derecho o Estado constitucional, el Sistema Interamericano destaca la independencia del órgano jurisdiccional, el cual debe ser independiente respecto de los demás órganos, en especial del órgano ejecutivo. :

Al hablar de independencia del juez, es necesario también referirse a la independencia de los Organismos Judiciales, en una visión macro, pues siguiendo las teorías políticas que dividen la estructura del Estado en tres poderes, entre los que se distribuyen la soberanía, resulta necesario que para que cada uno de ellos pueda desempeñar la función que le está encomendada, según la distribución de competencias, sean independientes unos de otros (...) Creo que llegó la hora de que avancemos un poco -a nivel continental- en el análisis de la independencia del juez para que logremos establecer cuáles son las características que un juez debe reunir para ser independiente, exigencia ésta que se le impone, no para favorecerlo personalmente, sino para que pueda constituirse en el garante -en el defensor, puede decirse- de los derechos de los habitantes de un determinado territorio -en el que ejerce su jurisdicción-, pues si el juez no es la garantía de los derechos de las personas que a él recurren en demanda de justicia, no es nada.<sup>20</sup>

Esta manifestación de la independencia es tan importante que a ella se refieren -según ya se señaló- todos los marcos constitucionales de la región centroamericana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El Poder Judicial y en consecuencia los jueces son independientes de los otros Poderes del Estado. La historia nos enseña como la administración de justicia ha sido utilizada para dominar la manifestación contraria a los regímenes autoritarios, es en ellos en donde la independencia de poderes se constituye en un obstáculo para el déspota o dictador. La función de garantía que deben cumplir los jueces en un estado democrático es desconocida en los de rango autoritario y por ello el juez no puede ser independiente en los estados con organización política de esa condición.<sup>21</sup>

Por el contrario, el juez debe ser garante de la actuación legítima de los otros Poderes del Estado, pues corresponde al judicial el control de legalidad y constitucionalidad, es decir, de la validez de los actos del legislativo y del ejecutivo, así como la tutela de los derechos de los ciudadanos frente a las manifestaciones del poder del Estado.<sup>22</sup>

La independencia del juez no resulta ser una garantía a su favor, sino de las partes involucradas en el conflicto planteado en estrados, como lo regula la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 8.1. Este concepto propio de un estado democrático, no tuvo aplicación -como ya se apuntó- en los sistemas

19 Ibid., 139.

20 Luis Paulino Mora Mora, "La independencia del juez, como derecho humano", en *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, Volumen II, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1998. p 1080.

21 Ibid., 1086.

22 Ibid., 1087.

autoritarios. El juez debe estar protegido de toda injerencia externa e interna al resolver, debe ser imparcial, sea no comprometido con ninguna de las partes, sin perjuicios en favor o en contra de las partes, pues sólo de esa forma puede reconocer el derecho que a cada una le corresponde. El mayor o menor involucramiento que el ordenamiento acuerde respecto a la actuación del juez en el proceso, se relaciona directamente con el tema planteado, pues sólo el juez que mantiene distancia respecto al desarrollo de la investigación puede luego resolver sin ataduras o perjuicios. A ello tiende la concepción moderna del procedimiento penal que separa la función de decidir de la de instruir.<sup>23</sup> (subrayas nuestras)

En su opinión consultiva OC-6/86 la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre la expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana, determinó la relación directa que existe entre el principio de legalidad, el control a los poderes del Estado y el Estado de derecho o constitucional mismo, y el sentido de la garantía de los derechos humanos:

21. El sentido de la palabra leyes dentro del contexto de un régimen de protección a los derechos humanos no puede desvincularse de la naturaleza y del origen de tal régimen (...) Así, en la protección a los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal.

24. (...) Para que los principios de legalidad y reserva de ley constituyan una garantía efectiva de los derechos y libertades de la persona humana, se requiere no sólo su proclamación formal, sino la existencia de un régimen que garantice eficazmente su aplicación y un control adecuado del ejercicio de las competencias de los órganos.

32. (...) En una sociedad democrática el principio de legalidad está vinculado inseparablemente al de legitimidad, en virtud del sistema internacional que se encuentra en la base de la propia Convención, relativo al "ejercicio efectivo de la democracia representativa", que se traduce, *inter alia*, en la elección popular de los órganos de creación jurídica, el respeto a la participación de las minorías y la ordenación al bien común.<sup>24</sup> (subrayas nuestras)

De manera que, el Sistema Interamericano tiene como uno de sus pilares fundamentales el régimen constitucional democrático, y uno de sus elementos esenciales es la separación de los poderes y el control estricto del ejercicio del poder de cada uno de los órganos estatales. Una de las preocupaciones especiales del Sistema Interamericano es la independencia de los órganos judiciales, puesto que estos son los que establecen la legalidad de las actuaciones del órgano ejecutivo y del legislativo, además de ser quienes materializan las garantías de los derechos humanos en los casos particulares que conocen, así como en los controles abstractos.

En Colombia, la Corte Constitucional mediante sentencia C-141 de 2010, reitera el principio de la separación de poderes:

En armonía con el régimen político de carácter democrático, integrado a la forma política seleccionada por el Constituyente primario, la Constitución colombiana acoge la teoría de la separación de poderes. En distintas decisiones de esta Corporación se ha identificado a este principio como uno de los elementos fundantes de la Constitución Colombiana de 1991, cuya trasgresión ha dado lugar a la declaración de inexecutable de enunciados normativos reformativos del texto constitucional.

---

23 Ibid., 1089.

24 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-6/86, 09 de mayo de 1986.

(...) La Corporación concluyó que, a pesar de la colaboración armónica de los poderes y de los controles recíprocos existentes, era imposible conferirle el carácter de auténtica reforma constitucional al establecimiento de una facultad legislativa no sujeta a controles políticos, tampoco al control de constitucionalidad, asignada a un órgano judicial (...)

El mencionado principio se remonta al constitucionalismo liberal de finales del siglo XVIII, y aparece recogido bajo la famosa formulación contenida en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, a cuyo tenor: *"Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución"*. Desde esta perspectiva, el concepto mismo de Constitución va ligado a la idea de separación de poderes, de forma tal que el principio se convierte en un elemento fundacional del constitucionalismo moderno. (subrayas nuestras)

El título V de la Constitución Política de Colombia, en sus capítulos I y II señalan las funciones de las ramas del poder público y de los órganos de control, asimismo establece los principios de la función pública.

Los artículos 114, 115 y 116 de la Constitución Política son una enunciación general de lo que la misma Constitución establecerá con claridad y de manera específica cuando, en cada uno de los títulos correspondientes a las ramas del poder público, determine los órganos y funciones de cada una de ellas, así como de los organismos de control y las demás disposiciones orgánicas y funcionales de los mismos.

Es así como en el título VI de la Constitución Política se establecen las normas constitucionales de la rama legislativa, en el título VII las de la rama ejecutiva y en el título VIII las normas constitucionales de la rama judicial.

De esta manera, lo mencionado en el título V sobre la organización del Estado, es precisado en los siguientes títulos para que no exista duda sobre la separación de poderes, así como de las funciones y órganos que integran cada rama del poder público.

En el caso específico de la administración de justicia el título VIII de la Constitución Política determina específicamente qué órganos administran justicia, así como las diferentes jurisdicciones, competencias y funciones de la rama judicial.

El artículo 228 de la Constitución Política dispone que:

La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo. (subrayas nuestras)

Los capítulos II, III y IV, del título VIII de la Constitución Política determinan la existencia y funciones de la jurisdicción ordinaria, la jurisdicción contencioso-administrativa y la jurisdicción constitucional. El capítulo V establece las jurisdicciones especiales y el capítulo VI establece lo concerniente a la Fiscalía General de la Nación. Finalmente el capítulo VII determina todo lo que tiene que ver con el Consejo Superior de la Judicatura. Cada uno de estos órganos administran justicia de manera permanente.

Es claro que el Constituyente se preocupó de que cada órgano de la rama judicial tuviera unas funciones específicas para el cumplimiento de los fines y funciones dispuesta para cada una de las jurisdicciones, las cuales deben ser cumplidas exclusivamente por los órganos asignados para ello.

#### **4.1.2 Argumentos específicos de la sustitución parcial de la Constitución – Primer cargo.**

El artículo 1° del acto legislativo 02 de 2012, al crear un Tribunal de Garantías Penales exclusivo para la fuerza pública, sustituye parcialmente la Constitución en la medida que el legislador se extralimitó en sus competencias para reformar la Constitución al sustituir parcialmente el principio de separación de poderes y de independencia judicial.

Asimismo se mostrará cómo el acto legislativo sustituye parcial y tácitamente el principio de legalidad, el principio democrático, el principio de atribución de competencias a un órgano desconociendo las establecidas por el Constituyente al Consejo Superior de la Judicatura, así como sustitución parcial tácita del principio de igualdad por establecer beneficios sin justificación suficiente a un grupo específico de personas.

##### **a) Sustitución parcial del principio de separación de poderes y de independencia judicial, y sustitución parcial tácita del principio democrático, el principio de legalidad y el principio de funciones establecidas en la Constitución.**

El artículo 116 de la Constitución Política, el cual fue adicionado por el demandado artículo 1° del acto legislativo 02 de 2012 estableciendo la creación de un Tribunal de Garantías Penales exclusivo para la fuerza pública, enuncia de manera general las entidades que administran justicia de manera permanente o excepcionalmente, pero la misma Constitución en los títulos y capítulos siguientes va a precisar y describir con claridad a que rama del poder público corresponde cada uno de ellas y cuáles son sus competencias específicas.

En el caso del acto legislativo 02 de 2012, queda simplemente enunciada la creación del Tribunal de Garantías Penales, el cual además **tendrá competencia en todo el territorio nacional y en cualquier jurisdicción penal**, sin que el acto legislativo indique de manera clara a cuál de las ramas del poder público pertenecerá este Tribunal, tal y como la Constitución lo hace con las demás entidades mencionadas en el artículo 116. El acto legislativo 02 de 2012 crea un Tribunal de Garantías Penales que no se encuentra posteriormente definido en alguna de las ramas del poder público.

Considerando el espíritu que animó el proyecto de reforma constitucional, el cual es la reforma integral al fuero penal militar, se podría concluir que este Tribunal haría parte de la rama ejecutiva, dado el carácter de las funciones mencionadas en el artículo 1° del acto legislativo o de la calidad de los sujetos a quienes está dirigido de manera preferencial el acto legislativo, en este caso a la Fuerza Pública, y esta hace parte de la rama ejecutiva del poder público.

Cualquier modificación que quisiera hacerse de la Constitución Política sobre el fuero militar, debería tener en cuenta las competencias y principios establecidos inicialmente por el Constituyente Primario, concretamente el artículo 221 de la Constitución Política establece las limitaciones al fuero militar como se señaló anteriormente, el cual es precisado mediante la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

No se puede dejar de anotar, que si bien uno de los objetivos del acto legislativo era aclarar las competencias entre de la jurisdicción penal ordinaria y la jurisdicción penal militar, por el contrario, el acto legislativo 02 de 2012, no permite que se cumpla con este objetivo, al no determinar a qué rama del poder público

correspondería el Tribunal de Garantías Penales establecido por el acto legislativo.

Esto sustituye parcial y tácitamente el principio constitucional de legalidad, el cual determina que todo órgano estatal y sus funciones deben estar determinadas en la ley, en este caso por la Constitución Política, de manera que ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la Ley (art. 121 C.P.) (subrayas fuera del texto). No basta con señalar que una ley estatutaria desarrollará los aspectos técnicos del Tribunal de Garantías Penales, puesto que esto no resuelve la indeterminación de este Tribunal. El crear un órgano judicial que no tiene una definición orgánica específica en alguna de las ramas del poder público atenta contra el Estado de Derecho, por cuanto no se puede determinar el control que se ejercerá sobre dicho Tribunal ni qué otro órgano del Estado ejercería dicho control. Sustituye así esta reforma, de manera parcial, el principio democrático, el principio de legalidad, y el principio de separación de poderes, según hemos señalado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Ahora bien, el Tribunal de Garantías Penales, haría parte de la rama ejecutiva, como se deriva de la justificación y el espíritu del proyecto de reforma constitucional, y al quedar enmarcado dentro de la reforma integral del artículo 221 de la Constitución Política el cual determina lo concerniente a la justicia penal militar y en consecuencia el llamado fuero penal militar al interior de la fuerza pública, la cual hace parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público. Esto **sustituiría el principio de separación de poderes**, que como se indicó es uno de los pilares fundamentales del Estado social, democrático y constitucional de derecho. El permitir que un órgano de la rama ejecutiva ejerza funciones jurisdiccionales permanentes, con competencia en todo el territorio nacional y en cualquier jurisdicción penal, configura una intromisión y extralimitación de funciones, en asuntos que específicamente y por mandato constitucional corresponden a la rama judicial.

El mantener vigente esta disposición del acto legislativo 02 de 2012, no solamente quebrantaría el sistema de frenos y contrapesos que permite la vigencia de un orden democrático y justo, así como el control de las acciones de las diferentes ramas del poder público, sino que además genera la subordinación de la rama judicial a la rama ejecutiva, concentrando un mayor poder en el ejecutivo, y específicamente en la justicia penal militar, lo cual es ajeno a un Estado social, democrático y constitucional de derecho.

En este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional al proteger el principio de separación de poderes en el Estado colombiano:

**La separación funcional del poder del Estado en distintas ramas y órganos guarda estrecha relación con el propósito de preservar la libertad de los asociados**, bajo el entendido de que la concentración del poder implica la tiranía y la opresión, así como la división de funciones estatales permite el cumplimiento eficiente de las diversas finalidades constitucionales encomendadas al Estado. (...) asegurar que los diversos órganos desarrollen un mayor grado de especialización institucional, y le den un manejo más técnico a sus funciones (...) <sup>25</sup> (énfasis agregado)

Por otra parte, la creación del Tribunal de Garantías Penales y las funciones asignadas, también estarían sustituyendo parcialmente y tácitamente la Constitución, en la medida que las funciones asignadas al Tribunal, son funciones que el Constituyente ha otorgado a otros órganos de la rama judicial, lo cual haría no solo innecesaria la reforma constitucional, sino que además configuraría una sustitución de

---

25 Sentencia C-141 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, 26 de febrero de 2010.

la Constitución al atribuir funciones al Tribunal de Garantías Penales, que el Constituyente había atribuido a unos determinados órganos en la Constitución de 1991.

En este sentido el inciso primero, numeral 1, del artículo 1º del acto legislativo 02 de 2012, establece como función del Tribunal de Garantías Penales *De manera preferente, servir de juez de control de garantías en cualquier investigación o proceso penal que se adelante contra miembros de la Fuerza Pública* (subraya nuestra).

El inciso primero, numeral 2, del artículo 1º del acto legislativo 02 de 2012, establece como función del Tribunal de Garantías Penales *De manera preferente, controlar la acusación penal contra miembros de la Fuerza Pública* (subraya nuestra).

Esto sustituiría lo establecido por el Constituyente Primario en el artículo 221 original, al limitar el conocimiento de la justicia penal militar únicamente a *los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio (...)*, dejando a la justicia ordinaria la competencia para el control de garantías en los demás procesos penales que no tienen que ver con miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio. De manera que la justicia ordinaria no tiene competencia, según lo establecido por el Constituyente Primario, para realizar acciones de investigación, juzgamiento, ni de control de garantías o de de acusación por los delitos cometidos en el marco del artículo 221 constitucional. De la misma forma, la justicia penal militar no tiene competencia para conocer, investigar, juzgar o servir como juez de control de garantías o de control de la acusación en asuntos penales que se encuentran fuera de lo determinado por el artículo 221 constitucional. Esto constituiría una sustitución de la voluntad del Constituyente Primario de atribuir competencias específicas y separadas a la justicia penal militar y a la justicia ordinaria, atendiendo a criterios subjetivos y funcionales.

El artículo 250 de la Constitución también da cuenta de ello, al establecer las funciones de la Fiscalía General de la Nación y al determinar en el inciso primero que la persecución penal estará sometida *al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías*, refiriéndose al juez ordinario quien es el juez natural para conocer de los delitos comunes. A renglón seguido, la misma norma determina que *Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio*, de manera que el artículo 250 reitera la voluntad del Constituyente Originario al establecer una clara distinción funcional y de competencias entre la justicia penal militar y la justicia ordinaria.

El otorgar al Tribunal de Garantías Penales, facultades de control de garantías y control de la acusación penal, propias de la jurisdicción ordinaria, exclusivamente para los procesos penales contra miembros de la Fuerza Pública, es una intromisión de la justicia penal militar en asuntos reservados a la justicia ordinaria, lo cual también determina una intromisión de la rama ejecutiva en asuntos exclusivos de la rama judicial.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado que crear tribunales para sustituir la jurisdicción que corresponde a la justicia ordinaria atenta contra la independencia judicial:

129. Constituye un principio básico relativo a la independencia de la judicatura que



**toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales de justicia ordinarios** con arreglo a procedimientos legalmente establecidos. El Estado no debe crear “tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios”.<sup>26</sup> (énfasis agregado)

### **Sustitución de funciones del Consejo Superior de la Judicatura.**

Por su parte, el inciso primero, numeral 3, del artículo 1º del acto legislativo 02 de 2012, establece como función del Tribunal de Garantías Penales *De manera permanente, dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre la Jurisdicción Ordinaria y la Jurisdicción Penal Militar*. Esta disposición claramente es una sustitución parcial y tácita de la función atribuida por el Constituyente al Consejo Superior de la Judicatura, al cual mediante el artículo 256 numeral 6 de la Constitución se le atribuye específicamente la función de *Dirimir los conflictos de competencias que ocurran entre las distintas jurisdicciones*.

Atribuir a un órgano diferente la función que fue atribuida por el Constituyente Primario a otro, constituye una extralimitación al poder de reforma por parte del Legislador y por ende en una sustitución de la Constitución. La Corte Constitucional al examinar la constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria de reforma a la ley estatutaria de justicia, advirtió que el legislador no tenía la competencia para atribuir al Consejo Superior de la Judicatura funciones que por su naturaleza corresponden a la Corte Constitucional y a la Corte Suprema de Justicia, desconociendo así los criterios generales establecidos por la propia Constitución:

El ámbito de distribución funcional de competencias que corresponde concretar al Legislador no puede perder de vista que la propia Constitución fija unos criterios generales. Justamente por ello ha previsto la jurisdicción ordinaria y otras jurisdicciones como la constitucional, la contenciosa administrativa, la disciplinaria y las especiales. (...)

Ahora bien, el hecho de que el Congreso haya asignado a la jurisdicción ordinaria una suerte de competencia residual, exige en todo caso respetar las atribuciones inherentes a cada jurisdicción y en particular a la constitucional, por supuesto teniendo presente que ninguna autoridad del Estado puede ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la Ley (art. 121 CP).

(...)

1.- Con la norma examinada se busca trasladar las competencias de la Corte Suprema de Justicia y de los tribunales superiores, pertenecientes a la Jurisdicción Ordinaria, al Consejo Superior de la Judicatura, para resolver conflictos de competencia entre autoridades que pertenecen a la jurisdicción ordinaria pero tienen distinta especialidad.

(...)

En efecto, resulta extraño a las funciones constitucionales del Consejo Superior de la Judicatura el hecho de asignar la facultad de resolver conflictos de competencia entre autoridades de la jurisdicción ordinaria, por cuanto el Constituyente sólo otorgó competencia para dirimir los conflictos de competencia “que ocurran entre las distintas jurisdicciones” (art. 256-6 CP).<sup>27</sup> (subrayas nuestras)

26 Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52.

27 Sentencia C-713 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, 15 de julio de 2008.

En 2003 la Corte Constitucional también se pronunció en este sentido:

La Carta Política tiene una estructura armónica. En el Preámbulo anuncia ya los fines por los cuales el pueblo colombiano se constituyó en un Estado social y democrático de derecho. Luego, establece los principios fundamentales que rigen su estructura política y jurídica y reconoce los derechos y garantías que amparan a todas las personas residentes en Colombia, los deberes que las vinculan y configura los mecanismos de protección de tales derechos y garantías. A continuación regula lo relacionado con los habitantes y el territorio, como elementos del Estado constituido, y con los mecanismos a través de los cuales se ejerce la soberanía popular.

(...) Luego se ocupa de la estructura del Estado pero ya de manera más detallada. Entonces aborda las ramas del poder público y sujeta a claros mandatos su configuración y el ejercicio de la función que a cada una le incumbe. A la rama legislativa, a la rama ejecutiva y a la rama judicial, les dedica título específicos (...)

5. Como puede advertirse, el Texto Superior constituye un sistema normativo. No se trata de una simple aglomeración de prescripciones emanadas del constituyente (...) De igual manera, se advierte en la Carta una concepción instrumental y no finalística del Estado y una detallada regulación que no sólo se orienta a racionalizar el ejercicio del poder público mediante su división, sino también a dotarlo de una estructura que resulte adecuada para la realización de sus fines. Así, cada una de las disposiciones del Estatuto Superior tiene un sentido propio que se determina a partir de su propio texto, pero también desde la perspectiva del sistema que contribuye a integrar y definir.

(...)

De este modo, la independencia, autonomía y sometimiento a la ley de las jurisdicciones constitucional, ordinaria, contencioso administrativa y disciplinaria, de las autoridades indígenas, de los jueces de paz y de la Fiscalía General de la Nación opera como uno de los fundamentos de la estructura del poder en la democracia constitucional colombiana. De acuerdo con ello, la Carta Política es refractaria a que la rama judicial, en sus distintos espacios, esté funcionalmente sometida al legislativo o al ejecutivo pues si esto llegase a ocurrir pasaría a ser un apéndice, bien de quien tiene el poder de expedir la ley, o bien de quien ejerce la facultad de reglamentar su ejercicio y, por esa vía, se distorsionaría la concepción del poder público promovida por el constituyente de 1991.<sup>28</sup>(subrayas nuestras)

De modo que, el acto legislativo 02 de 2012, al establecer un Tribunal de Garantías Penales al cual le otorga funciones de la justicia ordinaria, y de un órgano específico de esta como el Consejo Superior de la Judicatura, a quien el Constituyente Primario había dado la función de dirimir los conflictos de competencia entre las distintas jurisdicciones, sustituye la Constitución Política de 1991 en sus principios de democracia, legalidad y separación de poderes.

#### **b) Sustitución parcial tácita del principio de igualdad y orden social justo.**

Como lo mencionamos anteriormente el preámbulo, así como los artículos 1º y 2º de la Constitución Política establecen las bases y principios fundamentales de la Constitución Política de 1991. Cada uno de estos preceptos son normativos y vinculantes para para todas las personas que se encuentran en el territorio nacional, pero en especial, para todas las autoridades del Estado colombiano.

Uno de estos principios es el principio de la igualdad y del orden social justo. El preámbulo de la Constitución determina que uno de los fines del Estado es asegurar a

28 Sentencia C-879 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño, 30 de septiembre de 2003.

sus integrantes (...) **la justicia, la igualdad** (...) y garantizar un (...) **orden político, económico y social justo** (...) (énfasis agregado).

El artículo 1º de la Constitución determina que **Colombia es un Estado Social de Derecho**, el artículo 2º establece en la parte final del inciso primero que uno de los fines esenciales del Estado es asegurar **la vigencia de un orden justo** (énfasis agregado).

El artículo 13 constitucional establece el derecho fundamental a la igualdad:

**Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley**, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

**El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva** y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan. (énfasis agregado)

El artículo 29 constitucional también incorpora el principio de igualdad al establecer que *el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales o administrativas*, también el principio de igualdad se encuentra en el artículo 229 constitucional al garantizar el acceso a la administración de justicia. Cabe resaltar que estos derechos tienen carácter de fundamentales.

El acto legislativo 02 de 2012 sustituye parcialmente la Constitución Política de 1991, al establecer un Tribunal de Garantías Penales exclusivo para la fuerza pública, lo cual es contrario a lo querido por el Constituyente al establecer los preceptos constitucionales de justicia, igualdad y orden social justo en el preámbulo de la Constitución, así como en el artículo 1º y 2º de la norma superior.

Con la creación de un Tribunal de Garantías Penales exclusivo para la fuerza pública se está dando un trato privilegiado y excepcional, dirigido a favorecer a un grupo específico de la sociedad como son los miembros de la fuerza pública. La integración misma del Tribunal, establecida en el inciso segundo del artículo 1º del acto legislativo 02 de 2012, da cuenta de la exclusividad y las altas calidades de quienes integraran el mismo.

La reforma constitucional a la justicia penal militar establece en su primer artículo que una ley estatutaria<sup>29</sup> regulará la creación de un Tribunal especial de garantías penales que podrá: “(1) Servir de juez de control de garantías en cualquier investigación o proceso penal que se adelante contra miembros de la Fuerza Pública. (2) Controlar la acusación penal, con el fin de garantizar que se cumplan los presupuestos materiales y formales para iniciar el juicio oral”. El Tribunal ejercerá sus funciones de carácter preferente de tal manera que éste escogería los procesos en los cuáles entraría a ejercer sus funciones. Éste tribunal ejercerá sus funciones tanto en la jurisdicción ordinaria como en la jurisdicción penal militar.

---

<sup>29</sup> Las leyes estatutarias, como se explicará en detalle en el cuarto cargo de la presente demanda, están destinadas a regular aspectos esenciales de los derechos fundamentales, y en los asuntos determinados por la misma Constitución Política (art. 152 C.P.) y no están llamadas a regular otros derechos o asuntos así estos tengan carácter constitucional.

La creación de un Tribunal especial de garantías encargado de servir de juez de control de garantías y de controlar las resoluciones de acusación contra los integrantes de la fuerza pública, es contrario al principio de igualdad y no es objetiva ni razonable porque no tiene un fin legítimo, y este no es necesario en una sociedad democrática. También es contrario a los principios de independencia e imparcialidad porque la ausencia de argumentos que justifiquen la necesidad de creación de este Tribunal disminuyen la apariencia de imparcialidad que debe tener el Tribunal.

La Corte Interamericana ha establecido que las diferencias de trato para ser conformes con la Convención americana deben ser objetivas y razonables.<sup>30</sup> Al respecto la Comisión Interamericana ha establecido que para establecer si una distinción es razonable y objetiva deben reunirse varios elementos como un fin legítimo, y la necesidad, es decir la existencia de otros medios posibles para garantizar los derechos<sup>31</sup>.

La propuesta es contraria al principio de igualdad porque no tiene un fin legítimo, por cuanto, si bien podría pensarse que protege el derecho al debido proceso lo hace de manera exclusiva para los integrantes de la fuerza pública. En segundo lugar, la discriminación de esta norma tampoco es necesaria en una sociedad democrática porque en los procesos de la justicia penal militar y de la justicia ordinaria se encuentra previsto el principio de doble instancia, así como otras garantías judiciales, para aquellos actos procesales que limiten derechos fundamentales o en los cuales se decida acusar al integrante de la fuerza pública investigado. Hasta el momento el Gobierno Nacional no ha dado a conocer ningún estudio independiente y exhaustivo en el que se demuestre que el sistema de justicia penal vigente no les garantiza de manera adecuada el derecho al debido proceso de los integrantes de la fuerza pública.

La propuesta también es contraria al principio de independencia e imparcialidad judicial porque la creación de un Tribunal especial que cree garantías adicionales a la fuerza pública, sin que existan argumentos serios para hacerlo afecta la apariencia de imparcialidad y la credibilidad del Tribunal. Al respecto es importante recordar que de conformidad con los “principios sobre la administración de justicia por los Tribunales Militares” y con la jurisprudencia de diferentes órganos cuasi judiciales y judiciales de derechos humanos la administración de justicia no sólo debe ser sino aparentar serlo. En consecuencia, la creación de un Tribunal especial de garantías para los integrantes de la fuerza pública sin argumentos jurídicos que lo sustenten, así como evidencia suficiente que demuestre la insuficiencia de las garantías procesales especiales en el ordenamiento jurídico vigente para los integrantes de la fuerza pública, le resta credibilidad a este Tribunal especial.

Al establecer este tipo de privilegios se quebranta el principio de orden social justo, al establecer como competencia del Tribunal de Garantías Penales (inc. 1, núm. 1, art. 1) *servir de juez de control de garantías en cualquier investigación o proceso penal que se adelante contra miembros de la fuerza pública*, incluyendo así delitos que no tienen relación con el servicio, las personas que no pertenecen a la fuerza pública y que presuntamente hayan cometido delitos comunes, no tendrán el privilegio de contar con un tribunal exclusivo, ni con personas estrictamente preparadas para servir como juez de control de garantías, ni como jueces de control de la acusación penal.

En este sentido es necesario resaltar que los procesos penales en Colombia están sujetos al régimen constitucional y legal establecido para la justicia ordinaria. En este sistema se han establecido una serie de principios, de garantías procesales (arts. 29,

---

30 Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

31 Corte IDH. *Karen Atala e hijas*, Estado de Chile, párr. 86.

30, 31, 33, 34, 35, 36 C.P.), así como una serie de órganos, instancias, normas orgánicas y funcionales a las cuales han de someterse los jueces cuando se lleven a cabo los procesos de investigación y juzgamiento de las conductas consideradas punibles (arts. 228-235, 249-253 C.P.).

En este sistema, según la Constitución Política de 1991, en principio no deberían existir privilegios y tratamiento exclusivo para ningún grupo de personas, por cuanto esto es extraño al orden social justo y al principio de igualdad querido por la Constitución. Según el principio general de legalidad, todas las personas están sometidas a la ley, y las personas que hayan cometido delitos deberían ser tratadas bajo los mismos principios, garantías y procedimientos legales para determinar sus responsabilidades penales, proceso que al finalizar puede resultar en una absolución o en una condena.

Si bien puede existir un trato diferenciado con algunos sectores de la población cuando se trata de asuntos penales específicos, como lo es la jurisdicción especial indígena, por ejemplo, las demás excepciones al principio de igualdad en materia penal han de estar determinadas constitucionalmente y tienen que ser razonable y suficientemente justificadas.

En el caso de la justicia penal militar, la Constitución Política es clara en establecer que esta administra justicia (art. 116), pero esta competencia otorgada por la Constitución es limitada a aquellas conductas consideradas como delitos que tienen relación con el servicio, cometidos por las personas que son parte de la fuerza pública en servicio activo (art. 221). Para ello se otorga competencia a las Cortes Marciales o Tribunales Militares, según las prescripciones del Código Penal Militar, para que administren justicia en los términos señalados por el artículo 221. En este sentido el Código Penal Militar (ley 1407 de agosto 17 de 2010), en el artículo 13, establece según el principio del juez natural que:

Los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, cuando cometan delitos contemplados en este Código u otros en relación con el servicio, solo podrán ser Juzgados por Jueces y Tribunales establecidos en este Código e instituidos con anterioridad a la comisión de la conducta punible.

De manera que, la misma Constitución y el Código Penal Militar determinan con claridad la competencia de la justicia penal militar. Es necesario reiterar que las conductas delictivas cometidas por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio, serán conocidas por la justicia penal militar y sus órganos competentes. Mientras que las conductas penales cometidas por miembros de la fuerza pública que *no tengan relación con el servicio* deben ser de conocimiento de la justicia ordinaria como regla general. Esta relación se explicará en el segundo cargo de la presente demanda al analizar el fuero penal militar.

El acto legislativo 02 de 2012, al establecer que *cualquier investigación penal que se adelante contra miembros de la fuerza pública*, tendrá un Tribunal exclusivo para el control de garantías y de la acusación, está claramente estableciendo un privilegio con el que no cuenta el resto de la población a quien se adelante una investigación penal. Si se trata de delitos que no tienen relación con el servicio, los miembros de la fuerza pública en servicio activo deberían recibir el mismo tratamiento, las mismas garantías, y estar bajo las mismas autoridades y procedimientos, a los que se somete al resto de los ciudadanos que cometen delitos.

Respecto a la igualdad como derecho fundamental y como principio constitucional del Estado Social de Derecho, la Corte Constitucional se ha pronunciado en diversas

ocasiones. En una de ellas, en el año 2010, la Corte reitera su jurisprudencia al respecto:

11.1 Sin lugar a dudas, uno de los vectores del Estado Social de Derecho colombiano es la igualdad. Esto fue reconocido por el constituyente desde el preámbulo mismo de la Carta, donde señaló como fin del acto fundacional del nuevo sistema constitucional el aseguramiento de la misma, junto a la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, el conocimiento, la libertad y la paz (...)

11.2 El artículo 13 de la Carta colombiana consagra las dos facetas generales de la igualdad. Por una parte, se halla la igualdad formal, que conlleva el derecho a ser tratado y protegido de la misma manera, así como a ver limitada la libertad por los mismos estatutos legales o disposiciones a los que son sometidas todas las personas sin diferenciación alguna (...)

11.3 La primera de estas facetas – la igualdad formal – impone la prohibición de actuaciones discriminatorias. Es así como el derecho a la igualdad contempla una esfera de abstención, que implica la prohibición de utilizar criterios sospechosos, por ejemplo el género, el pensamiento político o el origen nacional, como sustento de tratos diferentes para situaciones similares. Por su parte, la segunda - la igualdad material - reviste al mentado derecho de una esfera activa, que conlleva la obligación Estatal y social de incluir tratos diferentes a favor de determinados grupos o sujetos que, por realidades históricas, no tienen el mismo acceso a los beneficios colectivos y se hallan en situaciones desaventajadas. Se trata entonces de las denominadas acciones afirmativas, que buscan erradicar las desigualdades materiales para que la igualdad formal sea ejercida por todas las personas con las mismas oportunidades y ventajas.<sup>32</sup> (subrayas nuestras)

La Corte Constitucional también distingue las diferentes dimensiones que tiene el principio de igualdad:

6.1.1. La norma reconoce la igualdad ante la ley a todas las personas, consagra ante las autoridades los derechos a la igualdad de protección y a la igualdad de trato, y reconoce a toda persona el goce de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación con base en criterios de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

Se trata pues de tres dimensiones diferentes del principio de igualdad. La primera de ellas es la igualdad ante la ley, en virtud la cual la ley debe ser aplicada de la misma forma a todas las personas. Este derecho se desconoce cuando una ley se aplica de forma diferente a una o a varias personas con relación al resto de ellas. Esta dimensión del principio de igualdad garantiza que la ley se aplique por igual, pero no que la ley en sí misma trate igual a todas las personas (...)

6.1.2. Uno de los “fines *esenciales* del Estado” es “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (art. 2º, CP). Así pues, el derecho fundamental a la *igualdad de protección* implica al Estado “*adoptar las medidas necesarias*” para asegurar materialmente el goce efectivo de los derechos. Esto es, acciones sustanciales y positivas orientadas a que toda persona reciba la misma protección de las “autoridades”, según el texto constitucional (art. 13), que no distingue entre autoridades públicas, civiles, militares, judiciales o de cualquier otra naturaleza, como la legislativa.

Una concepción material de la igualdad tiene por fin asegurar no sólo la igualdad ante la ley, sino también “la igualdad ante la vida”, como se sostuvo en la Asamblea Nacional Constituyente. Por esto, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la fórmula política del estado social y democrático de Derecho se manifiesta en la promoción de la igualdad real y “(...) se manifiesta plenamente en

---

32 Auto 355 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez, 4 de noviembre de 2010.

el mandato de protección especial a los más débiles, en términos comparativos, en el manejo y el reparto de recursos escasos. (...).<sup>33</sup> (subrayas nuestras)

Consideramos que no se encuentra suficiente y razonablemente justificado en el proyecto del acto legislativo 02 de 2012, la creación de un Tribunal exclusivo para la fuerza pública, estableciendo así una desigualdad de trato entre las personas que pertenecen a la fuerza pública y las personas que no pertenecen a la fuerza pública, cuando cometen delitos comunes. Hay que añadir además que la fuerza pública no es un sector de la población que se encuentra en desventaja o que históricamente a sido discriminado, para justificar el otorgamiento de un privilegio como el que se ha creado mediante el acto legislativo 02 de 2012.

Ahora bien, si la justificación es la función que cumple la fuerza pública, tampoco consideramos que este sea un argumento suficiente para la desigualdad de trato frente a la ley, dado que si los delitos que comenten miembros de la fuerza pública se encuentran en relación con el servicio, la Constitución Política y el Código Penal Militar cuentan con los procedimientos, los organismos y las garantías necesarias para que se adelanten los juicios correspondientes. Si los delitos cometidos por la fuerza pública no tienen relación con el servicio, igualmente la Constitución Política, el Código Penal y la justicia ordinaria, contienen las normas necesarias para garantizar un proceso acorde con los derechos fundamentales de las personas a quienes se les investigue y juzgue.

En este sentido la Corte Constitucional determinó que la justicia penal militar en su función de administrar justicia, si bien hace parte de la rama ejecutiva del poder público, debe someterse a los principios constitucionales que caracterizan la administración de justicia:

(...) Esta circunstancia impone que la justicia penal militar se encuentre vinculada por los principios que según el Texto Superior regulan la administración de justicia, fundamentalmente los de independencia, imparcialidad y autonomía. De allí que esta Corporación haya advertido que *'...el órgano jurisdiccional al cual se le ha confiado la misión de ejercer la justicia penal militar, aun cuando se presenta como un poder jurisdiccional específico, está sometido a la Constitución al igual que todo órgano que ejerza competencias estatales (arts. 1, 2, 4, 6, 123 y 124 de la C.P.). Por consiguiente, su organización y su funcionamiento necesariamente deben responder a los principios constitucionales que caracterizan la administración de justicia'*.

Adviértase que es la misma Carta la que establece una clara diferenciación entre la jurisdicción ordinaria y la justicia penal militar. Mientras aquella hace parte de la rama judicial, ésta está adscrita a la rama ejecutiva del poder público, sólo que por voluntad del constituyente cumple una definida función judicial. No obstante, el cumplimiento de esta específica función no implica una mutación de la índole delineada por el constituyente pues se trata sólo de la configuración de un ámbito funcional en atención a las particularidades implícitas en las conductas punibles cometidas por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el servicio.

En otros términos: Lo que ha hecho el constituyente con la justicia penal militar no es configurarla como una jurisdicción especial dentro de la administración de justicia, tal como lo ha hecho con la jurisdicción indígena o con los jueces de paz, sino tener en cuenta las particularidades implícitas en los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el servicio y concebir, en la estructura de ella, un ámbito funcional legitimado para conocer de

---

33 Sentencia C-507 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, 25 de mayo de 2004.

tales delitos.<sup>34</sup> (subrayas nuestras)

El año siguiente la Corte Constitucional reiteró las garantías que existen en la justicia penal militar, las mismas exigidas en la justicia ordinaria, para las investigaciones o juzgamiento de delitos relacionados con el servicio cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo:

12. De acuerdo con lo que se ha expuesto, entonces, la justicia penal militar no hace parte de la rama judicial del poder público. No obstante, ya que se trata de un ámbito de la administración pública especializado para administrar justicia en un contexto definido y bajo los parámetros fijados por la Carta, **la justicia penal militar, en el cumplimiento de esa función, está vinculada por los principios de independencia, imparcialidad, autonomía y sujeción a la ley.** El sometimiento de la justicia penal militar a estos principios, constituye una garantía para quienes allí son investigados y juzgados, pues tienen la certeza que, no obstante tratarse de una actuación cumplida al interior de la administración, la actuación de aquella y sus decisiones se ceñirán a la ley.<sup>35</sup> (énfasis agregado)

Dicho lo anterior, encontramos que la justificación del Ministerio de Defensa Nacional en la exposición de motivos del proyecto de acto legislativo<sup>36</sup>, respecto a la inseguridad jurídica como fuente de inquietud de las fuerzas militares y de la policía nacional en su accionar, se encuentra infundado, y esto, en la medida que tanto la Constitución Política de 1991 como la ley 1407 de 2010 (Código Penal Militar), así como la jurisprudencia de la Corte Constitucional, han sido claras en determinar las competencias, funciones y garantías para los miembros de la fuerza pública en servicio activo para el desarrollo de los fines que la Constitución ha determinado para ellos, y para la eventual circunstancia en que se realice una investigación penal en contra de algún miembro de la fuerza pública.

No es cierto que exista inseguridad jurídica, por el contrario la Constitución es clara al determinar que los miembros de la fuerza pública que cometen delitos relacionados con el servicio deben ser juzgados por la justicia penal militar, y que esta debe observar todos los principios relacionados con la administración de justicia, por el contrario, si los delitos cometidos por un miembro de la fuerza pública no se encuentran relacionados con el servicio, la justicia ordinaria es la encargada de conocer del asunto y debe observar igualmente, los principios de la administración de justicia.

Tampoco creemos que haya sido necesario el acto legislativo 02 de 2012 para fijar parámetros claros de las competencias de la justicia penal militar y la justicia ordinaria, puesto que como se ha demostrado, la Constitución Política de 1991 ya definió unos parámetros claros en este sentido. Lo que hace el acto legislativo 02 de 2012, por el contrario, es crear una indeterminación e inseguridad jurídica respecto a las situaciones que conocerá el Tribunal de Garantías Penales, al no determinar a cuál de las ramas del poder público estará sujeto y al otorgar competencias al mismo, que ya el Constituyente había otorgado a otros órganos establecidos constitucionalmente.

Según los criterios legales y jurisprudenciales mencionados, consideramos que los miembros de la fuerza pública en servicio activo que cometen delitos comunes y en especial, aquellos que cometen graves violaciones a los derechos humanos, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o infracciones al Derecho Internacional Humanitario, en un Estado Social de Derecho, no deberían tener privilegios o

34 Sentencia C-457 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño, 12 de junio de 2002.

35 Sentencia C-879 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño, 30 de septiembre de 2003.

36 *Cfr.* Gaceta del Congreso, Año XXI, N° 70, Proyecto de acto legislativo número 192 de 2012 Cámara, Cámara de Representantes, Congreso de la República de Colombia, 16 de marzo de 2012.



tratamiento exclusivo diferente al que se le da a cualquier otra persona que comete tales delitos, salvo que haya una remisión expresa por parte del Constituyente Primario. Por el contrario, la misma Constitución ha establecido que hay una mayor responsabilidad cuando los agentes del Estado violan la Constitución o la ley, al omitir o extralimitarse en sus funciones (arts. 6, 90, 91 y 92 C.P.).

De manera que, con el establecimiento del Tribunal de Garantías Penales, *se está sustituyendo parcial y tácitamente el principio de igualdad y de orden social justo* establecido en la Constitución Política de 1991, por un principio en el que se privilegia a un sector de la población sin una justificación razonable, generando una situación de desigualdad ante la ley.

Así que las funciones y competencia otorgadas al Tribunal de Garantías Penales en el artículo 1° del acto legislativo 02 de 2012, son contrarias a la voluntad original del constituyente. por cuanto, por una parte, establece unos privilegios a la fuerza pública que sustituyen parcial y tácitamente a los principios de igualdad y orden social justo, y por otra parte establece una intromisión de la justicia penal militar en asuntos propios de la justicia ordinaria como son el control de garantías y de la acusación penal, en los eventos de la investigación y juzgamiento de delitos que no tienen relación con el servicio.

Razón por la cual solicitamos a la Corte Constitucional, según los argumentos de derecho contenidos en este primer cargo, la declaración de inconstitucionalidad del artículo 1° del acto legislativo 02 de diciembre 27 de 2012, por la extralimitación del legislador en el poder de reforma a la Constitución Política, configurando así una sustitución parcial de la Constitución Política de 1991, en sus principios de separación de poderes e independencia judicial, y una sustitución parcial y tácita del principio democrático, de legalidad, desconocimiento de atribución de competencias constitucionales, igualdad y orden social justo.

#### **4.2 Segundo cargo de inconstitucionalidad por sustitución parcial de la constitución – Competencia de la justicia ordinaria y ampliación del fuero penal militar.**

Este segundo cargo de inconstitucionalidad por sustitución parcial de la Constitución Política de 1991, está fundamentado en la sustitución parcial del principio de la competencia general de administración de justicia asignada por la Constitución a la justicia ordinaria y el carácter excepcional y restringido de la justicia penal militar, se encuentran consagrados, entre otros, en el Preámbulo, artículos 1, 2, 113, 121, 221, 228-229, 234-235, 249-253 de la Constitución Política de Colombia de 1991; Preámbulo, artículos 8 y 10 Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH); artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); artículo 8 y 25, Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana); artículo IX Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; principios 22 y 29, Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad.

Los apartes del acto legislativo 02 de 2012 mencionados establecen lo siguiente:

**ARTÍCULO 3°.** El artículo 221 de la Constitución Política quedará así:

(...)

En ningún caso la Justicia Penal Militar o policial conocerá de los crímenes de lesa humanidad, ni de los delitos de genocidio, desaparición forzada, ejecución extrajudicial, violencia sexual, tortura y desplazamiento forzado. Las infracciones

al Derecho Internacional Humanitario cometidas por miembros de la Fuerza Pública, salvo los delitos anteriores, serán conocidas exclusivamente por las cortes marciales o tribunales militares o policiales.

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

Si en desarrollo de una acción, operación o procedimiento de la Fuerza Pública, ocurre alguna conducta que pueda ser punible y exista duda sobre la competencia de la Justicia Penal Militar, excepcionalmente podrá intervenir una comisión técnica de coordinación integrada por representantes de la jurisdicción penal militar y de la jurisdicción penal ordinaria, apoyada por sus respectivos órganos de policía judicial. La ley estatutaria regulará la composición y funcionamiento de esta comisión, la forma en que será apoyada por los órganos de policía judicial de las jurisdicciones ordinarias y penal militar y los plazos que deberá cumplir.

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

La ley estatutaria desarrollará las garantías de autonomía e imparcialidad de la Justicia Penal Militar. Además, una ley ordinaria regulará una estructura y un sistema de carrera propio e independiente del mando institucional.

(...)

**ARTÍCULO 4º. Transitorio.** Los procesos penales que se adelantan contra los miembros de la Fuerza Pública por los delitos que no tengan relación con el servicio o por los delitos expresamente excluidos del conocimiento de la Justicia Penal Militar de acuerdo a los incisos 1 y 2 del artículo 3 del presente acto legislativo y que se encuentran en la justicia ordinaria, continuarán en esta. La Fiscalía General de la Nación, en coordinación con la Justicia Penal Militar, contará con un periodo de hasta un (1) año para identificar todos los procesos que se adelantan contra los miembros de la Fuerza Pública, y trasladar a la Justicia Penal Militar aquellos donde no se cumplan los supuestos para la competencia de la jurisdicción ordinaria. En el marco de esa coordinación, se podrá verificar si algún proceso específico que cursa en la Justicia Penal Militar podría ser de competencia de la Justicia Ordinaria.

El principio de la competencia general de administración de justicia asignada por la Constitución a la justicia ordinaria y el carácter excepcional y restringido de la justicia penal militar establecido por la Constitución Política de 1991 se podría enunciar así: *La justicia ordinaria administra justicia en todos los casos de delitos comunes que se cometan en el territorio colombiano, incluyendo todos los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública que no tengan relación con el servicio. La justicia penal militar, administra justicia de manera excepcional y restringida, únicamente en los casos de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.*

El principio nuevo, establecido por el acto legislativo 02 de 2012 en los incisos 2, 3, 4, 5 y 6 del artículo 3º, y el artículo 4º Transitorio es: *La justicia ordinaria administra justicia en algunos casos de delitos comunes que se cometen en el territorio colombiano, no tiene competencia para conocer de algunos delitos cometidos por miembros de la fuerza pública que no tienen relación con el servicio. La justicia penal militar, administra justicia de manera regular y general y amplia, y puede conocer de delitos que no tienen relación con el servicio.*

Como se evidencia, los dos principios no solamente son contrarios, sino que son incompatibles, puesto que se sustituyen parcialmente dos pilares fundamentales del Estado Social de Derecho, el principio de la competencia general de administración de justicia asignada por la Constitución a la justicia ordinaria y el carácter excepcional y restringido de la justicia penal militar, al limitar el ámbito de la justicia ordinaria para conocer los delitos que comete la fuerza pública que no tienen relación con el servicio, y al ampliar el fuero penal militar al permitir que la justicia penal militar conozca de delitos cometidos por miembros de la fuerza pública sin relación con el servicio, como las violaciones a los derechos humanos, infracciones al derecho internacional humanitario o crímenes de guerra.

Razón por la cual solicitamos a la Corte Constitucional, según los argumentos de derecho contenidos en este segundo cargo, la declaración de inconstitucionalidad de los incisos 2, 3, 4, 5 y 6 del artículo 3º, y el artículo 4º Transitorio, del acto legislativo 02 de 2012, por la extralimitación del legislador en el poder de reforma a la Constitución Política, configurando así una sustitución parcial de la Constitución Política de 1991, en sus principios de competencia general de administración de justicia asignada por la Constitución a la justicia ordinaria y el carácter excepcional y restringido de la justicia penal militar.

También se demostrará como se produce la sustitución tácita y parcial de el principio de la obligación del Estado de investigar adecuadamente, mediante un juez o tribunal competente y de manera seria las violaciones a los derechos humanos, el principio de supremacía de la Constitución Política, y la sustitución tácita y parcial de las funciones de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional.

Como se manifestó en el primer cargo de la presente demanda, la justicia penal militar se encuentra delimitada por el Constituyente en los artículos 116 y 221 (entre otras normas concordantes) de la Constitución Política. También se hizo claridad en que la justicia penal militar es especial, excepcional y la regla es que las conductas consideradas delictivas deben ser de conocimiento de la justicia ordinaria. Esto evidenció que el Constituyente Primario estableció una clara distinción entre la justicia penal militar y la justicia penal ordinaria.

Ahora bien, el concepto de justicia penal militar está ligado al concepto de fuero penal militar, el cual determina que aquellas conductas delictivas de los miembros de la fuerza pública en servicio activo, directamente relacionadas con el servicio, serán conocidas exclusivamente por la justicia penal militar. De manera que la justicia penal militar, es la excepción a la regla general que la justicia penal ordinaria conozca de las conductas consideradas delictivas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido enfática y reiterativa en afirmar que debe haber una clara diferenciación e independencia de las funciones especiales y excepcionales otorgadas a los tribunales militares, de las funciones que tienen los órganos jurisdiccionales ordinarias, en aras de no permitir que haya una intromisión por parte de la justicia castrense en asuntos que le corresponde conocer a la justicia ordinaria, y con ello evitar también la indebida intromisión de una de las ramas del poder público respecto de la otra, para garantizar la efectividad de la administración de justicia y la garantía del Estado democrático de derecho y sus principios. A continuación se presenta una serie de pronunciamientos de la Corte Interamericana respecto al fuero penal militar.

### **Caso Durand y Ugarte Vs. Perú**

En un Estado democrático de Derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un

alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Así, debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.

(...) Por lo tanto, los actos que llevaron a este desenlace no pueden ser considerados delitos militares, sino delitos comunes, por lo que la investigación y sanción de los mismos debió haber recaído en la justicia ordinaria, independientemente de que los supuestos autores hubieran sido militares o no.

La Comisión alegó que el fuero privativo militar no ofrecía las garantías mínimas de independencia e imparcialidad requeridas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8.1 de la Convención y que, por lo tanto, no constituía un recurso efectivo para proteger los derechos de las víctimas y sus familiares y remediar los daños causados, violando también lo dispuesto en el artículo 25 de la misma.<sup>37</sup> (Subrayas nuestras)

### **Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú**

La Corte advierte que la jurisdicción militar ha sido establecida por diversas legislaciones con el fin de mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas. Inclusive, esta jurisdicción funcional reserva su aplicación a los militares que hayan incurrido en delito o falta dentro del ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias (...)

Cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a *fortiori*, el debido proceso, el cual, a su vez, encuéntrase íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia.

Constituye un principio básico relativo a la independencia de la judicatura que toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos.<sup>38</sup> (subrayas nuestras)

### **Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia**

El juzgamiento de los militares vinculados a la investigación de los delitos cometidos contra los 19 comerciantes por jueces penales militares que carecían de competencia, el cual culminó con la cesación de procedimiento a su favor, implicó una violación al principio de juez natural y, consecuentemente, al derecho al debido proceso y acceso a la justicia, y además conllevó a que no fueran investigados y sancionados por tribunales competentes los miembros de la fuerza pública que participaron en los hechos (infra párr. 263) (...)

A la luz de las anteriores consideraciones, Colombia debe investigar efectivamente los hechos del presente caso, con el fin de identificar, juzgar y sancionar a todos los autores materiales e intelectuales de las violaciones cometidas en perjuicio de los 19 comerciantes, para los efectos penales y cualesquiera otros que pudieran resultar de la investigación de los hechos. Es preciso que tribunales penales ordinarios competentes investiguen y sancionen a los miembros de la fuerza pública que participaron en los hechos.<sup>39</sup> (subrayas nuestras)

37 Corte IDH, *Caso Durand y Ugarte Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68. párr. 117, 120.

38 Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52. párr. 128-129.

39 Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109. párr. 174, 263.

## Caso Las Palmeras Vs. Colombia

Como se ha dicho con anterioridad, el juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, independiente e imparcial. En el caso sub judice, las propias fuerzas armadas involucradas en el combate contra los grupos insurgentes, son los encargados de juzgar a sus mismos pares por la ejecución de civiles, tal y como lo ha reconocido el propio Estado. En consecuencia, la investigación y sanción de los responsables debió recaer, desde un principio, en la justicia ordinaria, independientemente de que los supuestos autores hayan sido policías en servicio activo. (...)

En conclusión, la aplicación de la jurisdicción militar en este caso no garantizó el debido proceso en los términos del artículo 8.1 de la Convención Americana, que regula el derecho de acceso a la justicia de los familiares de las víctimas del caso.

(...)

La Corte observa que en el presente caso las partes admitieron que los miembros de la policía implicados en los hechos obstaculizaron o no colaboraron de una manera adecuada con las investigaciones iniciadas con el fin de esclarecer el caso, ya que alteraron, ocultaron y destruyeron prueba.<sup>40</sup> (subrayas nuestras)

## Caso Cantoral Benavides Vs. Perú

Además, se pronuncia la Corte en el sentido de que el proceso adelantado contra el señor Luis Alberto Cantoral Benavides por la justicia penal militar violó lo dispuesto por el artículo 8.1 de la Convención Americana, referente al enjuiciamiento por juez competente, independiente e imparcial (infra párr. 115) (...)

Es necesario señalar que la jurisdicción militar se establece en diversas legislaciones para mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas. Por ello, su aplicación se reserva a los militares que hayan incurrido en delitos o faltas en el ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias. En ese sentido se regulaba la jurisdicción militar en la legislación peruana (artículo 282 de la Constitución de 1979). El traslado de competencias de la justicia común a la justicia militar y el consiguiente procesamiento de civiles por el delito de traición a la patria en este fuero, como sucede en el caso, supone excluir al juez natural para el conocimiento de estas causas.<sup>41</sup>(subrayas nuestras)

Por su parte, la Corte Europea de Derechos Humanos ha considerado igualmente que la jurisdicción penal militar es un fuero funcional de alcance restrictivo.

Así, en el Caso Ergin c. Turquía, al considerar el singular lugar que tienen las fuerzas militares dentro de la organización constitucional de los Estados democráticos, su función limitada a las cuestiones de la seguridad nacional así como la estructura jerarquizada del Ejército, **la Corte consideró que el Poder Judicial pertenece al dominio de la sociedad civil**. En ese orden de ideas, aseguró que la jurisdicción militar tiene por finalidad mantener el orden y la disciplina en el seno de las fuerzas armadas y que, por ende, su competencia debía estar restringida a conocer de los delitos cometidos por el personal militar en el ejercicio de sus funciones.<sup>42</sup> (énfasis agregado)

40 Corte IDH. *Caso Las Palmeras Vs. Colombia*. Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90. párr. 53-54, 57.

41 Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69. párr. 75, 112.

42 Federico Andreu-Guzmán, *Tribunales militares y graves violaciones de derechos humanos*, Comisión Colombiana de Juristas, Bogotá, 2011. p 74-75.

También la Comisión Africana de Derechos Humanos ha limitado la competencia de la justicia militar:

Así, en su Resolución sobre el derecho a un juicio justo y a la asistencia jurídica en África, de 1999, adoptó la Declaración y las Recomendaciones sobre el derecho a un juicio justo, aprobadas por el Seminario de Dakar sobre el derecho a un juicio justo. Esta declaración y las recomendaciones estipulan que “el objetivo de los tribunales militares es el de determinar los delitos de naturaleza puramente militar cometidos por personal militar”. En un caso relativo a Sudán, la Comisión Africana consideró que “la comparecencia y el juzgamiento de civiles por un tribunal militar, presidido por oficiales militares en actividad, que están regidos por el reglamento militar, viola los principios fundamentales de un proceso justo.

(...) Asimismo, la Comisión Africana consideró que los tribunales militares no pueden conocer de delitos que son de competencia de la jurisdicción ordinaria civil.<sup>43</sup> (subrayas nuestras)

Así por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos, órgano de supervisión del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ha expresado que “en algunos países, esos tribunales militares (...) no proporcionan las garantías estrictas para la adecuada administración de la justicia, de conformidad con las exigencias del artículo 14, que son fundamentales para la eficaz protección de los derechos humanos”.<sup>44</sup> Igualmente, el Comité ha cuestionado la independencia e imparcialidad de esos tribunales, por carecer ellos de “muchos de los requisitos de un juicio imparcial”, como, por ejemplo, “el hecho de que se permita que los oficiales en servicio activo formen parte” de ellos, o “tengan derecho de alegar en su defensa las órdenes de un superior”.<sup>45</sup>

A nivel mundial, un número significativo de Estados han modificado sus Constituciones Políticas y legislaciones para incorporar criterios de restricción del ámbito de aplicación de la justicia militar. En algunos de ellos como Bélgica<sup>46</sup>, Guinea<sup>47</sup> y Sudáfrica<sup>48</sup>, se ha suprimido la aplicación de la jurisdicción penal militar, de modo que todos los delitos cometidos por personal militar son de resorte de la jurisdicción ordinaria.<sup>49</sup>

En esta vía, un número creciente de países entre los que se cuentan Alemania, Austria, Francia, Japón, Noruega, Países Bajos, Portugal, República Checa, Senegal y Suecia, han optado por la represión de ilícitos castrenses a través de los procedimientos disciplinarios o los tribunales penales ordinarios.<sup>50</sup> En Francia, no existe el fuero militar en tiempos de paz, salvo para los militares en servicio fuera del territorio nacional, cuyo juzgamiento corresponde a tribunales creados en los delegaciones

43 Ibid., 75-76.

44 Comité de Derechos Humanos, Observación General 13. Igualdad ante los tribunales y derecho de toda persona a ser oída públicamente por un tribunal competente establecido por la ley (art. 14), 13 de abril de 1984. Doc. HRI/GEN/1/Rev.2, párr. 4

45 Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales al 4to Informe periódico de Colombia. Doc. CCPR/C/79/Add.76, párr.18

46 En el caso de conductas cometidas en el marco de operaciones extraterritoriales del Ejército belga un fiscal es asignado al contingente militar enviado al exterior y el juicio se surte ante un tribunal ordinario con sede en Bélgica. Cfr. Federico Andreu-Guzmán; Op. Cit., p. 58

47 Ley Fundamental adoptada el 23 de diciembre de 1990 suprimió la jurisdicción penal militar. Cfr. Federico Andreu-Guzmán; Op. Cit., p. 55

48 En marzo de 2001, la Corte Suprema de Sudáfrica decretó la suspensión de la aplicación del Código de Justicia Militar, al considerar prima facie que la jurisdicción penal militar no es compatible con el principio de igualdad ante la ley y la protección judicial garantizados en la Constitución y que “lo militar no es inmune a los cambios democráticos.” Cfr. Federico Andreu-Guzmán; Op. Cit., p. 55

49 Cfr. Federico Andreu-Guzmán; Op. Cit., pp. 53 - 64

50 Cfr. Federico Andreu-Guzmán; Op. Cit., p. 57

militares establecidas en el exterior. En tiempos de guerra se establecen tribunales territoriales de las fuerzas armadas para juzgar los delitos militares<sup>51</sup>.

Una tercera tendencia es la de integración de la jurisdicción penal militar en la ordinaria, tal es el caso de Portugal y Ecuador. En el primero, a raíz de la reforma constitucional de 1997 y del Nuevo Código de Justicia Militar de 2003 se trasladó el conocimiento de los crímenes estrictamente militares cometidos en tiempo de paz, a salas especializadas de lo militar en la jurisdicción ordinaria. En el caso ecuatoriano, la nueva Constitución Política de 2008 establece en su artículo 160 que “los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional serán juzgados por los órganos de la Función Judicial” y en el caso de delitos castrenses “cometidos dentro de su misión específica, serán juzgados por salas especializadas en materia militar y policial, pertenecientes a la misma Función Judicial”.<sup>52</sup>

Entre los instrumentos que se refieren expresamente a la limitación de la actuación de la jurisdicción militar se encuentran la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (artículo 16.2)<sup>53</sup> y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (artículo IX)<sup>54</sup>, que conciben expresamente la exclusión de la jurisdicción militar como escenario de juzgamiento y sanción de este crimen internacional. Por su parte, el Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad<sup>55</sup>, establece en sus principios 22<sup>56</sup> y 29 la limitación personal y material de la justicia castrense.

De modo que existe una coincidencia global, tomando en cuenta los ejemplos de los sistemas de derechos humanos universal y regionales mencionados, en el que se ha aceptado, comprendido y ordenado que la justicia penal militar tiene un carácter restrictivo y excepcional, por lo cual atribuirle funciones diferentes a las que tienen que ver con el conocimiento de delitos estrictamente militares, es violatorio de los tratados de derechos humanos que se han suscrito regionalmente, y es contrario a los principios fundamentales del debido proceso, el acceso a la justicia y el juez natural.

### **Regímenes militares en América Latina.**

A continuación realizaremos una breve mirada de lo que han sido los regímenes militares en América Latina y la importancia de limitarlos. Uno de los elementos que debe tenerse en cuenta en este análisis es la situación que atravesaron varios países en América Latina entre los años 60s y 90s, cuando tuvieron lugar las dictaduras militares y los regímenes de transición hacia la democracia.

---

51 OACNUDH. Oficina en Colombia de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Derecho internacional de los derechos humanos y justicia penal militar. Disponible en: <http://www.menschenrechte.org/lang/de/verstehen/derecho-internacional>

52 Cfr. Federico Andreu-Guzmán; Op. Cit., p. 59

53 “Artículo 16.2. Esas personas sólo podrán ser juzgadas por las jurisdicciones de derecho común competentes, en cada Estado, con exclusión de toda otra jurisdicción especial, en particular la militar”. Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (A/RES/47/133), aprobada por la Asamblea General en su resolución 47/133 de 18 de diciembre 1992

54 “Artículo IX. Los presuntos responsables de los hechos constitutivos del delito de desaparición forzada de personas sólo podrán ser juzgados por las jurisdicciones de derecho común competentes en cada Estado, con exclusión de toda jurisdicción especial, en particular la militar. Los hechos constitutivos de la desaparición forzada no podrán considerarse como cometidos en el ejercicio de las funciones militares [...]” Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, adoptada en Belém do Pará, Brasil el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General.

55 Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005

56 “Principio 22. Los Estados incorporarán garantías contra las desviaciones a que pueda dar lugar el uso de [...] la competencia de los tribunales militares...”

Las dictaduras militares se caracterizaron por el autoritarismo, las masivas violaciones a los derechos humanos y la inmunidad de los agentes de Estado que cometieron dichos crímenes. Otra característica de estos regímenes es la subordinación del poder civil al poder militar.

América Latina ha tenido el infortunio de contar con una historia pletórica de hechos dramáticos, de infamias impunes y, para decirlo con las palabras del escritor mexicano José Revueltas, de una enorme cuota de luto humano(...)<sup>57</sup>

Como es sabido, desde los años sesenta una moderna dictadura emergió en el Brasil y allí se quedaría hasta mediados de los años ochenta. La “Revolución Argentina” iniciada en 1966 –así llamaron los militares argentinos a la instauración de su dictadura–, buscó frenar el auge popular y la crisis política que se desencadenó después del derrocamiento de Perón en 1955 (...) La fiesta popular del campeonato mundial de 1978, no fue sino el festejo estruendoso que acallaba los alaridos que provocaba la tortura en la Escuela de Mecánica de la Armada, en La Perla, en el Campo de Mayo, en El Atlético, en la Mansión Seré y en aproximadamente otros 340 campos de concentración y exterminio que se construyeron en todo el país (...)

En los años setenta, dos sociedades con una arraigada cultura democrática, Chile y Uruguay, vivieron un situación que antaño era inconcebible: las fuerzas armadas se convirtieron en el eje sustancial del poder político, los sectores civiles más derechistas se unieron a la paranoia anticomunista, el terror se convirtió en la mediación esencial entre el Estado y la sociedad. Diversas informaciones periodísticas (difundidas con motivo de la detención en Londres del general Augusto Pinochet), nos indican una cifra que oscila entre dos y tres mil desaparecidos en el periodo más cruento de la dictadura pinochetista (...) Y las dictaduras del cono sur se confabularon para realizar la famosa “Operación Cóndor”, tenebrosa conjura que articuló los esfuerzos represivos de las mismas y que tuvo entre sus dividendos la desaparición de 141 uruguayos, 98 de los cuales fueron apresados y desaparecidos en Argentina, 35 en el Uruguay, seis en Chile y dos en Paraguay.<sup>58</sup>

En el Perú, la guerra contra insurgente, desencadenada para desarticular a Sendero Luminoso, dejó un saldo aproximado de ocho mil desaparecidos, la mayor parte de los cuales son debidos a los gobiernos de Alberto Fujimori. Con todo lo macabros que son los testimonios que existen acerca del Cono Sur –particularmente pienso que la sociología argentina tiene análisis muy sofisticados sobre lo sucedido en dicho país.<sup>6</sup> es necesario hacer una salvedad de la cual los centroamericanos no pueden sentirse particularmente orgullosos. En algunos casos más, en otros menos, estos países vivieron a las dictaduras y al terror como estados de excepción. En Centroamérica y en el Caribe, las excepciones fueron la democracia y el Estado de derecho.<sup>59</sup>

(...) En Centroamérica, particularmente durante la segunda mitad del siglo XX, las dictaduras tuvieron que recurrir a la construcción de un andamiaje democrático (pluripartidismo, división de poderes, elecciones), para embozar el hecho real de que el núcleo fundamental de las decisiones políticas, no las tomaban los funcionarios electos, sino el alto mando militar. No en balde alguien las calificó de “democracias de fachada”.<sup>60</sup>

Las razones de la violencia política expresada en la ejecución extrajudicial, la

57 Carlos Figueroa Ibarra, *Dictaduras, tortura y terror en América Latina*, Bajo el Volcán, segundo semestre, año/vol. 2, número 003, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla Puebla, México, 2001. pp. 53-74. p 53.

58 Ibid., 54.

59 Ibid., 55.

60 Ibid., 57.



desaparición forzada y la tortura, son mucho más frías, racionales y pragmáticas: tienen que ver con la conservación de un dominio y los privilegios que éste reproduce.<sup>61</sup> (subrayas nuestras)

Si bien Colombia no tuvo un régimen que pudiera considerarse una dictadura en un sentido clásico y tal como se vivió en otros países en América Latina, si se mantuvo una situación similar mediante la figura del Estado de Sitio en el que el país vivió durante por lo menos tres décadas. Durante este tiempo el poder civil y democrático se vio limitado, y al igual que en el sur y centroamérica, el poder del ejecutivo se fortaleció y fue soportado por las fuerzas militares.

El estado de excepción se convirtió, por lo menos hasta 1991, en un instrumento ordinario de la política gubernamental. He aquí cuatro indicaciones de esta anomalía. 1) La excepción era casi permanente. Así, por ejemplo, en los 21 años transcurridos entre 1970 y 1991 Colombia vivió 206 meses bajo estado de excepción, es decir, 17 años, lo cual representa el 82% del tiempo transcurrido. Entre 1949 y 1991 Colombia vivió más de 30 años bajo estado de sitio. 2) Buena parte de las normas de excepción han sido legalizadas por el Congreso, lo cual ha convertido al Ejecutivo en un legislador de hecho. 3) Hubo períodos en los cuales se impusieron profundas restricciones a las libertades públicas, a través por ejemplo de la justicia militar para juzgar a los civiles. A finales de 1970 el 30% de los delitos del Código Penal eran competencia de cortes marciales y 4) La declaratoria y el manejo de la excepción desvirtuaban el sentido y alcance de las normas constitucionales sobre la materia, debido a la ausencia total de un control político y jurídico (...)

Durante la década de los años 70 y principios de los 80, las Fuerzas Armadas y los organismos de seguridad del Estado obtuvieron prerrogativas propias de un régimen militar, lo cual les eximió de los costos políticos del ejercicio directo del poder.

Desde mediados de la década de los ochenta y sobre todo desde la Constitución de 1991, estas prerrogativas fueron drásticamente limitadas. No obstante, la violencia y la desprotección de los derechos se agravaron. Esto se debió, por lo menos en parte, al hecho de que las reformas democráticas introducidas, así como los procesos de paz, fueron percibidas por algunos militares y por funcionarios del Estado, como un obstáculo para ganar la guerra y, por ese motivo, prefirieron abandonar el manejo legal del orden público, con todas las implicaciones en materia de violaciones a los derechos humanos que de allí se derivan. De la cultura de la excepción se saltó a la cultura de la guerra sucia (...)

El Poder Ejecutivo, y de manera específica, el poder militar, obtuvieron hasta mediados de los 80 concesiones excesivas que no se tradujeron en una mayor eficacia en el control de los grupos armados en pugna con el Estado. A medida que aumentaba la justicia penal de excepción, paradójicamente disminuía su capacidad para remediar el conflicto que estaba llamada a resolver, y ello debido al efecto difusor de las violencias que acarrearba dicho aumento. La justicia luchaba contra un enemigo que se fortalecía en la medida en que resultaba atacado. El crecimiento de la justicia de excepción resultaba desproporcionado en relación con los resultados obtenidos: mientras más crecía el aparato represivo más crecía el delito y el conflicto que el mismo aparato quería resolver. La dificultad para romper este círculo vicioso se encuentra en el hecho de que al tiempo que se incrementa el uso de la excepción y crece la ineficiencia del Estado, aumentan las razones aducidas por los gobiernos para justificar su uso y su fortalecimiento.

(...) En síntesis, en Colombia la excepción ha propiciado el desvanecimiento de la frontera entre lo legal y lo ilegal y por esta vía ha facilitado el salto hacia el no-derecho, no sólo de funcionarios del Estado sino también de particulares. La ineficacia de los objetivos de paz y orden trazados por las medidas de excepción, a

---

61 Ibid., 62.

pesar de su casi permanencia durante ciertos períodos de la historia nacional, ha producido desengaño respecto de las vías institucionales y una cultura antijurídica que es en parte responsable de la búsqueda, en la sociedad y en el Estado, de mecanismos alternativos e ilegales destinados a conseguir tales objetivos.<sup>62</sup> (subrayas nuestras)

Esta situación reconfiguró las relaciones cívico militares en el continente, produciendo así sistemas que propendieran por la protección de los derechos humanos y una menor injerencia de las fuerzas militares en la vida civil, dentro de los Estados democráticos.

Una posible vía para evaluar -hacia fines de la década de 1990- la evolución de las relaciones civiles militares es plantearse como instrumento metodológico el esquema Harries-Jenkins y Moskos, el cual alude a la existencia de un continuo en el que de un lado se observa una dominación militar autárquica sobre la sociedad (verticalismo autoritario) y, en el otro extremo, lo que podríamos llamar la absoluta subordinación de las fuerzas de seguridad ante el poder civil o, inclusive, su disolución ante formas cívicas de control de la seguridad ciudadana. De acuerdo a este paradigma, el continuo plantearía una línea central caracterizado por los regímenes políticos cívico-militares de poder equilibrado y -en consecuencia- del punto central a la derecha el desarrollo de un espectro que explicaría el consecuente predominio de los intereses civiles sobre los militares en el marco social.<sup>63</sup>

(...) hipotéticamente podrían utilizarse como posibles parámetros para determinar la sujeción democrática de las fuerzas de seguridad las siguientes:

- \* El grado de incorporación institucional (sujeción formal) de las fuerzas de seguridad a los mandos de poder civil;
- \* La separación institucional, funcional, orgánica y presupuestaria del Ejército y la Policía;
- \* La sujeción del personal militar a la justicia ordinaria nacional;
- \* La sujeción financiera de los organismos de seguridad a los órganos contralores y fiscales del Estado, y su proyección de acuerdo a la proyección de gasto aprobada parlamentariamente, y
- \* La inclusión de la carrera militar (y/o la policial) dentro del régimen de servicio civil como empleado o funcionario del Estado.<sup>64</sup>

(...) A pesar de la complejidad de factores de orden geopolítico o económico, e incluso social, que signan este proceso, quizá el rasgo general de esa transición democrática de los últimos años ha sido -entre otros- el haber avanzado significativamente en la región en la sujeción formal y sustancial de los organismos militares al imperio del poder civil, bien como resultado de los nuevos pactos resultantes al marcarse el fin de los gobiernos de *facto* o de las distintas dictaduras y sistemas autoritarios, bien como resultado de una creciente *accountability* de la sociedad civil sobre la estructura del Estado en general.<sup>65</sup>

(...) Esta nueva etapa, que se ha venido afianzando conforme han corrido los años noventa, se ha caracterizado por varios elementos o factores que llamaríamos críticos, y que marcan el inicio de un importante cambio de época en el carácter de la relación civil-militar. Dentro de estos factores, podríamos destacar los siguientes.

62 Mauricio García Villegas, *Un país de estados de excepción*, Política, El Espectador.com, 11 de octubre de 2008. Disponible en: <http://www.elespectador.com/impreso/politica/articuloimpreso43317-un-pais-de-estados-de-excepcion>

63 Jaime Ordóñez, “Notas sobre sociedad civil y fuerzas de seguridad en América Latina en las décadas de los 80s y los 90s La perspectiva de los derechos humanos”, en *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, Volumen II, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1998. p 1167.

64 Ibid., 1168-1169.

65 Ibid., 1170.

1. La creciente visibilidad acerca de la gestión militar, producto de las aperturas democráticas de la década del ochenta, lo cual ubica al aparato militar (y sus acciones en el campo político, técnico-militar, administrativo y financiero) dentro de una creciente presencia en el campo de la sociedad civil y sus mecanismos de control formal e informal (...)<sup>66</sup>

3. (...) En efecto, a partir de 1980 una serie de sectores políticos de oposición (e, incluso, de participación clandestina y emergente) asumen el poder formal como parte de la transición política, lo cual transforma el esquema de relación civiles-militares, caracterizados durante las décadas previas por la co-optación, el entrismo, o la simple alianza política militar sin mayor separación entre los poderes civiles y los castrenses.<sup>67</sup>

Como se sabe, las relaciones civiles-militares en América Latina han tenido históricamente un desarrollo complejo y problematizador. Su rasgo fundamental ha sido la injerencia permanente y casi sistémica de los ejércitos y fuerzas de seguridad en las distintas formas del poder político civil, desnaturalizando a este último en muchos casos, o sustituyéndolo de plano en otros, pero -en la mayoría de las sociedades- impidiendo el desarrollo autónomo de las formas del poder político civil (...)<sup>68</sup>

(...) 4. La cuestión de los derechos humanos y el ajuste de cuentas (y la conciliación nacional). La violación sistemática a los derechos humanos en el período de la dictadura ha dejado fuertes secuelas en la relación civil-militar aún no saldadas. No sólo se trata de un ajuste de cuentas con el pasado y una fijación de responsabilidades sino, además, de una redefinición de la esencia y las funciones del ejército y un fortalecimiento de las instancias de seguridad civil (con más énfasis en el Cono Sur pero, también, con aplicación en la Zona Andina).<sup>69</sup> (subrayas nuestras)

La doctrina jurídica latinoamericana ha contribuido a que en el continente no se vuelvan a presentar situaciones como las que se dieron durante las dictaduras militares, y a preservar el Estado de derecho, fundamentándose en la primacía del derecho sobre la fuerza y el poder militar.

Bustamante y Rivero visualizaba el Derecho como un instrumental para la realización de la Justicia, en la cual se justificaba; para él, las normas del derecho positivo deberían inspirarse en los dictados de la justicia, pues el orden jurídico fue establecido para defender lo que es justo. Su postura encuéntrase conforme a la mejor doctrina del derecho internacional, la cual ha siempre insistido en el primado del Derecho sobre la fuerza.

Cabe reafirmar esta doctrina con toda firmeza en nuestros días. La peligrosa escalada de violencia en este inicio del siglo XXI sólo podrá ser contenida mediante el fiel apego al Derecho. Simplemente no podemos consentir pasivamente en la deconstrucción del Derecho Internacional por los detenedores del poder. Ha sido la doctrina latinoamericana que ha contribuido decisivamente a la consolidación de la proscripción de la amenaza o uso de la fuerza como un pilar de las relaciones pacíficas entre los Estados, y - en la caracterización del jurista uruguayo Eduardo Jiménez de Aréchaga - como un principio rector del propio Derecho Internacional.

(...) Mientras en otras latitudes se hablaba y se habla del uso de la fuerza, aquí renovamos nuestro apego al Derecho (en la sede de nuestra Corte en un país que ha optado por no tener ejército).<sup>70</sup>

66 Ibid., 1170-1171.

67 Ibid., 1171.

68 Ibid., 1172.

69 Ibid., 1183.

70 Antônio Augusto Cançado Trindade, *Los aportes latinoamericanos al primado del derecho sobre*

(...)

Es en los momentos difíciles de crisis mundial como la actual que se impone - con aún mayor razón - preservar los fundamentos del Derecho Internacional, y los principios y valores sobre los cuales se basan las sociedades democráticas. Es en los momentos críticos como los que hoy vivimos que se debe reafirmar con firmeza, más que nunca, con fidelidad a las enseñanzas de los juristas de las generaciones que nos precedieron, el necesario primado del Derecho Internacional sobre la fuerza bruta.<sup>71</sup> (subrayas nuestras)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha contribuido a señalar que el Estado de Derecho debe estar fundamentado en la protección de los derechos y libertades concedidas en las cartas políticas, y que el uso de los conceptos de orden público y bien común no pueden ser usados para limitar los derechos fundamentales de las personas.

(...) En tal sentido puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana". Añadió: "No escapa a la Corte, sin embargo, la dificultad de precisar de modo unívoco los conceptos de 'orden público' y 'bien común' ni que ambos conceptos pueden ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos. A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el 'orden público' o el 'bien común' como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el art. 29.a. de la Convención). Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las 'justas exigencias' de 'una sociedad democrática' que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y el fin de la Convención".<sup>72</sup> (subrayas nuestras)

De igual forma, el jurista Cançado Trindade afirma que el primado del derecho sobre la fuerza es un imperativo *ius cogens*:

Al contrario de lo que pueda uno prima facie pensar, cuando las armas estallan el Derecho no se calla. El Derecho no puede callarse, y no se puede pretender que se calle. Y los cultores del Derecho tienen que salir en defensa de su necesario primado sobre la fuerza, aunque en medio de las tinieblas en que el mundo hoy vive.<sup>73</sup>

(...) En efecto, en el caso Nicaragua versus Estados Unidos (1986), la CIJ, al enfatizar el rol de la *opinio juris*, afirmó el carácter fundamental del principio de la prohibición del uso de la fuerza, consagrado tanto en la Carta de las Naciones Unidas como en el derecho internacional consuetudinario. La doctrina, al respecto, - inclusive la latinoamericana, fue más allá, caracterizando dicho principio como

---

*la fuerza*, en Doctrina Latinoamericana del Derecho Internacional, Antônio Augusto Cançado Trindade y Fernando Vidal Ramírez, Tomo II, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2003. p 44-45.

71 Ibid., 48.

72 Rafael Nieto Navia, "El Estado democrático en el sistema interamericano de protección a los derechos humanos", en *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1998. p 135.

73 Antônio Augusto Cançado Trindade, "Post scriptum: el primado del derecho sobre la fuerza como imperativo del *ius cogens*", en *Doctrina Latinoamericana del Derecho Internacional*, Antônio Augusto Cançado Trindade y Fernando Vidal Ramírez, Tomo II, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2003. p 51.

perteneciente al dominio del *jus cogens*, - y añadiendo que las violaciones de ese principio no debilitan su carácter imperativo. El jurista colombiano Diego Uribe Vargas calificó "la condenación del uso de la fuerza" precisamente como el trazo "más sobresaliente de la Carta de las Naciones Unidas", - el cual representó, efectiva mente, un avance notable en relación con el Pacto de la Sociedad de las Naciones. También el jurista canadiense Ronald St.J. Macdonald escribió, mientras era Juez de la Corte Europea de Derechos Humanos, que el principio de la no-amenaza y del no uso de la fuerza (consagrado en el artículo 2(4) de la Carta de la ONU) ha sido "elevado al nivel del jus cogens" y "reconocido como tal por la comunidad internacional de los Estados como un todo".<sup>74</sup>

La propia Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas – como oportunamente lo recordó M. Díez de Velasco - endosó (en 1966) el entendimiento de que la prohibición por la Carta de Naciones Unidas del uso de la fuerza tiene el carácter de *jus cogens*, y manifestó (en 1978) el entendimiento de que una violación de la prohibición de la agresión puede resultar en un crimen internacional.<sup>75</sup>

En las últimas décadas, hemos testimoniado una verdadera conversión del tradicional y superado *jus ad bellum* en el *jus contra bellum* de nuestros días, siendo esta una de las más notables transformaciones del ordenamiento jurídico internacional de la actualidad.<sup>76</sup>

Es inadmisibles la equiparación del Derecho a la fuerza, que además refleja un vicio mental que consiste en no distinguir el mundo del ser y el del deber ser. El Derecho está por encima de la fuerza.

Todo verdadero jusinternacionalista tiene el deber ineludible de oponerse a la apología del uso de la fuerza, que se manifiesta en nuestros días mediante distintas elaboraciones "doctrinales". Se intenta, como ya se ha señalado, ampliar el alcance del artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas para abarcar una insostenible "legítima defensa preventiva". Se invoca el recurso a "contramedidas", al margen de los fundamentos de la responsabilidad internacional del Estado, en otro intento de deconstrucción de un capítulo verdaderamente central del Derecho Internacional. Se invoca la "injerencia o intervención humanitaria", en lugar de vindicar el derecho de las poblaciones afectadas a la asistencia humanitaria. El denominador común de todas estas nuevas "doctrinas" es el menosprecio por los fundamentos del Derecho Internacional, a la par del énfasis en el primitivismo del uso indiscriminado de la fuerza.<sup>77</sup>

Cabe, en este momento difícil de crisis mundial, de sombría y preocupante ruptura del sistema internacional, reafirmar el primado del Derecho Internacional sobre la fuerza bruta, como un imperativo del *jus cogens*. Cumple, en oposición al militarismo y al unilateralismo que menosprecian la opinión pública mundial, rescatar los principios, fundamentos e instituciones del Derecho Internacional, en que se encuentran los elementos para detener y combatir el terrorismo, la violencia y el uso arbitrario del poder, - con fiel apego al Derecho. Ataques armados "preventivos" y "contra medidas" indefinidas no encuentran respaldo alguno en el Derecho Internacional; al contrario, lo violan abiertamente. Son "doctrinas" espurias, que muestran el camino de vuelta a la ley de la selva, además de multiplicar sus víctimas indefensas, silenciosas e inocentes.

(...) Es el derecho que es preventivo, y no la fuerza, en forma de ataques armados, agresiones, intervenciones unilaterales, y actos terroristas, que lo violan abiertamente.<sup>78</sup>

---

74 Ibid., 54-55.

75 Ibid., 55.

76 Ibid., 57.

77 Ibid., 58.

78 Ibid., 60.

Estas violaciones, sumadas a los crecientes y alarmantes gastos en el armamentismo - a la par de la también creciente y alarmante negligencia del poder estatal en cuanto a la educación, la salud y la seguridad social, - conforman el cuadro de la barbarie contemporánea en que nos adentramos.<sup>79</sup>

Estado "civilizado" no es otro sino aquel que respeta el Derecho Internacional, y que reconoce y respeta, en toda circunstancia, el primado del Derecho sobre la fuerza como imperativo del jus cogens.<sup>80</sup> (subrayas nuestras)

En Colombia, por medio de la Constitución Política de 1991 se pone fin a la figura del Estado de Sitio, y se intenta limitar los poderes otorgados al Ejecutivo mediante la figura de los Estados de Excepción, para la garantía de protección de los derechos fundamentales y el Estado de Derecho.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido amplia y reiterativa también al analizar la situación de los Estados de Excepción en Colombia, respecto a la importancia del respeto por las garantías y derechos fundamentales de las personas.

(...) fueron múltiples los cuestionamientos que desde distintos ángulos se le hicieron al estado de sitio: La ausencia de límites temporales, la suspensión permanente de derechos fundamentales y la suplantación del legislativo.

(...) Los abusos a que se prestó el estado de sitio hacían necesario que el Constituyente de 1991 concibiera un régimen constitucional de los estados de excepción que se ajustara a los condicionamientos propios del Estado social y democrático de derecho. Por ello, desde los primeros debates de la Asamblea Nacional Constituyente se advirtieron los serios cuestionamientos que procedían contra el régimen vigente de los estados de excepción:

(...) Al hacer referencia a los “derechos humanos y libertades fundamentales”, la Carta se remite a los derechos y libertades reconocidos y garantizados en lo que la doctrina constitucional ha definido como bloque de constitucionalidad, esto es, aquellas normas jurídicas que, aunque no tienen consagración expresa en el derecho interno, tienen plena vigencia en éste. Esta condición de prevalencia se deriva de lo dispuesto en el artículo 93 Superior, de acuerdo con el cual “los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción prevalecen en el orden interno” Corte Constitucional. Sentencia C-225-95. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

(...)

Tan alta fue la valoración que el constituyente hizo de esa garantía que la configuró también como un límite de los estados de excepción. No cabe duda que se trata de un límite sumamente importante si se tiene en cuenta que la grave alteración del orden público con frecuencia se liga a la proliferación o intensificación de conductas punibles y que al amparo del estado de conmoción interior muchas veces se modifican las instituciones penales, de procedimiento penal y penitenciarias. De allí que resulte ilegítimo, incluso en vigencia del derecho constitucional de excepción y por variadas que sean las razones que se esgriman, desconocer la estructura básica de acusación y juzgamiento en cuanto excluye a los civiles del juzgamiento por militares.<sup>81</sup> (subrayas nuestras)

La misma Asamblea Nacional Constituyente reitera el espíritu de la paz y del

---

79 Ibid., 61.

80 Ibid., 63.

81 Sentencia C-802 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño, 02 de octubre de 2002. Cfr. Sentencia C-070 de 2009, Ms.Ps. Humberto Antonio Sierra Porto y Clara Elena Reales Gutierrez, 12 de febrero de 2009.

fortalecimiento del Estado de Derecho:

La Carta de Derechos y Deberes que propone el Gobierno en el Título II del proyecto es una respuesta a ese mal endémico de nuestra Nación. También representa un cambio total en la concepción del Estado. Este no ha sido instituido para imponerse sobre la comunidad sino para asegurar el cumplimiento de unas reglas básicas dentro de las cuales ella pueda desarrollarse libremente. La principal responsabilidad de un funcionario no es ejercer autoridad sino servir a los ciudadanos.

(...) todos los aquí presentes estamos de acuerdo en que las acciones autoritarias aniquilan la democracia, que no basta con que haya orden si éste no es justo, que para progresar es necesario mirar, detrás de las frías estadísticas, al ser humano, en todo lo que tiene de valioso, de excepcional, de único.

(...) Un tema conexo es el de la reforma al Estado de Sitio. Frecuentemente he manifestado mi descontento con la situación actual. Tenemos el peor de los mundos: un Estado de Sitio que desprestigia nuestra democracia por su carácter permanente y por su afinidad nominal con los regímenes de ley marcial, pero, al mismo tiempo, un Estado de Sitio que ha perdido su fuerza coercitiva, su capacidad de intimidación, su efectividad para restablecer el orden público. Violencia permanente y Estado de Sitio permanente. Y esto sin que al cabo de varias décadas el Ejecutivo haya sido llamado a rendir cuentas del cumplimiento de su misión de restablecer el orden turbado.<sup>82</sup> (subrayas nuestras)

Se evidencia así la tendencia de los Estados democráticos en latinoamérica a limitar el uso de las armas y en general limitar el ejercicio de las fuerzas armadas, dando primacía al poder civil sobre el poder militar. Esto en respuesta a los tristes sucesos de los regímenes militares que se impusieron por la fuerza. También se evidencia la tendencia de los sistemas de derecho internacional de acudir a la primacía del derecho sobre el uso de la fuerza y sobre el militarismo.

De la misma forma, se evidencia que lo que legitima a un Estado de Derecho es precisamente el respeto por el derecho y las garantías fundamentales a los habitantes del territorio y no la imposición de las decisiones por la fuerza. También es importante señalar que la Constitución Política de Colombia se inspiró en un deseo de paz, y de limitación del poder que se había desbordado durante el permanente estado de sitio, para no repetir las situaciones del pasado en que el poder ejecutivo, y con éste el poder militar, actuaban sin limitaciones y donde la constante fue las continuas violaciones a los derechos humanos.

### **Justicia Penal Militar en Colombia.**

Si bien señalamos que la Constitución Política establece con claridad que la administración de justicia es una función pública que se ejerce de manera permanente por los órganos señalados en el “Título VIII De la Rama Judicial”, también la Constitución ha determinado que algunos órganos, agentes del Estado o particulares pueden ser revestidos con la potestad de administrar de justicia de manera excepcional. Así el artículo 116 de la Constitución indica que la Justicia Penal Militar, el Congreso, las autoridades administrativas y los particulares, pueden excepcionalmente ejercer funciones judiciales.

Al respecto es importante señalar que la especialización de la justicia penal militar está determinada por la especialidad funcional de las personas que están bajo su jurisdicción, en el caso colombiano el artículo 221 de la Constitución Política,

<sup>82</sup> Asamblea Nacional Constituyente, *Palabras del señor Presidente Cesar Gaviria Trujillo en la instalación de la Asamblea Constituyente*, Gaceta Constitucional N° 1, 05 de febrero de 1991.

anterior al acto legislativo 02 de 2012, es clara en señalar el carácter funcional del fuero militar, en la medida que el fuero se aplica para *los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio*.

Bajo el derecho internacional de los derechos humanos, las jurisdicciones penales militares —en tanto jurisdicciones especializadas que coartan el ámbito de competencia de la jurisdicción ordinaria y, por ende, **conlleven *per se* una afectación a los principios de igualdad ante los tribunales y del juez natural**— sólo son admitidas en razón de su especial ámbito de competencia material y personal, a saber: el conocimiento de delitos estrictamente militares cometidos por personal militar o policial. En ese sentido, el derecho internacional regula de manera restrictiva el ámbito de competencia de la jurisdicción penal militar, confiriéndole un carácter de fuero funcional y no de fuero personal, atado a la condición de militar del sujeto activo o pasivo de la infracción penal. Así, la jurisdicción penal militar sólo es admitida bajo el derecho internacional de los derechos humanos en razón de su especial ámbito de competencia material y personal, a saber: el conocimiento de delitos estrictamente militares cometidos por personal militar. Se trata de un fuero funcional restringido *rationae materiae* y *rationae personae* al conocimiento de los delitos estrictamente militares, o sea, aquellos que vulneran únicamente bienes jurídicos militares, imputados a personal militar.<sup>83</sup> (énfasis agregado)

La Justicia Penal Militar es una jurisdicción especial que administra justicia, según lo establece el artículo 116 de la Constitución Política. Sin embargo, la Justicia Penal Militar no hace parte de la rama judicial del Poder Público<sup>84</sup>, administra justicia de manera excepcional y su competencia se encuentra limitada por la propia Constitución a aquellos delitos relacionados directamente con el servicio. Se encuentra dentro del capítulo VII “De la Fuerza Pública” del título VII de la Constitución Política que determina las normas constitucionales concernientes a la Rama Ejecutiva.

El artículo 221 de la Constitución Política, después del acto legislativo 2 de 1995 que adicionó la parte final del artículo, establece:

De los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro.

Así el Constituyente Primario, por una parte, definió que aunque la Justicia Penal Militar administra justicia, no debía estar en la rama judicial, por su especialidad y su carácter excepcional, pero también porque los delitos de los que conoce están directamente relacionados con las funciones del servicio de los miembros de la fuerza pública que se encuentren en servicio activo. De aquí se deriva el llamado Fuero Penal Militar, delimitado por el Constituyente en el artículo 221 de la Constitución.

La Corte Constitucional ha sido enfática en señalar la diferencia entre la justicia penal militar y otros organismos que administran justicia:

El constituyente ha previsto que la jurisdicción competente para investigar, acusar y juzgar a los autores o partícipes de las conductas punibles es la jurisdicción penal ordinaria. No obstante esa regla general encuentra una excepción en la justicia penal militar (...)

83 Federico Andreu-Guzmán, *Tribunales militares y graves violaciones de derechos humanos*, Comisión Colombiana de Juristas, Bogotá, 2011. p 67.

84 *Cfr.* Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-713 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, 15 de julio de 2008.



Adviértase que es la misma Carta la que establece una clara diferenciación entre la jurisdicción ordinaria y la justicia penal militar. Mientras aquélla hace parte de la rama judicial, ésta está adscrita a la rama ejecutiva del poder público, sólo que por voluntad del constituyente cumple una definida función judicial. No obstante, el cumplimiento de esta específica función no implica una mutación de la índole delineada por el constituyente pues se trata sólo de la configuración de un ámbito funcional (...)

En otros términos: Lo que ha hecho el constituyente con la justicia penal militar no es configurarla como una jurisdicción especial dentro de la administración de justicia, tal como lo ha hecho con la jurisdicción indígena o con los jueces de paz, sino tener en cuenta las particularidades implícitas en los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el servicio y concebir, en la estructura de ella, un ámbito funcional legitimado para conocer de tales delitos.<sup>85</sup> (subrayas nuestras)

En la parte final del inciso primero del artículo 250 de la Constitución Política, el cual define la naturaleza y las funciones de la Fiscalía General de la Nación, se excluye precisamente de su competencia el ejercicio de la acción penal y la investigación de la Fiscalía por *los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio*, reiterando así el carácter excepcional y especial de la jurisdicción penal militar y la especificidad de los delitos que esta puede conocer.

En este sentido la Corte Constitucional ha aclarado también la restricción de las funciones de la Fiscalía General de la Nación respecto a los delitos que son competencia de la justicia penal militar:

3. La Carta señala que en principio corresponde a la Fiscalía General la investigación e instrucción de los delitos, pero, como bien lo destacan los intervinientes y la Procuraduría, la Constitución establece también el fuero militar, en virtud del cual, los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio son conocidos por la justicia penal militar (CP art. 221). Una armonización de esos dos mandatos implica, como esta Corte lo ha señalado en numerosas oportunidades, que el fuero militar es una excepción a la regla general, según la cual corresponde a la justicia penal ordinaria la investigación y sanción de los delitos (...) <sup>86</sup> (subrayas nuestras)

No queda duda que la voluntad del Constituyente Primario es que tanto la administración de justicia por parte de la justicia penal militar, así como el fuero otorgado a la fuerza pública, deben entenderse de manera restrictiva y excepcional, según la disposición constitucional (art. 221) y de acuerdo con los criterios que ha establecido la Corte Constitucional.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones pasamos a definir los argumentos específicos del segundo cargo, sobre por qué el acto legislativo 02 de 2012 sustituye la Carta Política de 1991.

#### **4.2.2 Argumentos específicos de la sustitución parcial de la Constitución – Segundo cargo.**

Atendiendo que en la exposición de motivos al proyecto de acto legislativo presentado por el Gobierno Nacional, este aseguró que existían *justificaciones*

---

85 Sentencia C-457 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño, 12 de junio de 2002.

86 Sentencia C-1054 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, 04 de octubre de 2001.

*constitucionales que explican la reforma integral al fuero penal militar*<sup>87</sup>, es necesario tener en cuenta el desarrollo jurisprudencial internacional que se ha mencionado, así como la jurisprudencia nacional respecto a la limitación al fuero penal militar, para determinar por qué consideramos que el acto legislativo 02 de 2012, no simplemente reformó esta figura, sino que sustituyó la Constitución Política de 1991, ampliando el fuero penal militar.

Los incisos 2, 3, 4, 5 y 6 del artículo 3º, y el artículo 4º Transitorio, del acto legislativo 02 de 2012 son inconstitucionales al sustituir parcialmente la Constitución Política de 1991 por cuanto el legislador se excedió en sus competencias para reformar la Constitución al limitar la competencia de la justicia ordinaria y ampliar el fuero penal militar, sustituyendo parcialmente el principio de la competencia general de administración de justicia asignada por la Constitución a la justicia ordinaria y el carácter excepcional y restringido de la justicia penal militar.

También se sustituyen parcial y tácitamente el principio de separación de poderes, el principio de igualdad, el principio del juez natural, establecer como regla general lo que el Constituyente Primario estableció como excepcional, sustituir parcial y tácitamente el principio de supremacía de la Constitución y con ello la interpretación que se ha dado sobre el Bloque de Constitucionalidad, sustituyendo además parcial y tácitamente las funciones de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional y la Fiscalía General de la Nación.

Como se ha mencionado en el primer cargo de inconstitucionalidad y reiterado en la jurisprudencia regional e internacional de este segundo cargo de inconstitucionalidad, la Justicia Penal Militar es de carácter excepcional en el Estado colombiano. Según lo establecido en el artículo 116 y 221 superior. La regla es que sea la justicia ordinaria la que juzgue las conductas punibles. Las cortes o tribunales militares solamente pueden conocer de delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación directa con el mismo servicio.

Las violaciones a los derechos humanos, los crímenes de lesa humanidad, el genocidio, así como las infracciones al derecho internacional humanitario y los crímenes de guerra, no tienen relación con el servicio, por lo cual rompen el nexo con el mismo y se constituyen en delitos perseguibles por la jurisdicción ordinaria.

Al establecer el acto legislativo 02 de 2012 una ampliación del fuero militar a otros delitos que configuran violaciones a los derechos humanos, así como las infracciones al derecho internacional humanitario y crímenes de guerra, está sustituyendo lo que el Constituyente Primario había establecido al limitar el fuero militar única y exclusivamente en lo que se refiere a los delitos que tienen un nexo directo con el servicio (art. 221 C.P.) excediéndose así el Congreso de la República en su competencia para reformar la Carta Fundamental.

Al respecto cabe recordar algunos de los aspectos establecidos por la Asamblea Nacional Constituyente:

**Fuerza Pública y Derechos Políticos**  
(Artículo 168. Constitucional Nacional)

Se estudiaron las propuestas del Gobierno, de la Policía Nacional, de la AD M-19, del Partido Social Conservador, las cuales fueron coincidentes y por otra parte de la U.P., y los constituyentes Fabio Villa y Francisco Rojas Birry que aparecen al final. La propuesta de la mayoría quedaría de la siguiente forma:

---

<sup>87</sup> Cfr. Gaceta del Congreso, Año XXI, N° 70, Proyecto de acto legislativo número 192 de 2012 Cámara, Cámara de Representantes, Congreso de la República de Colombia, 16 de marzo de 2012.

Artículo.- Fuerza Pública y Derechos Políticos.

“La Fuerza Pública no es deliberante, ni podrá reunirse, sino por orden de la autoridad legítima, ni dirigir peticiones, sino en asuntos que se relacionen con el buen servicio y moralidad de la Fuerza Pública y con arreglo a la Ley.

Los miembros de la Fuerza Pública no podrán ejercer la función del sufragio, mientras permanezcan en servicio activo, ni intervenir en debates partidistas”.

Este precepto acoge para la Fuerza Pública, la prohibición del artículo 168 de la Constitución Nacional en el sentido de no ser deliberantes, no ejercer el sufragio, ni participar en actividades proselitistas. Pues, resulta a todas luces inconveniente conceder el derecho del sufragio a los miembros de la Fuerza Pública, porque la experiencia vivida en tiempos pretéritos en nuestro país, demostró que esta circunstancia politizó a la Fuerza Pública y puso en peligro la unidad institucional.

(...)

### **Fuero Penal Militar**

(Artículo 170. Constitución Nacional)

Para el estudio de este capítulo, como el de todos los anteriores, se analizaron detenidamente las propuestas que sobre el tema se presentaron: la del Gobierno, la del P.S.C. y la del constituyente Antonio Navarro Wolff, encontrándose sus textos coincidentes y de acuerdo con el contenido del Artículo 170 de la Constitución actual; en consecuencia, se acogió el texto de este artículo cambiando el vocablo “militares” por “miembros de la Fuerza Pública”.

Las propuestas de los constituyentes Juan Gómez Martínez, Fabio Villa, José Matías Ortiz y la U.P., coinciden en proponer, en forma taxativa, que no se permita a la Justicia Penal Militar el juzgamiento de civiles en ningún caso.

El constituyente José Matías Ortiz, propone además: “La creación de una comisión para el esclarecimiento, prevención y sanción de actos de violencia política”.

En consecuencia, el texto final del artículo quedaría así:

Artículo: Del Fuero Penal Militar

“De los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar”.<sup>88</sup> (subrayas nuestras)

De lo anterior se puede colegir, por una parte que la intención del Constituyente Primario fue limitar al máximo el ejercicio del poder por parte de las fuerzas militares, sometiendo sus acciones a la Constitución y la ley, así como al poder civil.

Por otra parte es claro que por el reciente pasado del Estado de Sitio se quería evitar a toda costa concederle poderes judiciales sin límite a la fuerza pública por lo cual se destaca que en ningún caso la justicia penal militar pudo juzgar a civiles y en seguida se redacta el artículo 221 (en su forma original anterior al acto legislativo 02 de 2012), delimitando y dejando claro que los delitos de competencia de la justicia penal militar son los cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.

De manera que la justicia penal militar que debería ser restrictiva y excepcional, ahora con el acto legislativo 02 de 2012, se convierte una jurisdicción que se

88 Asamblea Nacional Constituyente, *De Fuerza Pública Informe final de la subcomisión IV*, Gaceta Constitucional N° 44, 12 de abril de 1991.

desarrolla de manera amplia y se convierte en la regla general, al ampliar los delitos que son de conocimiento de la justicia penal militar, no limitándose a conocer delitos exclusivamente relacionados con el servicio, sino extendiendo el fuero militar a delitos que deben ser de conocimiento de la jurisdicción ordinaria como son las violaciones a los derechos humanos, las infracciones al derecho internacional humanitario y los crímenes de guerra.

El Congreso de la República mediante el acto legislativo 02 de 2012, excediéndose en su competencia para reformar la Constitución, pretende nuevamente ampliar el fuero penal militar, reviviendo aquello que ya la Corte Constitucional en dos ocasiones ha declarado exequible condicionalmente.

La Corte Constitucional al examinar la constitucionalidad del artículo 3° de la ley 522 de 1999 (Código Penal Militar), mediante sentencia C-878 de 2000 declaró la exequibilidad condicionada del artículo, en el entendido que las conductas excluidas del conocimiento de la Justicia Penal Militar no se limitaban a las que taxativamente establecía el artículo 3 de la ley 522 de 1999.

Esto era lo que disponía el artículo 3° de la ley 522 de 1999:

No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, en ningún caso podrán considerarse como relacionados con el servicio los delitos de tortura, el genocidio y la desaparición forzada, entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia.

Esto fue lo que dijo la Corte al examinar la constitucionalidad del artículo 3° de la ley 522 de 1999 sobre el fuero penal militar:

Ha sido el propio Constituyente tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación, el que limitó el alcance del fuero militar y la aplicación excepcional de la jurisdicción penal militar, al señalar los elementos estructurales de éste, pues expresamente señaló que sólo podrán ser juzgados por la jurisdicción penal militar, los miembros activos de la fuerza pública, entiéndase fuerza militar y policía nacional, cuando éstos comentan un delito relacionado con el servicio mismo.

(...) Sobre el particular, vale la pena recordar lo dicho por esta Corporación en la sentencia C-081 de 1996, en el sentido de precisar que el legislador tiene limitada su libertad de configuración, cuando ha sido directamente el Constituyente el que ha definido o delimitado una institución o un concepto dentro del texto constitucional mismo.

(...) Le corresponde a esta Corporación, en cumplimiento de su función de salvaguarda de la integridad y supremacía de la Constitución, y con el objeto de mantener la especialidad de la jurisdicción militar, a efectos de no desnaturalizar el carácter excepcional que el Constituyente quiso para ésta, señalar que el artículo 2 de la ley 522 de 1999 es exequible, si él se interpreta con un carácter restrictivo, en el sentido de entender que los delitos relacionados con el servicio, son aquellos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, cuando los mismos se deriven directamente del ejercicio de la función militar o policial que la Constitución les ha asignado.

(...) De permitirse a la jurisdicción penal militar asumir el conocimiento de los llamados delitos comunes *per se*, se desconocería no sólo el principio del juez natural, en cabeza de la jurisdicción ordinaria, artículo 29 de la Constitución, sino el derecho a la igualdad, artículo 13, pues en razón de la pertenencia a una organización determinada, en este caso a la fuerza pública, se estaría generando una diferencia en cuanto al órgano llamado a ejercer el juzgamiento de conductas delictivas que no requieren de una cualificación específica del sujeto que las realiza.

(...) ha de entenderse que existen delitos no enunciados en el artículo 3 de la ley 522 de 1999 que, por su misma naturaleza, no pueden ser considerados "relacionados con el servicio" y como tales, en ningún caso podrán ser de conocimiento de la justicia castrense. En todos estos casos, corresponderá a la justicia ordinaria aprehender la investigación y juzgamiento de esta clase de conductas.<sup>89</sup> (subrayas nuestras)

Posteriormente se expide la ley 1407 de 2010 (Código Penal Militar), y en su artículo 3° también se establece taxativamente algunas conductas que estarían por fuera de la órbita de conocimiento de la Justicia Penal Militar, entre las que se encuentran las infracciones al derecho internacional humanitario. La Corte en este caso mediante dos sentencias C-533 de 2008 y C-469 de 2009, declara nuevamente la exequibilidad condicionada del artículo considerando lo que se había establecido en las objeciones gubernamentales al proyecto de ley, y lo que la Corte había establecido en la sentencia C-878 de 2000, respecto a que no podían limitarse las conductas que no son competencia de la Justicia Penal Militar a las expresamente señaladas en el artículo 3° de dicha ley.

El artículo 3° de la ley 1407 de 2010 (Código Penal Militar) dispone lo siguiente:

ARTÍCULO 3o. *DELITOS NO RELACIONADOS CON EL SERVICIO*. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, en ningún caso podrán relacionarse con el servicio los delitos de tortura, genocidio, desaparición forzada, de lesa humanidad o aquellos que atenten contra el **Derecho Internacional Humanitario entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia**, ni las conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio. (énfasis agregado)

En ese entonces, se reconoce que las infracciones al derecho internacional humanitario son delitos que **no** tienen relación con el servicio de la fuerza pública, es interesante ver que dos o tres años después, el acto legislativo 02 de 2012, se modifica la naturaleza del derecho internacional humanitario, para considerarlo como un delito que tiene relación con el servicio, y además se pasa de tener en cuenta los términos definidos en convenios y tratados internacionales, para pasar al desconocimiento de los mismos en el acto legislativo 02 de 2012, como se demostrará más adelante.

La Corte Constitucional se pronunció sobre este artículo declarando su exequibilidad condicionada:

(...) Los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo, pero que no tengan relación directa con el mismo servicio no están cobijadas por el fuero militar y por ello a la justicia penal militar no le corresponde investigarlos y sancionarlos.

(...) La justicia penal militar constituye una excepción constitucional a la regla del juez natural general por lo que su ámbito de acción debe ser interpretado de manera restrictiva. Así, un delito tendrá relación con el servicio únicamente en la medida en que haya sido cometido en el marco del cumplimiento de la labor, es decir, del servicio que ha sido asignada por la Constitución y la ley a la fuerza pública (...)

La Corte reitera que la jurisdicción penal militar no es competente para conocer de conductas que correspondan a delitos de lesa humanidad, actos violatorios del

---

89 Sentencia C-878 de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, 12 de julio del 2000.

Derecho Internacional Humanitario, como tampoco de aquellas conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio.<sup>90</sup> (subrayas nuestras)

La Corte Constitucional ha establecido con claridad qué tipo de delitos son los que debe conocer la justicia penal militar dada la especificidad de sus funciones atribuidas por la misma Constitución, y son aquellas conductas que tienen que ver con la disciplina, el decoro y el honor, las cuales la Corte Constitucional considera como fuente del derecho penal militar. Fuera de los delitos relacionados con estas conductas, la justicia penal militar no puede tener competencia para conocer de los demás delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública, porque sustituiría las funciones que el Constituyente ha atribuido a la justicia ordinaria.

Según lo ha señalado esta Corporación en abundante y reiterada jurisprudencia, *el fuero penal militar se explica a partir de las claras diferencias que existen 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.

(...) la Fuerza Pública se conduce bajo los principios de jerarquía y subordinación, siendo a su vez soporte inmodificable e insustituible de la vida militar la disciplina, el decoro y el honor, los cuales comportan condiciones esenciales y específicas de toda fuerza institucional armada que le permiten actuar como garante para la defensa de las instituciones. En ese entendido, los principios y condiciones que la gobiernan, que no suelen tener relevancia en la vida civil, sí presentan claras y profundas consecuencias en el escenario de la vida militar, no solo por el hecho de constituirse en pilar fundamental para la existencia de la fuerza pública, sino además, porque son la principal fuente del derecho penal militar, en cuanto de los mismos emanan conductas que comprometen los objetivos básicos de la actividad castrense y, por tanto, comportamientos reprochables constitutivos de los llamados delitos militares.

(...)

Sobre esa base, en la Sentencia C-457 de 2002 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), la Corte explicó que la razón de ser de la Justicia Penal Militar radica, “de una parte, en las reglas de conducta particulares a que se encuentran subordinados los miembros de la fuerza pública y, de otra, en la estrecha relación que existe entre esas reglas particulares de comportamiento, el uso de la fuerza y la especial índole de las conductas que les son imputables”; siendo tales circunstancias las que imponen la institucionalización de una jurisdicción específica para la materialización de la justicia penal en el campo de la fuerza pública, toda vez que las mismas son en esencia incompatibles con las reglas generales y comunes que el orden jurídico existente ha establecido para la jurisdicción ordinaria.<sup>91</sup> (subrayas nuestras)

Con el acto legislativo 02 de 2012 se pretende nuevamente ampliar la competencia de la Justicia Penal Militar para conocer delitos que ya la Corte Constitucional, clara y reiteradamente, ha establecido no son de su competencia, como son las violaciones a los derechos humanos, infracciones al derecho internacional humanitario, crímenes de guerra.

90 Sentencia C-533 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, 28 de mayo de 2008.

91 Sentencia C-737 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil, 30 de agosto de 2006.

La Corte Constitucional se refirió al carácter restrictivo y excepcional de la justicia penal militar, y a los límites del legislador en su libertad de configuración cuando la Constitución ha delimitado o definido una institución o un concepto, en este caso, la justicia penal militar.

Sobre el particular, vale la pena recordar lo dicho por esta Corporación en la sentencia **C-081 de 1996**, en el sentido de precisar que el legislador tiene limitada su libertad de configuración, cuando ha sido directamente el Constituyente el que ha definido o delimitado una institución o un concepto dentro del texto constitucional mismo.

*“... si la determinación de los elementos estructurales de un concepto es más o menos completa, esto hace más estricto el control constitucional del acto normativo que desarrolla el mencionado concepto pues, en tales casos, el Constituyente ha limitado el ámbito de acción del legislador.*

(...)

Interpretación ésta que ampliaría, en forma contraria a los preceptos constitucionales que establecen el principio del juez natural y el carácter excepcional de la jurisdicción militar, la competencia de ésta, hecho que obligaba al legislador a establecer todas las limitantes que fuesen necesarias, para no hacer de este instituto de excepción la regla general, desconociendo así, la competencia privativa que tiene la jurisdicción ordinaria de conocer los delitos denominados comunes, en contraposición de aquellos que, por su naturaleza, sólo pueden cometer quienes pertenecen a la fuerza pública.

Sobre este particular, en sentencia C-399 de 1995, se había dicho que *“La Constitución establece el fuero militar como una excepción a la competencia general de la jurisdicción ordinaria, por lo cual sus alcances deben ser determinados en forma estricta y rigurosa, no sólo por la ley sino también por el intérprete, pues es un principio elemental de la hermenéutica constitucional que las excepciones son siempre de interpretación restrictiva, con el fin de no convertir la excepción en regla.”* (subrayas fuera de texto).<sup>92</sup> (subrayas nuestras)

Se sustituye así, parcial y tácitamente, el principio de separación de poderes, el principio de igualdad y del juez natural, ampliando la competencia de la justicia penal militar para conocer de aquellos delitos que deben ser de exclusiva competencia de la justicia ordinaria. También se sustituye parcial y tácitamente el principio de igualdad en la medida que no hay ninguna razón para que los delitos que cometen los miembros de la fuerza pública que rompen la relación con el servicio, es decir delitos comunes, sean conocidos por la justicia penal militar, cuando los demás ciudadanos que puedan cometer este tipo de delitos son investigados y juzgados por la justicia ordinaria, otorgando un privilegio y una diferenciación no justificada frente a delitos que no requieren de una cualificación.

Es necesario decir que habiendo un pronunciamiento anterior de la Corte Constitucional, respecto a la ampliación del fuero penal militar, considerando exequibles condicionalmente las normas que establecían tal ampliación, recordamos la obligatoriedad de respetar el precedente jurisprudencial de la Corte:

(...) El respeto a los precedentes constitucionales, entendidos como reglas judiciales emanadas de la interpretación de una norma superior para la solución de un caso concreto, cumple funciones esenciales en los ordenamientos jurídicos, incluso en los sistemas de derecho legislado como el colombiano. Por ello, tal y como esta Corte lo ha señalado, todo tribunal, y en especial el juez constitucional, debe ser consistente con sus decisiones previas (...)

---

92 Sentencia C-878 de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, 12 de julio de 2000.

Ahora bien, a este respecto no sobra recordar que **la existencia de un precedente** supone la existencia de una regla específica sobre el contenido y alcance de la disposición constitucional concretamente aplicable al caso. El precedente esta constituido así por aquellos apartes específicos y concretos de las sentencias de tutela o de constitucionalidad, que tienen relación “estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive” de la decisión. En este sentido, en la sentencia SU-047 de 1999, la Corte señaló que aquella parte de las sentencias **que se denomina precedente o ratio decidendi** (...)

(...) De allí que se pueda **definir el precedente aplicable, como aquella sentencia anterior y pertinente cuya ratio conduce a una regla - prohibición, orden o autorización- determinante para resolver el caso, dados unos hechos y un problema jurídico, o una cuestión de constitucionalidad específica, semejantes.”**

En suma, el desconocimiento de la jurisprudencia en vigor como causal de nulidad está supeditado, en cualquier caso, a la existencia de un precedente jurisprudencial consolidado. Es decir, que estemos frente a un número específico de decisiones en un mismo sentido que conforma una posición jurídica frente a un tema y que tiene efecto vinculante para los jueces de la república, siendo por lo tanto un concepto eminentemente **cualitativo**.<sup>93</sup> (subrayas nuestras)

Considerando la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la obligación de respetar el precedente jurisprudencial, que en el caso presente, al tratarse de una ampliación del fuero penal militar, la cual sustituye elementos básicos y axiales de la Constitución Política de 1991, solicitamos que se reitere la *ratio decidendi* de su jurisprudencia, y en este caso concreto, por tratarse de una sustitución parcial de la Constitución, se declare la inconstitucionalidad de los incisos 2, 3, 4 y 5 del artículo 3º y el artículo 4º transitorio del acto legislativo 02 de 2012, y no simplemente la exequibilidad condicionada, y exhorte a la rama ejecutiva, en cabeza del Presidente de la República y el Ministro de Defensa y al Congreso de la República, a cesar en su intención de ampliar el fuero penal militar, en esta ocasión, extralimitándose el legislativo en su competencia para reformar la Constitución, lo cual podría constituir inclusive un fraude a la Constitución.

En consecuencia, en aras de dar coherencia al sistema jurídico que se ha construido sobre la base de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual, mediante sendos pronunciamientos jurisprudenciales sobre la misma materia que nos ocupa, ha determinado que la ampliación al fuero penal militar a aquellos delitos que no tienen relación directa con el servicio, cometidos por un miembro de la fuerza pública (supuesto de hecho), son contrarios a la Constitución (consecuencia jurídica), en el caso presente, se debería proceder a la declaración de inconstitucionalidad de la norma que pretende sustituir parcialmente la Constitución al establecer dicha ampliación al fuero penal militar, por cuanto sustituye elementos fundamentales de la misma.

#### **a) Obligación del Estado colombiano de investigar las violaciones a los derechos humanos.**

El acto legislativo 02 de 2012, al establecer que *Las infracciones al derecho internacional humanitario cometidos por miembros de la fuerza pública, salvo los delitos anteriores, serán conocidas exclusivamente por las cortes marciales o tribunales militares o policiales* (inciso 2 artículo 3º), al determinar que *la conducta de los miembros de la fuerza pública en relación con el conflicto armado sea investigada y juzgada por las autoridades judiciales, se aplicará siempre el derecho internacional humanitario* (inciso 3, artículo 3º) y al establecer un plazo en el que la

---

93 Auto 330 de 2010, M.P. Mauricio González Cuervo, 12 de octubre de 2010.



Fiscalía General de la Nación debe revisar las investigaciones que se adelantan contra miembros de la fuerza pública bajo los parámetros establecidos en el inciso 1 y 2 del artículo 3 del acto legislativo (artículo 4º transitorio ), está sustituyendo también tácita y parcialmente la obligación del Estado colombiano de investigar adecuadamente, mediante un juez o tribunal competente y de manera seria las violaciones a los derechos humanos.

El Estado colombiano tiene la obligación de investigar las violaciones a los derechos humanos en virtud de los tratados de derechos humanos que ha suscrito, de acuerdo con los principios del derecho internacional de los derechos humanos, de los principios del derecho internacional humanitario, y según el principio de *pacta sunt servanda*, contenido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969 el cual obliga a los Estados en su artículo 26 y 27 a:

**26. "Pacta sunt servanda".** Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

**27. El derecho interno y la observancia de los tratados.** Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

Las investigaciones y juicios que realice el Estado colombiano han de ser acorde con los principios y derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la justicia, los cuales han sido establecidos en la Constitución Política de 1991, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y la interpretación que sobre ellos hacen los organismos autorizados.

Entre estos principios ha de respetarse el derecho al juez natural, que en el caso de las violaciones a los derechos humanos, los delitos de lesa humanidad, las infracciones al derecho internacional humanitario, los crímenes de guerra, es la justicia ordinaria, y en todo caso, nunca por la justicia penal militar. Para la investigación plena y efectiva el Estado colombiano ha de tener en cuenta los estándares internacionales.

Al respecto la Corte Interamericana de Derecho Humanos ha reiterado en varias de sus sentencias la obligación que tiene el Estado de evitar y combatir la impunidad, especialmente en casos de violaciones a los derechos humanos:

En reiteradas oportunidades el Tribunal ha señalado que el Estado tiene el deber de evitar y combatir la impunidad, que la Corte ha definido como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana”. Al respecto, la Corte ha advertido que [...] el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares.<sup>94</sup>

Respecto a la competencia de los tribunales militares para juzgar hechos constitutivos de violaciones a los derechos humanos y con ello a la Convención Americana sobre Derechos Humanos la Corte Interamericana ha reiterado también que los tribunales militares están en contradicción con los principios de autonomía e imparcialidad.

En un Estado democrático de Derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses

<sup>94</sup> Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109. párr. 175.

jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Así, debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.

En el presente caso, los militares encargados de la debelación del motín ocurrido en el penal El Frontón hicieron un uso desproporcionado de la fuerza que excedió en mucho los límites de su función, lo que provocó la muerte de un gran número de reclusos. Por lo tanto, los actos que llevaron a este desenlace no pueden ser considerados delitos militares, sino delitos comunes, por lo que la investigación y sanción de los mismos debió haber recaído en la justicia ordinaria, independientemente de que los supuestos autores hubieran sido militares o no.

(...)

La Comisión alegó que el fuero privativo militar no ofrecía las garantías mínimas de independencia e imparcialidad requeridas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8.1 de la Convención y que, por lo tanto, no constituía un recurso efectivo para proteger los derechos de las víctimas y sus familiares y remediar los daños causados, violando también lo dispuesto en el artículo 25 de la misma.<sup>95</sup> (subrayas nuestras)

En este caso la Corte Interamericana no solamente reitera que los tribunales militares no tienen competencia para juzgar delitos que no tienen relación con el servicio, sino que además la justicia penal militar no ofrece las garantías mínimas de independencia e imparcialidad cuando se trata de juzgar delitos que no tienen relación con el servicio, y por tanto vulnera los derechos de las víctimas a un recurso efectivo.

En el caso Velásquez Rodríguez la Corte Interamericana acentúa la importancia de las obligaciones de respetar los derechos y libertades consagrados en la Convención, y la obligación de los Estados de investigar las violaciones a los derechos humanos, especialmente las cometidas por agentes estatales:

La primera obligación asumida por los Estados Partes, en los términos del citado artículo, es la de "respetar los derechos y libertades" reconocidos en la Convención. El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado. Como ya lo ha dicho la Corte en otra ocasión,

... la protección a los derechos humanos, en especial a los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en los que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal (La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 21).

La segunda obligación de los Estados Partes es la de "garantizar" el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces

---

95 Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68. párr. 116-120. *Cfr.* Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco vs. México*, *Supra* nota XXX, párr. 273; *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, *Supra* nota XXX, párr. 160.

de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.

(...)

El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación.<sup>96</sup> (subrayas nuestras)

En este caso la Corte Interamericana nuevamente se preocupa no solamente por señalar las obligaciones del estado de respetar, garantizar y abstenerse de las violaciones a los derechos humanos, sino que además reitera que el Estado debe garantizar los derechos de las personas víctimas de dichas violaciones.

En el caso de Leidy Dayán Sánchez, la Corte Interamericana es enfática en decir que la justicia penal militar impide el acceso a un recurso judicial efectivo e imparcial:

El sistema de la justicia penal militar tiene varias características singulares que impiden el acceso a un recurso judicial efectivo e imparcial en esta jurisdicción. En primer lugar, el fuero militar no puede ser siquiera considerado como un verdadero sistema judicial. El sistema de justicia militar no forma parte del Poder Judicial del Estado colombiano. Esta jurisdicción es operada por las fuerzas de la seguridad pública y, en tal sentido, queda comprendida dentro del Poder Ejecutivo. Quienes toman las decisiones no son jueces de la carrera judicial y la Fiscalía General no cumple su papel acusatorio en el sistema de la justicia militar”.<sup>97</sup>

Por permitir la prevalencia de la jurisdicción penal militar sobre la jurisdicción ordinaria respecto de casos de graves violaciones de derechos humanos, el Estado Colombiano fue declarado responsable internacionalmente en los casos Caso Caballero Delgado y Santana (1995), Caso Las Palmeras (2001) Caso 19 Comerciantes (2004), Caso Masacre de Mapiripán (2005), Caso Gutierrez Soler (2005) Caso Masacre de Pueblo Bello (2006), Caso Masacres de la Rochela (2007), y Caso Escué Zapata (2007).<sup>98</sup>

De la misma forma se ha pronunciado el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en 1992 y 1997, en el marco del examen de los informes presentados por los Estados Partes de conformidad con el artículo 40 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos en el sentido que se debe limitar la competencia de las fuerzas militares, de manera que las investigaciones y el juzgamiento de las violaciones a los derechos humanos correspondan a la justicia ordinaria:

(...) fortalezca las salvaguardias para el individuo ante las fuerzas armadas; limite la competencia de los tribunales militares a las cuestiones internas de disciplina y asuntos análogos de manera que las violaciones de los derechos de los ciudadanos correspondan a la competencia de los tribunales civiles, y disuelva todos los grupos

96 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4. párr. 165-167, 174.

97 CIDH. Informe N° 43/08, Caso 12.009 - Fondo – Leydi Dayán Sánchez, Colombia, 23 de julio de 2008, párrs. 76 y 77.

98 Jomary Ortigón, Lo lamentable, lo preocupante y lo inaceptable del proyecto de reforma constitucional al fuero penal militar, Corporación Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, 22 de noviembre de 2012. Disponible en: <http://www.colectivodeabogados.org/Lo-lamentable-lo-preocupante-y-lo#nb6>

paramilitares.<sup>99</sup>

De igual manera, los relatores Especiales sobre Tortura y Ejecuciones Extrajudiciales de Naciones Unidas, señalaron que:

el sistema de justicia militar garantiza la impunidad de actos como la ejecución sumaria, la tortura y la desaparición forzada (...) Por lo tanto, la única medida apropiada sería la eliminación de esos actos del ámbito de la justicia militar.<sup>100</sup>

La Corte Constitucional también se ha pronunciado acerca de los límites que debe tener el fuero penal militar para que este no se convierta en un privilegio estamental.

El miembro de la fuerza pública, así se encuentre en servicio activo, ha podido cometer el crimen al margen de la misión castrense encomendada: en este caso, el solo hecho de estar en servicio activo **no lo exime de ser sometido al derecho penal común**. Las prerrogativas y la investidura que ostentan los miembros de la fuerza pública pierden toda relación con el servicio cuando deliberadamente son utilizadas para cometer delitos comunes, los cuales no dejan de serlo porque el agente se haya aprovechado de las mencionadas prerrogativas e investidura, ya que ellas no equivalen a servicio ni, de otro lado, tienen la virtud de mutar el delito común en un acto relacionado con el mismo (...)

(...) se parte de la definición del fuero penal militar como una excepción a la regla del juez natural general. Ello significa que en todos aquellos casos en los que no aparezca diáfano la relación directa del delito con el servicio **habrá de aplicarse el derecho penal ordinario** (...) <sup>101</sup> (énfasis agregado)

La Corte Constitucional por medio de sus sentencias de constitucionalidad ha protegido también el derecho al debido proceso dentro del cual se encuentra el principio del juez natural:

Este principio constituye elemento medular del debido proceso, en la medida en que desarrolla y estructura el postulado constitucional establecido en el artículo 29 superior.

(...)

Debe señalarse finalmente que la jurisprudencia ha puntualizado que la garantía del juez natural tiene una finalidad más sustancial que formal, habida consideración que lo que protege no es solamente el claro establecimiento de la jurisdicción encargada del juzgamiento previamente a la comisión del hecho punible, sino la seguridad de un juicio imparcial y con plenas garantías para el procesado.

En este sentido la Corte ha tenido oportunidad de hacer énfasis en que el respeto al debido proceso en este campo, concretado en el principio de juez natural, implica la garantía de que el juzgamiento de las conductas tipificadas como delitos será efectuado, independiente de la persona o institución en concreto, por los funcionarios y órganos que integran la jurisdicción ordinaria.<sup>102</sup> (subrayas nuestras)

Queda claro que tanto para la jurisprudencia nacional como internacional, la competencia de la justicia penal militar es limitada y excepcional, y que en ningún caso el fuero penal militar puede ser extendido a las violaciones de los derechos

---

99 Ibid.

100 Ibid.

101 Sentencia C-358 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, 05 de agosto de 1997.

102 Sentencia C-200 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis, 19 de marzo de 2002. *Cfr.* Sentencia C-208 de 1993; Sentencia C-1064 de 2002; Sentencia C-504 de 2007; Auto 082 de 2010.

humanos, así como de las infracciones al derecho internacional humanitario y los delitos de lesa humanidad, por cuanto estas conductas rompen el nexo con el servicio.

Asimismo, es claro que la justicia penal militar no constituye un tribunal que garantice la efectividad de la investigación y juzgamiento de los delitos comunes cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo, sino que la investigación y juzgamiento de estos delitos corresponde a la justicia ordinaria.

Así, los incisos 2, 3, 4, 5 y 6 del artículo 3º, y el artículo 4º Transitorio del acto legislativo 02 de 2012, sustituyen parcialmente la Constitución Política de 1991 al ampliar el fuero penal militar, otorgar competencia a la justicia penal militar para investigar y juzgar conductas delictivas que no tienen relación con el servicio, como las violaciones a los derechos humanos, las infracciones al derecho internacional humanitario, los delitos de lesa humanidad, los crímenes de guerra, por atribuir a la justicia penal militar funciones que son exclusivas de la justicia ordinaria y sustituir de esta manera al juez natural que es la justicia ordinaria para conocer de dichos delitos, configurando de esta manera una sustitución tácita y parcial de la obligación del Estado colombiano de investigar de manera profunda, adecuada, seria y ante tribunales competentes las violaciones a los derechos humanos .

**b) Principio de supremacía de la Constitución Política - Complementariedad y convergencia del derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos – Bloque de constitucionalidad.**

Los incisos 2 y 3 del artículo 3º, y el artículo 4º Transitorio del acto legislativo 02 de 2012, sustituyen la Constitución Política de 1991, al sustituir tácita y parcialmente el principio de la supremacía de la Constitución Política, que se encuentra consagrado, entre otros, en el Preámbulo, artículos 1, 2, 3, 4, 5, 9, 93, 94, num. 2 art. 214 y 230 de la Constitución Política de 1991, sustituyendo tácita y parcialmente el concepto de bloque de constitucionalidad y al sustituir tácita y parcialmente las funciones otorgadas por la Constitución Política a la Corte Suprema de Justicia y a la Corte Constitucional.

Para iniciar esta argumentación, lo primero que es necesario decir es que el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario son plexos normativos complementarios. Estos dos sistemas de derecho internacional convergen en los análisis que se quiera hacer en materia de investigación, juzgamiento y establecimiento de responsabilidad del Estado frente a las violaciones a los derechos humanos y las infracciones al derecho internacional humanitario.

En nuestro criterio, el acto legislativo 02 de 2012, parte de un presupuesto errado, y es ver el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) y el derecho internacional humanitario (DIH) como sistemas separados, independientes y que no se interrelacionan.

La jurisprudencia nacional e internacional, así como órganos internacionales de derechos humanos han sido reiterativos en mostrar la importancia de tener en cuenta ambos cuerpos normativos cuando se analizan situaciones concretas, en especial aquellas que tienen que ver con los contextos que se ven afectados por un conflicto armado, y de tener en cuenta la interpretación de los tratados internacionales sobre derechos humanos, que han hecho los organismos competentes para ello.

El acto legislativo 02 de 2012 al establecer en el inciso 2 y 3 del artículo 3º y en el artículo 4º Transitorio que las infracciones al DIH cometidas por miembros de la Fuerza Pública, serán conocidas *siempre* (exclusivamente) por las cortes marciales o tribunales militares o policiales, y que la conducta de los miembros de la Fuerza

Pública en relación con un conflicto armado sea investigada y juzgada por las autoridades judiciales, aplicando *siempre* el DIH, sustituye la Constitución Política de 1991, en la medida que en el marco del conflicto armado interno no se podrá acudir a otros elementos normativos diferentes al DIH, para investigar o juzgar las actuaciones de los miembros de la fuerza pública, sustituyendo tácita y parcialmente los incisos 1 y 2 del artículo 93 y el artículo 94 de la Constitución Política de Colombia, en los cuales se reconoce la primacía de los tratados de derechos humanos ratificados por el Estado colombiano, algunos de los cuales se incorporan en el ordenamiento jurídico interno mediante la figura del bloque de constitucionalidad, así como el reconocimiento de derechos y garantías que aunque no están enunciadas en la Constitución Política o en los convenios internacionales, son inherentes de la persona humana.

El artículo 93 de la Constitución Política establece que la interpretación de los derechos y deberes consagrados en la Constitución debe hacerse de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Nótese que este artículo abarca todos y cada uno de los derechos y deberes consagrados en la Constitución sin exclusión alguna.

El inciso 2 y 3 del artículo 3° y en el artículo 4° Transitorio del acto legislativo 02 de 2012, al establecer que las infracciones al DIH serán conocidas exclusivamente por la justicia penal militar y que en todas las investigaciones y el juzgamiento que se adelantan contra miembros de la fuerza pública en relación con el conflicto armado se aplicará siempre el DIH, sustituye tácita y parcialmente el artículo 93 y 94 de la Constitución Política, al desconocer que existen otros tratados internacionales sobre derechos humanos, así como derechos y garantías que no se encuentran en la Constitución pero que son inherentes a la persona humana, los cuales han de tenerse en cuenta para las investigaciones y juzgamiento de la conducta de la fuerza pública, especialmente cuando presuntamente se han cometido violaciones a los derechos humanos, infracciones al derecho internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra.

El acto legislativo 02 de 2012 excluye así, tácita y parcialmente, a los miembros de la fuerza pública de la observancia y de la aplicación del artículo 93 y 94 de la Constitución Política, cuando se trata de investigarles y juzgarles por conductas relacionadas con el conflicto armado, y por conductas que no tienen relación con el servicio.

Se sustituye, no solamente la competencia de la justicia ordinaria para investigar y juzgar los delitos comunes cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo, sino que además se restringe la competencia de los organismos encargados de investigar y juzgar a los miembros de la fuerza pública quienes no podrán aplicar en su integridad el artículo 4, 93, 94 y 230 de la Constitución, al estar limitados para acudir a tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, para realizar su labor de investigación, juzgamiento, sanción y garantía de los derechos de las personas víctimas.

Además la justicia ordinaria estará limitada en el ejercicio de sus funciones, reduciéndolas a la aplicación del DIH, con el agravante que, aunque el DIH es obligatorio para el Estado colombiano por ser parte del *ius cogens* y por hacer parte del Bloque de Constitucionalidad, algunas de las conductas establecidas en el marco del derecho humanitario, no se encuentra plenamente tipificadas en el ordenamiento jurídico colombiano.

Frente a la Complementariedad del DIDH y del DIH, tanto la doctrina como la jurisprudencia han determinado que ambos plexos normativos están interrelacionados

por contener normas imperativas que están dirigidas a la protección de la persona humana y a garantizar unos estándares mínimos de respeto por la dignidad humana:

Según la distinguida jurista estadounidense, Cristina Cerna, existe interrelación entre ambos sistemas lo que permite que las organizaciones regionales intergubernamentales de D. H.,- la Europea y la Inter Americana-, apliquen, a la par del Derecho Internacional de los D. H., el D. I. Humanitario y para ello identifica, “específicamente, las Convenciones de Ginebra de 1949 o los principios generales derivados de estas convenciones, a sus Estados miembros en situaciones de conflictos armados” (...) Por otra parte añade que hasta 1968 parecía que existían dos regímenes paralelos: el de los Derechos Humanos que se aplica en tiempos de paz y el Derecho Humanitario que se aplica en tiempos de guerra, paralelismo que se diluye al entrar en vigor, primero, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 y su Protocolo de 1976; luego, los Protocolos de 1977 a las cuatro convenciones de Ginebra de 1949 y, finalmente, al esclarecerse que en casos de conflictos armados internos no sólo es aplicable el Derecho de Ginebra sino también, el Derecho Internacional general y determinados principios generales del Derecho. Las cláusulas derogatorias de las convenciones de derechos humanos en situaciones y casos de emergencia precisamente proveen -según sostiene la colega Cerna- “una ventana de oportunidad para la aplicación de las normas de derechos humanos durante períodos de conflictos armados internos ” (...)<sup>103</sup>

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos examinando cuales tratados se encuentran dentro y cuales fuera del ámbito de su competencia consultiva, según quienes sean partes a dichos tratados, y el origen de los convenios, incluyendo los tratados regionales y extra regionales que los órganos regionales de derechos humanos pueden aplicar, sostuvo en su Opinión Consultiva del 24 de septiembre de 1982 que:

excluir a priori de su competencia consultiva tratados internacionales que obliguen a Estados Americanos en materias concernientes a la protección de los derechos humanos, constituiría una limitación a la plena garantía de los mismos, en contradicción con las reglas consagradas por el art 29.

El propósito de la integración del sistema regional con el universal se advierte, igualmente, en la práctica de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, perfectamente ajustada al objeto y fin de la Convención, de la Declaración Americana sobre Derechos Humanos y del Estatuto de la Comisión. En varias ocasiones y en sus informes y resoluciones, la Comisión ha invocado correctamente “otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos” con prescindencia de su carácter bilateral o multilateral o de que se hayan adoptado o no dentro del marco y bajo los auspicios del sistema interamericano.<sup>104</sup>

El preámbulo del segundo protocolo consigna que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos ofrecen a la persona humana una protección fundamental, subrayando la necesidad de garantizar una mejor protección a las víctimas de los conflictos armados que no tienen carácter internacional, por lo que se recuerda que, en los casos no previstos por el derecho vigente, la persona humana queda bajo la salvaguardia de los principios de humanidad y de las existencias de la conciencia pública, estableciendo con ello y con motivo de un conflicto armado interno un esquema de interpenetración entre el Derecho Internacional de los D. Humanos y el D. I. Humanitario, por lo que se incluyeron disposiciones relacionadas con el trato humano, los heridos, enfermos, naufragos y la población civil.<sup>105</sup>

103 Francisco Villagrán Kramer, “Los crímenes internacionales ante las cortes penales internacionales y de derechos humanos”, en *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José, Costa Rica, 1998. p. 1574.

104 Ibid. 1576.

105 Ibid. 1583.

En este sentido, los tribunales internacionales de derechos humanos, a la par que ejercen jurisdicción con efectos reparatorios tratándose de violaciones a los derechos humanos establecidos en el derecho internacional convencional y en el derecho interno de los Estados que aceptan su jurisdicción, pueden, así mismo, ejercerla con alcances reparatorios cuando los Estados que aceptan su jurisdicción violan las garantías judiciales o incurren en denegación de justicia, independientemente de si se trata de crímenes establecidos por el derecho interno, de crímenes contra el Derecho de Gentes o de crímenes contra el Derecho Internacional Humanitario, incluyendo la violación de derechos que conforme al D. I. general son derechos humanos fundamentales.

Por lo que a otra clase de violaciones al D. I. Humanitario concierne, los tribunales de Derechos Humanos pueden apreciar, no sólo la interrelación o interpenetración normativa entre los sistemas de D.I. Humanitario y de D. Humanos sino, también, que conforme a sus estatutos básicos, su jurisdicción no es tan amplia como la de la C.I.J. y tampoco derecho aplicable es tan extenso como el que la C.I.J. puede aplicar.<sup>106</sup> (subrayas nuestras)

Al respecto la doctrina y la jurisprudencia han determinado que:

El derecho internacional de los derechos humanos (Dih) es un sistema de normas diseñadas para proteger y promover los derechos humanos de todas las personas. Estos derechos son con frecuencia expresados y garantizados por el derecho, en la forma de tratados, la costumbre internacional, los principios generales y el llamado *soft law*. (...) Sin embargo, el Dih tiene que ser aplicado igualmente por ambas partes en cualquier conflicto armado, sin importar que haya sido ocasionado por una causa justa<sup>107</sup>.

Durante años, se hizo diferencia entre el Didh y el Dih, en donde el primero se aplica a tiempos de paz y el segundo a situaciones de conflicto armado. El derecho internacional moderno, sin embargo, reconoce que esta distinción es inapropiada. Actualmente es mundialmente reconocido por la comunidad internacional que desde que las obligaciones de los derechos humanos derivan del reconocimiento de los derechos inherentes a todos los seres humanos, y que estos derechos pueden ser afectados en tiempos de paz o en tiempos de guerra, por lo cual, el Didh continúa siendo aplicable en situaciones de conflicto armado. Aún más, nada en los tratados de derechos humanos indica que estos no serán aplicables en tiempos de conflictos armados. Como resultado, el Didh y el Dih, son considerados fuente de obligaciones en situaciones de conflicto armado<sup>108</sup>.

Por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos, en su Observación General N° 29 (2001) y 31 (2004), reiteró que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) aplica también en situaciones de conflicto armado. El Consejo de Derechos Humanos, en su Resolución 9/9, determina que el Didh y el Dih son complementarios y se refuerzan mutuamente. El Consejo consideró que los derechos humanos requieren igual protección y que la protección de los derechos humanos continúa en los conflictos armados, teniendo en cuenta cuando el Dih se aplica como *lex specialis*. Al Consejo también reiteró que deben tomarse las medidas para garantizar y monitorear los derechos humanos en especial consideración de la población civil en situaciones de conflicto armado, incluyendo a las personas bajo ocupación extranjera, y se deben tomar medidas efectivas de protección en contra de posibles violaciones a los derechos humanos de acuerdo con el Didh y el Dih<sup>109</sup>. (subrayas nuestras)

106 Ibid. 1592.

107 United Nations, *International legal protection of human rights in armed conflicts*, Office of the High Commissioner for Human Rights (New York and Geneva: United Nations, 2011), 5 (traducción propia).

108 Ibid., 5-6.

109 Ibid., 6. Cfr. Resolución 60/147 mediante la cual la Asamblea General adoptó los principios y



En la observación general N° 29 del Consejo de Derechos Humanos sobre la suspensión de obligaciones durante un estado de excepción (artículo 4), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se establece que:

(...) el párrafo 1 del artículo 4 establece que ninguna disposición que suspenda obligaciones contraídas en virtud del Pacto puede ser incompatible con las demás obligaciones que impone a los Estados Partes el derecho internacional, especialmente las normas del derecho internacional humanitario. El artículo 4 del Pacto no puede interpretarse como justificación para suspender la aplicación de disposiciones del Pacto si tal suspensión entraña el incumplimiento de otras obligaciones internacionales del Estado, contraídas ya sea en virtud de un tratado o del derecho internacional general. Esto también se recoge en el párrafo 2 del artículo 5 del Pacto, según el cual no podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos en otros instrumentos so pretexto de que el Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

(...) Los Estados Partes no pueden en ningún caso invocar el artículo 4 del Pacto como justificación de actos que violan el derecho humanitario o normas imperativas de derecho internacional (...)

(...) Como ciertos elementos del derecho a un juicio imparcial están explícitamente garantizados por el derecho internacional humanitario en tiempo de conflicto armado, el Comité no encuentra ninguna justificación para suspender dichas garantías durante cualquier otra situación de excepción. (subrayas nuestras)

El mismo Consejo en la observación general N° 31 sobre la índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, establece que:

(...) Tal como está implícito en la Observación general N° 29, el Pacto se aplica también en situaciones de conflicto armado a las que son aplicables las normas del derecho humanitario internacional. Si bien, con respecto a determinados derechos del Pacto, normas más específicas del derecho humanitario internacional pueden ser directamente pertinentes a los efectos de la interpretación de los derechos del Pacto, ambas esferas del derecho son complementarias y no mutuamente excluyentes. (subrayas nuestras)

En este sentido, hay que resaltar que tanto el DIH como el DIDH, tienen fines comunes los cuales son la protección de los derechos mínimos fundamentales de las personas, y en la garantía del respeto por la dignidad humana.

Ahora bien, mientras que el Didh y el Dih tienen diferentes raíces históricas y doctrinales, ambos comparten el objetivo de proteger a todas las personas y están fundamentados en el principio por el respeto de la vida, el bienestar y la dignidad humana de la persona. Desde una perspectiva legal, ambos, encuentran sus fuentes en una serie de tratados internacionales, que han sido reforzados y complementados por la costumbre internacional. Teniendo en cuenta que el Didh es aplicable en todo tiempo y el Dih solamente en tiempo de conflicto armado, ambos cuerpos normativos deben ser aplicados de forma mutua y complementaria, en el contexto de un conflicto armado. Incluso, algunas violaciones al Didh y al Dih constituyen crímenes internacionales, así que organismos como la Corte Penal Internacional del Estatuto de Roma, pueden ser aplicables<sup>110</sup>.

El Didh no está limitado a los derechos enumerados en los tratados, también comprende los derechos y libertades que hacen parte del derecho de la costumbre

---

directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves al derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.

110 United Nations, *International legal protection*, 7-8.

internacional, a la cual están sujetos todos los Estados, incluyendo aquellos que no son parte de ningún tratado en particular. Algunos derechos son reconocidos con un especial estatus como normas perentorias de la costumbre internacional (*ius cogens*), lo cual significa que ninguna derogación es admisible bajo ninguna circunstancia y que ellos prevalecen, en particular, sobre otras obligaciones internacionales. La prohibición de la tortura, esclavitud, genocidio, discriminación racial y los crímenes contra la humanidad, y el derecho a la auto determinación son ampliamente reconocidos como normas perentorias.<sup>111</sup> (subrayas nuestras)

La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, la cual es reconocida según el Estatuto de la Corte como un medio subsidiario para la determinación de las reglas de derecho, ha incrementado sus pronunciamientos sobre las obligaciones de los Estados de proteger los derechos humanos en situaciones de conflictos armados.

En el fallo del 19 de diciembre de 2005 sobre las actividades armadas en el territorio del Congo en el caso de la República Democrática del Congo contra Uganda, la Corte Internacional de Justicia determinó, entre otros aspectos, lo siguiente:

*Decide* que la República de Uganda, por actos de saqueo, pillaje y explotación de los recursos naturales congoleños cometidos por miembros de las fuerzas armadas de Uganda en el territorio de la República Democrática del Congo y por el incumplimiento de las obligaciones que le incumbían como Potencia ocupante en el distrito de Ituri de prevenir actos de saqueo, pillaje y explotación de los recursos naturales congoleños, violó sus obligaciones para con la República Democrática del Congo con arreglo al derecho internacional (...)

*Considera* admisible la pretensión presentada por la República Democrática del Congo relacionada con presuntas violaciones por la República de Uganda de sus obligaciones con arreglo al derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario en el curso de hostilidades entre las fuerzas militares de Uganda y Rwanda en Kisangani (...)

*Decide* que la República de Uganda, por la conducta de sus fuerzas armadas, que cometieron actos de matanza, torturas y otras formas de trato inhumano de la población civil congoleña, destruyeron aldeas y edificios civiles, omitieron distinguir entre objetivos civiles y militares y proteger a la población civil al luchar con otros combatientes, entrenaron niños soldados, instigaron un conflicto étnico y omitieron tomar medidas para poner fin a dicho conflicto; así como por su omisión, en su carácter de Potencia ocupante, en tomar medidas para respetar y asegurar el respeto de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario en el distrito de Ituri, violó sus obligaciones con arreglo al derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario (...)

*Decide* que la República de Uganda, por actos de saqueo, pillaje y explotación de los recursos naturales congoleños cometidos por miembros de las fuerzas armadas de Uganda en el territorio de la República Democrática del Congo y por el incumplimiento de las obligaciones que le incumbían como Potencia ocupante en el distrito de Ituri de prevenir actos de saqueo, pillaje y explotación de los recursos naturales congoleños, violó sus obligaciones para con la República Democrática del Congo con arreglo al derecho internacional (...)

Que la República de Uganda, al cometer actos de violencia contra nacionales de la República Democrática del Congo, al matarlos o herirlos y despojarlos de sus bienes, al omitir la adopción de medidas adecuadas para prevenir violaciones de los derechos humanos en la República Democrática del Congo por personas bajo su jurisdicción o control, y/o omitir el castigo de personas bajo su jurisdicción o control que habían realizado los mencionados actos, violó los siguientes principios de derecho convencional y consuetudinario:

---

111 Ibid., 9-10.

“— el principio de derecho convencional y consuetudinario que impone la obligación de respetar y asegurar el respeto de los derechos humanos fundamentales, incluso en tiempos de conflicto armado, de conformidad con el derecho internacional humanitario;

“— el principio de derecho convencional y consuetudinario que impone la obligación de hacer, en todo tiempo, una distinción entre los objetivos civiles y militares en un conflicto armado;

“— el derecho de los nacionales congoleños a gozar de los derechos más básicos, tanto civiles como políticos, así como económicos, sociales y culturales.

Que la República de Uganda, al llevar a cabo la explotación ilegal de los recursos naturales congoleños, al saquear sus bienes y su riqueza, al omitir la adopción de medidas adecuadas para prevenir la explotación ilegal de los recursos de la República Democrática del Congo por personas bajo su jurisdicción o control, y/o omitir el castigo de personas bajo su jurisdicción o control que habían realizado los mencionados actos, violó los siguientes principios de derecho convencional y consuetudinario:

“— las reglas aplicables del derecho internacional humanitario;

Así pues, la Corte concluye que Uganda es internacionalmente responsable de violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario cometidas por las FDPU y por sus miembros en el territorio de la República Democrática del Congo y no haber cumplido con sus obligaciones en carácter de Potencia ocupante en Ituri.<sup>112</sup> (subrayas nuestras)

De igual forma la Corte Internacional de Justicia, mediante Opinión Consultiva del 13 de julio de 2004, sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, estableció que:

105. En su Opinión Consultiva de fecha 8 de julio de 1996 sobre la Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares, la Corte tuvo ocasión de abordar la primera de esas cuestiones en relación con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Durante el procedimiento, ciertos Estados habían argüido “que el Pacto tenía por objeto proteger los derechos humanos en tiempo de paz, pero que las cuestiones relativas a la privación ilegal de la vida en las hostilidades se regían por el derecho aplicable en caso de conflicto armado” (I.C.J. Reports 1996 (I), pág. 239, párr. 24).

La Corte rechazó este argumento, afirmando lo siguiente:

“la protección prevista en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no cesa en tiempos de guerra, excepto cuando se aplica el artículo 4 del Pacto, según el cual algunas disposiciones pueden ser suspendidas cuando se da una situación de emergencia nacional. Sin embargo, el respeto del derecho a la vida no es una de esas disposiciones. En principio, el derecho a no ser privado de la vida arbitrariamente se aplica también en tiempo de hostilidades. Ahora bien, para determinar si la privación de la vida es arbitraria hay que referirse a la *lex specialis* aplicable, a saber, el derecho aplicable en caso de conflicto armado, que tiene por objeto regir las situaciones de hostilidades.” (Ibíd., pág. 240, párr. 25).

106. Más en general, la Corte considera que la protección que ofrecen los convenios y convenciones de derechos humanos no cesa en caso de conflicto armado, salvo en

---

112 Naciones Unidas, “Actividades armadas en el territorio del Congo (La República Democrática del Congo contra Uganda)”, en *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia 2003-2007*, ST/LEG/SER.F/1/Add.3, Nueva York, 2010, p. 152-170.

caso de que se apliquen disposiciones de suspensión como las que figuran en el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En cuanto a la relación entre el derecho internacional humanitario y el derecho de los derechos humanos, pueden presentarse tres situaciones: algunos derechos pueden estar contemplados exclusivamente en el derecho internacional humanitario, otros pueden estar contemplados exclusivamente en el derecho de los derechos humanos, y otros pueden estar contemplados en ambas ramas del derecho internacional. Para responder a la cuestión que se le ha planteado, la Corte tendrá que tomar en consideración ambas ramas del derecho internacional, es decir, el derecho de los derechos humanos y, como *lex specialis*, el derecho internacional humanitario.<sup>113</sup> (subrayas nuestras)

Por su parte el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia al estudiar la situación de la violencia sexual durante los conflictos armados, fue claro en señalar que:

La esencia de todo el corpus del Derecho Internacional Humanitario, así como de los Derechos Humanos descansa en la protección de la dignidad humana de toda persona, cualquiera sea su género. **El principio general de respeto a la dignidad humana [...] es la principal *raison d'être* del Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos**, ciertamente en tiempos modernos esto ha venido a ser de tal importancia que ha permeado el cuerpo completo del derecho internacional.<sup>114</sup> (énfasis agregado)

Por otra parte, hay una serie de obligaciones tanto del DIH como del DIDH, que los Estados y las partes del conflicto armado no pueden desconocer, so pena de someterse a procesos de responsabilidad individual y estatal por la inobservancia de las normas internacionales, bien sea por acción o por omisión.

El Didh y el Dih tienen diferentes reglas dependiendo de la clase de actores que tienen responsabilidades y que pueden ser llevados ante la ley. También contienen disposiciones específicas para la protección de las personas y de grupos específicos de personas que están mayormente expuestas al riesgo de sufrir violaciones, particularmente en los conflictos armados. A pesar de las diferencias, se ha entendido que ambos cuerpos de derecho imponen obligaciones a los actores estatales y no estatales, en diferentes condiciones y niveles. En general, se hace una distinción entre los obligados y los sujetos de derechos. Aquellos que están obligados, tienen obligaciones que pueden ser positivas -una obligación de hacer algo- o negativas -una obligación de abstenerse a hacer algo. En el Didh y el Dih, aquellas personas obligadas tienen que respetar una serie de obligaciones positivas y negativas. Estas obligaciones pueden ser diferentes, dependiendo si el derecho internacional reconoce un actor particular como un sujeto primario del derecho internacional (Estados y organizaciones internacionales) o un sujeto secundario (actores no estatales).<sup>115</sup>

(...) Más allá de estas reglas generales, hay algunas distinciones en la aplicación del Didh y el Dih. El Didh explícitamente protege una serie amplia de derechos que pueden ser afectados, directa o indirectamente, por los conflictos armados. Estas obligaciones sobre los derechos humanos, sean positivas o negativas, aplican al Estado como un todo, independientemente de la estructura interna que tenga o de la

113 Naciones Unidas, *Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, Asamblea General, A/ES-10/273, Décimo período extraordinario de sesiones de emergencia Tema 5 del programa Medidas ilegales israelíes en la Jerusalén oriental ocupada y el resto del territorio palestino ocupado. 13 de julio de 2004, p. 39-40.

114 United Nations, International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, Case No: IT-95-17/1-T, 10 december 1998. (traducción propia)

115 United Nations, *International legal protection*, 21.

división de responsabilidades entre las diferentes autoridades.<sup>116</sup>

(...) El Dii impone al Estado la obligación de respetar sus reglas y proteger a los civiles, así como a otras personas protegidas y los bienes. Como principal sujeto del derecho internacional, las obligaciones del Estado bajo el Dii y el Dii, incluye los deberes de investigar las presuntas violaciones a los derechos humanos y el derecho humanitario, así como perseguir y castigar a los responsables.<sup>117</sup> (subrayas nuestras)

En este punto, es importante mencionar que el DIH contiene dos marcos legales para los conflictos armados de carácter no internacional. Uno es el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra el cual estipula que “en caso de un conflicto armado de carácter no internacional” una serie de medidas mínimas del Dii tienen que ser implementadas. El otro es el Protocolo II a los Convenios de Ginebra el cual aplica para aquellos conflictos armados “los cuales tienen lugar en el territorio de una Alta Parte Contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes u otros grupos armados organizados los cuales, bajo la responsabilidad de un mando, ejercen control sobre una parte del territorio lo que les permite realizar operaciones militares sostenidas y concertadas”.

Estos marcos son aplicables para el caso colombiano en la medida que de vieja data se ha reconocido en Colombia un conflicto armado interno o de carácter no internacional. Para el caso que nos ocupa es importante entonces mencionar cómo interactúan el DIDH y el DIH, contrario a lo establecido en el acto legislativo 02 de 2012, que pretende verlos como dos cuerpos jurídicos diferentes y excluyentes.

Además tanto el DIH como el DIDH, han aclarado que los textos de los convenios o de los tratados, no agotan en sí mismos las protecciones y garantías de los derechos fundamentales de la persona humana, sino que estas deben ser reconocidas dentro de un espectro amplio de posibilidades de protección y garantía, y que en todo caso deben ser interpretadas del modo más favorable a la protección de la dignidad humana y el goce de los derechos (principio *pro homine*).

La aplicación complementaria de los dos regímenes es conocido como aplicación concurrente o aplicación dual. En el contexto del Dii y el Dii, significa que ambos regímenes son aplicables en tiempos de conflicto armado. Esta aplicación concurrente debe ser vista en el contexto del principio de la *lex specialis*, así como en el contexto de la inobservancia de algunos derechos humanos en contextos de estados de excepción. El artículo 75.8 del Protocolo I de los Convenios de Ginebra, por ejemplo, determina que “Ninguna de las disposiciones del presente artículo podrá interpretarse de manera que pueda limitar o infringir cualquier otra disposición más favorable y que ofrezca a las personas comprendidas en el párrafo 1 una mayor protección en virtud de otras normas aplicables del derecho internacional.”<sup>118</sup>

Frente al principio de *lex specialis*, que se quiere hacer ver como regla general en Colombia mediante el acto legislativo 02 de 2012, también las disposiciones de derecho internacional establecen que éste debe interpretarse de manera restringida, y en todo caso, como se mencionó, el principio debe ser interpretado a la luz de lo que favorezca en mayor medida las garantías para la protección, goce y ejercicio de los derechos humanos y, en todo caso, el principio de *lex specialis*, no riñe con la aplicación de otros principios del DIDH, por cuanto estos también le dan sentido y contenido al DIH.

---

116 Ibid., 22.

117 Ibid., 22-23.

118 Ibid., 56-57.

Es importante tener en cuenta que el uso del principio de *lex specialis* debe ser usado solamente cuando hay un aparente conflicto entre dos normas que pueden ser aplicadas a una situación específica. La identificación de cuál regla debe ser aplicada depende de un exámen de los hechos y de la protección particular incluida en las reglas que tengan relevancia. Tal como lo indicó correctamente el Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional, el principio de *lex specialis*, “no admite una aplicación inmediata” (A/CN.4/L.682 párr. 58). Primero porque no es siempre fácil determinar cuál norma provee la aplicación más específica que regule una circunstancia particular. Así que un análisis de cada situación concreta es necesaria.<sup>119</sup>

La Corte Internacional de Justicia ha indicado que en el contexto del DIH y del DIH en los conflictos armados, hay situaciones en las cuales recurrir al principio de *lex specialis* es necesario para determinar los límites de los estándares y de la protección. Tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja lo ha reconocido, hay circunstancias en las cuales los preceptos del DIH, como el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra “tiene (...) que dársele en la práctica un contenido específico mediante la aplicación de otros órganos de derecho”. Este es el caso, por ejemplo, de las garantías a un juicio justo establecido en el artículo 14 del PIDCP, el cual está más detallado en el Pacto que en lo establecido por el artículo 3(d) común a los Convenios de Ginebra<sup>120</sup>.

Además, muchas de las violaciones a los derechos humanos que ocurren durante un conflicto armado no son resultado directo de las hostilidades y debe ser resuelto aplicando el DIH y el derecho doméstico. Por ejemplo, una parte en el conflicto puede tomar parte en violaciones que no están relacionadas con el conflicto y en donde el DIH tiene aplicación por cuanto estos asuntos no están bajo la órbita del DIH. Incluso en un país afectado por el conflicto armado, el cumplimiento de la ley siempre está bajo el DIH. En mayor medida, cuando un conflicto armado continúa por varios años, el Estado tiene que asumir sus responsabilidades en un rango más amplio que incluye los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales.<sup>121</sup> (subrayas nuestras)

Precisamente en este sentido, se pronunció el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en las recomendaciones al Estado colombiano en el mes de mayo de 2010 (E/C.12/COL/5), una de las cuales señala:

El Comité insta al Estado parte a que adopte medidas inmediatas y eficaces para aplicar los planes descritos en el informe para hacer frente a la violencia armada imperante. A este respecto, el Comité pide al Estado parte que, en su próximo informe periódico, proporcione información detallada sobre el cumplimiento de sus obligaciones, como exige el Pacto, en relación con todos los derechos económicos, sociales y culturales de la población civil afectada por el conflicto armado interno. El Comité recuerda al Estado parte que es precisamente en las situaciones de crisis donde el Pacto exige la protección y promoción de los derechos económicos, sociales y culturales, en particular de los grupos más marginados y desfavorecidos de la sociedad, en la medida de su capacidad en las condiciones adversas imperantes. (subrayas nuestras)

Existen algunos criterios que pueden ser usados para determinar cuál de los cuerpos normativos debe ser aplicado, pero en todo caso, se debe acudir, como ya se dijo, a la interpretación restrictiva del principio de *lex specialis*, mantener el principio general de aplicación del DIH, y tener en cuenta qué es lo más apropiado para interpretar de la manera más favorable a la dignidad humana y los derechos fundamentales, mediante la aplicación del principio *pro homine*.

---

119 Ibid., 61.

120 Ibid., 62.

121 Ibid., 62-63.

Un criterio que puede ser usado para determinar cuál de los cuerpos normativos debe ser aplicado a una situación particular es el control efectivo: entre más control efectivo sobre una persona o un territorio, más aplicable es la normatividad de los derechos humanos como marco de referencia apropiado. Claramente hay situaciones en las cuales el control efectivo sobre los individuos puede darse y otras situaciones en las que no. Esta falta de control sobre el territorio no implica que el paradigma de los derechos humanos pueda ser ignorado. Como se ha indicado, el Comité de Derechos Humanos ha interpretado este asunto del control efectivo en referencia al artículo 2.1 del Pacto, el cual está relacionado no solamente con el control territorial, sino que también en cuanto al control sobre las personas. De conformidad con las reglas de interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el Comité de Derechos Humanos ha interpretado la disposición del artículo 2 del Pacto en el sentido que los Estados tienen obligaciones con los derechos humanos vis-à-vis con todos los individuos dentro de su territorio y todos los individuos sujetos a su jurisdicción. Esta interpretación es consistente con el contexto, el objetivo y el propósito del Pacto.<sup>122</sup> (subrayas nuestras)

En el caso colombiano se podría decir que el Estado tiene control efectivo sobre el territorio nacional y sobre las fuerzas armadas, cuyos miembros están sometidos a una rígida estructura jerárquica de líneas de mando, la cual llega hasta el Presidente de la República, quien es el supremo comandante. De igual forma, el Estado colombiano tiene un control efectivo en la mayor parte del territorio, por lo cual, debería aplicarse el principio de que la ley aplicable es la de los derechos humanos, y no la del DIH, sin desconocer las obligaciones del Estado de aplicar este último.

Ahora bien, el tener en cuenta una aplicación armónica y concurrente del DIDH y del DIH, también tiene consecuencias en los derechos de las personas que son víctimas de las violaciones a los derechos humanos y las infracciones al DIH. Por ello es necesario indicar algunos aspectos al respecto.

Una de las obligaciones legales más importantes que surge de la violación a los derechos humanos y al derecho humanitario es la obligación de asegurar la responsabilidad por esas violaciones. Tal como el Secretario General de las Naciones Unidas ha indicado acerca de la aplicación del derecho “todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluyendo al mismo Estado, son responsables (...) que las leyes sean consistentes con las normas y estándares de los derechos humanos. Esto requiere también medidas para asegurar los principios de la supremacía de la ley, igualdad ante la ley, responsabilidad por la infracción de la ley, justicia en la aplicación de las leyes, separación de poderes, participación en las decisiones, seguridad jurídica, evitar la arbitrariedad y procesos legales y transparentes.”<sup>123</sup> (subrayas nuestras)

En los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones, la Asamblea General reconoció la obligación de respetar, significa que el respeto por y la implementación de los derechos humanos y el derecho humanitario implica el deber de “3. b) Investigar las violaciones de forma eficaz, rápida, completa e imparcial y, en su caso, adoptar medidas contra los presuntos responsables de conformidad con el derecho interno e internacional”. De la misma forma, la Asamblea General de las Naciones Unidas en el preámbulo de esta resolución afirma lo siguiente:

*Destacando* que los Principios y directrices básicos que figuran en el presente

---

122 Ibid., 63-64.

123 Ibid., 71.

documento no entrañan nuevas obligaciones jurídicas internacionales o nacionales, sino que indican mecanismos, modalidades, procedimientos y métodos para el cumplimiento de las obligaciones jurídicas existentes conforme a las normas internacionales de derechos humanos y al derecho internacional humanitario, que son complementarios, aunque diferentes en su contenido,

La responsabilidad del Estado por las violaciones a los derechos humanos y el derecho humanitario tiene una larga tradición fundada en el derecho internacional. La responsabilidad del Estado se encuentra en el principio *pacta sunt servanda*, el cual significa que todo tratado en vigor es vinculante para los Estados partes y estos deben cumplir con sus obligaciones conforme a la buena fe. En este contexto es útil recordar que el Estado es responsable por las violaciones a los derechos humanos y el derecho humanitario en el contexto de los conflictos armados, cuando las violaciones son atribuidas a:

- Violaciones cometidas por sus organismos, incluyendo las fuerzas armadas;
- Violaciones cometidas por entidades investidas para ejercer la autoridad que corresponde al gobierno.
- Violaciones cometidas por personas o grupos actuando con la aquiescencia o bajo la dirección o control del Estado.
- Violaciones cometidas por personas o grupos privados con el conocimiento del Estado.<sup>124</sup>

La jurisprudencia regional e internacional ha establecido que la responsabilidad del Estado por violaciones a los derechos humanos y el derecho humanitario, debe llevar a la adopción por parte del Estado, de las medidas que conduzcan a reparar el daño que se haya causado y prevenir futuras violaciones. Mientras que la obligación de reparar las violaciones a los derechos humanos es incontrovertible, el deber de reparar a las personas víctimas por una violación al derecho humanitario ha sido rechazado por varias cortes nacionales. Es importante resaltar que, bajo el derecho internacional, el hecho que un individuo sea encontrado culpable de manifiestas violaciones a los derechos humanos y el derecho humanitario no exonera al Estado de su responsabilidad internacional y vice versa<sup>125</sup>.

En el caso de la masacre de la Rochela, la Corte Interamericana de Derecho Humanos encontró responsable al Estado colombiano y ordenó la reparación de las víctimas de acuerdo con los principios del derecho internacional:

Es un principio de Derecho Internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente. Esa obligación de reparar se regula en todos los aspectos por el Derecho Internacional. La Corte ha fundamentado sus decisiones en materia de reparaciones en el artículo 63.1 de la Convención Americana.<sup>126</sup>

También hay que hacer referencia a la cada vez más importante noción de la jurisdicción universal, mediante la cual se puede procesar a una persona en un determinado país, sin importar donde cometió el delito, cuando este ha cometido graves violaciones a los derechos humanos, crímenes de lesa humanidad o crímenes atroces. En este sentido, mediante el Estatuto de Roma se crea la Corte Penal Internacional, que es un tribunal penal internacional, complementario, para juzgar a los individuos que han cometido tales crímenes, y que en el nivel doméstico no han podido o no han querido juzgarle.

---

124 Ibid., 72.

125 Ibid., 73.

126 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163. Fondo, Reparaciones y Costas. Párr. 226.



Cuando las violaciones a los derechos humanos y el derecho humanitario constituyen crímenes internacionales, los Estados tienen una serie de obligaciones legales y responsabilidades de acuerdo con el derecho penal internacional. Los Estados tienen el deber de investigar las violaciones y, de tener suficiente evidencia, el deber de remitir a la autoridad correspondiente a la persona presuntamente responsable por estos hechos y castigar al perpetrador de acuerdo con la ley, y excluir la posibilidad de una amnistía, así como el deber de ofrecer recursos legales y reparaciones a las víctimas o sus familiares.<sup>127</sup>

Mientras que las cortes en lo doméstico tienen jurisdicción sobre las violaciones ocurridas dentro del territorio de su propio Estado, el territorio solo no define los límites de la jurisdicción. Las obligaciones legales creadas por el DdH y el Dih, han sido ampliamente reconocidos como extendidos más allá del territorio de un Estado y dondequiera que el Estado ejerce jurisdicción o control sobre las personas. Bajo el principio de la jurisdicción universal, un Estado puede -y por graves abusos de los Convenios de Ginebra tiene- que enjuiciar a los perpetradores de ciertos crímenes independientemente del lugar del crimen y de la nacionalidad del perpetrador o de la víctima.<sup>128</sup> (subrayas nuestras)

Los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones, establecen:

(...) el derecho internacional contiene la obligación de enjuiciar a los responsables de determinados crímenes internacionales conforme a las obligaciones internacionales de los Estados y a los requisitos del derecho interno o conforme a lo dispuesto en los estatutos aplicables de los órganos judiciales internacionales, y que la obligación de enjuiciar refuerza las obligaciones jurídicas internacionales que deben cumplirse de conformidad con los requisitos y procedimientos jurídicos nacionales y favorece el concepto de complementariedad (...)

3. La obligación de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario según lo previsto en los respectivos ordenamientos jurídicos comprende, entre otros, el deber de:

- a) Adoptar disposiciones legislativas y administrativas y otras medidas apropiadas para impedir las violaciones;
- b) Investigar las violaciones de forma eficaz, rápida, completa e imparcial y, en su caso, adoptar medidas contra los presuntos responsables de conformidad con el derecho interno e internacional;
- c) Dar a quienes afirman ser víctimas de una violación de sus derechos humanos o del derecho humanitario un acceso equitativo y efectivo a la justicia, como se describe más adelante, con independencia de quién resulte ser en definitiva el responsable de la violación; y
- d) Proporcionar a las víctimas recursos eficaces, incluso reparación (...) <sup>129</sup> (subrayas nuestras)

De la misma forma la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, establecen medidas y parámetros para que los Estados atiendan sus obligaciones de brindar acceso a la justicia, trato justo,

---

127 United Nations, *International legal protection*, 81.

128 Ibid., 84.

129 Naciones Unidas, *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, Asamblea General, A/Res/60/147, 21 de marzo de 2006.

resarcimiento, indemnización y asistencia para las personas víctimas<sup>130</sup>.

### **Sistema Universal.**

En el sistema universal de las Naciones Unidas hay una serie de documentos, resoluciones, disposiciones y estándares, algunas mencionadas anteriormente, en las que se da cuenta de la obligación de los Estados de tener en cuenta las violaciones a los derechos humanos aún en situaciones de conflicto armado.

Una de estas disposiciones tuvo lugar en 1978 en la cual la Asamblea General de las Naciones Unidas determinó los Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad:

1. Los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, donde quiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas (...) <sup>131</sup>

Otra resolución es la que se dio en el marco de la Conferencia de Teherán, mediante el cual la Asamblea General de las Naciones Unidas, determinó que los Estados debían garantizar el respeto de los derechos humanos en los conflictos armados:

Afirma la resolución XXVIII de la XX Conferencia Internacional de la Cruz Roja, celebrada en Viena en 1965, en la que, entre otras cosas, se establecen los siguientes principios para su observancia por todas las autoridades tanto gubernamentales como de otro carácter, responsables de las operaciones en los conflictos armados:

- a) Que no es ilimitado el derecho de las partes en un conflicto a adoptar medios para causar daño al enemigo;
- b) Que está prohibido lanzar ataques contra la población civil como tal;
- c) Que en todo momento ha de distinguirse entre las personas que participan en las hostilidades y los miembros de la población civil, a fin de que se respete a estos últimos lo más posible. <sup>132</sup>

En 1970 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó una serie de resoluciones en las cuales se reafirma la necesidad de asegurar la observancia plena de los derechos humanos en los conflictos armados, para lo cual se desarrollaron una serie de principios entre los que se encuentra el que: *Los derechos humanos fundamentales aceptados en el derecho internacional y enunciados en los instrumentos internacionales seguirán siendo plenamente válidos en casos de conflictos armados.* <sup>133</sup>

En su Declaración del Milenio, la Asamblea General insta a los Estados parte que adopten el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, y hacer valer plenamente la Declaración Universal de Derechos Humanos:

(...) Velar por que los Estados Partes apliquen los tratados sobre cuestiones tales como el control de armamentos y el desarme, el derecho internacional humanitario

---

130 Cfr. Naciones Unidas, *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*, Asamblea General, A/Res/40/34, 29 de noviembre de 1985.

131 Naciones Unidas, *Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad*, Asamblea General, Resolución 3074 (XXVIII), 3 de diciembre de 1973.

132 Naciones Unidas, *Respeto de los derechos humanos en los conflictos armados*, Asamblea General, Resolución 2444 (XXIII), 19 de diciembre de 1968.

133 Naciones Unidas, *Principios básicos para la protección de las poblaciones civiles en los conflictos armados*, Asamblea General, Resolución 2675 (XXV), 9 de diciembre de 1970.

y el relativo a los derechos humanos, y pedir a todos los Estados que consideren la posibilidad de suscribir y ratificar el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (...)<sup>134</sup>

En la cumbre mundial de 2005 las Naciones Unidas los Estados reiteran su compromiso para la protección de los derechos humanos, incluida la responsabilidad de cada Estado de proteger a las poblaciones del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad:

120. Reafirmamos el solemne compromiso de nuestros Estados de cumplir con sus obligaciones de promover el respeto, la observancia y la protección universales de todos los derechos humanos y libertades fundamentales para todos, de conformidad con lo dispuesto en la Carta, la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros instrumentos relacionados con los derechos humanos y el derecho internacional. El carácter universal de esos derechos y libertades no puede ponerse en tela de juicio.

121. Reafirmamos que todos los derechos humanos son universales e indivisibles, están relacionados entre sí, son interdependientes y se refuerzan mutuamente, y que deben tratarse de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y con la misma atención. Si bien es necesario tener en cuenta la importancia de las peculiaridades nacionales y regionales y los diversos antecedentes históricos, culturales y religiosos, todos los Estados, independientemente de cuál sea su sistema político, económico y cultural, tienen la obligación de promover y proteger todos los derechos humanos y libertades fundamentales. (...)

Por su parte, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, también en varias de sus resoluciones ha reiterado la importancia, convergencia y obligatoriedad de la protección de los derechos humanos en situaciones de conflicto armado:

- (...) Considerando que los derechos humanos esenciales e inalienables deben respetarse incluso durante las vicisitudes de la guerra (...)<sup>135</sup>

- Condena en particular, en los términos más enérgicos posibles, las violaciones del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos cometidas por los serbios de Bosnia y las fuerzas paramilitares en las zonas de Srebrenica, Zepa, Banja Luka y Sanski Most, según se describen en el informe del Secretario General de 27 de noviembre de 1995, que muestran un cuadro persistente de ejecuciones sumarias, violaciones, expulsiones en masa, detenciones arbitrarias, trabajos forzados y desapariciones en gran escala; (...)

Afirma que las violaciones del derecho humanitario y de los derechos humanos en las zonas de Srebrenica, Zepa, Banja Luka y Sanski Most entre julio y octubre de 1995 deben ser completa y adecuadamente investigadas por las organizaciones pertinentes de las Naciones Unidas y otras organizaciones e instituciones internacionales (...)

Insta a las partes a que garanticen el respeto pleno de las normas del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos de la población civil que vive en las zonas de la República de Bosnia y Herzegovina que ahora se encuentran bajo su control, y que en virtud del Acuerdo de Paz serán transferidas a otra de las partes (...)<sup>136</sup>

---

134 Naciones Unidas, *Declaración del Milenio*, Asamblea General, A/RES/55/2, 13 de septiembre de 2000.

135 Naciones Unidas, *La situación de Oriente Medio*, Consejo de Seguridad, Resolución 237, 14 de junio de 1967.

136 Naciones Unidas, *Sobre las violaciones del derecho internacional humanitario en el territorio de la ex Yugoslavia*, Consejo de Seguridad, S/RES/1034, 21 de diciembre de 1995.

- Exige que todas las facciones y fuerzas de Sierra Leona respeten estrictamente el estatuto del personal de la UNOMSIL, así como el de las organizaciones y organismos que prestan asistencia humanitaria en toda Sierra Leona, y que respeten los derechos humanos y acaten las normas aplicables del derecho internacional humanitario (...)<sup>137</sup>

- Condena enérgicamente los actos de violencia cometidos sistemática mente contra civiles, incluidas las matanzas, así como otras atrocidades y transgresiones del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos, en particular la violencia sexual contra mujeres y niñas, destaca la necesidad de hacer comparecer ante la justicia a los responsables, en particular a los de nivel de mando, e insta a todas las partes, en particular al Gobierno de la República Democrática del Congo, a que adopten todas las medidas necesarias para impedir que se sigan cometiendo transgresiones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, en particular contra civiles; (...)

10. Reafirma que todas las partes congoleñas están obligadas a respetar los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y la seguridad y el bienestar de la población civil; (...)<sup>138</sup>

- Insta a que se respeten plenamente los derechos humanos y el derecho internacional humanitario en todo el Afganistán (...)<sup>139</sup>

- Condena todas y cualesquiera violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, exhorta a todas las partes en Somalia a que respeten plenamente sus obligaciones a este respecto y pide que se lleve ante la justicia a los responsables de dichas violaciones en Somalia;

- Reafirma sus resoluciones anteriores 1325 (2000), sobre la mujer, la paz y la seguridad, y 1674 (2006) y 1738 (2006), sobre la protección de los civiles en los conflictos armados, y destaca la responsabilidad de todas las partes y grupos armados de Somalia de adoptar medidas adecuadas para proteger a la población civil del país, de conformidad con el derecho internacional humanitario, las normas de derechos humanos y el derecho de los refugiados, en particular evitando ataques indiscriminados contra zonas pobladas (...)<sup>140</sup> (subrayas nuestras)

El Consejo de Derechos Humanos, como se ha mencionado, también dentro de sus competencias para hacer el exámen periódico a los Estados, ha establecido que la normatividad del DIDH y el DIH, no tienen ningún tipo de exclusión o divergencia, sino que, por el contrario, se aplican con un sentido de integración y complementariedad.

En adición a lo anterior y dada la complementariedad y la naturaleza mutua de interrelación del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, el exámen tendrá en cuenta la aplicación del derecho internacional humanitario.<sup>141</sup>

En la declaración y el programa de Acción de Viena de junio de 1993, también se expresa la preocupación de los Estados parte por las continuas violaciones a los

---

137 Naciones Unidas, *La situación en Sierra Leona*, Consejo de Seguridad, S/RES/1181, 13 de julio de 1998.

138 Naciones Unidas, *La situación relativa a la República Democrática del Congo*, Consejo de Seguridad, S/RES/1493, 28 de julio de 2003.

139 Naciones Unidas, *La situación en Afghanistan*, Consejo de Seguridad, S/RES/1746, 23 de marzo de 2007.

140 Naciones Unidas, *La situación en Somalia*, Consejo de Seguridad, S/RES/1814, 15 de mayo de 2008.

141 Naciones Unidas, *Construcción institucional del Consejo de Derechos Humanos*, Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/RES/5/1, 18 de junio de 2007.

derechos humanos en el marco de los conflictos armados:

3. Se deben adoptar medidas internacionales eficaces para garantizar y vigilar la aplicación de las normas de derechos humanos respecto de los pueblos sometidos a ocupación extranjera, y se debe suministrar una protección jurídica eficaz contra la violación de sus derechos humanos, de conformidad con las normas de derechos humanos del derecho internacional, en particular el Convenio de Ginebra relativo a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra, de 12 de agosto de 1949, y otras normas aplicables del derecho humanitario.

5. Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso (...)

29. La Conferencia Mundial de Derechos Humanos manifiesta su grave preocupación ante las persistentes violaciones de los derechos humanos en todas las regiones del mundo, en contravención de las normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos y del derecho humanitario internacional, y ante la falta de recursos eficaces para las víctimas.

La Conferencia Mundial de Derechos Humanos está hondamente preocupada por las violaciones de los derechos humanos durante los conflictos armados, que afectan a la población civil, en particular a las mujeres, los niños, los ancianos y los discapacitados. Por consiguiente, la Conferencia exhorta a los Estados y a todas las partes en los conflictos armados a que observan estrictamente el derecho humanitario internacional, establecido en los Convenios de Ginebra de 1949 y en otras reglas y principios del derecho internacional, así como las normas mínimas de protección de los derechos humanos enunciadas en convenciones internacionales.

38. (...) Las violaciones de los derechos humanos de la mujer en situaciones de conflicto armado constituyen violaciones de los principios fundamentales de los derechos humanos y el derecho humanitario internacionales. Todos los delitos de ese tipo, en particular los asesinatos, las violaciones sistemáticas, la esclavitud sexual y los embarazos forzados, requieren una respuesta especialmente eficaz.

56. La Conferencia Mundial de Derechos Humanos reafirma que, con arreglo a las normas de derechos humanos y al derecho humanitario, el derecho a no ser sometido a torturas es un derecho que debe ser protegido en toda circunstancia, incluso en situaciones de disturbio o conflicto armado interno o internacional.

96. La Conferencia Mundial de Derechos Humanos recomienda que las Naciones Unidas asuman un papel más activo en la promoción y protección de los derechos humanos para asegurar el pleno respeto del derecho humanitario internacional en todas las situaciones de conflicto armado, de conformidad con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas.<sup>142</sup> (subrayas nuestras)

### **Sistema Interamericano.**

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al pronunciarse sobre el alcance de las obligaciones convencionales, también ha establecido en sus fallos la complementariedad del sistema del DIDH y el DIH.

En el caso de la Masacre de Ituango, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos es clara en señalar que para hacer la interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos, puede acudir a otros instrumentos

---

<sup>142</sup> Naciones Unidas, *Declaración y Programa de Acción de Viena*, aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos del 25 de junio de 1993, Asamblea General, A/CONF.157/23, 12 de julio de 1993.

internacionales como los Convenios de Ginebra. Al respecto la Corte Interamericana señaló:

En el presente caso, al analizar los alcances del citado artículo 21 de la Convención, el Tribunal considera útil y apropiado, de conformidad con el artículo 29 del mismo instrumento, utilizar otros tratados internacionales distintos a la Convención Americana, tales como el Protocolo II de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de conflictos armados de carácter interno, para interpretar sus disposiciones de acuerdo a la evolución del sistema interamericano, habida consideración del desarrollo experimentado en esta materia en el Derecho Internacional Humanitario. Colombia ratificó los Convenios de Ginebra el 8 de noviembre de 1961. El 14 de agosto de 1995 se adhirió a las disposiciones del Protocolo Adicional II de los Convenios de Ginebra.<sup>143</sup>

En el caso *Bámaca Velásquez*, la Corte Interamericana también establece una relación directa entre las violaciones a los derechos humanos y las infracciones al derecho internacional humanitario, bajo el entendido que las violaciones que se presenten a uno de los *corpus* normativos, afecta o determina la vulneración a derechos protegidos por el otro.

La Corte ha considerado demostrado que, al momento de los hechos del presente caso, se desarrollaba en Guatemala un conflicto interno (supra 121 b). Como ya se ha afirmado (supra 143 y 174) este hecho, en vez de exonerar al Estado de sus obligaciones de respetar y garantizar los derechos de las personas, lo obligaban a actuar en manera concordante con dichas obligaciones. Así, y según lo establece el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, el Estado enfrentado a un conflicto armado de carácter no internacional debe brindar a las personas que no participen directamente en las hostilidades o que hayan quedado fuera de combate por cualquier razón, un trato humano y sin distinción alguna de índole desfavorable. En particular, el Derecho Internacional Humanitario prohíbe en cualquier tiempo y lugar los atentados a la vida y a la integridad personal de las personas nombradas anteriormente.

208. Si bien la Corte carece de competencia para declarar que un Estado es internacionalmente responsable por la violación de tratados internacionales que no le atribuyen dicha competencia, se puede observar que ciertos actos u omisiones que violan los derechos humanos de acuerdo con los tratados que le compete aplicar infringen también otros instrumentos internacionales de protección de la persona humana, como los Convenios de Ginebra de 1949 y, en particular, el artículo 3 común.<sup>144</sup> (subrayas nuestras)

En el caso *las Palmeras* la Corte Interamericana afirmó que tanto la Comisión Interamericana como la Corte, son competentes para hacer la interpretación de la Convención Americana a la luz de otros tratados, en este caso de los Convenios de Ginebra.

La Comisión prefirió, en su escrito, responder conjuntamente a las excepciones relativas a su propia competencia y a la de la Corte sobre la aplicación del derecho humanitario y otros tratados. Antes de pasar al análisis de la cuestión, la Comisión expresó, como declaración de principio, que el presente caso debería ser decidido a la luz de “las normas consagradas tanto en la Convención Americana como en el derecho internacional humanitario consuetudinario aplicable a conflictos armados internos y plasmado en el artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra de 1949”. La Comisión reiteró su convencimiento de que, tanto ella como esta Corte, tenían competencia para aplicar esa normativa (...)

143 Corte IDH, *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*, sentencia serie C N° 148, 1 de julio de 2006, párr. 179-180, 185.

144 Corte IDH, *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*, serie C N° 70, Fondo, sentencia del 25 de noviembre de 2000, párr. 207-208.

Prosiguió la Comisión diciendo que la existencia de un conflicto armado no exige a Colombia de respetar el derecho a la vida. Ahora bien, la Comisión consideró que, en un conflicto armado, hay casos en que un enemigo puede ser muerto legítimamente, en tanto que, en otros, ello está prohibido. La Comisión afirmó que la Convención Americana no contiene ninguna norma para distinguir una hipótesis de la otra y, por esa razón, debe aplicar los Convenios de Ginebra. La Comisión también invocó a su favor un pasaje de la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre *La Legalidad de la Amenaza o Uso de Armas Nucleares, a saber*:

In principle, the right not arbitrarily to be deprived of one's life applies also in hostilities. The test of what is an arbitrary deprivation of life, however, then falls to be determined by the applicable *lex specialis*, namely, the law applicable in armed conflict which is designed to regulate the conduct of hostilities. Thus whether a particular loss of life, through the use of a certain weapon in warfare, is to be considered an arbitrary deprivation of life contrary to Article 6 of the Covenant, can only be decided by reference to the law applicable in armed conflict and not deduced from the terms of the Covenant itself.<sup>145</sup> (subrayas nuestras)

En el fallo reciente del caso de la masacre de Santo Domingo, se reitera la importancia de que la Corte Interamericana tenga en cuenta en su análisis tanto el DIDH con el DIH:

(...) El Estado manifestó que tanto el contexto general como particular y puntual de los hechos que son objeto de discusión corresponden a una situación típica de conflicto armado, pues el Ejército de Colombia mantuvo combates con la guerrilla de las FARC a unos 500 metros de la población de Santo Domingo. Por ende, el Estado alegó que las eventuales infracciones y responsabilidad que se pudiesen derivar, no pueden ser determinadas por la Corte, por cuanto no tiene competencia para realizar ese tipo de declaraciones que están relacionadas con la aplicación del Derecho Internacional Humanitario, dado que “el derecho de guerra” no está dentro de sus competencias (...)

La Comisión alegó que el argumento del Estado basado en el contexto de conflicto armado como determinante de la competencia de los órganos del Sistema Interamericano para conocer un caso, resulta inconsistente con lo dispuesto por la Convención Americana - que no establece limitaciones a la competencia de la Comisión y de la Corte para conocer casos únicamente en “situaciones de paz” y por el contrario, contempla situaciones de emergencia en su artículo 27, así como con la práctica constante de la Corte en el ejercicio de su competencia contenciosa. En lo que se refiere a la pretensión subsidiaria del Estado, la Comisión resaltó que en su Informe de Fondo no estableció ninguna violación de normas de DIH ni estableció la responsabilidad internacional del Estado en relación con los Convenios de Ginebra.

En relación con la primera excepción preliminar planteada por el Estado, la Corte reitera que la Convención Americana es un tratado internacional según el cual los Estados Parte se obligan a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción y que el Tribunal es competente para decidir si cualquier acto u omisión estatal, en tiempos de paz o de conflicto armado, es compatible o no con la Convención Americana. Además, la Corte señaló que, en esta actividad, el Tribunal no tiene ningún límite normativo y que toda norma jurídica es susceptible de ser sometida a este examen de compatibilidad.

Por otro lado, la Corte recuerda que varias sentencias pronunciadas en el marco de

---

145 Corte IDH, *Caso Las Palmeras Vs. Colombia*, serie C N° 67, Excepciones Preliminares, sentencia del 4 de febrero de 2000, párr. 29.

su competencia contenciosa se refieren a hechos ocurridos durante conflictos armados no internacionales. La Convención Americana no establece limitaciones a la competencia de la Corte para conocer casos en situaciones de conflictos armados.

Del mismo modo, con respecto a la aplicación del Derecho Internacional Humanitario, el Tribunal señaló en otras oportunidades que si bien “la Corte carece de competencia para declarar que un Estado es internacionalmente responsable por la violación de tratados internacionales que no le atribuyen dicha competencia, se puede observar que ciertos actos u omisiones que violan los derechos humanos de acuerdo con los tratados que le compete aplicar infringen también otros instrumentos internacionales de protección de la persona humana, como los Convenios de Ginebra de 1949 y, en particular, el artículo 3 común”. Asimismo, desde el caso Las Palmeras Vs. Colombia, el Tribunal indicó en particular que las disposiciones relevantes de los Convenios de Ginebra podían ser tomados en cuenta como elementos de interpretación de la propia Convención Americana. De tal manera, en el caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia, la Corte consideró que:

Si bien la misma Convención Americana hace expresa referencia a las normas del Derecho Internacional general para su interpretación y aplicación 19, las obligaciones contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención constituyen en definitiva la base para la determinación de responsabilidad internacional a un Estado por violaciones a la misma [...] Por lo tanto, la atribución de responsabilidad internacional al Estado, así como los alcances y efectos del reconocimiento realizado en el presente caso, deben ser efectuados a la luz de la propia Convención.

De acuerdo a las consideraciones anteriores la Corte reitera que, si bien la Convención Americana sólo le ha atribuido competencia para determinar la compatibilidad de las acciones y omisiones o de las normas de los Estados con la propia Convención y no con las disposiciones de otros tratados o normas consuetudinarias, en el ejercicio de dicho examen puede, como lo ha hecho en otros casos (supra párr. 22), interpretar a la luz de otros tratados las obligaciones y los derechos contenidos en la misma Convención. En este caso, al utilizar el DIH como norma de interpretación complementaria a la normativa convencional, la Corte no está asumiendo una jerarquización entre órdenes normativos, pues no está en duda la aplicabilidad y relevancia del DIH en situaciones de conflicto armado. Eso sólo implica que la Corte puede observar las regulaciones del DIH, en tanto normativa concreta en la materia, para dar aplicación más específica a la normativa convencional en la definición de los alcances de las obligaciones estatales.<sup>146</sup> (subrayas nuestras)

### **Bloque de Constitucionalidad.**

El artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, con arreglo al cual un Estado Parte "puede no invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación de su falta de aplicación de un tratado".

De acuerdo con el artículo 93 de la Constitución Política los tratados internacionales sobre derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Esta es la voluntad del Constituyente, por ello al desconocer los tratados internacionales sobre derechos humanos y las decisiones de los organismos que son sus intérpretes autorizados, se estaría sustituyendo la Constitución si se establecen límites a la prevalencia de dichos tratados en el orden interno.

---

146 Corte IDH, *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia*, serie C N° 259, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, sentencia del 30 de noviembre de 2012. párr. 16, 19, 21, 22-24.



La jurisprudencia de la Corte Constitucional, al realizar el control de constitucionalidad sobre la incorporación de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales al ordenamiento jurídico colombiano, determinó que la normatividad del derecho internacional humanitario, y que este hace parte del *ius cogens*, por lo cual es de obligatorio cumplimiento para el Estado colombiano, lo que hace esta incorporación al ordenamiento jurídico es codificar unas obligaciones reconocidas por la costumbre internacional, por lo cual el reconocimiento de lo estipulado en el derecho humanitario debe ser acatado por los Estados, en especial por los combatientes sean estatales o no estatales, es obligatoria aún si los Estados no han adoptado esta normatividad en su derecho interno, por cuanto son normas que atienden a los principios de humanidad. La Corte determina que las normas relativas al derecho internacional humanitario hacen parte del Bloque de Constitucionalidad, por cuanto contempla la protección de aquellos derechos que no pueden ser suspendidos ni aún en tiempos de excepción.

En el control de constitucionalidad la Corte también hace el examen de incorporación del derecho internacional humanitario al ordenamiento jurídico colombiano de acuerdo con la normatividad existente sobre derechos humanos, desde la perspectiva también del Bloque de Constitucionalidad, lo cual indica que el sistema del derecho internacional humanitario, es compatible y armónico con las normas constitucionales en materia de derechos humanos y los principios que rigen la Carta Política.

Uno de los primeros fallos de la Corte Constitucional al respeto es el de 1992 en el que la Corte estableció que:

Los principios del derecho internacional humanitario plasmados en los Convenios de Ginebra y en sus dos Protocolos, por el hecho de constituir un catálogo ético mínimo aplicable a situaciones de conflicto nacional o internacional, ampliamente aceptado por la comunidad internacional, hacen parte del *ius cogens* o derecho consuetudinario de los pueblos. La Carta de 1991 confirma y refuerza tanto la obligatoriedad del derecho internacional de los derechos humanos como la del derecho internacional humanitario. En consecuencia, se acogió la fórmula de la incorporación automática del derecho internacional humanitario al ordenamiento interno nacional, lo cual, por lo demás, es lo congruente con el carácter imperativo que caracteriza a los principios axiológicos que hacen que este cuerpo normativo integre el *ius cogens*. Los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales I y II de 1977 constituyen pura y simplemente, la expresión formal y por escrito, esto es, la codificación de los principios ya existentes en el derecho internacional consuetudinario. Por tanto, la ratificación produce la importante consecuencia de zanjar definitivamente toda controversia que pudiera existir, en torno a la obligatoriedad del derecho internacional humanitario (...)

La Carta reconoce plenos efectos jurídicos a los tratados y convenios -debidamente ratificados- concernientes a los derechos humanos. Esto indica que los constituyentes no ignoraron la existencia de esa amplia y promisoria rama que es el derecho internacional de los derechos humanos (...) Ella reconoce también plenos efectos jurídicos a las reglas del derecho internacional humanitario, particularmente durante la vigencia de los denominados Estados de Excepción. Es claro, pues, que las facultades del gobierno durante tales estados encuentran límites efectivos que operan aún antes de la vigencia de la ley estatutaria a que alude la misma disposición constitucional. Lo cual significa, ni más ni menos, que las reglas del derecho internacional humanitario son hoy, -por voluntad expresa del Constituyente-, normas obligatorias per se sin ratificación alguna previa o sin expedición de norma reglamentaria. Y lo son "en todo caso" como lo señala significativamente la propia Carta. Por virtud del texto expreso del artículo 94, bien pueden considerarse incorporados a los derechos y garantías reconocidos por la

Carta todos aquellos que sean inherentes a la persona humana.<sup>147</sup> (subrayas nuestras)

En 1995 la Corte reitera y afirma estos postulados, ampliando la argumentación sobre lo que se entiende por Bloque de Constitucionalidad:

(...) Así, esta Corporación, en las sentencias citadas, y en concordancia con la más autorizada doctrina y jurisprudencia internacionales, ha considerado que las normas de derecho internacional humanitario son parte integrante del *ius cogens*. Ahora bien, al tenor del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, se entiende por norma *ius cogens* o norma imperativa de derecho internacional general "una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter" (...)

la fuerza normativa del derecho internacional humanitario deriva de la universal aceptación de sus contenidos normativos por los pueblos civilizados y de la evidencia de los valores de humanidad que estos instrumentos internacionales recogen (...)

En Colombia no sólo el derecho internacional humanitario es válido en todo tiempo sino que, además, opera una incorporación automática del mismo "al ordenamiento interno nacional", lo cual, por lo demás, es lo congruente con el carácter imperativo que, según ya fue explicado, caracteriza a los principios axiológicos que hacen que este cuerpo normativo integre el *ius cogens*.

(...)

El único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario es que éstos forman con el resto del texto constitucional un "bloque de constitucionalidad", cuyo respeto se impone a la ley (...)

(...)

El derecho humanitario en manera alguna legitima la guerra. Lo que busca es garantizar que las partes en contienda adopten las medidas para proteger a la persona humana. Las normas humanitarias, lejos de legitimar la guerra, aparecen como una proyección de la búsqueda de la paz, que es en el constitucionalismo colombiano un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento, lo cual confiere nuevas bases constitucionales al Protocolo II.

El preámbulo incluye también lo que la doctrina internacional ha conocido como la "Cláusula Martens", esto es, el principio según el cual "en los casos no previstos por el derecho vigente, la persona humana queda bajo la salvaguardia de los principios de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública." (...)

La aplicación de tales normas a los conflictos armados internos es aún más evidente, por cuanto la Constitución señala que "en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario". Además, incluso en aquellos casos en los cuales no exista norma escrita, las víctimas de los conflictos armados no internacionales se encuentran protegidas por los principios de humanidad, según se desprende no sólo de la Cláusula Martens sino del artículo 94 de la Carta, el cual expresa la misma filosofía de esta cláusula pues precisa que "la enunciación de derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo

---

147 Sentencia C-574 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón, 28 de octubre de 1992.

inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos."<sup>148</sup> (subrayas nuestras)

La Corte Constitucional como suprema intérprete de la Carta Política también ha establecido criterios sobre los asuntos sometidos a sus competencia en los procesos de control de constitucionalidad, para determinar las normas que hacen parte del ámbito de competencia:

Esta Corporación ha establecido que la revisión de constitucionalidad de los asuntos sometidos a su competencia, debe realizarse no sólo frente al texto formal de la Carta, sino también frente a otras disposiciones a las que se atribuye jerarquía constitucional -bloque de constitucionalidad *stricto sensu*-, y en relación con otras normas que aunque no tienen rango constitucional, configuran parámetros necesarios para el análisis de las disposiciones sometidas a su control -bloque de constitucionalidad *lato sensu*-.<sup>149</sup>

Respecto a la obligatoriedad y en sentido que tiene el DIH en el ordenamiento jurídico colombiano y su importancia para la efectiva protección de los derechos y garantías de la Carta Política, la Corte Constitucional dijo:

(...) El derecho internacional humanitario comprende aquellas normas que tienen como objeto la humanización de los conflictos armados, procurando la protección de la población civil ajena a la confrontación y estableciendo límites a los procedimientos bélicos. Estas normas de derecho internacional han sido caracterizadas por la Carta Política como prevalentes al orden jurídico interno (Art. 93 y 214-2), lo que implica su obligatorio cumplimiento en cualquier situación. Esta perspectiva de obligatoriedad, además, se ve reforzada por la condición de *ius cogens* que tienen la casi totalidad de las normas del derecho internacional humanitario, esto es, de postulados comúnmente aceptados y que no pueden ser desconocidos en un instrumento internacional posterior.

(...)

El carácter prevalente del derecho internacional humanitario impide que pueda ser desconocido a través de las medidas de estado de excepción. Es evidente que al pertenecer el derecho de los conflictos armados al ámbito del derecho internacional general, su preceptiva adquiere la misma función que los derechos intangibles a los que se hizo referencia al analizar los artículos 4 del Pacto Internacional y 27 de la Convención Americana, lo que a su vez es reforzado por la obligación de cumplir con los compromisos que el Estado colombiano ha suscrito en virtud de la ratificación y aprobación de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales (...) <sup>150</sup> (subrayas nuestras)

La Corte Constitucional considera que el bloque de constitucionalidad no constituye un listado cerrado que impida el reconocimiento de garantías iusfundamentales diferentes porque esto contraría el artículo 94 de la Constitución.

De acuerdo a lo establecido en sentencia T-227 de 2003, el catálogo de derechos fundamentales compendiado en el texto constitucional y en el bloque de constitucionalidad no constituye un listado cerrado que impida el reconocimiento de garantías iusfundamentales diferentes pues una conclusión en contrario no sólo perdería de vista la dinámica vital de las sociedades a la cual la jurisprudencia constitucional siempre debe estar volcada en busca de la más alta realización de la libertad y la dignidad humana, sino que se opondría a lo establecido en el artículo 94 superior, según el cual “la enunciación de los derechos y garantías contenidos en

148 Sentencia C-225 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero, 18 de mayo de 1995.

149 Sentencia C-200 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis, 19 de marzo de 2002.

150 Sentencia C-802 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño, 02 de octubre de 2002.

la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”. Dando aplicación a esta disposición, la Corte concluyó en la providencia en comento que **el juez de constitucionalidad cuenta con un instrumento adicional a la obligatoria consulta de la Constitución y los referidos tratados** para establecer la naturaleza fundamental de un determinado derecho (...) <sup>151</sup> (énfasis agregado)

También la Corte Constitucional determino que la aparente contradicción que existía entre el artículo 4º superior y el artículo 93 superior, se resolvía al darle jerarquía constitucional a aquellos tratados de derechos humanos que no eran susceptibles de suspensión ni siquiera en los estados de excepción:

Es sabido y últimamente aceptado por algunos doctrinantes que la normatividad constitucional no es privilegio exclusivo de los artículos que formalmente integran el texto de la Carta Política. El Estatuto Superior está compuesto por un grupo más amplio de principios, reglas y normas de derecho positivo que conforman el denominado “bloque de constitucionalidad” y que comparten con los artículos de texto de la Carta la mayor jerarquía normativa en el orden interno. En este sentido, la noción “bloque de constitucionalidad” pretende transmitir la idea de que la constitución de un Estado es mucho más amplia que su texto constitucional, dado que existen otras disposiciones, contenidas en otros instrumentos o recopilaciones, que también son normas constitucionales (...)

(...) La incorporación en la doctrina jurídica nacional de una institución como el bloque de constitucionalidad surgió entonces del reconocimiento de la prevalencia de los tratados internacionales de derechos humanos sobre el orden interno pero también, y de manera específica, de la necesidad de armonizar dicho principio con la ya tradicional preceptiva constitucional que erige a la Carta Política en el estatuto de mayor jerarquía dentro del ordenamiento jurídico nacional. Ciertamente, el artículo 4º de la Constitución Política establece que la Constitución es norma de normas y que en caso de incompatibilidad con cualquiera de las normas subordinadas, aquella se aplicará de preferencia.

Del análisis de los artículos 4º y 93 de la Constitución Política era evidente para la Corte que la coexistencia de dos jerarquías normativas de carácter prevalente constituía un escenario jurídico de gran complejidad; por esta razón, la Corporación entendió que la única manera de conciliar dicha contradicción era aceptando que los tratados internacionales de los cuales Colombia es estado parte, en los que se reconocieran derechos humanos de conculcación prohibitiva en estados de excepción, también tenían jerarquía constitucional y conformaban, con el texto del Estatuto Superior, un solo bloque normativo al que la legalidad restante debía sumisión. <sup>152</sup> (subrayas nuestras)

Asimismo la Corte Constitucional reconoce que las normas constitucionales, incluyendo por supuesto aquellas que hacen parte del bloque de constitucionalidad, son fuente formal de derecho, de manera que todas las personas, en especial las autoridades públicas, y en concreto quienes ejercen la función pública de administrar justicia han de someterse a los preceptos constitucionales.

(...) Normas que integran el bloque que se han de interpretar en forma consistente con el texto de la Carta Política de manera que se integren con éste en forma armónica para constituir un parámetro coherente de obligatorio cumplimiento por el Legislador, pues “*la pertenencia de una determinada norma internacional al llamado bloque de constitucionalidad, de manera alguna puede ser interpretada en términos de que esta última prevalezca sobre el Texto Fundamental; por el contrario, dicha inclusión conlleva necesariamente a adelantar interpretaciones*

151 Sentencia T-1079 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, 13 de diciembre de 2007.

152 Sentencia C-067 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, 04 de febrero de 2003.

*armónicas y sistemáticas entre disposiciones jurídicas de diverso origen. // Así las cosas, la técnica del bloque de constitucionalidad parte de concebir la Constitución como un texto abierto, caracterizado por la presencia de diversas cláusulas mediante las cuales se operan reenvíos que permiten ampliar el espectro de normas jurídicas que deben ser respetadas por el legislador. (...) En ese sentido, la confrontación de una ley con un tratado internacional no puede dar lugar a una declaratoria automática de constitucionalidad o inconstitucionalidad, ya que es necesario, a su vez, interpretarla sistemáticamente con el texto de la Constitución.*<sup>153</sup> (subrayas nuestras)

Es claro entonces, que la normatividad y jurisprudencia nacional como internacional, han tenido en cuenta el DIDH y el DIH como plexos normativos complementarios, concurrentes e incluyentes. Una de las razones principales de esta complementariedad, es que ambos sistemas propenden por otorgar la mayor protección y garantía posible del ejercicio y goce de los derechos fundamentales de las personas y proteger la dignidad humana en todos los escenarios, incluyendo aquellos donde se presenta un conflicto armado internacional o no internacional, éste último en el caso colombiano.

Como se puede evidenciar, la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional, han sido enfáticas en determinar que tanto el DIDH así como el DIH, con aplicables conjuntamente, y que no son normativas que se excluyan, sino que por el contrario se complementan y se entrecruzan en la medida que se pretende garantizar la máxima protección de los derechos inalienables de la persona humana. De manera que excluir del control y aplicación de la normatividad internacional de los derechos humanos a la fuerza pública, resulta contrario a los principios que sustentan el bloque de constitucionalidad, entendido como aquellas normas que hacen parte del ordenamiento jurídico colombiano y que tienen también carácter constitucional, por la remisión hecha por la misma Constitución, asegurando así la supremacía de la Constitución.

Por lo cual, la disposición del acto legislativo 02 de 2012, que limita la aplicación de los derechos humanos a las situaciones de conflicto armado interno, y en general a las acciones de la fuerza pública, es abiertamente inconstitucional y sustituye uno de los pilares fundamentales del Estado Social de Derecho colombiano, que es la supremacía de la Constitución, y la primacía de los derechos inalienables de la persona humana, así como la primacía de la interpretación de los derechos y deberes a la luz de los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

De igual forma, creemos que además de ser inconstitucional la extensión del fuero penal militar a otros delitos ajenos al servicio de la fuerza pública, y por establecer que las infracciones al DIH son de conocimiento exclusivo de la justicia penal militar, y por limitar la aplicación de los derechos humanos a los miembros de la fuerza pública, también el inciso 3 del artículo 3° del acto legislativo 02 de 2012, al determinar que cualquier investigación y juzgamiento que se lleve a cabo a miembros de la fuerza pública en relación con el conflicto armado se aplique siempre el derecho internacional humanitario, hace que la exclusión de delitos del inciso 2 del artículo 3°, también resulte contraria y sustitutiva de la Constitución.

Puesto que, si se aceptara la exclusión de los delitos mencionados en el inciso 2 del artículo 3 del acto legislativo 02 de 2012, del conocimiento de la justicia penal militar, lo cual ya hemos demostrado que sustituye parcialmente a la Constitución, en

---

153 Sentencia C-750 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, 24 de julio de 2008. Sobre el bloque de constitucionalidad se puede confrontar, entre otras, con las siguientes sentencias: T-227 de 2003; C-355 de 2006; C-504 de 2007.

todo caso en el inciso siguiente condiciona la investigación y el juzgamiento de estos, y todos los demás delitos cometidos por miembros de la fuerza pública relacionados con el conflicto armado, a la única y exclusiva aplicación del derecho internacional humanitario, desconociendo que los jueces de la República están sometidos al imperio de la ley, lo cual incluye el texto constitucional, las normas incorporadas en virtud del bloque de constitucionalidad que tratan sobre derechos humanos ratificados por el Estado colombiano, y en especial aquellos en que se prohíbe su limitación en estados de excepción. Por tanto, los jueces de la República no podrán acudir a esta amplia normatividad, para decidir sobre asuntos en los que se encuentran involucrados miembros de la fuerza pública, sustituyendo así la obligación del Estado de observar de buena fe y no obstaculizar el efecto útil de los tratados internacionales ratificados.

Dicho esto, es claro que en el ordenamiento jurídico colombiano, todas las actuaciones de los agentes estatales, especialmente de los jueces, han de ser determinadas y dirigidas por los preceptos constitucionales, dentro de los cuales se encuentran las normas incorporadas vía bloque de constitucionalidad, las cuales son referente obligatorio y parámetro para sus decisiones. Por lo cual, reducir el accionar de la rama judicial y de la justicia penal militar a una sola normativa, en este caso al DIH, y establecer un límite a la interpretación, investigación y juzgamiento de los miembros de la fuerza pública en relación con el conflicto armado, sin tener en cuenta el bloque de constitucionalidad, y el principio de primacía de la Constitución, sustituye parcialmente la Constitución Política de 1991 en sus artículos 4, 9, 93, 94 y num. 2 art. 214 (entre otros).

#### **bi) Estados de excepción, observancia de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario – De vuelta al Estado de Sitio.**

Como se mencionó anteriormente, hay una tendencia global a la restricción de los regímenes militares, como consecuencia de las fatídicas consecuencias de las leyes marciales y de los regímenes dictatoriales que se establecieron en la década de los 70s y 80s en el continente.

En Colombia también se presentó una situación de restricción de derechos y garantías civiles, dando preponderancia al ejercicio del poder por parte del ejecutivo, quien legislaba a su antojo sobre las más disímiles materias, sustituyendo al Congreso como legislador, y donde las fuerzas armadas participaron en el mantenimiento del orden mediante el uso de la represión, la fuerza excesiva, el abuso de poder, produciéndose todo tipo de violaciones a los derechos humanos como detenciones arbitrarias, torturas, desapariciones forzadas, asesinatos selectivos, entre otros, crímenes cometidos directamente por agentes del Estado.

Una de las consecuencias de los estados de sitio, fue la militarización de la justicia. Los civiles eran juzgados por tribunales militares, sin garantías de ninguna índole. Se practicó la llamada doctrina “Ñungo”, apellido de un oficial de la época, conforme a la cual el acusado debía probar su inocencia, estableciendo el principio de presunción de culpabilidad.<sup>154</sup>

Ante esta situación, el Constituyente de 1991 estableció los llamados estados de excepción, mediante los cuales se pretende poner freno a los excesos que se cometieron durante el permanente Estado de Sitio que vivió Colombia antes de la Constitución de 1991. Los estados de excepción contienen una regulación específica, especialmente de las facultades del Presidente de la República, y establece un control material automático por parte de la Corte Constitucional. Aunque los estados de

---

<sup>154</sup> Cfr. Díaz-Callejas, Apolinar, *El Estado de sitio ante la Constituyente colombiana*, Nueva Sociedad, num. 112 marzo-abril 1991, p. 66-72.

excepción no han sido ajenos a los intentos del ejecutivo de excederse en las facultades otorgadas por la Constitución Política para tal fin.<sup>155</sup>

Algunos de los elementos que son pertinentes para la presente demanda, entre otros, son:

El inciso final del artículo 213 de la Constitución dispone que *En ningún caso los civiles podrán ser investigados o juzgados por la justicia penal militar.*

El numeral 2 del artículo 214 de la Constitución establece que *No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario (...)* Y el numeral 3 del mismo artículo dispone que *No se interrumpirá el normal funcionamiento de las ramas del poder público ni de los órganos del Estado.*

La tesis que presentaremos a continuación, es que el acto legislativo 02 de 2012, al establecer en el inciso 2 y 3 del artículo 3, que la justicia penal militar conocerá de violaciones a los derechos humanos, salvo los delitos allí excluidos, y que conocerá de todas las infracciones al derecho internacional humanitario, así como que los jueces de la República siempre aplicarán el derecho internacional humanitario para juzgar a los miembros de la fuerza pública por conductas relacionadas con el conflicto armado, se está instaurando en Colombia parcial y tácitamente un Estado de Sitio permanente.

Esta nueva situación se caracteriza porque los miembros de la fuerza pública no están sometidos al control de las normas del DIDH, y en el que la justicia penal militar puede juzgar situaciones de violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario que cometen los mismos militares, quedando las personas civiles víctimas de estos crímenes sometidas a esta justicia que debería ser excepcional y que en ningún caso debería juzgar a los civiles, incluyendo a las personas víctimas de los delitos mencionados. Por lo cual, se sustrae también a las personas víctimas de los delitos de los miembros de la fuerza pública, de la órbita de protección del DIDH.

La Corte Constitucional, consciente de las graves repercusiones que se vivieron en Colombia por la situación permanente de Estado de Sitio, en su jurisprudencia ha resaltado la importancia que el Constituyente de 1991, haya limitado los estados de excepción y que, ante todo, se haya propendido por garantizar los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como la observancia del DIH en cualquier circunstancia.

Así la Corte determina las características de los estados de excepción como aquellos donde no se consideraba adecuado que el límite temporal de la medida de excepción estuviera sujeto a la discrecionalidad del ejecutivo, la vigencia reiterada del estado de sitio provocaba la suspensión permanente de los derechos del individuo, el ejecutivo suplantaba al legislativo en la formulación de la ley:

*c) No suspensión de los derechos humanos ni las libertades fundamentales*

El numeral 2° del artículo 214 de la Constitución Política, como límite de los decretos legislativos proferidos por el ejecutivo bajo el estado de conmoción interior, prohíbe la suspensión de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

---

155 Cfr. Rodrigo Uprimny Yepes, El abuso de los estados de excepción, sec. Derechos Sociales, Cultura Jurídica, 18 de abril de 2011. Disponible en: [http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=derechos\\_sociales&publicacion=938](http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=derechos_sociales&publicacion=938)

(...) esto es, aquellas normas jurídicas que, aunque no tienen consagración expresa en el derecho interno, tienen plena vigencia en éste. Esta condición de prevalencia se deriva de lo dispuesto en el artículo 93 Superior, de acuerdo con el cual “los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción prevalecen en el orden interno” Corte Constitucional. Sentencia C-225-95. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

(...)

*d) Respeto a las reglas del Derecho Internacional Humanitario*

El Constituyente de 1991, en el ánimo de configurar un cuerpo estricto de garantías para la protección de derechos y basado en los principios del derecho internacional general, estipuló como condición imperativa de las medidas de excepción el respeto al derecho internacional humanitario.

El derecho internacional humanitario comprende aquellas normas que tienen como objeto la humanización de los conflictos armados, procurando la protección de la población civil ajena a la confrontación y estableciendo límites a los procedimientos bélicos. Estas normas de derecho internacional han sido caracterizadas por la Carta Política como prevalentes al orden jurídico interno (Art. 93 y 214-2), lo que implica su obligatorio cumplimiento en cualquier situación. Esta perspectiva de obligatoriedad, además, se ve reforzada por la condición de *ius cogens* que tienen la casi totalidad de las normas del derecho internacional humanitario, esto es, de postulados comúnmente aceptados y que no pueden ser desconocidos en un instrumento internacional posterior.

(...)

*g) No interrupción del normal funcionamiento de las ramas del poder público ni de los órganos del Estado*

(...)

En ese marco, si bien el estado de conmoción interior plantea esa transitoria alteración funcional del Estado, ella no debe llegar al punto de anular los parámetros básicos de ejercicio de los poderes públicos pues no se trata de desbordar los límites delineados para su ejercicio y de concentrar en una sola instancia la capacidad de configurar la ley, la de ejecutarla y la de determinar su validez normativa, sino de generar una capacidad de respuesta que permita sortear con éxito la inminente amenaza para la vida del Estado (...)

*h) No investigación ni juzgamiento de civiles por la justicia penal militar*

La justicia penal militar es un ámbito funcional especializado de la Fuerza Pública y no hace parte de la rama judicial. Por ello, su órbita funcional debe circunscribirse al fuero militar y no tiene por qué extenderse al juzgamiento de civiles pues de hacerlo se desconoce la reserva judicial de la libertad y también la imparcialidad y la independencia del juzgador como exigencias mínimas de una decisión justa. Así lo entendió el constituyente de 1991 y lo hizo ante la constatación histórica de las deficiencias y abusos que se generaban al extender ese ámbito especializado de la administración pública al juzgamiento de civiles.

(...) De allí que resulte ilegítimo, incluso en vigencia del derecho constitucional de excepción y por variadas que sean las razones que se esgriman, desconocer la estructura básica de acusación y juzgamiento en cuanto excluye a los civiles del juzgamiento por militares.<sup>156</sup> (subrayas nuestras)

Con base en estos criterios de la Corte Constitucional, se puede evidenciar que el acto legislativo 02 de 2012, ha constitucionalizado parcialmente un Estado de Sitio permanentes como se mostrará a continuación.

**- No suspensión de los derechos humanos ni las libertades fundamentales:** La

---

156 Sentencia C-802 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño, 02 de octubre de 2002.



Constitución Política en el numeral 2 del artículo 214 establece que ni aún en los estados de excepción se pueden suspender los derechos humanos ni las libertades fundamentales, si bien se pueden restringir, no es constitucional la suspensión de los mismos.

El acto legislativo 02 de 2012, por el contrario, sustituye tácita y parcialmente este principio en la medida que en el inciso 2 y 3 del artículo 3, determina que no será aplicable el derecho internacional de los derechos humanos, frente a la actuación de la fuerza pública en relación con el conflicto armado interno.

De manera que si por su actuación en relación con el conflicto armado, la fuerza pública va a ser investigada y juzgada únicamente bajo las premisas del derecho internacional humanitario, no hay razón para que la fuerza pública observe plenamente los derechos humanos en el ejercicio de sus funciones, si no va a ser controlado su accionar bajo estos parámetros. Por lo cual, su accionar queda desprovisto de todo control que se establece según los tratados de derechos humanos ratificados por el Estado colombiano.

Por otra parte, las personas víctimas de las violaciones a los derechos humanos y las infracciones al derecho internacional humanitario, que hayan cometido los miembros de la fuerza pública, quedarán sustraídas de la protección los instrumentos internacionales de derechos humanos, por cuanto el inciso 3 del artículo 3 del acto legislativo 02 de 2012, dispone que la investigación y juzgamiento de cualquier conducta de los miembros de la fuerza pública se hará siempre aplicando el derecho internacional humanitario, lo cual excluye la aplicación de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia.

Así, quedan parcial y tácitamente suspendidos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas víctimas del conflicto armado, de los delitos cometidos por agentes del Estado. Lo cual, como resultado, establece un Estado de Sitio permanente sobre las personas víctimas del conflicto armado y sobre la conducta de los miembros de la fuerza pública, quienes quedan por fuera de la órbita de aplicación de los tratados de los derechos humanos.

- **Respeto a las reglas del Derecho Internacional Humanitario:** Como se ha argumentado en la presente demanda, el derecho internacional humanitario es de aplicación directa, hace parte del bloque de constitucionalidad, goza de prevalencia en el orden jurídico interno, y es de obligatorio cumplimiento.

El inciso 3 del artículo 3° del acto legislativo 02 de 2012, establece que la legislación interna, especificará sus reglas de interpretación y aplicación, con lo cual despoja de su naturaleza de *ius cogens* al DIH y lo despoja de su validez de aplicación directa, por cuanto está supeditando a una ley posterior, la aplicación y más grave aún, la interpretación de un tratado internacional que hace parte del bloque de constitucionalidad, el cual es de aplicación obligatoria tal y como fue ratificado por el Estado colombiano.

Esto hace que pierda eficacia el DIH, y que se deje a la voluntad del legislador excepcional, la interpretación de un tratado internacional, lo cual es contrario a los principios de *pacta sunt servanda*, y de efecto útil de los tratados, los cuales establecen que los tratados ratificados por los Estados deben aplicarse de buena fe, que se debe garantizar que ninguna disposición del orden interno restará efectos al tratado y que los tratados deben interpretarse según el sentido común de los términos establecidos en el mismo y de acuerdo a la interpretación que se haga de ellos por los organismos autorizados para ello.

De modo que, se sustituye parcial y tácitamente el principio establecido en los artículos 93 y 94, así como en el numeral 2 del artículo 214 de la Constitución, los cuales determinan que los derechos humanos tienen prevalencia en el orden interno y que siempre se deben respetarse las reglas del derecho internacional humanitario, aún

en los estados de excepción. Y se sustituye porque se está supeditando la prevalencia de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario a una interpretación y aplicación posterior según lo determine la voluntad del órgano legislativo, y no de la interpretación y aplicación que se debe dar a los mismos en virtud de la ratificación misma del tratado, y de la interpretación que han hecho de los mismos los organismos autorizados para ello. Lo cual también atentan contra el principio de no suspensión de los derechos humanos ni las libertades fundamentales.

**- No interrupción del normal funcionamiento de las ramas del poder público ni de los órganos del estado/No investigación ni juzgamiento de civiles por la justicia penal militar:** Este principio también es sustituido por el inciso 2 y 3 del acto legislativo 02 de 2012, al determinar que la justicia penal militar conocerá de las violaciones a los derechos humanos (salvo las exclusiones allí contempladas), de infracciones al derecho internacional humanitario, y de crímenes de guerra, y que siempre se aplicará el derecho internacional humanitario en investigaciones y juicios, relacionados con el conflicto armado, que se lleven a cabo contra miembros de la fuerza pública.

Esta norma sustituye parcialmente la Constitución en la medida que los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública que constituyan violaciones a los derechos humanos, infracciones al derecho internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad, y crímenes de guerra, deben ser conocidos por la justicia ordinaria, y nunca por la justicia penal militar, por no ser este último un tribunal idóneo que garantice la imparcialidad y autonomía en la investigación de estas conductas.

De modo que se está asignando a la justicia penal militar funciones exclusivas de la justicia ordinaria, razón por lo cual, es claro que no solamente se ha interrumpido el normal funcionamiento de las ramas del poder público, sino que además se han sustituido funciones de la rama judicial, para atribuir las a un órgano de la rama ejecutiva de manera permanente, por lo cual, se establece un Estado de Sitio tácita y parcialmente, en el cual la justicia penal militar tiene plenos poderes para administrar justicia, y tanto los presuntos perpetradores de los crímenes como las personas víctimas de tales delitos, son sustraídos del juez natural que es la justicia ordinaria, quedando bajo la potestad de la justicia penal militar, lo cual estaba prohibido por la Constitución Política de 1991 antes del acto legislativo 02 de 2012.

Además de lo anterior, mediante el acto legislativo 02 de 2012, se hace una **aplicación errónea** del mandato constitucional de respetar siempre el derecho internacional humanitario, y la tergiversación del derecho internacional humanitario como un privilegio para la fuerza pública, en vez de entenderlo correctamente como una garantía para la disminución de los efectos de los conflictos, para las personas que no hacen parte del conflicto armado, y en especial como una garantía de protección de los derechos humanos y, por ende, de la dignidad humana de las personas civiles. Por ello, se establecen los principios de distinción, precaución, trato humanitario, y respeto por las garantías fundamentales. Entiende también el acto legislativo 02 de 2012, que el derecho internacional humanitario es una forma de legitimar la fuerza y el uso de las armas, lo cual es contrario a los postulados del derecho internacional humanitario.

El derecho humanitario en manera alguna legitima la guerra. Lo que busca es garantizar que las partes en contienda adopten las medidas para proteger a la persona humana. Las normas humanitarias, lejos de legitimar la guerra, aparecen como una proyección de la búsqueda de la paz, que es en el constitucionalismo colombiano un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento, lo cual confiere nuevas bases constitucionales al Protocolo II.

El preámbulo incluye también lo que la doctrina internacional ha conocido como la "Cláusula Martens", esto es, el principio según el cual "en los casos no previstos por el derecho vigente, la persona humana queda bajo la salvaguardia de los

principios de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública." (...)<sup>157</sup>

La Corte Constitucional también se ha pronunciado sobre la importancia que en cualquier circunstancia el Estado colombiano, aún en Estados de excepción, se sometan las acciones de los agentes estatales a la Constitución, los tratados de derechos humanos y las leyes estatutarias pertinentes:

Bajo los estados de excepción, lo que prohíbe expresamente el texto constitucional es la suspensión más no la restricción de los derechos humanos y las libertades fundamentales, razón por la cual los derechos humanos y las libertades fundamentales sí pueden ser restringidos bajo los estados de excepción, pero tales restricciones deben ajustarse a lo señalado por la Constitución, los tratados internacionales de derechos humanos y la LEEE (Ley Estatutaria de los Estados de Excepción).

(...) A la Corte Constitucional le corresponde **el control jurídico**, el cual recae sobre los actos jurídicos producidos por el ejecutivo en virtud de los estados de excepción. Comprende, por lo tanto, el decreto de declaratoria del estado de excepción, los decretos legislativos mediante los cuales se adoptan medidas dirigidas a conjurar la situación excepcional y los decretos de prórroga.

(...)

Con el mismo ánimo diferenciador esta Corporación ha resaltado que el control jurídico no depende de la voluntad del órgano de control, pues la Constitución Política impone a la Corte Constitucional el deber de pronunciarse de manera automática sobre la validez constitucional de los actos dictados para declarar los estados de excepción y para adoptar las medidas que ellos hacen viables, “[l]a Corte se encuentra ante la obligación ineludible de defender la supremacía e integridad del Texto Superior, y de esa obligación hace parte el deber de excluir del ordenamiento aquellos actos que la desconozcan”.<sup>158</sup> (subrayas nuestras)

Así que al permitir que la justicia penal militar conozca de las infracciones al derecho internacional humanitario cometidas por miembros de la fuerza pública, extendiendo el fuero penal militar a estas conductas, y obligando a los jueces de la República a aplicar siempre el derecho internacional humanitario en las investigaciones y juzgamiento de la conducta de la fuerza pública en relación con el conflicto armado, excluyendo la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos, está haciendo una aplicación errónea del DIH como privilegio de la fuerza pública, en vez de entenderlo como límite al accionar de la misma y garantía de los derechos de las personas que no hacen parte del conflicto armado interno.

De esta manera, no solamente se está estableciendo un privilegio para la fuerza pública, sustrayéndolo del juez natural que es la justicia ordinaria, sino que se está ubicando a la fuerza pública por encima de la ley, por lo menos por encima de las normas de derechos humanos, por cuanto estas no serán aplicables a los miembros de la fuerza pública en los casos relacionados con el conflicto armado.

Lo cual sustituye parcial y tácitamente la Constitución Política de 1991, la cual estableció que ninguna persona y ninguna institución u órgano en el Estado colombiano puede estar por encima de la ley, sino, por el contrario, todas las personas y órganos están sometidos al imperio de la ley, sobre todo a la Constitución Política y en especial de los tratados de derechos humanos.

Queda así la fuerza pública, y por ende la rama ejecutiva, parcial y tácitamente, por fuera del control judicial nacional e internacional del derecho internacional de los derechos humanos, sustituyendo así uno de los pilares fundamentales del Estado Social de Derecho que es la supremacía de la Constitución y el sometimiento de

157 Sentencia C-225 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero, 18 de mayo de 1995.

158 Sentencia C-079 de 2009, Ms. Ps. Humberto Antonio Sierra Porto y Clara Elena Reales Gutierrez, 12 de febrero de 2009.

todas las personas y órganos del Estado colombiano al imperio de la ley.

**c) Sustitución tácita y parcial de las funciones otorgadas por el Constituyente a la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional.**

Los incisos 2 y 3 del artículo 3º, y el artículo 4º Transitorio del acto legislativo 02 de 2012, sustituyen tácita y parcialmente las funciones de la Corte Suprema de Justicia, y de la Corte Constitucional, al limitar la acción de estas jurisdicciones, concediéndole a la justicia penal militar de manera exclusiva el conocimiento de las infracciones al DIH y al limitar a los jueces de la República, a la aplicación exclusiva del DIH en los procesos de investigación y juzgamiento de los miembros de la fuerza pública.

De modo que, los jueces de la República ya no estarían sometidos al imperio de la ley, entendiendo por ley toda la normatividad aplicable a un caso concreto, desde el texto de la Constitución en sí, hasta las normas incorporadas por el Bloque de Constitucionalidad, sino que los jueces de la República, en los casos que involucren a miembros de la fuerza pública y que tengan relación con el conflicto armado, estarían sometidos únicamente al imperio del DIH, perdiendo la Carta Política su fuerza y vigencia en aquellas situaciones. Lo cual sustrae a la fuerza pública de la aplicación e interpretación sistemática de la Constitución Política y especialmente de la primacía de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico colombiano (arte. 93 y 94 C.P.).

**ci) Sustitución tácita y parcial de las funciones de la Corte Suprema de Justicia.**

El artículo 234 constitucional determina que *la Corte Suprema de Justicia es el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria*. Además el artículo 235 constitucional, establece cuáles son las competencias atribuidas por la Constituyente a la Corte Suprema de Justicia. Una de estas funciones, es la de investigar y juzgar a altos funcionarios de las ramas ejecutiva y legislativa, en aras de garantizar el principio de separación de poderes, así como el sistema de frenos y contrapesos, para lograr el efectivo control sobre las actuaciones de los poderes ejecutivo y legislativo, y así garantizar la independencia y la colaboración armónica entre las ramas del poder público.

Una de las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia es la de juzgar, previa acusación del Fiscal General de la Nación, a los Magistrados de Tribunales y a los Generales y Almirantes de la Fuerza Pública, por los hechos punibles que se les imputen (art. 235 numeral 4 C.P.). Fijese que la norma suprema establece que esta atribución es por cualquier hecho punible que cometan los agentes estatales mencionados, no hay ningún tipo de exclusión.

Para el Constituyente fue claro que debía ser el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria quien se encargara del juzgamiento de los más altos agentes estatales, en virtud del fuero de que estos gozan y de sus altas calidades y funciones atribuidas por la Constitución Política. El párrafo del artículo 235 constitucional es claro en determinar que *el fuero sólo se mantendrá para las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas*.

De manera que existe un fuero funcional especial de los Magistrados de Tribunales y a los Generales y Almirantes de la Fuerza Pública, quienes solamente pueden ser juzgados por la Corte Suprema de Justicia respecto a las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas. Cualquier otro delito que quiera conocer la Corte Suprema de Justicia en relación con estos funcionarios, y cualquier otro tribunal que quiera ejercer una labor de juzgamiento de los mismos, sería

inconstitucional.

Respecto a este fueron la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre su importancia y fundamento en la Constitución Política:

Otro de los elementos característicos de los estados democráticos de régimen o sistema presidencial de gobierno, además del ya señalado principio institucional de equilibrio ante las ramas y órganos del poder público, se encuentra en la figura del fuero penal especial y del disciplinario propio y autónomo que protege a ciertos altos funcionarios del Estado, con el cual se pretende garantizar, de una parte la dignidad del cargo y de las instituciones que representan, y de otra la independencia y autonomía de algunos órganos del poder público para garantizar el pleno ejercicio de sus funciones y la investidura de sus principales titulares, las cuales se podrían ver afectadas por decisiones ordinarias originadas en otros poderes del Estado, distintos de aquel al cual pertenece el funcionario protegido con un fuero especial(...)

(...) ello precisamente para lograr la realización de los objetivos propios y esenciales del Estado Social de Derecho, el cual, si bien, tal como lo ha dicho esta Corporación "...configura un Gobierno de leyes por encima de las personas", garantiza también de forma paralela la integridad y salvaguarda de sus instituciones y la seguridad de las personas que las representan, pues sólo así es posible mantener el equilibrio en el ejercicio del poder.<sup>159</sup> (subrayas nuestras)

De manera que el fuero especial de altos funcionarios del Estado, no solamente es una garantía del debido proceso, sino que constituye también uno de los pilares para el mantenimiento del equilibrio del ejercicio del poder, constituyéndose por ende en uno de los elementos esenciales del Estado de Derecho.

El acto legislativo 02 de 2012, sustituye tácita y parcialmente la competencia de la Corte Suprema de Justicia, al establecer en el inciso 2 y 3 del artículo 3º y en el artículo 4º Transitorio, que las infracciones al DIH cometidas por miembros de la fuerza pública, salvo los delitos allí excluidos, serán de conocimiento exclusivo de las cortes marciales o tribunales militares o policiales, al establecer que la investigación y juzgamiento de la fuerza pública se aplicará exclusivamente el DIH y que los procesos que se encuentren bajo los parámetros establecidos en el inciso 1 y 2 del artículo 3º deben pasar a la justicia penal militar.

De esto se colige que la Corte Suprema de Justicia ha perdido su competencia para conocer de las infracciones al DIH cometidas por Magistrados de Tribunales y a los Generales y Almirantes de la fuerza pública, tal y como lo contempla el num. 4 art. 235 de la C.P., además en caso que llegue a su conocimiento algún caso relacionado con el conflicto armado en que estén involucrados algunos de estos funcionarios, la Corte Suprema de Justicia no puede juzgar de acuerdo a todo el ordenamiento jurídico establecido por la Constitución Política, sino que debe limitar su juicio únicamente a los elementos jurídicos del DIH.

Esto constituye claramente una sustitución parcial de la Constitución Política al otorgar funciones a la justicia penal militar que el Constituyente ha otorgado a la Corte Suprema de Justicia y por limitar las funciones de la Corte Suprema de Justicia al establecer que en un eventual juzgamiento de Magistrados de Tribunales, Generales y Almirantes de la Fuerza Pública, en relación con el conflicto armado, debe aplicar siempre el DIH, desconociendo las demás normas que hacen parte del

---

159 Sentencia C-222 de 1996, M.P. Fabio Morón Díaz, 16 de mayo de 1996. Otras sentencias que refieren al fuero especial constitucional son: Sentencia C-245 de 1996; Sentencia C-040 de 2002; Sentencia C-934 de 2006.

ordenamiento jurídico colombiano.

**cii) Sustitución tácita y parcial de las funciones de la Corte Constitucional.**

El artículo 241 constitucional consagra que *A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo*. Para tal fin, el mismo artículo 241 establece una serie de funciones otorgadas por el Constituyente, dentro de las cuales se encuentran las siguientes:

9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales.

10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben (...)

La Corte Constitucional es pues, el órgano supremo creado por el Constituyente para garantizar que las normas en el ordenamiento jurídico colombiano se sujeten y subordinen a lo establecido en la Constitución Política, sus valores y principios, bien sea mediante el control abstracto automático o vía demanda de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos. Además se le otorga la facultad de ser el órgano de cierre para la protección de los derechos y deberes fundamentales, mediante la revisión de tutelas.

Así ha definido la Corte Constitucional su competencia:

La Corte es el órgano de cierre en la jurisdicción constitucional y en ese sentido ninguna autoridad u órgano de la misma jurisdicción puede discutir su competencia, ni proponer al tribunal constitucional un conflicto de competencias en materias propias del conocimiento de esta jurisdicción. Si por vía de hipótesis se planteara un conflicto, éste no sería posible pues se daría en la misma jurisdicción (...)

En esta materia, se concluye, no existe un conflicto de jurisdicción ni de competencia por cuanto prevalece el criterio de la Corte como órgano de cierre de la jurisdicción constitucional. La Corte fue precisamente creada para hacer la interpretación auténtica de la Carta y ello explica que haya declarado inexecutable la expresión de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia que atribuía al Congreso de la República el carácter de intérprete auténtico de la Constitución.<sup>160</sup> (subrayas nuestras)

De igual forma:

(...) La Corte Constitucional, cabeza de la jurisdicción constitucional, tiene asignada la misión de mantener la integridad y la supremacía de la Constitución, de lo cual depende que ésta pueda conservar su connotación normativa y su poder de imperio contra todo acto u omisión de los poderes constituidos. La afirmación del rango normativo superior de la Constitución Política se traduce en las sentencias que dicta la Corte Constitucional, a través de las cuales esta Corporación cumple su función de máximo y auténtico intérprete de la Carta. Estas dos calidades de la Corte surgen de su posición institucional como garante de la supremacía de la Constitución, cuyo sentido y alcance le corresponde inequívocamente establecer frente a todos y cada uno de los órganos del Estado, lo mismo que frente a las personas, que igualmente le deben obediencia. La voluntad normativa contenida en la Constitución no puede precisarse al margen de la interpretación.

(...) Las sentencias de la Corte Constitucional, en este sentido, por ministerio de la

---

160 Sentencia C-802 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño, 02 de octubre de 2002.

propia Constitución, son fuentes obligatorias para discernir cabalmente su contenido. La interpretación de la Corte Constitucional, a diferencia de la jurisprudencia de los demás jueces, en cuanto desentraña el significado de la Constitución, no puede tener valor opcional o puramente ilustrativo, puesto que sirve de vehículo insustituible para que ella adquiriera el estatus activo de norma de normas y como tal se constituya en el vértice y al mismo tiempo en el eje del entero ordenamiento jurídico. (...) A diferencia de lo que acontece con los demás órganos judiciales, las sentencias de la Corte Constitucional tienen la virtualidad de desplazar la ley o incluso de excluirla del ordenamiento, cuando no la mantienen dentro de ciertas condiciones, todo en razón de su calidad de juez del Congreso.

(...) la revisión eventual de las sentencias de tutela contribuye a homogeneizar la interpretación constitucional de los derechos fundamentales. En este campo, la revocación de las sentencias o actos de los jueces lesivos de los derechos fundamentales, como puede ocurrir en aplicación de la doctrina sobre las vías de hecho, se revela como un instrumento eficaz y necesario para preservar la unidad interpretativa de la Constitución.<sup>161</sup> (subrayas nuestras)

Es claro que la Corte Constitucional tiene como competencia exclusiva ser guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, y sus sentencias tienen efectos sobre todos los demás órganos constituidos. También mediante la revisión garantiza la interpretación constitucional de los derechos fundamentales. En el caso de los tratados internacionales, el cual es un proceso en el que participan todas las ramas del poder público, la Corte Constitucional garantiza que el tratado se ajuste a los principios, valores y en general a lo dispuesto por la Constitución Política. De manera que la Corte Constitucional es la suprema intérprete de la Constitución para garantizar así un sistema jurídico homogéneo, coherente y subordinado a la Carta Fundamental.

En este sentido, y en aras de no hacer nugatoria la función de la Corte Constitucional, en el año 2001, unifica la jurisprudencia sobre el derecho al juez natural, entre otros aspectos, y reitera la importancia de mantener incólumes las funciones otorgadas por el Constituyente para la garantía de permanencia, vigencia y coherencia del sistema jurídico colombiano al proteger la supremacía de la Constitución:

Tratándose, por lo tanto, de una jurisdicción común (el fuero común de todos los colombianos), **la competencia de las otras jurisdicciones debe interpretarse de manera restringida, por tratarse de una excepción a la regla general de competencia.** (...) Así mismo, ha de tenerse en cuenta que si bien la Corte, como se verá más adelante, ha entendido de manera restrictiva su competencia, debe observarse que la competencia de la Corte Constitucional, sea en ejercicio de sus facultades de revisión o del ejercicio del control abstracto de las leyes, se vincula directamente con “la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución” (C.P. art. 241), lo que implica que se trata de una “meta-jurisdicción” y verdadero órgano de cierre del sistema, cuya competencia, aunque está mediada normativamente (C.P. art. 241), no puede interpretarse en el sentido de hacer nugatoria su función de guarda de la Carta Magna (...) <sup>162</sup> (énfasis agregado)

Pues bien, el inciso 2 y 3 del artículo 3º del acto legislativo 02 de 2012, sustituye tácita y parcialmente las funciones de la jurisdicción constitucional y de su órgano de cierre, la Corte Constitucional, por dos razones específicas.

La primera razón se encuentra relacionada con que el inciso 2 del artículo 3º del acto legislativo al determinar que las infracciones al derecho internacional humanitario

---

161 Sentencia SU-640 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, 05 de noviembre de 1998.

162 Sentencia SU-1184 de 2001, M.P. Eduardo Montealgre Lynett, 13 de noviembre de 2001.

cometidas por miembros de la fuerza pública serán conocidas *exclusivamente* por las cortes marciales o los tribunales militares o policiales. Pero después el inciso 3 del mismo artículo establece que cuando la conducta de los miembros de la fuerza pública en relación con un conflicto armado sea investigada y *juzgada por las autoridades judiciales*, se aplicará *siempre* el derecho internacional humanitario.

En este sentido, si llega al conocimiento de cualquier juez de tutela una acción de tutela para la protección de los derechos fundamentales de alguna persona, en la que esté involucrado un miembro de la fuerza pública y en relación con el conflicto armado, el juez de tutela únicamente podrá aplicar para ese caso concreto las normas del derecho internacional humanitario, y no otras normas que protegen los derechos fundamentales de las personas.

En consecuencia, se desvirtúa y pierde eficacia la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, puesto que los jueces que tengan conocimiento de una acción de tutela de las características mencionadas no podrán aplicar la normatividad internacional sobre derechos humanos aplicable en virtud del artículo 4, 93 y 94 de la Constitución (bloque de constitucionalidad), con lo cual se está excluyendo a los miembros de la fuerza pública del control de aquellas acciones que eventualmente vulneren derechos fundamentales, si su conducta está relacionada con el conflicto armado.

De esta manera, se sustituye tácita y parcialmente una de las funciones principales de la jurisdicción constitucional, como es la de garantizar la protección de los derechos fundamentales de las personas y la garantía de un recurso judicial efectivo (tutela).

En consecuencia, la Corte Constitucional también se ve limitada en sus funciones, en la medida que aquellas tutelas que lleguen a sede de revisión, en la que se encuentren involucrados miembros de la fuerza pública y que esté relacionada con el conflicto armado, solo podrán ser revisadas bajo los parámetros del derecho internacional humanitario y no de las demás normas del ordenamiento constitucional, lo cual claramente sustituye tácita y parcialmente una de las funciones principales de la Corte Constitucional como guardiana suprema de la integridad y supremacía de la Constitución.

La segunda razón por la cual se sustituye tácita y parcialmente la competencia de la Corte Constitucional es porque la parte final del inciso 3 del artículo 3° del acto legislativo 02 de 2012, determina que una ley estatutaria especificará las reglas de interpretación del derecho internacional humanitario y su aplicación, además de determinar la armonización del derecho penal con el DIH.

Así, el acto legislativo 02 de 2012, está atribuyendo al Congreso de la República, la función de interpretar un tratado internacional, que además es parte del bloque de constitucionalidad, función que es exclusiva de la Corte Constitucional como supremo intérprete de la Carta Fundamental. De modo que, no le es dado al Congreso de la República determinar las reglas de interpretación y aplicación de los tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano, por cuanto esto desconoce el principio de *pacta sunt servanda*, en el sentido que los tratados han de ser aplicados de buena fe y se debe acudir al sentido corriente de los términos, y teniendo en cuenta su objeto y fin (artículos 26, 27 y 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969).

Los Estados parte de un tratado internacionales tienen entonces la obligación de interpretar los tratados de buena fe y según el sentido corriente de los términos del tratado. Además de ello existen instancias y organismos internacionales que son los



intérpretes autorizados de los tratados o convenios internacionales, especialmente aquellos que tienen relación con los derechos humanos. En este sentido se encuentra, por ejemplo, la Corte Interamericana que es la encargada mediante las sentencias y opiniones consultivas de dar el sentido y la interpretación adecuada de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

También se encuentran los diferentes órganos de tratados de las Naciones Unidas a los cuales se les encarga el seguimiento de la debida interpretación e implementación de los tratados sobre derechos humanos de los cuales son parte los Estados.

Cada tratado de las Naciones Unidas sobre derechos humanos tiene un órgano cuyo propósito principal es supervisar el cumplimiento de las disposiciones de aquél por parte de los Estados que lo han ratificado.

(...) resulta fundamental asegurar la aplicación e interpretación adecuada de las disposiciones para respetar y garantizar, en la práctica, los derechos y las libertades fundamentales de las personas. La interpretación de las normas internacionales por los órganos a cargo de velar por el cumplimiento de los tratados se realiza por diversos medios. Uno de ellos es el exámen de los informes que deben presentar los Estados Partes explicando cómo aplican internamente sus obligaciones.

El otros consiste en el exámen de las denuncias individuales por violaciones de las normas contenidas en los tratados, cuando ello es pertinente.

Adicionalmente mediante las llamadas observaciones o recomendaciones generales, dichos comités aplican un mecanismo muy valioso para explicar el contenido y el alcance de los derechos y obligaciones consagrados por esos tratados.<sup>163</sup>

Así que los Estados parte de los tratados internacionales sobre derechos humanos, tienen la obligación de implementar a nivel interno los tratados de que son parte, y acatar las recomendaciones de los órganos de tratados, y tener en cuenta la interpretación que estos órganos hacen de los tratados. En el caso del DIH, uno de los organismos autorizados para determinar su aplicación e interpretación es el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). Los Estados están obligados entonces a someterse al cumplimiento de los tratados y a la interpretación que los organismos autorizados hacen de los mismos, si se diera libertad a los Estados para interpretar los tratados, estos perderían eficacia y se contrariaría el principio de *effet utile*, y es que los tratados internacionales están llamados a producir efectos al interior de los Estados y cualquier disposición contraria o interpretación libre por parte de los estados puede resultar en la ineficacia del mismo.

Por su parte, los Estados democráticos de derecho o constitucionales, también cuentan con organismos autorizados para determinar cuándo un tratado se ajusta a sus principios constitucionales. En el Estado social de Derecho colombiano, la Corte Constitucional es quien cumple esta función. Este tribunal es el llamado a establecer la compatibilidad de un tratado internacional con las normas constitucionales.

Ya hemos enunciado la jurisprudencia de la Corte Constitucional relativa a la figura del bloque de constitucionalidad, en relación con el artículo 93 y 94 de la Constitución, y la aparente contradicción que sucitó esta con el artículo 4 constitucional, que determina la supremacía de la Constitución sobre cualquier otra norma. Para ello el bloque de constitucionalidad concilió las contradicciones al establecer que ciertos tratados internacionales hacen parte de la Carta Política.

---

163 Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Interpretación de las normas internacionales sobre derechos humanos – Observaciones y recomendaciones generales de los órganos de vigilancia de los tratados internacionales de derechos humanos de las Naciones Unidas, Presentación, Bogotá, septiembre de 2002. p. 17 y 18.

Dicho esto, es importante resaltar que es la Corte Constitucional a quien corresponde en última instancia determinar la constitucionalidad o no de un determinado tratado internacional, y de interpretarlo y determinar la forma de aplicación del tratado a la luz de los tratados internacionales y de la jurisprudencia o de los medios utilizados por los organismos autorizados que interpretan los mismos.

Adicionalmente el acto legislativo establece que sea una ley estatutaria la que armonice el derecho penal con el DIH, desconociendo así la reserva de ley estatutaria establecida en el artículo 152 de la Constitución política original, el cual establece unas materias específicas que deben ser tramitadas mediante ley estatutaria. Consideramos que esta armonización no necesita una ley estatutaria, sino que por vía de una ley ordinaria el Congreso de la República puede dar efectividad a las normas del derecho internacional humanitario, por ejemplo, tipificando lo más específicamente posible las infracciones al derecho internacional humanitario en el código penal ordinario, para lo cual solicitamos a la Corte Constitucional que exhorte al Congreso de la República a hacerlo.

Además la Corte Constitucional ha determinado que las competencias atribuidas por el Constituyente a esta corporación, también son un elemento fundamental para mantener la separación y colaboración armónica entre las diferentes ramas del poder.

En desarrollo de la colaboración armónica, el artículo 241 de la Constitución, al asignarle a la Corte Constitucional la guarda de su integridad y supremacía "en los estrictos y precisos términos de este artículo", le confiere en el numeral 10 la función de "decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los Tratados Internacionales y de las leyes que los apruebe". Es por ello que el gobierno los debe remitir a la Corte dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley para que, si la Corporación los declara constitucionales, el gobierno pueda efectuar el canje de notas o, en caso contrario, si los declara inconstitucionales no podrán ser ratificados (...)

La capacidad de ejercer la soberanía se manifiesta precisamente en la aptitud de comprometerse, y, como es obvio, de responder por ello. En otras palabras, el pacto internacional es, como se ha dicho, una manifestación de la soberanía del Estado, un ejercicio de soberanía que trae como consecuencia la responsabilidad internacional. Si en el plano del hombre hay responsabilidad con fundamento en la libertad, en el plano internacional hay responsabilidad con fundamento en el ejercicio de la soberanía, pues el Estado que se compromete ha ejercido para ello su autodeterminación.

(...)

Por lo demás, el artículo 9o. de la Carta, estatuye que, si bien es cierto las relaciones internacionales se fundamentan en la Soberanía Nacional, también parten del supuesto del "reconocimiento de los principios del Derecho Internacional aceptados por Colombia". Y es una verdad incontrovertible que uno de esos principios es el cumplimiento de los tratados, como medida de seguridad y estabilidad jurídica dentro del orden internacional. Esa es la correspondencia lógica con el principio universal *Pacta Sunt Servanda*, cuyo fundamento jurídico reside en la paz, la seguridad y la convivencia entre los Estados, principio el cual no puede ser desconocido bajo ningún pretexto, por ser una exigencia de la recta razón.<sup>164</sup> (subrayas nuestras)

Por estas razones, consideramos que la parte final del inciso 3 del artículo 3º del acto legislativo 02 de 2012, también sustituye parcialmente la Constitución Política de

---

164 Sentencia C-276 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, 22 de julio de 1993.

1991, al atribuirle al Congreso de la República mediante una ley estatutaria, la función de interpretar los tratados sobre derecho internacional humanitario, función que corresponde exclusivamente a la Corte Constitucional como guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución (art. 241 C.P.), y en su función de control de exequibilidad de los tratados internacionales (núm. 10 art. 241 C.P.).

#### **d) Sustitución tácita y parcial de las funciones de la Fiscalía General de la Nación.**

La Fiscalía General de la Nación (FGN) hace parte de la Rama Judicial, al encontrarse en el capítulo VI del título VIII de la Constitución Política de Colombia, y mandato expreso del artículo 249 constitucional. El artículo 250 y 251 determinan específicamente cuáles son las funciones de la Fiscalía General de la Nación.

El artículo 250 constitucional establece como función de la FGN:

La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas, que indiquen la posible existencia del mismo (...) Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo en relación con el mismo servicio (...)

8. Dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente cumple la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley.

Por su parte, el artículo 251 constitucional establece como funciones especiales de la FGN, entre otras:

1. Investigar y acusar, si hubiere lugar, a los altos servidores que gocen de fuero constitucional, con las excepciones previstas en la Constitución.

(...)

5. Otorgar, atribuciones transitorias a entes públicos que puedan cumplir funciones de Policía Judicial, bajo la responsabilidad y dependencia funcional de la Fiscalía General de la Nación.

Una de las principales funciones de la Fiscalía General de la Nación es la investigación de las conductas consideradas delitos según el ordenamiento jurídico colombiano. La FGN cuenta para ello con organismos y unidades especializadas, para la eficacia de sus labores.

Es claro según lo enunciado en los artículos constitucionales, que la FGN hace parte de la rama judicial, y que ejerce su labor dentro de las acciones judiciales que desarrolla la justicia ordinaria para la investigación y juzgamiento de los delitos. La única excepción que hay para la labor de la FGN es que esta no investiga los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio, como lo indica la parte final del inciso primero del artículo 250 constitucional. Esto en concordancia con lo dispuesto por el artículo 221 superior que establece el fuero penal militar para la fuerza pública.

De modo que la FGN es la competente para conocer, en la jurisdicción ordinaria, de todos los demás delitos que estén contemplados en el código penal ordinario y de acuerdo con los tratados internacionales que haya ratificado el Estado colombiano

sobre la materia. Dejando para la justicia penal militar la investigación de los delitos estrictamente relacionados con las funciones otorgadas a la fuerza pública.

El Constituyente primario ha establecido esta cláusula especial, la cual está en armonía con la especialidad de la materia que conoce la justicia penal militar, pero también en armonía con el principio de separación de poderes, en la medida que la FGN hace parte de la rama judicial y es la encargada según las atribuciones especiales del artículo 251 constitucional, de investigar a los altos servidores que gozan de fuero constitucional, pero a su vez las acciones de la FGN están controladas por un juez de garantías.

La Corte Constitucional define claramente que hay una separación, y algunos casos la coordinación, de las actividades propias de la FGN y de la fuerza pública, y que bajo ninguna circunstancia las acciones que adelanta la FGN en ejercicio de sus funciones pueden estar subordinadas a la rama ejecutiva, en este caso de la fuerza pública, en razón del principio de independencia y autonomía de la rama judicial respecto de las otras dos ramas del poder público.

Como se sabe, la Constitución Política asigna a las Fuerzas Militares, como integrantes de la Fuerza Pública, a la Fiscalía General de la Nación y a la Procuraduría General de la Nación, funciones precisas y diferentes, como quiera que cada una de dicha instituciones ha de cumplir una finalidad determinada en el ámbito de la Carta Política.

(...)

4.2.4. Para el ejercicio de sus funciones, la rama judicial del Estado, al administrar justicia debe ser independiente conforme al artículo 228 de la Constitución, norma ésta aplicable a la Fiscalía General de la Nación la cual, por mandato constitucional hace parte de la rama judicial (art. 249 C.P.).

Ese principio de la independencia judicial implica que los jueces y fiscales no han de tener ninguna dependencia con respecto a las otras dos ramas del poder público para ejercer su función, la que no puede menguarse en ningún caso, si bien al ejercerla colaboran en la realización de los fines del Estado (...)

Ni la Fiscalía General de la Nación, ni la Procuraduría General, son subalternos del Ejecutivo. Tampoco para ejercer sus funciones constitucionales y legales, requieren del acompañamiento de servidores públicos de ninguna de las ramas del poder ni de los organismos autónomos del Estado, así como éstos no necesitan para cumplir con las suyas que la ley imponga a fiscales y procuradores que los acompañen para ello.<sup>165</sup> (subrayas nuestras)

Es claro que la independencia judicial se garantiza cuando la FGN puede ejercer sus funciones sin que esté subordinada en ningún sentido a las otras ramas del poder público, por ello, tal como lo indica la Corte, tampoco necesita del acompañamiento por parte de los servidores públicos de ninguna de las ramas del poder, cuando realiza sus funciones asignadas por la Constitución, sin desconocer que se pueden realizar acciones de colaboración.

Esta separación de funciones y competencias es más estricta, cuando se trata de asignar competencias a otros organismos públicos que también administran justicia, como es el caso de la justicia penal militar. En este caso, como ya se ha reiterado, hay una función de administrar justicia que debe ser interpretada como excepcional y restrictiva, de manera que aquello que el Constituyente estableció como excepcional no se convierta en la regla y en la generalidad, y que de igual forma la FGN mantenga

---

<sup>165</sup> Sentencia C-1024 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, 26 de noviembre de 2002.

su independencia respecto de aquello que el Constituyente determinó ha de ser su competencia.

La Constitución establece el fuero militar como una excepción a la competencia general de la jurisdicción ordinaria, por lo cual sus alcances deben ser determinados en forma estricta y rigurosa, no sólo por la ley sino también por el intérprete, pues es un principio elemental de la hermenéutica constitucional que **las excepciones son siempre de interpretación restrictiva, con el fin de no convertir la excepción en regla (...)**

La finalidad esencial del fuero militar es que, dentro de los marcos de la Constitución, los miembros de la Fuerza Pública estén cubiertos en sus actividades de servicio por un régimen jurídico penal especial, tanto sustantivo como procedimental, que sea acorde con la especificidad de la organización y funcionamiento de la Fuerza Pública.<sup>166</sup> (énfasis agregado)

La Corte Constitucional también se pronunció sobre la función de los jueces de instrucción militar.

4. Entra entonces la Corte a estudiar la solicitud de uno de los intervinientes, según la cual, esta Corporación debería condicionar la exequibilidad de las disposiciones acusadas, en el sentido de que debe entenderse que la competencia de los jueces de instrucción penal militar es excepcional, y debe respetar los criterios desarrollados por la jurisprudencia constitucional sobre el alcance limitado del fuero militar.

(...) Así, es indudable que los jueces de instrucción penal militar tienen una competencia excepcional, pues sólo pueden investigar los hechos punibles amparados por fuero militar. Por ello, para que estos jueces de instrucción penal militar tengan competencia es necesario no sólo que el presunto delincuente sea miembro activo de la Fuerza Pública (elemento subjetivo) sino que además el delito cometido tenga una relación directa con el servicio (elemento funcional).

(...) Sin embargo, no por ello es necesario condicionar la constitucionalidad de las disposiciones acusadas en la presente demanda, pues éstas simplemente señalan que los jueces de instrucción penal militar son funcionarios de instrucción penal militar y tienen competencia para investigar “**todos los delitos de conocimiento de la Justicia Penal Militar**” (subrayas no originales). Nótese pues que la propia norma señala que su competencia cubre únicamente los delitos que son de conocimiento de la justicia militar, por lo cual es claro que los jueces de instrucción militar sólo pueden investigar e instruir los delitos amparados por el fuero militar, en los términos señalados por la doctrina constitucional.<sup>167</sup> (subrayas nuestras)

También la Corte Constitucional ha determinado que las actuaciones de la fuerza pública están sometidas al principio de legalidad, y que solamente son legítimas sus actuaciones si están sometidas a lo contenido en la Constitución y la ley.

Según lo ha señalado esta Corporación en abundante y reiterada jurisprudencia, el fuero penal militar se explica a partir de las claras diferencias que existen 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 (...)

Interpretando el sentido del artículo 221 Superior, la Corte ha precisado que, desde

---

166 Sentencia C-399 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero, 07 de septiembre de 1995. *Cfr.* Sentencia C-457 de 2002.

167 Sentencia C-1054 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, 04 de octubre de 2001.

el punto de vista de los sujetos y del objeto específico de los asuntos de que conoce, la Justicia Penal Militar tiene un campo de acción limitado y restringido, ya que a la misma sólo le corresponde juzgar a los miembros de la fuerza pública en servicio activo que incurran en comportamientos delictivos relacionados con el servicio. Bajo ese supuesto, ha señalado la jurisprudencia que para entender activada la competencia de los tribunales militares o cortes marciales se necesita que concurren dos elementos fácticos. Uno de carácter subjetivo: que el agente pertenezca a la institución castrense y sea miembro activo de ella; y otro de naturaleza funcional: que el delito cometido tenga relación directa con el servicio (...) <sup>168</sup> (subrayas nuestras)

Por su parte, el inciso 4 del artículo 3º del acto legislativo 02 de 2012, crea una comisión técnica de coordinación conformada por la jurisdicción ordinaria y la justicia penal militar para que actúe en caso que exista dudas sobre la competencia de la justicia penal militar, si en el desarrollo de una acción, operación o procedimiento de la fuerza pública ocurre alguna conducta que pueda ser punible. Esto contraria abiertamente la jurisprudencia que se ha mencionado sobre la independencia de la rama judicial y en específico de la FGN para adelantar las acciones que permitan cumplir con las funciones asignadas en los artículos 250 y 251 de la Constitución, y la jurisprudencia que hemos mencionado, en el sentido que en caso de duda sobre la competencia de la justicia penal militar, siempre le corresponde a la justicia ordinaria adelantar la investigación y juzgamiento de las conductas punibles, puesto que esta es la regla y la justicia militar la excepción.

También el inciso 4 contraria y sustituye la competencia de la FGN, al permitir que organismos de la justicia penal militar actúen cuando existe una conducta presuntamente delictiva que no corresponde conocer a la justicia penal militar, por cuanto la duda se resuelve siempre a favor de la justicia penal militar, como lo mencionamos, y por cuanto la FGN no necesita y no tiene por qué estar acompañada en su labor de funcionarios públicos de las otras ramas del poder público, como se ha mencionado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Esto hace que se atente contra la independencia de la investigación en casos donde miembros de la fuerza pública estén involucrados presuntamente en la comisión de un delito.

Al permitir que la justicia penal militar investigue conductas punibles que no hacen parte de los delitos contemplados para el fuero penal militar, delimitados en el artículo 221 de la Constitución e interpretados por la Corte Constitucional como aquellos delitos que están directamente relacionados con el servicio y que atienden a la disciplina, el decoro y el honor de la conducta militar (*Cfr.* C-737 de 2006), la justicia penal militar está asumiendo funciones que corresponden a la jurisdicción ordinaria, y en específico las funciones de investigación que corresponden a la FGN.

Igualmente la policía judicial, en las cuales se apoya la FGN para realizar su función investigadora, según las funciones otorgadas por el artículo 250-8 y 251-5 de la Constitución Política, debe realizar sus acciones bajo la dirección y subordinación de la FGN, de conformidad también con los artículos 200, 201, 202 y siguientes de la ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal).

La Corte Constitucional ha enfatizado que la función de policía judicial constituye un elemento necesario para la investigación judicial, y determinado la subordinación funcional de esta a la FGN.

En ese orden de ideas, la función de policía judicial constituye elemento necesario para la investigación judicial y, por ello, queda dentro de la órbita propia de la función judicial del Estado. La Corte ha precisado que aquella debe desempeñarse

---

168 Sentencia C-737 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil, 30 de agosto de 2006.

por servidores públicos especializados y bajo la dirección, coordinación y responsabilidad funcional de la Fiscalía General de la Nación, que, por mandato de la Constitución forma parte de la rama judicial del poder público.

(...)

Claramente entonces las funciones de policía judicial atribuidas a los funcionarios a que se refieren los literales acusados deberán ejercerse en el ámbito de competencia de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y bajo la dirección y coordinación del Fiscal General de la Nación.<sup>169</sup> (subrayas nuestras)

De modo que al establecer que habrá colaboración y coordinación entre la justicia penal militar y la FGN, en la investigación de delitos cometidos por la fuerza pública sustituye la función de la policía judicial que debe estar sometida, dirigida y coordinada únicamente por la FGN y no por la justicia penal militar, sometiendo a la policía judicial a la órbita de dominio de la justicia penal militar la cual hace parte de la rama ejecutiva, restando independencia a la rama judicial de la cual la policía judicial hace parte, al igual que la FGN.

También el artículo 4º transitorio subordina a la FGN a la justicia penal militar, primero al limitar en el tiempo las funciones de la FGN, la cual cuenta con solamente un año para identificar todos los procesos que se adelantan contra miembros de la fuerza pública, y trasladar a la justicia penal militar aquellos procesos que no cumplan los supuestos para la competencia de la justicia ordinaria de acuerdo con lo dispuesto en el acto legislativo 02 de 2012, el cual como hemos venido reiterando, sustituye parcialmente la Constitución Política de 1991. Es claro que poner límites a las funciones de la FGN, y supeditarlas a priorizar los casos en los que se encuentran involucrados miembros de la fuerza pública, no solamente es contrario a lo determinado por el Constituyente en el sentido que las funciones que cumple la FGN según los artículos 250 y 251 constitucionales, son permanentes, sino que además la investigación de las conductas penales es una obligación estatal, y está en cabeza de la FGN, por ello, limitar las funciones de la FGN a un año, respecto a los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública, es sustituir parcialmente las funciones otorgadas por el Constituyente, y se convierte también en una limitación a la obligación estatal de investigar los delitos, especialmente aquellos que configuran violaciones a los derechos humanos, como se ha mencionado anteriormente.

De igual forma, se está subordinando a la FGN a la justicia penal militar en la medida que se obliga a la FGN a que en un año, priorice los casos en que se investiga a los miembros de la fuerza pública, lo cual va en detrimento del principio de igualdad, puesto que las investigaciones sobre otros delitos, donde están involucradas personas que no son miembros de la fuerza pública, tendrían que esperar el trámite que se haga respecto a estos casos, para que sea resuelta su situación, lo cual podría igualmente generar vulneraciones a los derechos de las personas investigadas, como el acceso a la justicia, el debido procesos, el derecho a la libertad, entre otros. Estaríamos, pues, ante una situación de privilegio para los miembros de la fuerza pública, frente al debido procesos y el acceso a la justicia, que no es justificable ni razonable, en la medida que no hay una razón suficiente, primero, para limitar las funciones de la FGN, y segundo para otorgar un privilegio especial a los miembros de la fuerza pública sobre el resto de las personas que estén siendo investigados por delitos presuntamente cometidos.

También el artículo 4º transitorio establece que es obligatorio que la FGN realice la identificación de los casos que posiblemente puedan pasar al conocimiento de la

---

169 Sentencia C-404 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis, 22 de mayo de 2003.

justicia penal militar según lo estipulado en los artículos anteriores del acto legislativo 02 de 2012, sin embargo, al referirse a los casos que deberían pasar de la justicia penal militar a la justicia ordinaria, este artículo establece que en el marco de esa cooperación se podrá verificar si hay algún caso en esa circunstancia. Lo cual hace que este proceso de verificación de pasar a la justicia ordinaria los casos que no sean de conocimiento de la justicia penal militar, no sea obligatorio sino potestativo, es opcional, no es obligatorio que se verifique si realmente hay casos que no debería estar conociendo la justicia penal militar, con lo cual se subordina la FGN a la justicia penal militar, limitando así la oportunidad y posibilidad para que haya un proceso de verificación por parte de la FGN para determinar si realmente hay razones o no para que un caso pase a la justicia ordinaria, desconociendo además el principio, tantas veces mencionado en la presente demanda, de que la duda sobre si existe o no competencia de la justicia penal militar para conocer de un caso, debe resolverse siempre a favor de la justicia ordinaria.

Por las anteriores consideraciones, es necesario que la Corte Constitucional declare la inconstitucionalidad del inciso 4 del artículo 3° y el artículo 4° transitorio del acto legislativo 02 de 2012, para garantizar a la FGN el cumplimiento de las funciones otorgadas por el Constituyente, y para evitar la subordinación de la justicia ordinaria a la justicia penal militar, garantizando así la separación de poderes y la plena vigencia del Estado Social de Derecho.

**e) Desnaturalización de la Policía Nacional y sometimiento al fuero penal militar para esta institución.**

De acuerdo con el artículo 216 de la Constitución *la fuerza pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional*. El artículo 218 constitucional determina que *La Policía Nacional es un cuerpo armado permanente e naturaleza civil (...)*. Esta naturaleza civil también distingue a la Policía Nacional de las fuerzas militares, dado que por mandato del Constituyente estas últimas no tienen una naturaleza civil.

El carácter civil de la Policía Nacional radica en la necesidad de garantizar el orden interno, protegiendo a las personas en su honra, sus bienes y creencias, no por vía de las armas y la fuerza, sino mediante la exigencia del cumplimiento de la ley y garantizando el ejercicio pleno de los derechos y libertades públicas, mediante la convivencia pacífica. Estas son las funciones principales tanto de las autoridades de la República en general (art. 2 C.P.), y de la Policía Nacional en particular (art. 218 C.P.).

La Policía Nacional se diferencia de las fuerzas militares, también por la ausencia de una disciplina castrense, y porque como autoridad administrativa cumple principalmente funciones preventivas y no represivas, como en el caso de las fuerzas militares.

En este sentido, el uso de la fuerza y de las armas, por parte de la Policía Nacional es realmente excepcional, y no debería constituir su *modus operandi* habitual. Si bien es cierto que por la situación de conflicto armado interno que vive Colombia, la Policía Nacional ha asumido funciones represivas, esta no es su función principal. No obstante, la Policía Nacional, al hacer uso de la fuerza y en especial el uso de las armas, tiene que someterse a las disposiciones constitucionales que establecen los límites al uso de la fuerza y tiene que en todo caso observar las disposiciones sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario que por vía de tratados internacionales ha aceptado el Estado colombiano.



El Constituyente estableció que, pese a su carácter civil, la Policía Nacional debía estar cobijada por el fuero penal militar, al igual que las fuerzas militares, exclusivamente en aquello que tiene que ver con las conductas de los miembros en servicio activo y en relación directa con el servicio, tal como lo establece el artículo 221 constitucional.

Ahora bien, esto no exime a los miembros Policía Nacional de responsabilidad penal por los excesos o las omisiones en que puedan incurrir en el ejercicio de sus funciones, rompiendo el nexo con el servicio, por lo cual es la justicia ordinaria quien se encargaría en esos casos de juzgar la conducta de los miembros en servicio activo de la Policía Nacional.

En varios pronunciamientos la Corte Constitucional ha aclarado el sentido del carácter civil de la Policía Nacional y su relación con el fuero penal militar.

La Policía Nacional se distingue de las Fuerzas Militares por la ausencia de disciplina castrense y por su naturaleza civil, lo cual implica que los inferiores son responsables de la ejecución de las órdenes que reciban. La Policía Nacional, como autoridad administrativa, cumple funciones preventivas mas no represivas, salvo cuando actúa como colaboradora de las autoridades judiciales en ejercicio de la función de policía judicial.

(...) Fue inequívoca la voluntad del constituyente, en el sentido de aplicar el fuero penal militar a los miembros de la Policía Nacional por los delitos que cometan en servicio activo, y en relación con el mismo servicio. El Constituyente de 1991 fue consciente de la “zona gris” a la que ha hecho alusión la Corte, situada en los límites entre lo militar y lo civil, y la defensa y la seguridad dentro del contexto social colombiano, y estableció una regulación constitucional que intenta conciliar las aspiraciones ideales y las necesidades coyunturales. Los miembros de la policía nacional y de las fuerzas militares tienen un fuero especial de carácter penal conforme al cual deben ser juzgados por cortes marciales o tribunales militares cuando cometan delitos en servicio activo o en relación con el mismo servicio.

(...) El "juez natural" es aquél que la Constitución o la ley han instituido para conocer de determinados asuntos; en el caso de debate, el "juez natural" para juzgar al personal de la Policía Nacional por los delitos aludidos, está expresamente establecido en la mencionada disposición constitucional, y lo son, las cortes marciales o tribunales militares.<sup>170</sup> (subrayas nuestras)

Ha sido reiterado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional que el juez natural para los casos de delitos que tienen relación directa con el servicio y para miembros en servicio activo de la Policía, es la justicia penal militar, para los demás delitos, el juez ordinario es la justicia ordinaria.

En virtud del fuero especial, los miembros de la Policía Nacional, dada la actividad que desarrollan pueden ser objeto de juzgamiento por las cortes marciales o tribunales militares, cuando se trate de delitos cometidos por estos “en servicio activo y en relación con el mismo servicio”, o por la justicia ordinaria cuando incurran en actos o conductas contrarias a la ley, no encontrándose en servicio activo. De consiguiente, cuando el agente de policía no está desarrollando la actividad en servicio activo y en relación con el mismo, puede la justicia ordinaria competente solicitar la suspensión correspondiente.<sup>171</sup>

También ha dicho la Corte Constitucional:

---

170 Sentencia C-444 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz, 04 de octubre de 1995.

171 Sentencia C-057 de 1996, M.P. Hernando Herrera Vergara, 15 de febrero de 1996.

Esta Corporación en diferentes oportunidades se ha referido a la naturaleza jurídica de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares para destacar las diferencias entre las dos instituciones. Tales diferencias radican fundamentalmente en el carácter civil que se atribuye a la Policía y que emerge del artículo 218 de la Constitución, carácter del que no se revisten las Fuerzas Militares, y en el objetivo que persigue cada institución, el cual en el caso de la Policía es “*el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz*”(C.P art. 218), mientras que en el caso de las Fuerzas Militares “*la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional*”. (C.P. art.217).

(...)

Las razones filosófico-políticas que soportan la distinción entre el carácter civil del cuerpo de policía y el militar que tienen el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, han sido también explicadas por esta Corporación en los siguientes términos:

(...) El poder policivo, en cambio, dado su carácter meramente preventivo y la relativa debilidad de su poder bélico, se encuentra en mejores condiciones para proteger la libertad ciudadana.<sup>172</sup> (subrayas nuestras)

De modo que para la Corte Constitucional la existencia de la Policía se justifica en la medida que se mantiene su carácter civil y el ejercicio de la fuerza para el mantenimiento del orden interno, se reduce a sus mínimas expresiones, prefiriendo el carácter preventivo de la Policía con lo cual se garantiza que cumpla los fines establecidos constitucionalmente.

Además se reconoce que los actos realizados por la Policía son actos de carácter administrativo:

La Corte Constitucional ha señalado unos límites precisos al ejercicio del poder y la función de policía en un Estado democrático de derecho: (i.) Debe someterse al principio de legalidad; (ii.) Debe tender a conservar y restablecer el orden público; (iii.) Las medidas que se adopten deben ser proporcionales y razonables, no pueden traducirse en la supresión absoluta de las libertades o en su limitación desproporcionada; (iv.) no pueden imponerse discriminaciones injustificadas a ciertos sectores; (v.) la medida policiva debe recaer contra el perturbador del orden público, pero no contra quien ejerce legalmente sus libertades, y (vi.) las medidas policivas se encuentran sometidas a los correspondientes controles judiciales. Aspectos que de antemano impiden que el ejercicio del poder de policía atente contra los derechos fundamentales, entre ellos, el derecho al debido proceso.

(...) Esta función comporta la adopción de reglamentos de alcance local, que en todo caso deben supeditarse a la Constitución y a la ley. Finalmente, la actividad de policía es la ejecución del poder y la función de policía en un marco estrictamente material y no jurídico, que corresponde a la competencia del uso reglado de la fuerza, y que se encuentra necesariamente subordinado al poder y a la función de policía.<sup>173</sup> (subrayas nuestras)

De lo anterior se colige que el poder de policía se encuentra en cabeza del Ejecutivo, a nivel nacional del Presidente de la República, a nivel departamental del Gobernador y a nivel municipal del Alcalde. Por lo cual la función de policía se encuentra siempre sujeta a la rama ejecutiva según los niveles de la organización administrativa. Es un poder subordinado a lo determinado por las autoridades civiles.

Ahora bien, el Constituyente, pese al carácter civil de la Policía Nacional, decidió que los miembros de este cuerpo estarían sometidos al fuero penal militar, bajo las

172 Sentencia C-421 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis, 28 de mayo de 2002.

173 Sentencia C-241 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez, 07 de abril de 2010.

mismas condiciones que los demás miembros de la fuerza pública, según la cláusula especial del artículo 221 constitucional, es decir, que la justicia penal militar, tanto para las fuerzas militares como para la Policía Nacional, sería competente para conocer los delitos que cometan los miembros en servicio activo de estas instituciones, por delitos relacionados directamente con el servicio. De lo cual se tiene como consecuencia, tal y como lo hemos venido reiterando, que para los demás delitos que no tienen relación con el servicio, es la justicia ordinaria la llamada a actuar como juez natural.

Por tanto, la creación de la justicia penal policial, y la ampliación del fuero penal militar a la Policía Nacional, como lo pretende el artículo 3º, en especial los incisos 2 y 5, del acto legislativo 02 de 2012, sustituye tácita y parcialmente la función asignada y el carácter civil de la Policía Nacional, dado que el Constituyente únicamente autorizó a la justicia penal militar, para administrar justicia, en aquellos delitos cometidos por los miembros activos de la fuerza pública (fuerzas militares y Policía) y en relación directa con el mismo servicio.

Autorizar a la Policía Nacional para administrar justicia, rompe el principio de separación de poderes (art. 113, 114, 115, 116 C.P.), puesto que como se evidenció en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la Policía tiene un carácter civil y está en todo momento subordinada al poder civil de la rama ejecutiva, en cabeza de los mandatarios de la Nación y de las entidades territoriales, y por cuanto el Constituyente en ninguna norma constitucional autoriza que la Policía ejerza la función de administrar justicia.

Esto sustituye la voluntad original del Constituyente, al determinar que solamente la rama judicial administra justicia, y excepcionalmente autoriza que la justicia penal militar administre justicia en los estrictos términos del artículo 221 constitucional. De manera que, si en la Constitución Política de 1991 por voluntad expresa del Constituyente, no se autorizó a la Policía Nacional a ejercer una función jurisdiccional, la pretensión de otorgar esta facultad mediante el acto legislativo 02 de 2012, sustituye parcialmente la Constitución Política de 1991.

#### **4.3 Tercer cargo de inconstitucionalidad por sustitución parcial de la constitución – Derechos de las personas víctimas.**

Este tercer cargo de inconstitucionalidad por sustitución parcial de la Constitución Política de 1991, está fundamentado en la sustitución del principio de protección y garantía de los derechos de las personas víctimas de violaciones a los derechos humanos a la verdad, justicia, reparación integral y garantías de no repetición, mediante la adecuada y seria investigación, juzgamiento, sanción y ejecución de la pena por parte de un tribunal independiente, imparcial y autónomo, que se encuentran consagrados, entre otros, en el Preámbulo, artículos 1, 2, 29, 228, 229, de la Constitución Política de Colombia de 1991; Preámbulo, artículos 8 y 10 Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH); artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); artículo 8 y 25, Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana); artículo IX Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; principios 22 y 29, Conjunto de Principios Actualizado para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la Lucha Contra la Impunidad; principios 1, 2, 3, 4, 10, 11, 12, 14, 18, 22, 23, 25 de los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones; principios 5, 6, 8, 9, 12, 13, 21 de la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder.

Los apartes mencionados de la norma demandada dicen lo siguiente:

**ARTÍCULO 3°.** El artículo 221 de la Constitución Política quedará así:

(...)

En ningún caso la Justicia Penal Militar o policial conocerá de los crímenes de lesa humanidad, ni de los delitos de genocidio, desaparición forzada, ejecución extrajudicial, violencia sexual, tortura y desplazamiento forzado. Las infracciones al Derecho Internacional Humanitario cometidas por miembros de la Fuerza Pública, salvo los delitos anteriores, serán conocidas exclusivamente por las cortes marciales o tribunales militares o policiales.

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

(...)

Créase un fondo destinado específicamente a financiar el Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los miembros de la Fuerza Pública, en la forma en que lo regule la ley, bajo la dependencia, orientación y coordinación del Ministerio de Defensa Nacional.

Los miembros de la Fuerza Pública cumplirán la detención preventiva en centros de reclusión establecidos para ellos y a falta de estos, en las instalaciones de la unidad a que pertenezcan. Cumplirán la condena en centros penitenciarios y carcelarios establecidos para miembros de la Fuerza Pública.

(...)

**ARTÍCULO 5°. Transitorio.** Facúltese por tres (3) meses al Presidente de la República para expedir los decretos con fuerza de ley necesarios para poner en marcha el Fondo de Defensa Técnica y Especializada de que trata el presente acto legislativo. Los decretos expedidos bajo esta facultad regirán hasta que el Congreso expida la ley que regule la materia.

El principio se podría enunciar así: *El Estado colombiano tiene la obligación de garantizar a todas las personas víctimas de todas las violaciones a los derechos humanos, infracciones al derecho internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, los derechos a la verdad, la justicia, la reparación integral, y las garantías de no repetición, mediante la investigación, juzgamiento, sanción y ejecución de la pena, seria, imparcial y autónomamente por parte de la justicia ordinaria. La justicia penal militar en ningún caso debe conocer de estos delitos.*

El principio nuevo, establecido por los incisos 2, 3, 7 y 8 del artículo 3°, y el artículo 5° Transitorio del acto legislativo 02 de 2012 es: *El Estado colombiano tiene la obligación de garantizar a algunas personas víctimas de algunas violaciones a los derechos humanos, infracciones al derecho internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, ciertos derechos a la verdad, la justicia, la reparación integral, y las garantías de no repetición, mediante la investigación, juzgamiento, sanción y ejecución de la pena, de manera seria imparcial y autónoma por parte de la justicia ordinaria en algunos casos. La justicia penal militar conocerá la mayoría de estos delitos.*

Como se evidencia, los dos principios no solamente son contrarios, sino que son incompatibles, puesto que se sustituye parcialmente la obligación del Estado colombiano de investigar, juzgar y sancionar de manera seria, independiente e imparcial, todas las violaciones a los derechos humanos, infracciones al derecho internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, por parte de la justicia ordinaria, quien es el juez competente para conocer de tales delitos, la cual, mediante el acto legislativo 02 de 2012, pasa a ser la excepción, determinando como regla que será la justicia penal militar la que conozca de tales delitos.

Como ya se ha enunciado anteriormente, uno de los principios en un Estado Social y democrático de Derecho es que la justicia penal militar en ningún caso, puede juzgar a los civiles, asimismo, ningún miembro de la fuerza pública que haya cometido delitos que rompen el nexo con el servicio debería ser juzgado por la justicia penal militar.

En cuanto a la prohibición de que la justicia penal militar no juzgue a civiles, el principio se predica no solamente de las personas investigadas o que están siendo juzgadas por la presunta comisión de un delito, sino también de las personas víctimas de tales delitos. Los incisos 2, 3, 7 y 8 del artículo 3º, y el artículo 5º Transitorio del acto legislativo 02 de 2012, sustituye este principio fundamental al ampliar el fuero penal militar a delitos que no tienen relación directa con el servicio, al determinar que en las investigaciones dirigidas contra los miembros de la fuerza pública en relación con el conflicto armado siempre se aplicará el derecho internacional humanitario.

Lo primero que debe decirse al respecto, es que el conocimiento de los delitos que configuran violaciones a los derechos humanos, infracciones al derecho humanitario, crímenes de lesa humanidad, o crímenes de guerra, por parte de la justicia penal militar, conlleva la vulneración a las garantías procesales, puesto que la imparcialidad e independencia de los jueces no está garantizada y dado el desequilibrio de fuerzas, entre las garantías que rodean a los miembros de la fuerza pública, no solo mediante la creación del Tribunal de Garantías Penales (artículo 1º acto legislativo 02 de 2012, del cual se solicita su declaratoria de inconstitucionalidad mediante el primer cargo de la presente demanda), sino también porque las personas víctimas de las violaciones a los derechos humanos, de los delitos de lesa humanidad, de las infracciones al derecho internacional humanitario o de los crímenes de guerra, no se encontrarían ante su juez natural, la justicia ordinaria en este caso, y no tendrían los medios con que cuenta la fuerza pública para su defensa. Esto vulnera abiertamente los derechos de las personas víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

El limitar la investigación y juzgamiento de las violaciones a los derechos humanos en el marco del conflicto armado interno, constituye, no solo una contradicción entre lo que el Estado colombiano se ha comprometido a cumplir en virtud de los tratados internacionales, sino que también configura una sustitución parcial de la Constitución Política de 1991, en la medida que el Estado colombiano estaría renunciando tácitamente a su deber de investigar y juzgar las conductas que generan violaciones a los derechos humanos, de manera adecuada y efectiva de acuerdo con los estándares internacionales, los cuales han establecido que la competencia para investigar y juzgar los delitos que no tienen relación con el servicio cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, es la justicia ordinaria.

#### **a) Derechos de las personas víctimas.**

Los Estados mediante la aprobación de tratados o convenios internacionales, se

obligan a respetar, proteger o garantizar una serie de bienes jurídicos, derechos y libertades, que la comunidad internacional ha acordado son importantes para la conservación de la paz y un orden social justo. Estos tratados han de observarse y cumplirse de buena fe, según el principio de derecho internacional de *pacta sunt servanda* (art. 26 Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados).

Estos tratados internacionales, principalmente los que tienen que ver con derechos humanos, están encaminados sobre todo a garantizar la protección de la dignidad humana y los derechos fundamentales de todas las personas sin discriminación. Este es el sentido y objetivo fundamental de los tratados internacionales sobre derechos humanos, cuyo fundamento se encuentra en la persona humana como ser integral, partiendo de la perspectiva de la integralidad, universalidad e interdependencia de todos los derechos humanos. En este sentido, se han establecido una serie de obligaciones para que los Estados garanticen, protejan y respeten los derechos humanos.

Puede presentarse la situación de que los Estados no cumplan con sus obligaciones de garantizar, proteger y respetar los derechos humanos, lo cual podría constituir una violación a los derechos humanos por parte del Estado, y por ende la responsabilidad internacional del mismo. Esta responsabilidad estatal a su vez, genera una serie de obligaciones y derechos que pueden ser exigidos por parte de las personas que hayan sido víctimas del actuar o de la omisión estatal.

Por otra parte, las situaciones de conflictos armados internacionales, han evidenciado la necesidad de no solamente restringir los métodos y medios de guerra (derecho de la haya), sino también de brindar protección a aquellas personas que no hacen parte de los conflictos (derecho de ginebra). Dentro de este último se encuentran los convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales. Esta normatividad, que como hemos indicado, hace parte del *ius cogens*, también es aplicable a los conflictos armados con carácter no internacional o conflictos armados internos.

Cada una de esas situaciones en donde está comprometida la responsabilidad de un Estado, bien sea por omisión o por acción, en tiempo de paz o en tiempo de guerra, genera una serie de obligaciones a nivel interno que permitan garantizar que las personas víctimas, en especial las personas civiles en los casos de conflictos armados internacionales o no internacionales, el máximo disfrute posible de los derechos humanos, así como las garantías para que la situación de vulneración de derechos cese y que se vuelva al estado anterior, se investigue y castigue a los culpables, que haya una reparación efectiva e integral del daño, unas medidas de satisfacción y de no repetición, y en algunos casos una adecuada, proporcional y justa indemnización por el daño.

En este sentido, los organismos internacionales de derechos humanos, bien sea por medio de resoluciones, convenios o jurisprudencia, según sea su naturaleza, han determinado una serie de estándares internacionales para que las personas víctimas de cualquier violación a los derechos humanos o que haya resultado afectada y se haya producido un daño por un conflicto armado internacional o no internacional, tengan la posibilidad de acudir a los medios legales disponibles y más eficaces, para la garantía de sus derechos.

Uno de estos organismos es la Organización de las Naciones Unidas, quien mediante sus órganos y los diferentes tratados sobre derechos humanos, ha intentado establecer acuerdos mínimos o básicos sobre el derecho de las personas víctimas. Uno de estos acuerdos es la resolución 60/147 en la que se establecen los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas*

*internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.*

Algunos de los postulados de estos principios, según la resolución mencionada, son:

*Afirmando* que los Principios y directrices básicos aquí enunciados se aplican a las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y a las violaciones graves del derecho internacional humanitario, que por su carácter muy grave constituyen una afrenta a la dignidad humana,

(...)

*Destacando* que los Principios y directrices básicos que figuran en el presente documento no entrañan nuevas obligaciones jurídicas internacionales o nacionales, sino que indican mecanismos, modalidades, procedimientos y métodos para el cumplimiento de las obligaciones jurídicas existentes conforme a las normas internacionales de derechos humanos y al derecho internacional humanitario, que son complementarios, aunque diferentes en su contenido,

(...)

*Convencida* de que, al adoptar un enfoque orientado a las víctimas, la comunidad internacional afirma su solidaridad humana con las víctimas de violaciones del derecho internacional, incluidas las violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, así como con la humanidad en general, de conformidad con los siguientes Principios y directrices básicos,

(...)

b) Investigar las violaciones de forma eficaz, rápida, completa e imparcial y, en su caso, adoptar medidas contra los presuntos responsables de conformidad con el derecho interno e internacional;

c) Dar a quienes afirman ser víctimas de una violación de sus derechos humanos o del derecho humanitario un acceso equitativo y efectivo a la justicia, como se describe más adelante, con independencia de quién resulte ser en definitiva el responsable de la violación; y

(...)

22. La satisfacción ha de incluir, cuando sea pertinente y procedente, la totalidad o parte de las medidas siguientes:

a) El ejercicio de un control efectivo por las autoridades civiles sobre las fuerzas armadas y de seguridad;

b) La garantía de que todos los procedimientos civiles y militares se ajustan a las normas internacionales relativas a las garantías procesales, la equidad y la imparcialidad;

c) El fortalecimiento de la independencia del poder judicial;(…) <sup>174</sup> (subrayas

---

<sup>174</sup> Naciones Unidas, *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, Asamblea General, A/RES/60/147, 16 de diciembre 2005. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/reparaciones.htm> Cfr. Naciones Unidas, *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*, adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/delitos.htm>

nuestras)

De otra parte, respecto al caso específico de la situación de conflicto armado interno y la aplicación de los derechos humanos así como del derecho internacional humanitario, y las garantías para las personas víctimas, la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en el marco de un encuentro sobre jurisdicción constitucional, se pronunció de la siguiente manera:

“El principio de la aplicabilidad automática se funda en exigencias humanitarias, porque la puesta en práctica de las normas de protección de las víctimas no debe depender de una apreciación subjetiva de las partes. La buena fe en la aplicación de esos instrumentos sigue siendo un elemento primordial”.

(...)

A los conflictos armados sin carácter internacional —como el que se libra en territorio colombiano— son aplicables tanto las normas del derecho internacional humanitario como las normas del derecho internacional de los derechos humanos.

(...)

en los últimos años, al definir las características de competencia, independencia e imparcialidad que debe presentar una autoridad judicial para ceñirse a las exigencias del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del artículo 80 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las entidades internacionales de derechos humanos han insistido reiteradamente sobre la índole excepcional y limitadísima de las cortes marciales y tribunales militares.

(...)

De otra parte, con respecto a las conductas constitutivas de delitos graves conforme al derecho internacional cometidas durante un conflicto armado por miembros de la fuerza pública, el Estado se halla internacionalmente obligado a adoptar todas las medidas necesarias para que su potestad punitiva se aplique a los autores y partícipes de esos delitos. Sobre el tema ha expresado la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos:

“Debe subrayarse que sobre el Estado colombiano recae también la obligación de investigar, capturar, juzgar y sancionar a los servidores públicos responsables de graves violaciones de los derechos humanos y de graves infracciones del derecho internacional humanitario, y de reconocer y garantizar los derechos de las víctimas de esos comportamientos delictivos”.

<sup>175</sup> (subrayas nuestras)

La Corte Constitucional por su parte también ha reiterado la importancia de garantizar el derecho al juez natural en los casos en los que se ven involucrados miembros de la fuerza pública en servicio activo que han cometido violaciones a los derechos humanos o infracciones al derecho internacional humanitario, que en estos casos es la justicia ordinaria, lo cual constituye una garantía también para las personas víctimas de estos delitos. De igual forma el Estado colombiano garantiza el cumplimiento de sus obligaciones de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de tales delitos, que según la jurisprudencia nacional e internacional no tienen ninguna relación con el servicio, y por el contrario, por su posición de garante, la

---

<sup>175</sup> Naciones Unidas Alto Comisionado para los Derechos Humanos Oficina en Colombia, *La protección de los derechos humanos en el conflicto armado interno*, Intervención del señor Amerigo Incalcaterra, Director adjunto de la oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en el III Encuentro Nacional sobre la jurisdicción constitucional, Bogotá, 22 de abril de 2005.



fuerza pública al cometer tales delitos, son mayormente responsables y es necesario que sea la justicia ordinaria quien les investigue, juzgue y sancione, lo contrario sería inconstitucional.

En una grave violación a los derechos fundamentales, la conducta del garante que interviene activamente en la toma de una población, es similar a la de aquel que no presta la seguridad para que los habitantes queden en una absoluta indefensión. En virtud del principio de igualdad, cuando la acción y la omisión son estructural y axiológicamente idénticas, las consecuencias deben ser análogos: Si la conducta activa es ajena al servicio, también deberá serlo el comportamiento omisivo.

(...)

Si el superior no evita –pudiendo hacerlo- que un soldado que se encuentra bajo su inmediata dependencia cometa una tortura, o una ejecución extrajudicial, o en general un delito de lesa humanidad, **por ser garante se le imputa el resultado lesivo del inferior y no el simple incumplimiento a un deber funcional**.

(...) El Estado puede ser garante (competencia institucional) cuando se trata de ciertos deberes irrenunciables en un Estado Social y Democrático de Derecho. Por ejemplo, es irrenunciable la protección de la vida e integridad de todos los habitantes del territorio y la defensa de la seguridad interior y exterior de la nación. Como el estado no puede responder directamente en el campo penal, el juicio recae en el titular de la función correspondiente. Por ende, para que el miembro de la fuerza pública sea garante, se requiere que en concreto recaiga dentro de su ámbito de competencia (material, funcional y territorial) el deber específico de proteger los derechos constitucionales de los ciudadanos de la República.

(...)

En este orden de ideas, las fuerzas militares, así como la Policía Nacional, tienen una posición de garante derivada de su obligación de cumplir deberes irrenunciables en un Estado social de derecho. El artículo 217 de la Constitución dispone que es función de las fuerzas militares garantizar el orden constitucional. Dicho orden no se limita a preservar la estructura democrática del país, sino que comprende el deber de participar activa y eficazmente (C.P. art. 209) en la defensa de los derechos constitucionales de los asociados. Tales derechos constituyen los bienes respecto de los cuales el Estado tiene el deber –irrenunciable- de proteger.

(...)

La existencia de esa posición de garante significa que **el título de imputación se hace por el delito de lesa humanidad**, o en general por las graves violaciones a los derechos humanos, sin importar la forma de intervención en el delito (autoría o participación), o el grado de ejecución del mismo (tentativa o consumación) o la atribución subjetiva (dolo o imprudencia). Las estructuras internas de la imputación no modifican la naturaleza del delito realizado; estas no cambian porque el interviniente (para el caso, quien omite) se limite a facilitar la comisión de un hecho principal, o porque no se alcance la consumación del hecho.

(...)

La pregunta que surge entonces es la siguiente: ¿Cuándo una omisión de la fuerza pública puede ser considerada un acto fuera del servicio? La Respuesta es la siguiente: en los mismos casos en que una conducta activa no tiene relación con la misión que constitucionalmente le ha sido asignada a la fuerza pública. (...) <sup>176</sup> (subrayas nuestras)

---

176 Sentencia SU.1184 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, 13 de noviembre de 2001.

De los apartes enunciados anteriormente, se desprenden varios principios que se han mencionado y reiterado, con base en la jurisprudencia nacional e internacional, y sobre la base de los documentos de los organismos internacionales de derechos humanos, que han establecido los estándares internacionales sobre las investigaciones y juicios que se lleven a cabo cuando están involucrados miembros de la fuerza pública. Algunos de estos principios son:

- El marco legal del derecho internacional de los derechos humanos es aplicable en todo tiempo, incluso en situaciones de conflicto armado internacional o no internacional.
- En situaciones de conflicto armado internacional o no internacional, tanto el derecho internacional de los derechos humanos como el derecho internacional humanitario son aplicables de manera conjunta, complementaria y convergente, para garantizar los derechos fundamentales de las personas y con ello la dignidad humana.
- La justicia penal militar únicamente debe conocer de los delitos castrenses. Es decir de los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en relación con el mismo servicio, como garantía de protección de los valores propiamente militares como son la disciplina, el decoro y el honor.
- La justicia penal militar en ningún caso debe conocer de delitos en los que haya víctimas civiles.
- La posición de garante de la fuerza pública, le obliga a que respete y haga respetar en todo momento el derecho internacional humanitario y los derechos humanos.
- La justicia penal militar no debe, en ningún caso, conocer de delitos relacionados con violaciones a los derechos humanos, infracciones al derecho internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, porque estos delitos rompen el nexo con el servicio.
- Los delitos relacionados con violaciones a los derechos humanos, infracciones al derecho internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, aún en situaciones de conflicto armado internacional o no internacional, han de ser conocidos, investigados, juzgados y sancionados siempre por la justicia ordinaria.
- Los delitos relacionados con violaciones a los derechos humanos, infracciones al derecho internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, sean cometidos por acción o por omisión son completamente ajenos a las funciones asignadas por la Constitución a la fuerza pública.
- La justicia penal militar no brinda las garantías de imparcialidad e independencia para juzgar a miembros de la fuerza pública que estén involucrados en delitos relacionados con violaciones a los derechos humanos, infracciones al derecho internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra.

Considerando que por vía constitucional y jurisprudencial, estos principios han sido aceptados, incorporados o interpretados para mantener la integridad de la Constitución Política de Colombia de 1991, cualquier disposición contraria a estos

principios sería inconstitucional.

La Corte Constitucional ha reiterado suficientemente el carácter restrictivo y excepcional de la justicia penal militar, así como las garantías del derecho a un juez imparcial para las personas víctimas:

Constitucionalmente se ha considerado que el fuero penal militar se establece como una excepción a la competencia general de la jurisdicción ordinaria, excluyendo del conocimiento de ésta ciertas conductas punibles en que puedan incurrir miembros de la fuerza pública. Por lo tanto, como se señaló en la sentencia C-399 de septiembre 7 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero, sus alcances deben ser determinados en forma “estricta y rigurosa”, como quiera que, de acuerdo con la hermenéutica constitucional, las excepciones, para evitar que se conviertan en regla general, **deben ser interpretadas de forma restrictiva**, resultando también ostensible que la justicia penal militar, *“aun cuando se presenta como una jurisdicción específica, está sometida a la Constitución... (CP arts. 1º, 2º, 123 y 124)”*.

(...)

De la misma manera, a fuer de repetitivos, reitérese que la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 8º, numeral 1º señala (no está en negrilla en el texto original, como tampoco en las siguientes citas):

*“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, **independiente e imparcial**, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”*

(...)

En el caso Durand y Ugarte (agosto 16 de 2000), la Corte Interamericana declaró categóricamente que *“en un estado democrático de derecho la jurisdicción penal militar ha de tener alcance restrictivo y excepcional”*.

(...)

Por todo ello, teniendo en cuenta los citados estándares internacionales y nuestra preceptiva interna, la administración de justicia reclama funcionarios idóneos e irrestrictamente independientes, para entender, asumir y resolver la problemática sobre la cual deben emitirse los fallos, dentro de un enfoque neutral, objetivo y meridiano de lo justo.

(...)

Además, la imparcialidad es garantía de igualdad (art. 13 Const.), *“de la cual deben gozar todos los ciudadanos frente a quien administra justicia”*, como uno de los principales cimientos estructurales del Estado.<sup>177</sup> (subrayas nuestras)

Sobre la observancia de los tratados internacionales de derechos humanos vinculantes para Colombia en relación con los derechos de las personas víctimas de violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, la Corte Constitucional ha dicho:

Los tratados sobre Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario no reconocen específicamente los derechos a la paz, la verdad, la justicia y la reparación, pero sí hacen relación (i) a que debe existir un recurso efectivo; (ii) al

---

177 Sentencia C-373 de 2011, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, 12 de mayo de 2011.

deber de los Estados de garantizar el acceso a la justicia; (iii) al deber de investigar las violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario; y (iv) a la obligación de los Estados de cooperar para la prevención y sanción de los delitos internacionales y las graves violaciones de Derecho Humanos (...)

(...) Las obligaciones del Estado relativas a la investigación, juzgamiento y sanción de las violaciones de Derechos Humanos encuentran un primer fundamento normativo explícito en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En efecto, el literal a) del numeral 3º del artículo 2º de dicho Pacto, al respecto señala literalmente que *“toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales”*.

Respecto de esta obligación jurídica general, el Comité de Derechos Humanos, en la Observación General N° 31 de mayo 26 de 2004, señaló lo siguiente:

“15. En el párrafo 3 del artículo 2 se dispone que, además de proteger eficazmente los derechos reconocidos en el Pacto, **los Estados parte deberán garantizar que todas las personas dispongan de recursos accesibles y efectivos para reivindicar esos derechos. Esos recursos se deben adaptar adecuadamente para tener en cuenta la vulnerabilidad especial de ciertas clases de personas**, en particular los niños. **El Comité atribuye importancia a que los Estados parte establezcan en el derecho interno mecanismos judiciales y administrativos adecuados para conocer las quejas sobre violaciones de derechos.** (...) **El hecho de que un Estado Parte no investigue las denuncias de violación puede ser de por sí una vulneración del Pacto.** La cesación de la violación constituye un elemento indispensable del derecho a obtener un recurso efectivo.<sup>178</sup> (subrayas nuestras)

En este fallo la Corte Constitucional reitera la complementariedad y conexidad entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, así como la importancia de rodear de garantías a las personas víctimas de violaciones a estas normas internacionales, además de tener en cuenta la jurisprudencia y las recomendaciones de los organismos internacionales y regionales de derechos humanos.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), también en reiteradas ocasiones, ha señalado que la justicia castrense, en los Estados democráticos de derecho, ha de interpretarse de la manera más restrictiva posible, y que en ningún caso las violaciones a los derechos humanos deben ser conocidos por la justicia penal militar, por cuanto esto va en detrimento de los derechos de las personas víctimas de estos delitos.

En reciente fallo, la Corte IDH reitera su jurisprudencia en este sentido:

Sobre este particular, la Corte reitera su jurisprudencia constante sobre la falta de competencia de la jurisdicción penal militar para juzgar violaciones de derechos humanos y el alcance restrictivo y excepcional que debe tener en los Estados que aún la conserven. Esta Corte ha establecido que, en razón del bien jurídico lesionado, dicha jurisdicción no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos, y que en el fuero militar sólo se puede juzgar a militares activos por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar. Además, la Corte hace notar que, previo a los hechos del presente caso y durante la época de su investigación, otros órganos internacionales de protección de derechos humanos, como la Comisión Interamericana de Derechos

---

178 Sentencia C-370 de 2006, varios magistrados ponentes, 18 de mayo de 2006.

Humanos y el Comité de Derechos Humanos del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, ya habían indicado a Colombia que las violaciones a derechos humanos no debían ser conocidas por la jurisdicción penal militar.

Al respecto, es preciso indicar que si bien la jurisprudencia constante de esta Corte es la autoridad interpretativa de las obligaciones establecidas en la Convención Americana, la obligación de no investigar y juzgar violaciones de derechos humanos a través de la jurisdicción penal militar es una garantía del debido proceso que se deriva de las obligaciones mismas contenidas en el artículo 8.1 de la Convención Americana y no depende únicamente de que lo haya reafirmado este Tribunal en su jurisprudencia. La garantía de que violaciones a derechos humanos tales como la vida y la integridad personal sean investigadas por un juez competente está consagrada en la Convención Americana y no nace a partir de su aplicación e interpretación por esta Corte en el ejercicio de su jurisdicción contenciosa, por lo cual debe ser respetada por los Estados Parte desde el momento en que ratifican dicho tratado.

(...)

Por lo tanto, la Corte reitera que los criterios para investigar y juzgar violaciones de derechos humanos ante la jurisdicción ordinaria residen no en la gravedad de las violaciones sino en su naturaleza misma y en la del bien jurídico protegido. (...)

Con base en las anteriores consideraciones, la Corte concluye que el Estado vulneró la garantía del juez natural respecto de la investigación de la agresión perpetrada por militares contra el señor Vélez Restrepo el 29 de agosto de 1996, por lo cual Colombia es responsable por la violación del artículo 8.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Vélez Restrepo.<sup>179</sup> (subrayas nuestras)

En este caso se resalta que la Corte IDH reitera que la justicia penal militar no es la competente para juzgar los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública cuando estos configuran violaciones a los derechos humanos. Por otra parte la Corte IDH considera que esto conlleva a una violación del derecho al juez natural, y por tanto una violación a lo dispuesto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Otro aspecto importante que es necesario resaltar, es que la Corte IDH deja claro que la competencia de la justicia ordinaria sobre las violaciones a los derechos humanos no está adscrita a la gravedad del hecho, sino en su naturaleza misma y al bien jurídico tutelado por la Convención Americana de Derechos Humanos.

En otros casos la Corte IDH se ha pronunciado sobre las obligaciones estatales y el deber que tiene frente a los derechos de las personas víctimas de violaciones a los derechos humanos, así como ha reiterado la competencia de la justicia ordinaria para conocer de esos delitos, como señalamos a continuación:

#### **Caso Godínez Cruz vs. Honduras.**

El Estado está, por otra parte, obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos

---

<sup>179</sup> Corte IDH, *Caso Vélez Restrepo y Familiares Vs. Colombia*, sentencia Serie C Nº 248, Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 3 de septiembre de 2012. párr. 240-245.

reconocidos en la Convención<sup>180</sup>.

### **Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala.**

La Corte considera que las actividades de las fuerzas militares y de la policía, y de los demás organismos de seguridad, deben sujetarse rigurosamente a las normas del orden constitucional democrático y a los tratados internacionales de derechos humanos y de Derecho Internacional Humanitario. Esto es especialmente válido respecto a los organismos y las actividades de inteligencia. Estos organismos deben, inter alia: a) ser respetuosos, en todo momento, de los derechos fundamentales de la personas, y b) estar sujetos al control de las autoridades civiles, incluyendo no solo las de la rama ejecutiva, sino también las de los otros poderes públicos, en lo pertinente. Las medidas tendientes a controlar las labores de inteligencia deben ser especialmente rigurosas, puesto que, dadas las condiciones de reserva bajo las que se realizan esas actividades, pueden derivar hacia la comisión de violaciones de los derechos humanos y de ilícitos penales, tal y como ocurrió en el presente caso<sup>181</sup>.

### **Caso Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú**

En cuanto a la posible prescripción en la causa pendiente a nivel de derecho interno, la Corte recuerda lo que señaló en el caso *Bulacio vs. Argentina*, en el sentido de que son inadmisibles las disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos. La Corte considera que las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana requieren de los Estados Partes la pronta adopción de providencias de toda índole para que nadie sea sustraído del derecho a la protección judicial, consagrado en el artículo 25 de la Convención Americana.

(...)

De conformidad con los principios generales del derecho internacional y tal como se desprende del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, las decisiones de los órganos de protección internacional de derechos humanos no pueden encontrar obstáculo alguno para su plena aplicación en las reglas o institutos de derecho interno<sup>182</sup>.

### **Caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia.**

Una de las condiciones que el Estado debe crear para garantizar efectivamente el pleno goce y ejercicio del derecho a la vida, así como otros derechos, se refleja necesariamente en el deber de investigar las afectaciones a ese derecho. Al respecto, la Corte ha desarrollado en su jurisprudencia la obligación positiva que tienen los Estados en este sentido:

[e]l cumplimiento del artículo 4 de la Convención Americana, relacionado con el artículo 1.1 de la misma, no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además requiere que los Estados tomen todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva), bajo su deber de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción. Esta protección activa del derecho a la vida por parte del Estado no sólo involucra a sus legisladores, sino a toda institución estatal, y a

180 Corte IDH. *Caso Godínez Cruz Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5. párr. 187.

181 Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101. párr. 284

182 Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110. párr. 150, 152.

quienes deben resguardar la seguridad, sean éstas sus fuerzas de policía o sus fuerzas armadas. En razón de lo anterior, los Estados deben tomar todas las medidas necesarias, no sólo para prevenir, juzgar y castigar la privación de la vida como consecuencia de actos criminales, en general, sino también para prevenir las ejecuciones arbitrarias por parte de sus propios agentes de seguridad.

(...) De tal manera, en casos de violaciones al derecho a la vida, el cumplimiento de la obligación de investigar constituye un elemento central al momento de determinar la responsabilidad estatal por la inobservancia de las debidas garantías judiciales y protección judiciales.

En este sentido, en el caso *Ergi vs. Turquía* la Corte Europea de Derechos Humanos declaró que el Estado había incurrido en violación del artículo 2 de la Convención Europea por considerar que, aunque no existían pruebas fehacientes de que las fuerzas de seguridad habían causado la muerte de la víctima, el Estado faltó a su deber de protección del derecho a la vida de la víctima, tomando en cuenta la conducta de las fuerzas de seguridad y la falta de una investigación adecuada y efectiva.

(...)

En este sentido, la Corte reconoce las difíciles circunstancias por las que atraviesa Colombia en las que su población y sus instituciones hacen esfuerzos por alcanzar la paz. Sin embargo, las condiciones del país, sin importar qué tan difíciles sean, no liberan a un Estado Parte en la Convención Americana de sus obligaciones establecidas en ese tratado, que subsisten particularmente en casos como el presente. El Tribunal ha sostenido que al llevar a cabo o tolerar acciones dirigidas a realizar ejecuciones extrajudiciales, no investigarlas de manera adecuada y no sancionar, en su caso, a los responsables, el Estado viola el deber de respetar los derechos reconocidos por la Convención y garantizar su libre y pleno ejercicio, tanto de la presunta víctima como de sus familiares, impide que la sociedad conozca lo ocurrido y reproduce las condiciones de impunidad para que este tipo de hechos vuelvan a repetirse<sup>183</sup>. (subrayas nuestras)

### **Caso Radilla Pacheco vs. México.**

La Corte resalta que, como señaló anteriormente en esta Sentencia (supra párrs. 247 y 275), la participación de la víctima en procesos penales no está limitada a la mera reparación del daño sino, preponderantemente, a hacer efectivos sus derechos a conocer la verdad y a la justicia ante tribunales competentes. Ello implica necesariamente que, a nivel interno, deben existir recursos adecuados y efectivos a través de los cuales la víctima esté en posibilidad de impugnar la competencia de las autoridades judiciales que eventualmente ejerzan jurisdicción sobre asuntos respecto de los cuales se considere que no tienen competencia.

(...)

Tal como ha sido formulada, la reserva al artículo IX de la CIDFP implica el desconocimiento del derecho humano al juez natural en la debida investigación y eventual sanción de los responsables de la comisión de desaparición forzada de personas. La necesidad de asegurar que este tipo de casos sean investigados ante las instancias competentes de conformidad con las obligaciones internacionales, trasciende los intereses de los Estados. La erradicación de la impunidad de las violaciones graves de derechos humanos, como la ocurrida en el presente caso, cuenta con una garantía colectiva, reflejada en el claro y creciente interés de toda la sociedad y de todo Estado democrático de Derecho en fortalecer los mecanismos internacionales de protección en esta materia. La Corte estima que el derecho al

<sup>183</sup> Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134. 232-234, 238.

juez natural, reconocido en el artículo IX de esta Convención, es indispensable para la consecución de los fines propuestos en la misma.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, este Tribunal considera que la reserva formulada por México no satisface el primer requisito establecido en el artículo XIX de la CIDFP, por lo que, en consecuencia, debe ser considerada inválida. En este sentido, resulta evidente que la aplicación de la jurisdicción militar en el presente caso, por la cual el Estado extendió la competencia del fuero castrense a hechos que no tienen estricta conexión con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios del ámbito castrense, es contraria a la disposición contenida en el artículo IX del tratado de referencia, a la cual México está claramente obligado.<sup>184</sup> (subrayas nuestras)

Teniendo en cuenta las anteriores disposiciones constitucionales y jurisprudenciales, consideramos que los derechos de las personas víctimas de violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario se ven seriamente amenazados por lo dispuesto en los incisos 2 y 3 del artículo 3° del acto legislativo 02 de 2012, sustituyendo además tácita y parcialmente los principios del debido proceso, dentro del cual se encuentra el principio del juez natural (art. 29 C.P.), el acceso a la justicia (preámbulo, arts. 228 y 229 C.P.), el principio de justicia y orden social justo (preámbulo y art. 2 C.P.), el principio de igualdad (preámbulo y art. 13 C.P.), el principio de dignidad humana (arts. 1 y 5 C.P.) y la primacía de la Constitución (arts. 4, 93 y 94 C.P.).

Por una parte, el inciso 2 del artículo 3° del acto legislativo 02 de 2012, al enunciar taxativamente cuáles delitos quedarían fuera del conocimiento de la justicia penal militar, está habilitando para que la justicia penal militar conozca de las demás violaciones a los derechos humanos y crímenes de guerra, que no están allí enunciados. El mismo inciso establece que los crímenes cometidos mediante infracciones al derecho internacional humanitario, serán de conocimiento exclusivo de la justicia penal militar, con lo cual se vulnerarían el derecho de las víctimas de estas violaciones, sustituyendo así parcialmente el principio del debido proceso, al juez natural y a la igualdad, dado que, según como se ha venido exponiendo mediante la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional, el juez natural de este tipo de delitos es el juez ordinario y nunca la justicia penal militar.

El hecho de excluir ciertos delitos de la competencia de la justicia penal militar y no todos los delitos que no tienen relación con el servicio, es contrario a los compromisos internacionales del Estado colombiano que se ha comprometido a investigar todos los delitos que se cometan en el territorio nacional, además que al no quedar en la órbita de conocimiento del juez natural, en este caso de la justicia ordinaria, se vulnera el derecho de las personas víctimas de tales delitos a tener un recurso eficaz, y que el juzgamiento sea por parte de un tribunal independiente e imparcial, como se ha señalado en la jurisprudencia nacional e internacional.

Excluir aquellos delitos enunciados en el inciso 2 del artículo 3° del acto legislativo 02 de 2012, desconoce la obligación estatal de investigar todos los delitos de manera adecuada y eficaz, sino que además está privilegiando a unas personas víctimas sobre otras. Esto quiere decir que para el Estado colombiano hay personas víctimas más importantes que otras, con lo cual se transgrede el principio de igualdad, por una parte permitiendo que personas víctimas de ciertos delitos sean investigadas por la justicia ordinaria, y que otras sean investigadas por la justicia penal militar, cuando por mandato constitucional las personas víctimas de las violaciones a los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, y en general de los delitos

---

184 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209. párr. 297, 304, 311-312.



cometidos por miembros de la fuerza pública que no tienen relación con el servicio, deben ser investigados por la justicia ordinaria. Por otra parte, al permitir que solamente las violaciones a los derechos que configuran crímenes de lesa humanidad sean investigados por la justicia ordinaria, y los que no revistan ese carácter pone en una situación de desventaja y de falta de garantías a las personas víctimas de violaciones a los derechos humanos que no tienen tal alcance.

El inciso 3 del artículo 3º del acto legislativo 02 de 2012, al establecer que en las investigaciones y juicios que se adelanten contra miembros de la fuerza pública en relación con un conflicto armado se aplicará siempre el derecho internacional humanitario, atenta también contra el derecho de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, y sustituye parcialmente el principio de la primacía de la norma constitucional, dado que al investigar y juzgar solamente mediante una normatividad internacional, el DIH, se dejan de lado los principios y valores de la Carta Fundamental y de la misma forma se dejan de aplicar a nivel interno el plexo normativo del derecho internacional de los derechos humanos, incumpliendo así el Estado colombiano con su obligación de aplicar los tratados sobre derechos humanos que haya suscrito, desconociendo asimismo el principio de efecto útil que determina que ninguna disposición de orden interno puede tenerse como excusa para no cumplir con un compromiso internacional y que todas las normas deben estar encaminadas e interpretarse de forma que se de la efectiva realización de los objetivos de las normas, en este caso de la normatividad del derecho internacional de los derechos humanos, la cual protege los derechos fundamentales y la dignidad de la persona humana.

Desconoce la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que ha tomado como referencia la jurisprudencia de tribunales internacionales para la interpretación de la aplicación del DIH a nivel interno, específicamente en el desarrollo del conflicto armado interno.

(...) Así, **no todos los hechos ilícitos que ocurren durante un conflicto armado se someten al derecho internacional humanitario**; “*solo aquellos actos suficientemente relacionados con el desarrollo de las hostilidades están sujetos a la aplicación de este derecho. (...) Es necesario concluir que el acto, que bien podría ser cometido en ausencia de un conflicto, fue perpetrado contra la víctima o víctimas afectadas por razón del conflicto en cuestión*”. (...) Al determinar la existencia de dicha relación las cortes internacionales han tomado en cuenta factores tales como la calidad de combatiente del perpetrador, la calidad de no combatiente de la víctima, el hecho de que la víctima sea miembro del bando opuesto, el hecho de que el acto pueda ser visto como un medio para lograr los fines últimos de una campaña militar, o el hecho de que el acto haya sido cometido como parte de los deberes oficiales del perpetrador, o en el contexto de dichos deberes.<sup>185</sup> (énfasis agregado)

Por consiguiente, las personas víctimas de la conducta activa u omisiva de los miembros de la fuerza pública en el marco de un conflicto armado que configuren delitos, no tendrían oportunidad de ejercer su derecho de defensa desde la integralidad de los plexos normativos de los derechos humanos, sino limitarse únicamente a ejercer su defensa bajo los parámetros del DIH, lo cual es contrario a las obligaciones del Estado colombiano de investigar, juzgar y reparar de manera adecuada, seria y proporcional a las personas víctimas de estos delitos.

Las personas víctimas, por delitos cometidos por miembros de la fuerza pública, quedan automáticamente sustraídas de la protección que brinda el derecho internacional de los derechos humanos, por cuanto para la investigación y juzgamiento de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública sería

---

185 Sentencia C-291 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, 25 de abril de 2007.

aplicable únicamente las normas relacionadas con el derecho internacional humanitario, las cuales como se ha dicho en la presente demanda son complementarias y no excluyentes con las normas del derecho internacional de los derechos humanos. El establecer esta restricción para las personas víctimas del conflicto armado sustituye parcialmente así el artículo 4º y 93º de la Constitución los cuales establecen que la norma de normas es la Constitución Política y que todos los derechos, deberes y libertades de la Carta Política tienen que interpretarse a la luz de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

De esta manera las persona víctimas ven seriamente limitados sus derechos a un juicio justo, ante un tribunal imparcial, su derecho a la verdad, por cuanto se limitaría la capacidad de investigación de los hechos, los cuales estarían circunscritos únicamente a todo aquello que estrictamente permita el DIH según las reglas disponibles en este plexo normativo, también la justicia se vería restringida puesto que no se podrá juzgar el comportamiento de la fuerza pública sino respecto a las normas destinadas a la regulación de los conflictos armados y la protección de aquellas personas que no hacen parte del conflicto, y el derecho a la reparación integral se vería limitado también, puesto que se desconocerían los estándares internacionales sobre los derechos de las víctimas de violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, en la medida que estos estándares internacionales están fijados desde la interdependencia, universalidad e integralidad de los derechos humanos.

Además de lo anterior, es necesario resaltar que los crímenes de les humanidad, las ejecuciones extrajudiciales y la violencia sexual, no se encuentran tipificadas como tal en el código penal colombiano, lo cual haría ineficaz el establecimiento de una exclusión de estos delitos del conocimiento de la justicia penal militar, cuando ni siquiera tienen una determinación específica en el código penal, lo cual crea un mayor desconcierto y ambigüedad a la hora de determinar las acciones a realizarse por parte de los investigadores y los operadores judiciales en estos casos. También se verían burlados los derechos de las personas víctimas de los delitos de ejecuciones extrajudiciales que en el ordenamiento interno están siendo actualmente investigados como homicidio en persona protegida.

Lo que sucedería en la práctica es que estos delitos, al no estar tipificados como tal en el código penal, sino bajo otras modalidades, pasarían a ser de conocimiento de la justicia penal militar, lo cual es contrario al principio de legalidad, y contrario a lo que se pretendía con la reforma constitucional del artículo 221, que era dar claridad sobre la competencia de la justicia penal militar y la justicia ordinaria, por el contrario, lo que hace esta reforma es crear mayor confusión y burla los derechos de las personas víctimas de estos delitos cometidos por la fuerza pública.

Lo anterior resultaría contrario a lo establecido en la Constitución Política de 1991, y en la jurisprudencia nacional e internacional, antes mencionada, en el sentido que estos delitos han de ser de competencia exclusiva de la justicia ordinaria, y que no debe haber ninguna injerencia por parte de la justicia penal militar en la investigación o el juicio de las actuaciones de los miembros de la fuerza pública que cometen delitos que rompen el nexo con el servicio.

Al respecto, la Corte Constitucional, se ha pronunciado en el sentido que cualquier duda en la inserción de la conducta lesiva en el marco del conflicto *debe darse prevalencia a la interpretación en favor de la víctima*.<sup>186</sup>

Según la doctrina del Comité Internacional de la Cruz Roja, las disposiciones del

---

186 Sentencia C-253A de 2012, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 29 de marzo de 2012.

derecho internacional humanitario serían directamente aplicables por el principio humanitario, considerando además que los Convenios de Ginebra hacen parte del Bloque de Constitucionalidad, al igual que ciertas disposiciones del Estatuto de Roma que establece la competencia de la Corte Penal Internacional, el cual también define con claridad lo que se debe entender por los delitos que son de su competencia entre los cuales se encuentran los crímenes de lesa humanidad. Lo anterior unido al hecho que el Estado colombiano está obligado a cumplir de buena fe con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el mismo y que ninguna disposición de carácter interno puede disponer la disminución o la exclusión de su compromiso de cumplirlos, además que todos los derechos y libertades consagradas en el ordenamiento jurídico colombiano deben ser interpretadas a la luz de dichos tratados.

Así lo ha establecido la Corte Constitucional colombiana:

*El DIH se aplica automáticamente cuando están dadas las condiciones de índole temporal, espacial y material; tales condiciones hacen que “el ámbito temporal y geográfico tanto de los conflictos armados internos como de los internacionales se extienda más allá del tiempo y lugar exactos de las hostilidades”; que “una violación de las leyes o costumbres de la guerra [pueda], por lo tanto, ocurrir durante un tiempo y en un lugar en los que no se desarrolla un combate efectivo como tal. (...) el requisito de que los actos del acusado estén relacionados de cerca con el conflicto armado no se incumple cuando los crímenes son remotos, temporal y geográficamente, de los combates como tales”; y que “las leyes de la guerra [puedan] frecuentemente abarcar actos que, aunque no han sido cometidos en el teatro del conflicto, se encuentran sustancialmente relacionados con éste”.*

(...)

La Corte Internacional de Justicia ha destacado este deber básico de los Estados en varios pronunciamientos. En el fallo de fondo sobre el Caso de las Actividades Militares y Paramilitares En y Contra Nicaragua de 1986, la Corte Internacional señaló que en virtud del Artículo 1º Común de las Convenciones de Ginebra de 1949, los Estados tienen la obligación “*de ‘respetar’ las Convenciones e incluso de ‘asegurar el respeto’ de las mismas ‘en toda circunstancia’, ya que tal obligación no se deriva solamente de las Convenciones en sí mismas, sino de los principios generales de derecho humanitario a los que las Convenciones meramente dan expresión específica.*” En igual sentido, en su orden sobre medidas provisionales en el caso de las Actividades Armadas en el Territorio de la República Democrática del Congo de 2000, la Corte Internacional afirmó que “*ambas partes deben, inmediatamente, adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el pleno respeto, dentro de la zona de conflicto, de ...las disposiciones aplicables del derecho internacional humanitario*”.<sup>187</sup>

En síntesis, el inciso 2 y 3 del artículo 3º del acto legislativo 02 de 2012, constituye un retroceso en las garantías para las personas víctimas del conflicto armado interno y por ende una afrenta a su dignidad, sustituye principios fundamentales del ordenamiento jurídico colombiano como el principio de igualdad, acceso a la justicia, debido proceso, el juez natural, y la primacía de la Constitución. Refleja además la intención del Estado colombiano de abstenerse de investigar y juzgar seriamente y de acuerdo a los estándares internacionales a los agentes estatales que violan los derechos humanos, generando mayor impunidad en los casos de violaciones a los derechos humanos perpetrados por la fuerza pública, y abre así las puertas para que sean los tribunales y la justicia complementaria internacional la que decida sobre la responsabilidad del Estado y sus agentes en las violaciones a los derechos humanos.

---

187 Ibid.

**b) Creación de un fondo especial para la defensa de la fuerza pública y desprotección a las personas víctimas de delitos cometidos por agentes estatales.**

El inciso 7 del artículo 3° y el artículo 5° Transitorio del acto legislativo 02 de 2012, sustituye tácita y parcialmente el principio de igualdad de armas (Preámbulo, arts. 13 y 29 C.P.), el principio de un orden político, económico y social justo (Preámbulo C.P.), el principio de acceso a la justicia y debido proceso (Preámbulo, arts. 1, 2, 29, 228 y 229 C.P.), al determinar que habrá un fondo exclusivo para financiar la defensa de la fuerza pública que estará bajo la dependencia, orientación y coordinación del Ministerio de Defensa Nacional.

Se sustituye el principio de igualdad, por cuanto se están destinando recursos públicos de la Nación para la defensa exclusiva de los miembros de la fuerza pública, sin que haya una suficiente razón y justificación para ello. Cualquier persona en el territorio Nacional tendría derecho de acceder a un fondo especial para su defensa. De hecho, la Defensoría del Pueblo es quien ejerce en nombre de la Nación esta función mediante la organización y dirección de la defensoría pública (núm. 4 art. 282 C.P.). Cualquier persona podría acceder a este servicio de defensoría, el cual está igualmente financiado mediante recursos públicos.

De manera que establecer con cargo a la nación un fondo especial para la defensa exclusiva de los miembros de la fuerza pública, sustituye parcialmente el principio de igualdad y de justicia al establecer un privilegio injustificado para este sector, y al excluir sin fundamentación alguna a otras personas que no tendrían la oportunidad de acceder a un fondo especial para su defensa, y tendrán que acceder a la defensa pública general, estableciendo así un privilegio injustificado a quienes hacen parte de la fuerza pública.

Además de encontrar injustificado este privilegio para los miembros de la fuerza pública, consideramos que una vez se rompe el nexo con el servicio por su participación en violaciones a los derechos humanos, crímenes de lesa humanidad, infracciones al derecho internacional humanitario o crímenes de guerra, los miembros de la fuerza pública han de someterse a las mismas condiciones de las demás personas que hayan cometido tales crímenes, por el principio de igualdad ante la justicia. Consideramos que no debe existir ninguna consideración especial para los miembros de la fuerza pública, salvo las garantías determinadas para la administración de justicia que cobijan a todas las personas en el territorio colombiano, entre las cuales se encuentra la presunción de inocencia. Por el contrario, la autoridad de la cual están investidos, les hace mayormente responsables por tales delitos, puesto que la Constitución Política establece que los agentes estatales, por ser a quienes se encarga la protección del Estado constitucional, democrático y social de derecho, y la protección de todas las personas, su honra y sus bienes, son mayormente responsables, por su posición de garante (art. 6 y 90 C.P.).

La creación de este fondo especial para la defensa técnica y especializada también vulnera el derecho de las personas víctimas de los crímenes cometidos por agentes estatales, en la medida que, mientras que los presuntos autores de delitos están rodeados de las garantías estatales y además de un fondo público para su defensa, las personas víctimas de estos delitos generalmente no cuentan con los recursos suficientes para su defensa, gran parte provienen de zonas rurales empobrecidas, un porcentaje importante son personas que no tienen niveles ni siquiera básicos de educación, y en la mayoría de casos no cuentan con recursos ni siquiera para transportarse para interponer una denuncia. Esta asimetría en las relaciones entre presuntos victimarios y personas víctimas, hace que se vulneren garantías fundamentales de acceso a la justicia y se invierta el principio de justicia y orden

social justo, por un orden donde priman los privilegios para un sector de por sí ya privilegiado, y un interés de protección de los perpetradores de los crímenes frente a la desprotección de las personas víctimas.

No es acorde con un orden social justo, como el establecido por la Constitución Política de 1991, que los crímenes cometidos contra personas civiles en el marco del conflicto armado colombiano, queden en la impunidad por falta de recursos para las personas víctimas, para el sistema judicial o para el aparato estatal de defensoría, mientras que por otra parte se privilegia a uno de los actores armados, que presuntamente ha cometido violaciones a los derechos humanos, con un fondo especial para su defensa.

Recientemente el mismo Defensor del Pueblo manifestó e hizo públicas las dificultades que tiene esta institución para ejercer sus funciones constitucionales, por falta de recursos y así garantizar los derechos de las personas víctimas a la verdad, la justicia y la reparación:

Entre otras, porque uno de los derechos consagrados a las víctimas, el de tener asistencia y acompañamiento jurídico, está quedando en "letra muerta", según palabras de la Contralora General Sandra Morelli.

Las víctimas que en su mayoría son campesinos desplazados y madres cabeza de familia, tienen el derecho a que el Estado les asista con un abogado para que las represente en todo el proceso que contempla la ley para acceder a la reparación administrativa o la restitución de tierras.

Pero según lo denunció el defensor del Pueblo, Jorge Armando Otálora, y la propia contralora Morelli, el gobierno, concretamente el Ministerio de Hacienda, no destinó los recursos que necesita la Defensoría del Pueblo para garantizar los abogados para las víctimas.

(...)

Según la contralora, la Defensoría del Pueblo se encuentra en un estado de "incapacidad absoluta" para dar cumplimiento a sus obligaciones de la ley de víctimas, precisamente porque Hacienda no autorizó los recursos en el presupuesto general de la Nación para el año 2013".

(...)

Jorge Armando Otálora dice que la Defensoría del pueblo no está en capacidad de asumir ninguna responsabilidad en la implementación de la ley de víctimas, precisamente por no contar con los recursos. "No tenemos presupuesto para el 2013", confirmó.<sup>188</sup> (subrayas nuestras)

De modo que la reforma constitucional no se compadece con la situación de las personas víctimas del conflicto armado interno, tal como lo ha establecido la Corte Constitucional en sentencias como la T-025 de 2004, en la cual determinó que las vulneraciones a los derechos fundamentales de las personas en situación de desplazamiento forzado son de tal magnitud que se encontraban, en su conjunto, en un Estado de Cosas Inconstitucional, el cual no ha sido levantado por la Corte, y en el cual se disponen medidas de índole legislativo, fiscal, judicial y administrativo para garantizar la protección de sus derechos.

---

188 Cfr. Semana.com, *No hay abogados para las víctimas: Defensoría*, sec. Nación, 05 de diciembre de 2012. Disponible en: <http://www.semana.com/nacion/articulo/no-abogados-para-victimas-defensoria/268918-3>

La prioridad del Gobierno Nacional y del Congreso en particular, debería ser la creación de medidas que permitan a las personas víctimas de las violaciones a los derechos humanos, lo necesario para su efectivo acceso a los derechos fundamentales a la verdad, la justicia y la reparación integral, no así, fomentar garantías para presuntos autores de violaciones a los derechos humanos, lo cual dificultaría su investigación y juzgamiento, sin desconocer por supuesto el principio de la presunción de inocencia.

Además, el inciso 7 del artículo 3º y el artículo 5º Transitorio del acto legislativo 02 de 2012, con la creación del fondo especial para la defensa de la fuerza pública, también atenta contra el principio de igualdad de armas, el cual garantiza el derecho de contradicción y defensa, según el cual, la partes dentro de un proceso penal debe poder presentar su caso bajo condiciones y garantías judiciales que permitan equilibrar los medios y posibilidades de actuación procesal. Es claro que con la creación y puesta en marcha del fondo exclusivo para la defensa de la fuerza pública se rompe con este principio y se desequilibra la posibilidad de que personas víctimas de delitos cometidos por miembros de la fuerza pública se presenten al proceso penal en equilibrio de condiciones, puesto que la fuerza pública contará con todas las garantías establecidas por la Constitución Política y además con un fondo público especial para garantizar la defensa técnica y especializada, mientras que las personas víctimas de los delitos presuntamente cometidos por la fuerza pública no contarán con recursos exclusivos, y en muchos casos, como se evidencio con el pronunciamiento de la Defensoría del Pueblo, no contarán con ningún recurso para ejercer su derecho de defensa y contradicción.

La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el principio de igualdad de armas de la siguiente manera:

El principio de igualdad de armas constituye un elemento esencial de la garantía del derecho de defensa, de contradicción, y más ampliamente del principio de juicio justo, y hace relación a un mandato según el cual, cada parte del proceso penal debe poder presentar su caso bajo unas condiciones y garantías judiciales, que permitan equilibrar los medios y posibilidades de actuación procesal, dentro de las cuales se presente como esencial las facultades en cuanto al material probatorio a recabar, de tal manera que no se genere una posición sustancialmente desventajosa de una de las partes frente a la otra parte procesal, como la que de hecho se presenta entre el ente acusador y el acusado, a favor del primero y detrimento del segundo. El principio de igualdad de armas o igualdad de medios, supone entonces que la carga probatoria del acusador es proporcional a sus medios y que las reglas de ejercicio del principio contradictorio en virtud de esa carga, buscan equiparar la participación en el proceso penal, tanto optimizando lo más posible las garantías de la defensa, como incrementando la exigencia del cumplimiento de la labor probatoria del acusador.

(...)

Con el principio de igualdad de armas, se quiere indicar que “(...) en el marco del proceso penal, las partes enfrentadas, esto es, la Fiscalía y la defensa, deben estar en posibilidad de acudir ante el juez con las mismas herramientas de persuasión, los mismos elementos de convicción, sin privilegios ni desventajas, a fin de convencerlo de sus pretensiones procesales. Este constituye una de las características fundamentales de los sistemas penales de tendencia acusatoria, pues la estructura de los mismos, contrario a lo que ocurre con los modelos de corte inquisitivo, es adversarial, lo que significa que en el escenario del proceso penal, los actores son contendores que se enfrentan ante un juez imparcial en un debate al que ambos deben entrar con las mismas herramientas de ataque y protección.<sup>189</sup> (subrayas nuestras)

---

189 Sentencia C-536 de 2008, M.P. Jaime Araújo Rentería, 28 de mayo de 2008.

En el caso que nos ocupa, es claro que las personas víctimas de los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública, quedarían en una situación de desventaja, al no contar con los recursos públicos necesarios para ejercer su derecho a la defensa, y por el contrario, los miembros de la fuerza pública contarían con estos recursos como privilegio para su defensa.

También es necesario señalar que la fuerza pública cuenta actualmente con la defensa técnica y especializada necesaria para la defensa de todos aquellos miembros de la fuerza pública que hayan cometido delitos relacionados con el servicio. El artículo 279 y siguientes de la ley 1407 de 2010 (Código Penal Militar) establece las garantías para la defensa de los miembros de la fuerza pública. El artículo 287 establece específicamente la defensa técnica y al respecto señala:

La Justicia Penal Militar contará con un grupo de abogados, miembros de la Fuerza Pública, empleados civiles del Ministerio de Defensa y particulares, constituidos como un cuerpo autónomo separado del mando, quienes ejercerán de forma exclusiva defensa técnica respecto de militares o policiales investigados por delitos en relación con el mismo servicio.

Así que no es justificable el establecimiento de un fondo público especial y exclusivo para los miembros de la fuerza pública, mucho menos cuando se trata de investigaciones y juicios relacionadas con delitos por violaciones a los derechos humanos, crímenes de lesa humanidad, infracciones al derecho internacional humanitario, o crímenes de guerra, por cuanto estos delitos rompen el nexo con el servicio y no se justifica un fondo exclusivo para la defensa de los presuntos autores de tales delitos. Como se ha indicado, para ello existe la defensoría pública a la cual deben acudir los miembros de la fuerza pública que se encuentren en tales circunstancias, así como otros presuntos autores de tales delitos, que no pertenecen a la fuerza pública, tendrían que acudir a la defensoría pública o a recursos propios.

Respecto a la igualdad de armas en los procesos judiciales, también la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha fijado algunos estándares que han de ser tenidos en cuenta por los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En los apartes siguientes se mencionaran algunos de estos estándares relacionados con el principio de igualdad de armas, que si bien están dentro del contexto de los derechos económicos, sociales y culturales, sirven de pauta para cualquier proceso judicial en el marco de la Convención Americana de Derechos Humanos.

#### 1. El principio de igualdad de armas

Durante el proceso, es frecuente que la disímil situación social o económica de las partes litigantes impacte en una desigual posibilidad de defensa en juicio. La desigualdad procesal puede darse también en el litigio de casos vinculados a derechos sociales frente al Estado, como resabio de las posiciones tradicionales del derecho administrativo que suelen conferir privilegios al Estado en su relación con los administrados. Por ello, debe reconocerse al principio de igualdad de armas entre los elementos integrantes de la garantía del debido proceso legal.

(nota pie de página)

131 La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos también entiende que el principio de igualdad de armas es parte de la garantía del debido proceso y expresa reiteradamente, en relación con el carácter adversarial del procedimiento civil, que requiere un justo balance entre las partes, aun cuando una de ellas sea el propio Estado. En tal sentido ha afirmado que: “(t)odo el que es parte de tales procedimientos debe tener una oportunidad razonable de presentar su caso ante el tribunal en condiciones que no lo sitúen en desventaja sustancial vis-a-vis su

oponente". Ver a este respecto, TEDH, caso Kaufman v. Bélgica, N° 5362/72, 42 CD 145 (1972) y caso Bendenoun v. Francia, A 284, párrafo 52 (1994).

En este orden de ideas, el TEDH entiende que el principio incorpora la idea de "un justo balance" entre las partes. Así, el TEDH ha dicho que el principio de igualdad de armas equivale al derecho a presentar el caso ante un tribunal en igualdad de condiciones. De esta manera, en el caso Foucher v. Francia, la justicia francesa impidió a un particular el acceso a archivos criminales, y también le negó los pedidos de copias de los documentos allí contenidos. Por ende, el tribunal de apelación de la causa sólo se basó sobre informes oficiales para dictar sentencia. Ante esta situación, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entendió que: "(d)e acuerdo con el principio de igualdad de armas, como parte del concepto más amplio del debido proceso, cada parte debe tener la oportunidad de presentar su caso en condiciones que no lo sitúen en desventaja con respecto a su oponente." Cfr. TEDH, caso Foucher v. Francia, fallo del 18 de marzo de 1998, considerando

(...)

En opinión de esta Corte, *para que exista "debido proceso legal" es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables*. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo *el concepto de debido proceso legal (...)* Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación.... (el destacado es propio)

188. Tras reconocer la entidad del principio, la Corte postula que la presencia de condiciones de desigualdad real obliga a los Estados a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Esto es así pues, de no existir esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento "difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas". Se observa así la caracterización del principio de referencia como integrante del conjunto de garantías procesales que concurren a componer el debido proceso legal y a garantizar el derecho a acceder efectivamente a la justicia.

(...)

Esta estipulación deriva en parte de la propia naturaleza y funciones de las protecciones procesales, que en toda instancia deben estar regidas por el principio de justicia y en esencia deben estar destinadas a proteger, asegurar y afirmar el goce o el ejercicio de un derecho. Ello incluye reconocer y corregir toda desventaja real que las personas afectadas en los procedimientos puedan tener y observar en ello el principio de igualdad ante la ley y el corolario que prohíbe todo tipo de discriminación.

(nota pie de página)

134 (...) Es dable recordar aquí, que la opinión consultiva en cuyo marco tiene lugar este voto, gira sobre la necesidad de respeto, protección y garantía de los derechos de un colectivo particularmente vulnerable – los trabajadores migrantes – que, en la mayoría de los casos, enfrenta una situación de desigualdad real frente al conjunto de la sociedad. En este orden de ideas, en el voto de referencia se destaca que: "...el debido proceso entraña, por una parte, la mayor igualdad --equilibrio, "igualdad de armas"—entre los litigantes, particularmente importante cuando en un extremo de la contienda se halla el vulnerable trabajador migrante y en el otro el empleador dotado



de derechos suficientes y eficientes, una igualdad que sólo se consigue --en la mayoría de los casos, que reflejan la verdadera dimensión del problema colectivo-- cuando el poder público incorpora, a través de leyes y criterios de interpretación y aplicación, los elementos de compensación o corrección a los que antes me referí; y por otra parte, el cumplimiento claro y fluido del deber que tiene el Estado de brindar el servicio de justicia, sin distinción y mucho menos discriminación, que entrañaría, de entrada, la derrota del justiciable débil..." (el destacado es propio) (....) De esta suerte, el ejercicio de un derecho humano primordial --acceso a la justicia-- culmina en la privación de múltiples derechos. (...) <sup>190</sup> (subrayas nuestras)

De los estándares sobre el principio de igualdad de armas que está ligado al derecho al debido proceso y acceso a la justicia, es importante resaltar que es un principio destinado a buscar relaciones justas en el marco de un proceso, cualquiera que este sea, y que en casos donde el Estado es una de las partes dentro del proceso, es necesario que el mismo Estado brinde los medios, oportunidades y recursos necesarios para que las personas que se enfrentan al mismo, tengan las mismas o similares condiciones, para ejercer el derecho de contradicción y defensa. Se resalta lo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha dicho al respecto en su jurisprudencia, como se señaló, en el sentido que no garantizar a la parte más débil dentro de un proceso, en especial a aquellas personas que se tienen que enfrentar contra el propio Estado en un proceso es denegar la justicia. En este sentido como se mencionó es *deber que tiene el Estado de brindar el servicio de justicia, sin distinción y mucho menos discriminación, que entrañaría, de entrada, la derrota del justiciable débil.*

Otorgar mayores garantías a la fuerza pública para su defensa, como mediante la creación del Tribunal de Garantías Penales y la creación de un fondo especial para su defensa, es contrario a los principios de justicia, igualdad, orden social justo, por cuanto la parte débil de la relación entre el Estado y los particulares, será siempre el particular, en este caso la parte débil serían las personas víctimas de los delitos cometidos por la fuerza pública, quienes no contarían con las garantías que se está brindando a esta última, lo que configura discriminación, por una parte, y un privilegio injustificado, por otra.

Así el principio de igualdad de armas, que hace parte fundamental del debido proceso, se vería sustituido por un principio de privilegio y desigualdad en favor de la fuerza pública, sin consideración alguna de la situación de desventaja, precariedad económica y vulnerabilidad en la que se encuentran las personas víctimas del conflicto armado colombiano.

Tal como lo reconoce la Comisión IDH y el TEDH, es obligación del Estado *reconocer y corregir toda desventaja real que las personas afectadas en los procedimientos puedan tener y observar con ello el principio de igualdad ante la ley y el corolario que prohíbe todo tipo de discriminación.*

Lo que produce el acto legislativo 02 de 2012, es precisamente lo contrario, con el establecimiento de un Tribunal de Garantías Penales y con la creación del fondo exclusivo para la defensa de la fuerza pública, acrecienta las brechas y las desigualdades entre las personas víctimas frente a agentes estatales presuntos perpetradores de crímenes que pueden configurar violaciones a los derechos humanos. No corrige el Estado la desigualdad real de las personas víctimas sino que la niega y desampara a aquellos que necesitan de medidas efectivas, concretas y duraderas para la garantía de sus derechos fundamentales.

---

<sup>190</sup> OEA – Comisión IDH, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II. 129 Doc. 4, Original: Español, 07 de septiembre de 2007. pg. 51-54.

Sobre el principio de igualdad la Corte Constitucional entiende que la igualdad no es solo ante la ley, sino ante la vida misma, y que es obligación del Estado garantizar que la igualdad sea efectiva y real.

La norma reconoce la igualdad ante la ley a todas las personas, consagra ante las autoridades los derechos a la igualdad de protección y a la igualdad de trato, y reconoce a toda persona el goce de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación con base en criterios de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

Se trata pues de tres dimensiones diferentes del principio de igualdad. La primera de ellas es la igualdad ante la ley, en virtud la cual la ley debe ser aplicada de la misma forma a todas las personas. Este derecho se desconoce cuando una ley se aplica de forma diferente a una o a varias personas con relación al resto de ellas. Esta dimensión del principio de igualdad garantiza que la ley se aplique por igual, pero no que la ley en sí misma trate igual a todas las personas. Para ello se requiere la segunda dimensión, la igualdad de trato. En este caso se garantiza a todas las personas que la ley que se va a aplicar no regule de forma diferente la situación de personas que deberían ser tratadas igual, o lo contrario, que regule de forma igual la situación de personas que deben ser tratadas diferente. La ley desconoce esta dimensión cuando las diferencias de trato que establece no son *razonables*.

Ahora bien, ni la igualdad ante la ley ni la igualdad de trato garantizan que ésta proteja por igual a todas las personas. Una ley, que no imponga diferencias en el trato y se aplique por igual a todos, puede sin embargo proteger de forma diferente a las personas. La igualdad de protección consagrada en la Constitución de 1991 asegura, efectivamente, “gozar de los mismos derechos, libertades y oportunidades” (art. 13). Esta dimensión del principio de igualdad, por tanto, es sustantiva y positiva. Es sustantiva porque parte de la situación en que se encuentran los grupos a comparar para determinar si el tipo de protección que reciben y el grado en que se les otorga es desigual, cuando debería ser igual. Es positiva porque en caso de presentarse una desigualdad injustificada en razones objetivas relativas al goce efectivo de derechos, lo que procede es asegurar que el Estado adopte acciones para garantizar la igual protección. Para saber si esta dimensión del derecho a la igualdad ha sido violada es preciso constatar el grado efectivo de protección recibida a los derechos, libertades y oportunidades, y en caso de existir desigualdades, establecer si se han adoptado medidas para superar ese estado de cosas y cumplir así el mandato de la Carta Política.

(...)

6.1.2. Uno de los “fines *esenciales* del Estado” es “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (art. 2º, CP). Así pues, el derecho fundamental a la igualdad de protección implica al Estado “adoptar las medidas necesarias” para asegurar materialmente el goce efectivo de los derechos. Esto es, acciones sustanciales y positivas orientadas a que toda persona reciba la misma protección de las “*autoridades*”, según el texto constitucional (art. 13), que no distingue entre autoridades públicas, civiles, militares, judiciales o de cualquier otra naturaleza, como la legislativa.

Una concepción material de la igualdad tiene por fin asegurar no sólo la igualdad ante la ley, sino también “la igualdad ante la vida”, como se sostuvo en la Asamblea Nacional Constituyente. Por esto, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la fórmula política del estado social y democrático de Derecho se manifiesta en la promoción de la igualdad real y “(...) se manifiesta plenamente en el mandato de protección especial a los más débiles, en términos comparativos, en el manejo y el reparto de recursos escasos. (...)”<sup>191</sup> (subrayas nuestras)

---

191 Sentencia C-507 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, 25 de mayo de 2004.

La Corte Constitucional es clara en señalar que el Estado social y democrático de derecho se fundamenta en la promoción de la igualdad real, y en *la protección especial de los más débiles, en términos comparativos, en el manejo y reparto de recursos escasos*, y la importancia de que el Estado brinde protección especial a las personas que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta. Esto se encuentra de los fines esenciales del Estado colombiano, según la Constitución Política.

El acto legislativo 02 de 2012, por el contrario, establece un principio de protección al más fuerte, en este caso aquellos que son agentes estatales, que están rodeados de garantías y cuentan con los recursos necesarios para su defensa, mientras las personas víctimas del conflicto armado en Colombia se encuentran en una situación de debilidad manifiesta, sin recursos para su defensa. En este caso el manejo y reparto de recursos no cuenta con los criterios de igualdad, solidaridad y justicia, sino que la destinación de los recursos públicos, con la creación del fondo especial para la defensa de la fuerza pública, estaría condenando de antemano, como lo estableció el TEDH, a que las personas víctimas del delitos cometidos por la fuerza pública les sea denegada la justicia.

El Estado colombiano, por el contrario, debería enfocar los esfuerzos en el acceso a la justicia para las personas víctimas de los delitos cometidos por agentes estatales.

13. Se fomentará el establecimiento, el reforzamiento y la ampliación de fondos nacionales para indemnizar a las víctimas. Cuando proceda, también podrán establecerse otros fondos con ese propósito, incluidos los casos en los que el Estado de nacionalidad de la víctima no esté en condiciones de indemnizarla por el daño sufrido.<sup>192</sup>

En síntesis, el acto legislativo deja indefensas a las personas víctimas de los delitos cometidos por la fuerza pública, mientras que rodeará de garantías a estos últimos, desequilibrando así los medios con los que lleguen las partes al proceso penal. Lo que sustituye el principio de igualdad de armas, así como los principios de orden político, económico y social justo.

Esto pone en duda también la vigencia del Estado social de Derecho, en la medida que el constitucionalismo moderno está encaminado a que la persona humana sea concebida como un sujeto de derechos, y que el Estado tenga límites claros, legalmente establecidos para que no interfiera y mucho menos vulnere los derechos y libertades de la persona. Uno de las características del constitucionalismo moderno es establecer límites al poder estatal en aras de la garantía de los derechos fundamentales y el respeto de la dignidad humana, por lo cual se somete a todas las autoridades al imperio de la ley y se establece la igualdad ante la ley. Los ciudadanos ya no tienen que soportar más el despotismo y los excesos de los agentes estatales, sino que se crean mecanismos para que los ciudadanos como sujetos plenos de derecho, puedan oponerse a las decisiones del Estado y enfrentarse al mismo en condiciones de igualdad en caso que se enfrenten en un proceso judicial.

Lo que tenemos con el acto legislativo es la inversión de estos principios, encontrando entonces que el Estado se blinda mediante mayores privilegios, prerrogativas y potestades, dejando inermes a los ciudadanos que ven así vulnerados sus derechos y garantías fundamentales, ejerciendo el Estado un poder excesivo mediante las leyes disfrazadas de legalidad, que deben ser declaradas inconstitucionales.

---

<sup>192</sup> Naciones Unidas, *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*, adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/delitos.htm>

**c) Afectación tácita de los derechos de los miembros de la fuerza pública de rangos inferiores procesados.**

Además de considerar que la investigación y juzgamiento por parte de la justicia penal militar de delitos que no tienen relación con el servicio, sustituyen parcialmente la Constitución Política como se ha demostrado en la presente demanda de inconstitucionalidad, soslayando así los tratados internacionales sobre derechos humanos que el Estado colombiano se ha obligado a cumplir, también consideramos que la defensa militar del Estado no es adecuada incluso para los militares y policías que sean sometidos a ella, por cuanto en la práctica se vulneran sus derechos al debido proceso, el principio del juez natural, y el acceso a la justicia.

Nuestra experiencia en el litigio de casos por violaciones a los derechos humanos, especialmente en los casos de ejecuciones arbitrarias, nos ha mostrado que la defensa militar ha estado dirigida a legitimar la orden de operaciones según sea el caso concreto que se esté investigando o juzgando, y no a absolver de responsabilidad individual a quienes presuntamente intervinieron en la operación.

En estas defensas militares generalmente se crea una versión de lo sucedido, y se espera que los soldados o policías que hacían parte de la operación repitan la información definida por la defensa militar, sin que, principalmente, los miembros de la fuerza pública de inferior rango tengan oportunidad de tener su propia opinión, versión, y ni siquiera la oportunidad de tener una defensa que atienda su caso particular.

En estas defensas militares también es regularmente un miembro de rango superior quien asume la vocería por parte de todos los miembros de la fuerza pública, de inferior rango, que hacían parte de la operación. Lo cual priva a aquellos de ejercer la defensa por sí mismos, según su versión de los hechos, o que acudan a defensores que atiendan a su situación particular, sino que deben someterse a una defensa colectiva enmarcada regularmente en un concepto de solidaridad de cuerpo erróneo, o en otros casos más graves, sin tener conocimiento de la estrategia de la defensa militar o incluso sin haber participado en las operaciones militares.

En estos procesos de investigación y juzgamiento de miembros de la fuerza pública, las personas de rangos inferiores son los que comúnmente quedan bajo investigación e incluso quienes son condenados por delitos que han sido determinados u ordenados por sus superiores, quienes serían los máximos responsables de estos delitos.

Así quedan en la impunidad aquellas conductas cometidas por los miembros de la fuerza pública de rangos superiores, al centrar la investigación y juzgamiento en los miembros de la fuerza pública de rangos inferiores. Esto no quiere decir que no se debe investigar a miembros de la fuerza pública de rangos inferiores, o que a estos no se les haya encontrado efectivamente responsables, según cada caso, pero si es importante decir que frente a la opinión pública en general, se crea el sofisma de la realización de investigaciones, juicios y condenas justas, cuando en realidad, se ha hecho justicia parcialmente, ocultando a aquellos que han dado las órdenes para cometer los delitos o que han consentido en las actuaciones de sus subordinados. Cabe resaltar que estos casos se han puesto en conocimiento de la justicia, en nuestra práctica de defensa de los derechos humanos, tanto a nivel doméstico como en los tribunales internacionales.

Por ello consideramos que permitir que sea una defensa militar estatal, la que defienda a los militares o policías en casos donde presuntamente se han cometido

violaciones a los derechos humanos, infracciones al derecho internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, no es garantía para el ejercicio de los derechos de defensa, el debido proceso y el juez natural (art. 29 C.P.), el acceso a la justicia (art. 229 C.P.), de los soldados y policías de rangos inferiores, quienes no pueden ejercer libre e individualmente sus derechos, sino que tendrían que someterse a la defensa militar estatal la cual determinará cuál es la estrategia correspondiente, sin que medie la participación real de los procesados que ostentan un rango inferior dentro de la jerarquía del régimen militar o policial.

Dicho esto, es importante señalar que consideramos la defensa pública ofrecida por la Defensoría del Pueblo, o la defensa privada según sea la voluntad de cada persona, es la opción que permitirá a los miembros de la fuerza pública de rangos inferiores, la garantía de los derechos fundamentales a la defensa, el debido proceso y el acceso a la justicia, en caso de estar en curso un proceso de investigación o juzgamiento en su contra por violaciones a los derechos humanos, infracciones al derecho internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra.

Como ejemplo de lo que hemos mencionado, transcribimos algunos apartes de la reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Santo Domingo, en la cual se tiene como recomendación al Estado colombiano para el cumplimiento de sus obligaciones internacionales, investigar, juzgar y sancionar a la totalidad de los responsables, en este caso, de altos mandos militares en la planificación y ejecución de la masacre contra la población de Santo Domingo.

Aunque en dicha sentencia la Corte IDH no encontró fundamento para la violación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, sobre garantías judiciales, la Corte determina que a la luz del artículo 1.1 de la Convención Americana, el Estado debe continuar las investigaciones y procesos administrativos y judiciales en curso, para determinar completamente los hechos de la masacre de Santo Domingo, y las responsabilidades correspondientes.

133. La Comisión observó que fueron adelantados procesos penales en las jurisdicciones penal militar, penal ordinaria, disciplinaria y contencioso administrativa. En cuanto a la investigación en la justicia penal ordinaria, observó que en septiembre de 2009 el Juzgado 12 Penal condenó en primera instancia a tres oficiales de la Fuerza Aérea Colombiana, tripulantes de la aeronave que lanzó el dispositivo cluster, como responsables materiales de los hechos. A pesar de ello, la Comisión estimó que “no se han clarificado en su totalidad las responsabilidades intelectuales en la planificación y ejecución del bombardeo”, las que se efectuaron con la autorización de altos mandos militares.

(...)

295. La Comisión solicitó a la Corte que ordene al Estado, “llevar adelante una investigación imparcial, exhaustiva y dentro de un plazo razonable con el fin de juzgar y sancionar a todos los responsables materiales e intelectuales de las violaciones de derechos humanos declaradas en [el Informe de Fondo]”. Por su lado, los representantes coincidieron con lo solicitado y señalaron que se ordene al Estado garantizar “el acceso a la justicia de los familiares de las víctimas de [...] Santo Domingo mediante el desarrollo de un proceso judicial serio y eficaz, dirigido a investigar, juzgar y sancionar proporcionalmente a los autores materiales e intelectuales del bombardeo [de] 13 de diciembre de 1998, el posterior ametrallamiento a los sobrevivientes, los actos de pillaje y saqueo a las viviendas y la posterior estigmatización de las víctimas y actos destinados a desviar la investigación”.

(...)

297. Con respecto a la obligación de investigar, esta Corte señala que no fueron declaradas violaciones en relación con los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial (supra párr. 173). Sin perjuicio de ello, según fue indicado (supra párr. 163 e infra Punto Resolutivo 7), bajo la obligación general contenida en el artículo 1.1. de la Convención el Estado debe continuar las investigaciones y procesos administrativos y judiciales en curso y continuar las demás que correspondan a efectos de determinar los hechos y las responsabilidades.<sup>193</sup> (subrayas nuestras)

En este caso, las investigaciones se iniciaron en la justicia penal militar lo cual fue considerado por los representantes de las personas víctimas, como un intento de mantener en la impunidad tales delitos. Luego de ser trasladados los casos a la justicia ordinaria, y a pesar que existía material probatorio suficiente de la relación que tenían los altos mandos militares con la planificación, ejecución y encubrimiento de la masacre, estos no han sido investigados y mucho menos juzgados.

Por tanto, consideramos que la justicia penal militar, no es garantía de un juicio imparcial, autónomo y ajustado a los estándares internacionales de derechos humanos en casos de violaciones a los derechos humanos o infracciones al derecho internacional humanitario, ni siquiera para los mismos miembros de la fuerza pública que ostenten rangos inferiores, quienes en algunos casos, son investigados y condenados, para permitir el encubrimiento de altos mandos militares, quienes serían los máximos responsables por tales delitos.

#### **d) Extensión ilegítima del fuero penal militar a los centros carcelarios para los miembros de la fuerza pública.**

Se ha aclarado y evidenciado que la extensión del fuero penal militar para aquellos delitos cometidos por miembros de la fuerza pública, que no tienen relación con el servicio, es no solo contrario a la Constitución Política, sino que sustituye parcialmente principios fundamentales de la misma. De igual forma, el inciso 8 del artículo 3º del acto legislativo 02 de 2012, pretende extender el fuero penal militar también a los centros de reclusión donde los miembros de la fuerza pública cumplirán la detención preventiva o la condena. Este inciso sustituye tácita y parcialmente el principio de igualdad (preámbulo y art. 13 C.P.), el principio de un orden político, económico y social justo (preámbulo C.P.), el principio de acceso a la justicia (preámbulo, arts. 1, 2, 228 y 229 C.P.).

Al establecer que los miembros de la fuerza pública cumplirán la detención preventiva o la condena en centros penitenciarios y carcelarios establecidos para miembros de la fuerza pública, e incluso donde no existan estos, en la unidad a la que pertenezca, se sustituye parcialmente el principio de igualdad puesto que las personas que no son miembros de la fuerza pública y que hayan cometido delitos comunes, no tendrán el privilegio de tener centros de reclusión o carcelarios exclusivos para cumplir la detención preventiva o la condena. Se desconoce así el principio de igualdad ante la ley.

Con esta disposición se establece un privilegio adicional para la fuerza pública, desconociendo nuevamente que el fuero penal militar no se ha reconocido como privilegio o prerrogativa sino como garantía para los delitos especificados por la misma Constitución (art. 221 C.P.), es decir, aquellos casos en los que se cometen delitos por parte de miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio. Si los agentes estatales cometen delitos comunes, y con mayor

<sup>193</sup> Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012 Serie C No. 259. párr. 133, 295, 297.

razón violaciones a los derechos humanos, deben someterse a la detención preventiva o la a condena, en centros de detención o carcelarios comunes, como cualquier otra persona que cometiere tales delitos.

Frente al derecho a la igualdad en relación con la justicia ordinaria y la justicia penal militar, la Corte Constitucional se pronunció en el sentido que:

Si bajo los aspectos relevantes, las dos situaciones son iguales, el tratamiento diferenciado es inaceptable. Por lo tanto, la Corte concluye que en relación con los delitos comunes contemplados en el Código Penal Militar, éste no puede, sin violar el principio de igualdad en materia punitiva, imponer penas principales inferiores a las previstas en la legislación penal ordinaria (...)

(...) Las prerrogativas y la investidura que ostentan los miembros de la fuerza pública pierden toda relación con el servicio cuando deliberadamente son utilizadas para cometer delitos comunes, los cuales no dejan de serlo porque el agente se haya aprovechado de las mencionadas prerrogativas e investidura, ya que ellas no equivalen a servicio ni, de otro lado, tienen la virtud de mutar el delito común en un acto relacionado con el mismo.

Un entendimiento distinto del que se concede a estas hipótesis en esta sentencia, conduciría a desvirtuar la esencia del fuero militar y policial, que de otro modo terminaría por convertirse en privilegio estamental (...) El simple hecho de que una persona esté vinculada a la fuerza pública no dota a sus propósitos delictivos de la naturaleza de misión de la fuerza pública. Ellos continúan siendo simplemente la voluntad delincencial imputable a la persona, desconectada del servicio público de la defensa y de la seguridad públicas, la cual en un plano de estricta igualdad deberá ser investigada y sancionada según las normas penales ordinarias.

(...) Esa decisión está siempre expuesta a dos peligros igualmente graves y lesivos de la igualdad y del debido proceso: por una parte, la discrecionalidad judicial para definir el juez natural y el derecho aplicable; por otra, la conversión del fuero en privilegio personal y el socavamiento injustificado de la jurisdicción ordinaria. Los mencionados peligros pueden menguarse, sin embargo, si se parte de la definición del fuero penal militar como una excepción a la regla del juez natural general. Ello significa que en todos aquellos casos en los que no aparezca diáfano la relación directa del delito con el servicio habrá de aplicarse el derecho penal ordinario (...)

La Corte precisa: es obvio que nunca un acto del servicio puede ser delictivo, razón por la cual una conducta propia del servicio no amerita jamás castigo. Por ello la justicia castrense no conoce de la realización de “actos del servicio” sino de la comisión de delitos “en relación” con el servicio. Es decir, lo que esta Corporación afirma no es que los delitos de lesa humanidad no constituyen actos del servicio, pues es obvio que en un Estado de derecho jamás un delito - sea o no de lesa humanidad - representa una conducta legítima del agente. Lo que la Corte señala es que existen conductas punibles que son tan abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública que su sola comisión rompe todo nexo funcional del agente con el servicio.

(...)

Conforme a lo anterior, la extensión del fuero penal militar a conductas que están más allá de los delitos estrictamente relacionados con el servicio representa una vulneración a la limitación que impuso el Constituyente al ámbito de aplicación de la justicia penal militar.<sup>194</sup> (subrayas nuestras)

De la anterior sentencia es importante resaltar que la Corte reitera que el fuero penal

---

194 Sentencia C-358 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, 05 de agosto de 1997.

militar no es un privilegio estamental, sino que está dirigido a garantizar aquello que la propia Constitución estableció respecto a la excepcionalidad de la justicia penal militar. Por otra parte, se aclara que en ningún sentido un delito puede ser considerado como una conducta legítima de un miembro de la fuerza pública, mucho menos una conducta constitutiva de violaciones a los derechos humanos. También es claro que los hechos constitutivos de delitos, que se sustentan en supuestos de hecho iguales deben ser objeto de un tratamiento jurídico igual. Igualmente señala la Corte que extender el fuero penal militar a conductas que se encuentran más allá de los delitos relacionados con el servicio, vulnera la limitación que impuso el Constituyente al ámbito de aplicación de la justicia penal militar. Debe resaltarse que la Corte Constitucional dice respecto a la igualdad en el tratamiento de conductas punibles que rompen la relación con el servicio, que aquellos delitos cometidos por miembros de la fuerza pública que rompen el nexo con el servicio, en estricto sentido de igualdad, *deberá ser investigada y sancionada según las normas penales ordinarias*.

Ahora bien, en el ordenamiento jurídico colombiano la sanción de los delitos comprende lo que el Código Penal (ley 599 de 2000) en el título IV establece como consecuencias jurídicas de la conducta punible, entre las cuales se encuentran las penas. Dentro de las penas, según el artículo 34 del Código Penal se encuentran las principales, sustitutivas y accesorias privativas de otros derechos cuando no obren como principales. Dentro de las penas principales se encuentra la privativa de la libertad de prisión, la pecuniaria de multa y las demás privativas de otros derechos.

En este sentido la sanción de una conducta punible en Colombia, entre otras, comprende la pena privativa de la libertad, la cual se encuentra contemplada en el Código Penal el cual hace parte de las normas que regulan la justicia ordinaria. La pena privativa de la libertad se cumplirá, según la ley 65 de 1993, en diferentes lugares según el sujeto de que se trate. Según el artículo 21 de la ley 65 de 1993, las cárceles son los establecimientos de detención preventiva. Y las penitenciarias son establecimientos destinados a la reclusión de condenados y en las cuales se ejecuta la pena de prisión.

El artículo 27 de la ley 65 de 1993 establece que habrá cárceles para miembros de la fuerza pública, quienes *cumplirán la detención preventiva en centros de reclusión establecidos para ellos y a falta de estos, en las instalaciones de la unidad a que pertenezcan. La organización y administración de dichos centros se regirán por normas especiales. En caso de condena, el sindicado pasará a la respectiva penitenciaría en la cual habrá pabellones especiales para estos infractores*.

Si bien es cierto que la ley 65 de 1993 establece las cárceles especiales para miembros de la fuerza pública para la detención preventiva, la misma ley determina que en caso de condena pasará a una penitenciaría con pabellones especiales, en una lectura armónica con el artículo 221 de la Constitución Política (modificado por el acto legislativo 02 de 1995), cabe concluir que estas cárceles especiales y pabellones especiales en las penitenciarías, tendrán lugar siempre que los delitos por los cuales se les investigue o condene serán los mencionados por el artículo 221 constitucional (modificado por el acto legislativo 02 de 1995) anterior al acto legislativo 02 de 2012, es decir por aquellos delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.

De lo anterior se colige, que para los delitos que no tienen relación con el servicio, cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo, se debe aplicar el régimen que cobija a las personas que no pertenecen a la fuerza pública y que han cometido delitos comunes. Es decir, las cárceles y penitenciarías comunes son el



lugar natural de reclusión para aquellos miembros de la fuerza pública que cometen delitos que guardan ningún nexo o relación con el servicio.

Considerando que es la justicia ordinaria quien debe investigar, juzgar y sancionar a quienes cometen delitos comunes, y que son los establecimientos carcelarios y penitenciarios comunes donde las personas investigadas o condenadas, según el caso, deben permanecer reclusos, no hay justificación alguna para que los miembros de la fuerza pública que hayan cometido delitos comunes, cumplan con la detención preventiva o con las condenas, en cárceles o penitenciarias especiales o destinadas a la fuerza pública, especialmente cuando sean investigados o condenados por cometer delitos como violaciones a los derechos humanos, infracciones al derecho internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, puesto que, como se viene argumentando, estos delitos rompen el nexo con el servicio y por tanto los infractores deben estar sometidos al régimen de la justicia ordinaria, el cual incluye sancionar la conducta delictiva, y que en el caso de condenar a una de estas personas a penas privativas de la libertad, estas deben ser cumplidas en establecimientos carcelarios o penitenciarios comunes.

De modo que, el inciso el inciso 8 del artículo 3° del acto legislativo 02 de 2012, desde una lectura integral de la reforma pretendida por el acto legislativo, al establecer que la detención preventiva y las condenas de los miembros de la fuerza pública se realicen en centros carcelarios y penitenciarios especiales o exclusivos para ellos, aún cuando se cometen delitos que rompen el nexo con el servicio, sustituye la voluntad original del Constituyente, quien estableció que la justicia penal militar, incluyendo en este caso el fuero penal militar que incluye el régimen sancionatorio el cual a su vez incluye la disposición de cárceles especiales para miembros de la fuerza pública, solamente sería aplicable para los delitos que cometan estos en relación con el servicio.

La disposición acusada del acto legislativo 02 de 2012, establece así un privilegio especial para los miembros de la fuerza pública que sustituye la Constitución Política de 1991, vulnerando así el principio de igualdad y el principio de un orden político, económico y social justo, frente a otras personas que por no pertenecer a la fuerza pública, pero que habiendo cometido delitos comunes, tienen que cumplir la detención preventiva o la condena, en cárceles comunes.

También frente al principio de igualdad la Corte se pronunció diciendo:

8. El derecho al juez natural constituye una de las garantías básicas que, junto al complejo del derecho de defensa y el principio de legalidad, definen el debido proceso. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional (Sentencia C-111 de 2000 M.P. Alvaro Tafur Gálvis), el derecho en cuestión se encuentra consagrado en la Carta en el artículo 29, al disponer que “nadie podrá ser juzgado sino.... ante juez o tribunal competente”. Dicho texto normativo, si bien enuncia la idea básica que subyace en el derecho al juez natural, no contiene en su integridad el contenido normativo del derecho, ni mucho menos define su núcleo esencial.

Según la jurisprudencia de esta Corporación, el juez natural es aquel a quien la Constitución y la ley le han asignado competencia para conocer cierto asunto (Sentencias C-444 de 1995 M.P. Carlos Gaviria Díaz, C-111 de 2000.) (...) Ello implica que es consustancial al juez natural que previamente se definan quienes son los jueces competentes, que estos tengan carácter institucional y que una vez asignada –debidamente- competencia para conocer un caso específico, no les sea revocable el conocimiento del caso, salvo que se trate de modificaciones de competencias al interior de una institución.

(...) Es decir, la jurisdicción ordinaria constituye la jurisdicción común para todos

los asociados y, salvo que norma expresa indique lo contrario, todo asunto será de su competencia (...)

Así las cosas, puede entenderse que el derecho al juez natural comprende el derecho a acudir a la jurisdicción ordinaria para que resuelva los conflictos jurídicos dentro de la sociedad. En este sentido pues, la competencia de las jurisdicciones especiales será restringida a aquellos casos en los cuales la Constitución lo autoriza. Se trata, entonces, de unas competencias restringidas. De ahí que deba existir el mayor grado de certeza posible sobre la debida solución de un conflicto de competencias.<sup>195</sup> (subrayas nuestras)

Frente a la investigación, juicio y sanción, por parte de la jurisdicción ordinaria, cuando quiera que los miembros de la fuerza pública cometen delitos que no tienen relación con el servicio, y la interpretación de la justicia penal militar de forma restrictiva, la jurisprudencia de la Corte IDH, ha determinado que este principio aplica también a la etapa de la ejecución de la pena:

152. Además, según establecieron autoridades internas y tal como lo reconoció el Estado, los referidos suboficiales participaron en un operativo que derivó en el asesinato de un teniente el 14 de julio de 1999 durante su privación de libertad en un centro de reclusión militar. Llama la atención de este Tribunal que al ponderar la aplicación de beneficios en la ejecución de la pena no se haya considerado el hecho reconocido que durante su privación de libertad los mismos salieron del centro de reclusión militar y participaron del mencionado operativo. El otorgamiento indebido de estos beneficios puede eventualmente conducir a una forma de impunidad, particularmente cuando se trate de la comisión de violaciones graves de derechos humanos, como en el presente caso. Además, está verificado que los condenados cumplieron parte de sus penas, esto es 1 año, 3 meses y 18 días, en el Centro de Rehabilitación Militar de Tolemaida en Melgar, Tolima, que estaba destinado para que militares cumplieran sanciones por infracciones al Código Penal Militar, aún cuando en la jurisdicción militar “sólo se debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar”, principio también aplicable a la etapa de ejecución de la pena.<sup>196</sup> (subrayas nuestras)

Mediante esta sentencia la Corte IDH interpretó que la ejecución de la pena también hace parte de la competencia asignada a una determinada jurisdicción y hace parte del principio de juez natural. En el caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia se establece que la ejecución de la pena para miembros de la fuerza pública, que han cometido violaciones a los derechos humanos, no puede realizarse en establecimientos especiales para la fuerza pública, puesto que esto es contrario al principio de que estos establecimientos son exclusivamente para delitos contra bienes jurídicos propios del orden militar y no por delitos comunes y que el otorgamiento de beneficios a quienes cometen violaciones a los derechos humanos no encuentra asidero dentro del principio restrictivo y excepcional de la justicia penal militar.

En otras sentencias la Corte IDH, ha sido reiterativa en el sentido de restringir la interpretación de la justicia penal militar, y el atribuir a la justicia ordinaria la investigación, juzgamiento y sanción de los miembros de la fuerza pública que cometen delitos que no tienen relación con el servicio, añadiendo además que la vulneración de este principio constituye a su vez la vulneración del principio del juez natural y, consecuentemente, al derecho al debido proceso y acceso a la justicia:

---

195 Sentencia SU.1184 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, 13 de noviembre de 2001.

196 Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213. párr. 152.

### **Caso Escué Zapata Vs. Colombia**

El Tribunal ha establecido que en un Estado Democrático de Derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional: sólo se debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar. Al respecto, la Corte ha dicho que “[c]uando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso, el cual, a su vez, [se encuentra] íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia”. Por estas razones y por la naturaleza del crimen y el bien jurídico lesionado, la jurisdicción penal militar no era el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de los hechos de este caso.<sup>197</sup>

### **Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia**

(...) Esta garantía del debido proceso debe analizarse de acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de la persona humana. Por estas razones y por la naturaleza del crimen y el bien jurídico lesionado, la jurisdicción penal militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos.

(...)

Por las anteriores consideraciones el Tribunal concluye que el juzgamiento del referido oficial del Ejército por el delito de homicidio en la jurisdicción penal militar implicó una violación al principio del juez natural y, consecuentemente, al derecho al debido proceso y acceso a la justicia, dado que dicha jurisdicción carecía de competencia. Asimismo, con respecto a la investigación del mencionado oficial del Ejército por el delito de concierto para delinquir, la remisión de la investigación a la jurisdicción penal militar provocó que durante un largo período no se realizara investigación alguna en la jurisdicción competente.<sup>198</sup>

### **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**

Por ello, sólo se debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar. Al respecto, la Corte ha dicho que “[c]uando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso”, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia.<sup>199</sup>

### **Caso La Cantuta Vs. Perú**

Al respecto, la Corte ha dicho que “[c]uando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso”, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia. Por estas razones y por la naturaleza del crimen y el bien jurídico lesionado, la jurisdicción penal militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de estos hechos.<sup>200</sup>

---

197 Corte IDH. *Caso Escué Zapata Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165. párr. 105.

198 Corte IDH. *Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163. párr. 200, 204.

199 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154. párr. 131.

200 Corte IDH. *Caso La Cantuta Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162. párr. 142.

Se puede concluir, a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia y en especial de la jurisprudencia de la Corte IDH, que los establecimientos carcelarios o penitenciarios especiales para miembros de la fuerza pública, se encuentran dentro de la competencia de la justicia penal militar para sancionar a aquellos miembros de la fuerza pública en servicio activo que han cometido delitos relacionados con el servicio. Si la justicia penal militar es la encargada de la investigación, juzgamiento, sanción y ejecución de la pena, de tales delitos, sin duda alguna los establecimientos carcelarios especiales para la fuerza pública son los adecuados.

*Contrario sensu*, en cualquier caso de violaciones a los derechos humanos o de cualquier otro delito que no tiene relación con el servicio, cometidas por miembros de la fuerza pública en servicio activo, los establecimientos carcelarios o penitenciarios adecuados para estos casos, son aquellos donde se recluyen a las personas que cometen delitos comunes. Por otra parte, el otorgamiento de beneficios a los miembros de la fuerza pública procesados por violaciones a los derechos humanos, especialmente en la etapa de la ejecución de la pena, puede dar lugar a la continuidad de las conductas violatorias a los derechos humanos, lo cual garantiza el principio del juez natural, el debido proceso, y el acceso a la justicia.

Sobre el acceso a la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, los cuales son derechos fundamentales de las personas víctimas de las violaciones a los derechos humanos, y sobre la obligación del Estado de investigar, enjuiciar y sancionar a los responsables de tales delitos, también es importante considerar que la creación de establecimientos carcelarios o penitenciarios especiales para los miembros de la fuerza pública, o el uso de las instalaciones militares para el cumplimiento de la detención preventiva o el cumplimiento de la condena de miembros de la fuerza pública a quienes se les investiga por violaciones a los derechos humanos, infracciones al derecho internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, constituye también una vulneración a los derechos de las personas víctimas, dado que el acceso a la justicia, también comprende, además de la investigación y el juicio, una condena proporcional y justa, a los perpetradores de tales crímenes, así como la ejecución de la pena en un establecimiento adecuado para ello.

Un establecimiento adecuado sería aquel que tiene condiciones de seguridad, las cuales impiden que las personas condenadas por violaciones a los derechos humanos, continúen delinquirando, que existan garantías de que la ejecución de la pena, además del proceso en sí, va a contribuir a la no repetición de estos delitos, como función preventiva de la pena, y que el sitio de reclusión no se convertirá en un lugar donde las personas condenadas por violaciones a los derechos humanos gozarán de privilegios que incluso no tenían antes de cometer el delito. Lo contrario, sería una denegación de justicia, una burla a las personas víctimas de estos delitos, una afrenta a su dignidad y la evidencia de que el Estado no está cumpliendo de manera real, adecuada y seria sus obligaciones de investigar, juzgar y sancionar las violaciones a los derechos humanos.

Respecto a las garantías de no repetición es necesario señalar que si se quiere prevenir las violaciones a los derechos humanos, además de tener estrictos controles y vigilancia sobre el accionar de la fuerza pública para el adecuado cumplimiento de sus funciones, también es necesario que se lleven a cabo diligentes, adecuadas y profundas investigaciones, que den lugar al enjuiciamiento de los responsables y a las respectivas sanciones penales a que haya lugar. Dentro de las sanciones, como se mencionó anteriormente, se encuentra la pena privativa de la libertad en

establecimientos carcelarios adecuados para tal fin. De modo que la acción punitiva del Estado realmente funciones para prevenir el delito. Por supuesto, no creemos que la acción punitiva es la única manera para la prevención del delito, pero sí hace parte de una estrategia integral de prevención y de lucha contra la impunidad.

En este sentido es necesario señalar algunos pronunciamientos de la Corte IDH respecto a la lucha contra la impunidad y la garantía de los derechos de las personas víctimas, así como la importancia que sea la justicia ordinaria, desde la investigación hasta la ejecución de la pena, la encargada de conocer de los delitos que configuran violaciones a los derechos humanos por parte de miembros de la fuerza pública, y que no sea la justicia penal militar la que conozca de estos casos.

### **Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala**

En reiteradas oportunidades el Tribunal ha señalado que, conforme la obligación de garantía consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana, el Estado tiene el deber de evitar y combatir la impunidad, la cual ha sido definida por la Corte Interamericana como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana”. Tal como ha señalado la Corte, “la investigación de los hechos y la sanción de las personas responsables, [...] es una obligación que corresponde al Estado siempre que haya ocurrido una violación de los derechos humanos y esa obligación debe ser cumplida seriamente y no como una mera formalidad”. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes en la Convención Americana de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.<sup>201</sup> (subrayas nuestras)

### **Caso Bámaca Velásquez vs Guatemala.**

Este Tribunal se ha referido en reiteradas ocasiones al derecho que asiste a los familiares de las víctimas de conocer lo que sucedió y saber quiénes fueron los agentes del Estado responsables de los respectivos hechos. “[L]a investigación de los hechos y la sanción de las personas responsables, [...] es una obligación que corresponde al Estado siempre que haya ocurrido una violación de los derechos humanos y esa obligación debe ser cumplida seriamente y no como una mera formalidad”. Además, este Tribunal ha indicado que el Estado “tiene la obligación de combatir [la impunidad] por todos los medios legales disponibles ya que [ésta] propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares”. El Estado que dejara impune las violaciones de derechos humanos estaría incumpliendo, adicionalmente, su deber general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos de las personas sujetas a su jurisdicción.

(...)

Finalmente, es obligación del Estado, según el deber general establecido en el artículo 1.1 de la Convención, asegurar que estas graves violaciones no se vuelvan a repetir. En consecuencia, debe hacer todas las gestiones necesarias para lograr este fin. Las medidas preventivas y de no repetición empiezan con la revelación y reconocimiento de las atrocidades del pasado, como lo ordenara esta Corte en la sentencia de fondo. La sociedad tiene el derecho a conocer la verdad en cuanto a tales crímenes con el propósito de que tenga la capacidad de prevenirlos en el futuro.<sup>202</sup> (subrayas nuestras)

201 Corte IDH. *Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190. párr. 69, 118.

202 Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de

### **Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú**

El Tribunal no entrará a analizar los beneficios carcelarios establecidos en la legislación interna ni tampoco los otorgados a Francisco Antezano Santillán y Ángel del Rosario Vásquez Chumo. No obstante, la Corte considera, sin excluir ninguna categoría de condenados, que el Estado deberá ponderar la aplicación de estos beneficios cuando se trate de la comisión de violaciones graves de derechos humanos, como en el presente caso, pues su otorgamiento indebido puede eventualmente conducir a una forma de impunidad.

La Corte observa que, en el presente caso, el Estado ha debido realizar, a partir de la denuncia entablada por los familiares inmediatos de las presuntas víctimas, una investigación seria, imparcial y efectiva, sujeta a los requerimientos del debido proceso, para esclarecer los hechos relativos a la detención, torturas y ejecución extrajudicial de Rafael Samuel y Emilio Moisés Gómez Paquiyauri y, en particular, para identificar y sancionar a los responsables, en especial al o a los autores intelectuales de los hechos, en cumplimiento de su obligación establecida en el artículo 1.1 de la Convención, de garantizar los derechos a la vida y a la integridad personal.<sup>203</sup> (subrayas nuestras)

### **Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia**

Además, según establecieron autoridades internas y tal como lo reconoció el Estado, los referidos suboficiales participaron en un operativo que derivó en el asesinato de un teniente el 14 de julio de 1999 durante su privación de libertad en un centro de reclusión militar. Llama la atención de este Tribunal que al ponderar la aplicación de beneficios en la ejecución de la pena no se haya considerado el hecho reconocido que durante su privación de libertad los mismos salieron del centro de reclusión militar y participaron del mencionado operativo. El otorgamiento indebido de estos beneficios puede eventualmente conducir a una forma de impunidad, particularmente cuando se trate de la comisión de violaciones graves de derechos humanos, como en el presente caso. Además, está verificado que los condenados cumplieron parte de sus penas, esto es 1 año, 3 meses y 18 días, en el Centro de Rehabilitación Militar de Tolemaida en Melgar, Tolima, que estaba destinado para que militares cumplieran sanciones por infracciones al Código Penal Militar, aún cuando en la jurisdicción militar “sólo se debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar”, principio también aplicable a la etapa de ejecución de la pena.

Al respecto, el Tribunal estima pertinente reiterar que un procesamiento que se desarrolla hasta su conclusión y cumpla su cometido es la señal más clara de no tolerancia a las violaciones a los derechos humanos, contribuye a la reparación de las víctimas y muestra a la sociedad que se ha hecho justicia. La imposición de una pena apropiada en función de la gravedad de los hechos, por la autoridad competente y con el debido fundamento, permite verificar que no sea arbitraria y controlar así que no se erija en una forma de impunidad de facto. En este sentido, la Corte ha destacado que las sanciones administrativas o penales tienen un rol importante para crear la clase de competencia y cultura institucional adecuada para enfrentar los factores que explican determinados contextos estructurales de violencia.

Habiendo señalado que la Corte no es un tribunal penal (supra párrs. 41 a 43), ello no obsta para observar que la forma en que se disminuyó, en repetidas ocasiones, la pena impuesta a los únicos dos perpetradores condenados, así como el hecho de que éstos pudieran salir y, según fue constatado por las autoridades internas, participar en la comisión de otro delito como parte de aparatos de inteligencia militar mientras

---

febrero de 2002. Serie C No. 91. párr. 74, 77.

203 Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110. párr. 145-146, 148.

estaban privados de libertad, indican una insuficiencia del Estado para perseguir y sancionar adecuadamente graves violaciones a los derechos humanos como las cometidas en el presente caso.<sup>204</sup> (subrayas nuestras)

Como se ha subrayado en las anteriores sentencias de la Corte IDH, el mantener en establecimientos carcelarios o penitenciarios, a los presuntos autores, y en especial los condenados por violaciones a los derechos humanos, infracciones al derecho internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, es una garantía del debido proceso, del acceso a la justicia, pero especialmente es una garantía para los derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral, dentro de la cual se encuentra las garantías de no repetición.

En este sentido, para las personas víctimas es de suma importancia para garantizar sus derechos, que el Estado cumpla con seriedad sus obligaciones de investigación, juzgamiento y sanción, incluyendo la reclusión en casos de condenas, y de acuerdo con el contexto de conflicto armado que se vive en Colombia, en el cual la fuerza pública es un actor del conflicto y además, algunos de sus miembros están siendo investigados y han sido condenados por violaciones a los derechos humanos, bien sea por sí mismos o en alianzas con el paramilitarismo y con dirigentes políticos.

Es necesario que los miembros de la fuerza pública que hayan cometido violaciones a los derechos humanos infracciones al derecho internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, sean reclusos en establecimientos carcelarios o penitenciarios que brinden las garantías de seguridad para la protección de las personas víctimas y para garantizar que no seguirán delinquir u obstruyendo la justicia desde los sitios de reclusión.

Cabe anotar que estas cárceles especiales para militares, o los centros de reclusión que se encuentran ubicados en unidades militares, son custodiados regularmente por miembros de la fuerza pública de igual o inferior rango de aquellos que están siendo custodiados, en detención preventiva o cumpliendo una pena privativa de la libertad. Por lo cual, esto lleva a que no se ejerza un efectivo control sobre la actividad de un superior condenado que, a pesar de estar cumpliendo una pena, aún por el alto grado de subordinación que se da en las fuerzas militares o policiales, se le rinde obediencia y subordinación. Lo mismo ocurre si esta persona condenada de mayor rango, tiene relaciones cercanas con otros de su mismo o superior rango, quedando supeditado el soldado o policía de inferior rango que le está custodiando, a lo que decidan aquellos quienes no están reclusos pero a quienes está permanentemente subordinado, lo cual puede llevar a que la custodia no se realice de la manera más efectiva.

Así, es necesario mencionar que la experiencia colombiana de reclusión de los miembros de la fuerza pública, investigados o condenados por delitos que no tienen nexos con el servicio, en centros de reclusión especiales para ellos, o reclusos en las unidades militares a la que pertenecen, no ha sido una experiencia positiva y, por el contrario, ha sido materia de reproches por diversos sectores públicos y sociales, que han visto en estas reclusiones, una afrenta para las personas víctimas, y la ineficacia del Estado colombiano para juzgar y sancionar a los responsables de los delitos que no tienen nexos con el servicio, en especial las violaciones a los derechos humanos por parte de la fuerza pública.

A continuación se presentan apartes de algunas noticias que se dieron a conocer a nivel nacional, sobre los escándalos y excesos que llevan miembros de la fuerza pública condenados por violaciones a los derechos humanos o crímenes de lesa

---

204 Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213. 152-154.

humanidad, que se encuentran reclusos en cárceles o unidades militares.

- La Procuraduría General de la Nación aún está realizando investigaciones por las fiestas que se realizaba el coronel Juan Carlos Rodríguez “Zeus” en Tolemaida. Cabe recordar que el coronel fue condenado por narcotráfico y delitos de lesa humanidad.<sup>205</sup>

- Uno de los casos emblemáticos que salió a la luz pública, fue en aquellos eventos del llamado “Tolemaida Resort”, en la base de Tolemaida, al que se describe como un club de descanso. También se califica de extravagantes privilegios con los que cuentan los militares condenados por las más graves violaciones a los derechos humanos. Entre estos privilegios se cuentan que los presos no viven en celdas sino en cabañas, algunos de ellos seguían recibiendo sueldo a pesar de estar condenados, algunos también salieron del centro de reclusión para pasar vacaciones en la costa caribe, otros tienen negocios al interior de la base militar, algunos cuentan con celulares de dotación.<sup>206</sup> Esto dista mucho de ser un castigo ejemplar para personas que han cometido graves violaciones a los derechos humanos, y definitivamente no cumple con una de las funciones de la pena que es la función preventiva. Por el contrario, quienes tienen la intención de seguir cometiendo violaciones a los derechos humanos, encuentran en el “Tolemaida Resort” la mejor razón para continuar cometiendo dichas violaciones.

- En un reciente caso, el coronel Luis Fernando Borja, fue trasladado al centro penitenciario La Picota, al descubrir que desde el centro de reclusión militar batallón de Policía Militar número 13, en el que se encontraba cumpliendo su condena por la ejecución arbitraria de un campesino, estaba extorsionando a otros militares para no involucrarlos en las investigaciones por otras presuntas ejecuciones arbitrarias.<sup>207</sup>

- Esto sin dejar a un lado los recientes hechos en los que se han visto involucrados miembros de la fuerza pública, dentro de los cuales se encuentra el general de la policía Mauricio Santoyo ex jefe de seguridad del ex-presidente Álvaro Uribe Vélez, por su relación con el narcotráfico y los grupos paramilitares.<sup>208</sup>

Una de las responsabilidades del Estado colombiano es evitar que ocurran los delitos, y brindar garantías de no repetición. Con estas experiencias de reclusión de miembros de la fuerza pública en cárceles o penitenciarias militares, o en las unidades militares, lo que está consiguiendo es lo contrario, se incentiva así la comisión de violaciones a los derechos humanos, cuando se rodea de garantías a los victimarios, y se les otorga concesiones que no hacen más que afrentar la dignidad de las víctimas, permitir que continúen con su actuar delictivo y enviar el mensaje a otros miembros de la fuerza pública a cometer delitos, puesto que son incluso mejores las garantías que tienen en estos establecimientos, que aquella situación que pudieran estar viviendo fuera de

---

205 El Tiempo.com, *Lupa a siete generales por fiestas en la base de Tolemaida*, sec. Justicia. Disponible en: <http://m.eltiempo.com/justicia/siete-generales-enredados-por-fiestas-en-la-base-de-tolemaida/12599248>

206 Semana.com, *Tolemaida Resort*, Nación, 02 de abril de 2011. Disponible en: <http://www.semana.com/nacion/articulo/tolemaida-resort/237791-3>

207 El Espectador.com, *A la picota coronel del ejército por extorsionar desde la cárcel*, sec. Judicial. Disponible en: <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/articulo-398943-picota-coronel-del-ejercito-extorsionar-carcel>

208 Cfr. El Espectador.com, *Militares capturados con droga harían parte de un cartel*, <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/articulo-402724-militares-capturados-droga-harian-parte-de-un-cartel>; Semana.com, *Otro militar cae con droga*, <http://www.semana.com/nacion/otro-militar-cae-droga/189902-3.aspx>; Semana.com, *Sentenciado en EEUU primer oficial colombiano*, <http://www.semana.com/nacion/hoy-sera-sentenciado-eeuu-primer-oficial-colombiano/189686-3.aspx>



ellos.

Sobre el impacto que generan estas situaciones de impunidad sobre las personas víctimas de agentes del Estado, hay personas y organizaciones especializadas que han determinado que la impunidad, o las garantías para los perpetradores de violaciones a los derechos humanos, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, o infracciones al derecho internacional humanitario, son devastadores y lo que hacen es propiciar la desesperanza, la desconfianza en la institucionalidad y son un impedimento para la reconciliación en procesos de transición hacia la paz.

Que la justicia juzgue y castigue a los culpables, y reconozca el daño producido en sus dos tiempos, hace cesar la impunidad. Por un lado, repara parte del daño, y por el otro acota el dolor de la impunidad.

Esto abre la posibilidad de otra reparación simbólica, la del duelo, que recién en ese momento puede desplegarse con cierta normalidad. La impunidad impide el procesamiento del duelo. La instancia de la justicia, al declarar el fin de la impunidad, recupera la dignidad de las víctimas, y pone en circulación nuevamente aquello que había sido impedido por obra de la impunidad: el duelo, el restablecimiento de los vínculos afectivos, sociales, laborales, la construcción de un proyecto de vida.

(...)

Es innegable el efecto de apaciguamiento del dolor que un acto de justicia produce sobre quien ha sufrido una situación traumática, sobre todo si ésta ha sido producida por el Estado, o alguno de sus representantes.

(...) El sufrimiento de la víctima es entonces sufrimiento por el daño concreto, y es además, el sufrimiento insoportable de no ser escuchado, ni reconocido por ninguna instancia capaz de hacer justicia.

Cuando se sanciona el delito, y se procede a reparar simbólicamente a la víctima, el efecto del reconocimiento social y público del daño producido, además de ser un acto de justicia, atenúa considerablemente su sufrimiento. Este sufrimiento jamás sería atenuado, ni la reparación sería posible, si la justicia no velara por el conocimiento de la verdad y si el responsable no resultara sancionado.<sup>209</sup> (subrayas nuestras)

De modo que, para que exista realmente justicia para las personas víctimas de los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en el marco del conflicto armado, se requiere que los presuntos perpetradores sean investigados y juzgados por la justicia ordinaria, que se garanticen los derechos de las personas víctimas, y que se de una sanción ejemplarizante a las personas que hayan sido encontradas como responsables por tales delitos. Además, la ejecución de la pena también debe ser realizada por la justicia ordinaria, en centros penitenciarios ordinarios. Si cualquiera de estos elementos falta, no se puede decir que haya realmente injusticia, y las personas víctimas no tendrán la posibilidad real de acceder a la verdad, la justicia y la reparación de manera integral.

En su último informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia, la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, expresó su preocupación por los delitos que continúan cometiendo los miembros de la fuerza pública, las amenazas de estos hacia las víctimas para que no denuncien y las

---

209 Graciela Guilis, “El concepto de la reparación simbólica”, en *Integración de abordajes y acciones psicosociales en la asistencia jurídica a víctimas*, Seminario-Taller Internacional, Corporación Avre, Bogotá, diciembre de 2006. p. 108-110.

dificultades que hay para investigar, juzgar y sancionar las conductas de los miembros de la fuerza pública.

47. Entre enero y octubre, la Oficina en Colombia continuó recibiendo denuncias de violaciones del derecho a la vida y a la integridad personal relacionadas con el uso excesivo o indebido de la fuerza por los militares (...) Preocupa a la Alta Comisionada que, en algunos casos, aunque haya evidencias de que se ha cometido una violación de los derechos humanos, los altos funcionarios estén a menudo demasiado dispuestos a aceptar una versión diferente de los hechos, que menoscaba las investigaciones internas y penales.

(...)

52. La Oficina en Colombia recibió nuevas denuncias de violaciones del derecho a la vida y a la integridad física, y de otros abusos cometidos por miembros de la policía, incluso contra niños (...) En algunos casos, los miembros de las instituciones de control que trabajaban en estos casos fueron amenazados.

53. En el caso del asesinato de un joven artista de la calle en 2011, 3 policías, 1 conductor de autobús y 1 abogado fueron detenidos y acusados de fraude procesal, falsificación de documentos, ocultamiento y porte ilegal de armas, tras haber alterado la escena de los hechos, tratado de desacreditar a la víctima y convencido a civiles de dar falso testimonio. Los problemas de encubrimientos siguen existiendo.<sup>210</sup>

El hecho que el personal de la fuerza pública, cuando comete violaciones a los derechos humanos o infracciones al derecho internacional humanitario, no se somete a la justicia ordinaria, incluso hasta la ejecución de la pena, significa que el Estado colombiano estaría actuando de manera contraria a los instrumentos internacionales de derechos humanos que ha establecido derechos mínimos que deben ser respetados para la garantía y protección de los derechos y dignidad de las personas víctimas.

21. Los Estados revisarán periódicamente la legislación y la práctica vigentes para asegurar su adaptación a las circunstancias cambiantes, promulgarán y aplicarán, en su caso, leyes por las cuales se prohíban los actos que constituyan graves abusos de poder político o económico y se fomenten medidas y mecanismos para prevenir esos actos, y establecerán derechos y recursos adecuados para las víctimas de tales actos, facilitándoles su ejercicio.<sup>211</sup>

Ante estas preocupaciones, y su relación con lo que se ha venido argumentando sobre la vulneración a los derechos de las víctimas y la necesidad que el Estado colombiano cumpla con su obligación de investigar, juzgar y sancionar de manera adecuada y seria a los miembros de la fuerza pública perpetradores de violaciones a los derechos humanos en Colombia, y las argumentaciones jurídicas basadas en la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional, es que consideramos que establecer privilegios, como el de tener centros carcelarios especiales y un fondo especial para la defensa de perpetradores de violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, se estaría enviando un mensaje equivocado a la sociedad colombiana, en el sentido que la comisión de tales delitos no tiene consecuencias penales efectivas y disuasorias, sino que por el contrario se puede

---

210 Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Informe de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*. Consejo de Derechos Humanos, 22 período de sesiones. Asamblea General, Res. A/HRC/22/17/Add. 3, 7 de enero de 2013.

211 Cfr. Naciones Unidas, *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*.

incentivar la comisión de tales delitos con la garantía que habrá privilegios para quienes los cometan. Esto no quiere decir que se desconozca el principio de la presunción de inocencia que debe contener la acción penal, pero si es evidente que en un contexto como el colombiano cualquier privilegio a personas que cometan este tipo de violaciones, no permitirá que se garantice el derecho de las personas víctimas a la no repetición de tales conductas.

Además de lo anterior, cabe anotar que la persecución, investigación, juzgamiento y sanción de los responsables de violaciones a los derechos humanos, crímenes de lesa humanidad, infracciones al derecho internacional humanitario y crímenes de guerra, es un asunto no solo de interés general (art. 1 C.P.) en el Estado colombiano, sino que además, por la importancia de los bienes jurídicos protegidos por las normas internacionales de derechos humanos y derecho humanitario, también es un asunto que interesa a la comunidad internacional. Por lo cual, el Estado colombiano no solamente respondería a nivel interno por la transgresión de los principios enunciados, sino que además podría declararse responsable internacionalmente por lo mismo.

Por estas razones, y en consideración que el fuero penal militar debe interpretarse de la manera más restrictiva posible, y que no debe ser extensivo a la reclusión de miembros de la fuerza pública que hayan cometido violaciones a los derechos humanos, infracciones al derecho internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad, o crímenes de guerra, consideramos que el inciso 8 del artículo 3° del acto legislativo 02 de 2012, también debe ser declarado inexecutable, por constituir una sustitución parcial al principio de separación de poderes, así como violatorio de disposiciones en favor de los derechos de las personas víctimas como el principio de igualdad, el de administración de justicia y el debido proceso.

#### **4.4 Cuarto cargo de inconstitucionalidad por sustitución parcial de la Constitución- Principio de reserva de ley estatutaria.**

En el presente cargo de inconstitucionalidad por sustitución parcial de la constitución, consideramos que el párrafo transitorio del artículo 1°, el artículo 2°, el inciso 6 del artículo 3° y el artículo 6° del acto legislativo 02 de 2012, sustituyen parcialmente el principio de reserva de ley estatutaria y la primacía de los derechos inalienables de la persona, los cuales se encuentran en el preámbulo, artículo 1, 2, 4, 5, 7, 9, 85, 86, 93, 94, 152, 153, 229, num. 8 art. 241 de la Constitución Política; Preámbulo artículos 1 y 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; Preámbulo, artículo 5 del PIDESC; Preámbulo, num. 1 artículo 2, PIDCP; Preámbulo, artículos 1 y 2 de la Convención Americana.

El principio de reserva de ley estatutaria establece que únicamente los asuntos contemplados en el artículo 152 de la Constitución Política serán regulados mediante leyes estatutarias, las cuales esencialmente, regulan lo concerniente a derechos fundamentales. Dado que el fuero penal militar no lo es, la norma demandada es contraria el principio señalado.

Los apartes de la norma demandada para el presente cargo son los siguientes:

(...)

**Parágrafo transitorio.** El Tribunal de Garantías Penales empezará a ejercer las funciones asignadas en este artículo, una vez entre en vigencia la ley estatutaria que lo reglamente.

**ARTÍCULO 2°.** Adiciónese al artículo 152 de la Constitución Política un literal g), así:

g) Las materias expresamente señaladas en los artículos 116 y 221 de la constitución, de conformidad con el presente acto legislativo.

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

(...)

La ley estatutaria desarrollará las garantías de autonomía e imparcialidad de la Justicia Penal Militar. Además, una ley ordinaria regulará una estructura y un sistema de carrera propio e independiente del mando institucional.

(...)

**ARTÍCULO 6º.** El presente acto legislativo rige a partir de la fecha de su promulgación.

El principio establecido por la Constitución Política se podría enunciar así: *Los derechos fundamentales inalienables gozan de primacía en el Estado Social de Derecho colombiano. La regulación que se haga de aspectos esenciales de los derechos fundamentales se hará mediante leyes estatutarias.*

El principio nuevo que establecen los apartes de las norma mencionada sería el siguiente: *En el Estado Social de Derecho colombiano existen otros derechos constitucionales que tienen igual primacía que los derechos fundamentales. Mediante leyes estatutarias se regularán derechos que no son fundamentales y aspectos que no son esenciales de los derechos fundamentales.*

Como se evidencia, las dos formulaciones son contrarias entre sí, e incompatibles con la Carta Magna, puesto que la segunda, sustituye parcialmente el principio de reserva de ley estatutaria previsto exclusivamente para la regulación de aspectos esenciales de los derechos fundamentales.

A efectos de presentar el cargo en cuestión, desarrollaremos tres argumentos: primero, la definición de derechos fundamentales; segundo, las materias que se regulan mediante leyes estatutarias y tercero, el concepto de sustitución de Constitución.

#### **4.4.1 El concepto de derechos fundamentales según la Constitución.**

Si bien el capítulo I del título II de la C.P. se dedica exclusivamente a enunciar cuáles son los derechos fundamentales, aunque no es el único lugar de la Constitución donde se encuentran enunciados derechos fundamentales, la Constitución misma establece que hay otros derechos fundamentales, que aunque no estén enunciados en la Constitución, no pueden desconocerse sino que por ser inherentes a la persona humana, deben protegerse (art. 93 y 94 C.P.).

Desde el año 1992 la Corte Constitucional viene desarrollando la jurisprudencia sobre lo que se debe entender como derechos fundamentales:

El hecho de limitar los derechos fundamentales a aquellos que se encuentran en la Constitución Política bajo el título de los derechos fundamentales y excluir cualquier otro que ocupe un lugar distinto, no debe ser considerado como criterio determinante sino auxiliar, pues él desvirtúa el sentido garantizador que a los mecanismos de protección y aplicación de los derechos humanos otorgó el constituyente de 1991. El juez de tutela debe acudir a la interpretación sistemática.

finalística o axiológica para desentrañar, del caso particular, si se trata o no de un derecho fundamental, lo que podría denominarse una "especial labor de búsqueda" científica y razonada por parte del juez.<sup>212</sup>

(subrayas nuestras)

Debido a que la protección de los derechos fundamentales es uno de los pilares esenciales del Estado Social de Derecho, la Constitución Política establece desde el artículo 1º que este Estado se fundamenta en *el respeto de la dignidad humana*.

En el Estado social de derecho -que reconoce el rompimiento de las categorías clásicas del Estado liberal y se centra en la protección de la persona humana atendiendo a sus condiciones reales al interior de la sociedad y no del individuo abstracto-, los derechos fundamentales adquieren una dimensión objetiva, mas allá del derecho subjetivo que reconocen a los ciudadanos. Conforman lo que se puede denominar el orden público constitucional, cuya fuerza vinculante no se limita a la conducta entre el Estado y los particulares, sino que se extiende a la órbita de acción de estos últimos entre si. En consecuencia, el Estado está obligado a hacer extensiva la fuerza vinculante de los derechos fundamentales a las relaciones privadas: el Estado legislador debe dar eficacia a los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado; El Estado juez debe interpretar el derecho siempre a través de la óptica de los derechos fundamentales.

La Carta de Derechos de la Constitución de 1991 y los derechos constitucionales fundamentales en ella contenidos vinculan tanto al Estado como a los particulares. Ello se deriva inevitablemente del hecho de ser Colombia un Estado social de derecho fundado en el respeto de la dignidad humana, la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. La misma Constitución establece que uno de los fines del Estado es garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y que las autoridades de la República están instituidas, entre otras, para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. El carácter prevalente de los derechos inalienables de la persona, junto con el hecho de que los particulares deban responder ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes permite afirmar, que los derechos consagrados en la Constitución condicionan también la conducta de los particulares.<sup>213</sup>

(subrayas nuestras)

También la Corte Constitucional comienza a establecer, de acuerdo con los estándares internacionales, aquello que caracteriza a los derechos fundamentales, dentro del Estado Social de Derecho, estableciendo la inviolabilidad de los derechos fundamentales, su universalidad, pero advirtiendo que no son absolutos.

Una cosa es que los derechos fundamentales sean inviolables, y otra muy distinta es que sean absolutos. Son inviolables, porque es inviolable la dignidad humana: En efecto, el núcleo esencial de lo que constituye la humanidad del sujeto de derecho, su racionalidad, es inalterable. Pero el hecho de predicar su inviolabilidad no implica de suyo afirmar que los derechos fundamentales sean absolutos, pues lo razonable es pensar que son adecuables a las circunstancias. Es por esa flexibilidad que son universales, ya que su naturaleza permite que, al amoldarse a las contingencias, siempre estén con la persona. De ahí que puede decirse que tales derechos, dentro de su límites, son inalterables, es decir, que su núcleo esencial es intangible. Por ello la Carta Política señala que ni aún en los estados de excepción se "suspenden" los derechos humanos y que, en todo caso, siempre se estará de conformidad con los principios del derecho internacional humanitario. Se deduce

---

212 Sentencia T-002 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero, 08 de mayo de 1992.

213 Sentencia C-587 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón, 12 de noviembre de 1992.

que cuando se afecta el núcleo esencial de un derecho fundamental, éste queda o violado o suspendido.<sup>214</sup>

(subrayas nuestras)

De esta sentencia hay varios aspectos para resaltar. Por una parte que los derechos fundamentales son inviolables por cuanto la dignidad humana, fundamento del Estado Social de Derecho, es inviolable. También se predica la universalidad de los derechos fundamentales, en la medida que siempre acompañan a la persona, no son como un vestido que se quita y se pone, sino que son inherentes. También se considera que son inalterables, puesto que poseen aquello que se llaman el núcleo esencial, y finalmente que aún en los estados de excepción se prohíbe su suspensión.

#### **4.4.2 La reserva de ley estatutaria para los derechos fundamentales.**

La Corte Constitucional ha precisado que las leyes estatutarias permiten tener un conjunto armónico e integral caracterizado por una mayor estabilidad.

la Constitución Política de 1991 introdujo la modalidad de las leyes estatutarias para regular algunas materias respecto de las cuales quiso el Constituyente dar cabida al establecimiento de conjuntos normativos armónicos e integrales, caracterizados por una mayor estabilidad que la de las leyes ordinarias, por un nivel superior respecto de éstas, por una más exigente tramitación y por la certeza inicial y plena acerca de su constitucionalidad.<sup>215</sup>

Según lo establecido por el artículo 152 de la C.P., antes del acto legislativo 02 de 2012, establece una serie de materias que corresponde regular al legislador por mandato del Constituyente. Cada uno de los asuntos allí referidos tienen relación con los derechos fundamentales. Si bien el literal a) del artículo 152 específicamente menciona la regulación de los derechos y deberes fundamentales y los recursos para su protección, es claro que los demás asuntos también están relacionados con los derechos fundamentales.

El literal b) con el acceso a la justicia y el debido proceso, el literal c) con el derecho a la participación democrática, el literal d) igualmente con el derecho a la participación, para el ejercicio y control político, el literal e) con la prohibición de suspensión de los derechos humanos y las libertades fundamentales, el literal f) con la participación política y la igualdad.

De modo, que uno de los elementos esenciales de las leyes estatutarias es regular asuntos que están relacionados con derechos fundamentales, y que son de tal trascendencia que es necesario un trámite especial para su promulgación.

Aunque en su interpretación del principio sobre la reserva de ley estatutaria, la Corte Constitucional también ha advertido que no todos los elementos que están relacionados con derechos fundamentales tienen que ser objeto de una ley estatutaria. En ese sentido, ha señalado claramente que las leyes estatutarias regulan únicamente –aunque no exhaustivamente– asuntos relacionados con los derechos fundamentales.

La jurisprudencia de esta Corporación ha sido enfática en señalar que "el propósito de las Leyes Estatutarias no es el de regular en forma exhaustiva la materia que constituye su objeto", puesto que **“estas leyes están encargadas de desarrollar los textos constitucionales que reconocen y garantizan los derechos fundamentales,**

214 Sentencia C-045 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, 08 de febrero de 1996.

215 Sentencia C-425 de 1994, M.P. Jose Gregorio Hernández Galindo, 29 de septiembre de 1994.

[o cualquier otra materia sometida a dicho procedimiento], pero no fueron creadas dentro del ordenamiento con el fin de regular en forma exhaustiva y casuística cualquier evento ligado a ellos, pues, de algún modo, toda la legislación, de manera más o menos lejana, se ve precisada a tocar aspectos que con ese tema se relacionan.<sup>216</sup> (énfasis agregado)

Afirmando que la competencia general del Congreso para expedir leyes ordinarias, son el medio habitual en que se han de regular asuntos menores de los asuntos sujetos al trámite de leyes estatutarias.

(...) En efecto, la competencia legislativa ordinaria está directamente habilitada por la Carta para regular derechos fundamentales y si no se presentara tal evento, la mencionada competencia ordinaria se transformaría en exceptiva, ya que directa o indirectamente gran parte de las leyes tocan algún o algunos derechos fundamentales. **En materia de derechos fundamentales debe efectuarse "una interpretación restrictiva de la reserva de ley estatutaria** porque una interpretación extensiva convertiría la excepción -las leyes estatutarias basadas en mayorías calificadas y procedimientos más rígidos- en regla, en detrimento del principio de mayoría simple que es el consagrado por la Constitución". Esto significa que las leyes estatutarias están encargadas de regular únicamente los elementos estructurales esenciales de los derechos fundamentales y de los mecanismos para su protección, pero no tienen como objeto regular en detalle cada variante de manifestación de los mencionados derechos o todos aquellos aspectos que tengan que ver con su ejercicio, porque ello conduciría a una petrificación del ordenamiento jurídico.<sup>217</sup> (énfasis agregado)

La Corte ha reiterado la importancia de las leyes estatutarias frente a la naturaleza superior de tales normas, la importancia de la permanencia en el ordenamiento jurídico, la importancia de los temas regulados, y la importancia de los temas claves para la democracia, de ahí la importancia de una mayor participación política.

La jurisprudencia constitucional ha señalado que la introducción de las leyes estatutarias en el derecho colombiano tiene como fundamento: “*i) la naturaleza superior de este tipo de normas requiere superior grado de permanencia en el ordenamiento y seguridad jurídica para su aplicación; ii) por la importancia que para el Estado tienen los temas regulados mediante leyes estatutarias, es necesario garantizar mayor consenso ideológico con la intervención de minorías, de tal manera que las reformas legales más importantes sean ajenas a las mayorías ocasionales y, iii) es necesario que los temas claves para la democracia tengan mayor debate y consciencia de su aprobación, por lo que deben corresponder a una mayor participación política.*”

(...)

Dada la amplitud de las materias sometidas a reserva de ley estatutaria y la necesidad de no vaciar la competencia del legislador ordinario, la jurisprudencia constitucional se ha propuesto delimitar el alcance de las leyes estatutarias frente a cada una de las materias objeto de regulación.

**En primer lugar, esta Corporación ha defendido la tesis de que la reserva de ley estatutaria debe interpretarse de manera restrictiva**, en el sentido de que no cualquier regulación que se ocupe de las materias contempladas por el artículo 152 constitucional requiere ser expedida por medio de dicho tipo de ley.

(...)

**La regla general es la regulación por parte del legislador ordinario.** Lo anterior en tanto “*la reserva de ley estatutaria en materia de derechos fundamentales es*

---

216 Sentencia C-670 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, 28 de junio de 2001.

217 Sentencia C-226 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero, 05 de mayo de 1994.

*excepcional, en tanto que la regla general se mantiene a favor del legislador ordinario.*<sup>218</sup> (subrayas nuestras)

De lo señalado hasta ahora por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, de podría llegar a algunas conclusiones.

- El Constituyente ha establecido ciertamente que para que un asunto sea sometido al trámite de ley estatutaria, este ha de tener relación con los derechos fundamentales.
- Mediante el trámite de leyes estatutarias se someten asuntos que son de suma importancia para la democracia, por lo cual se requiere un trámite especial en el Congreso de la República.
- No todos los asuntos que se encuentran enunciados en el artículo 152 de la C.P. requieren ser tramitados mediante una ley estatutaria.
- Se prefiere una interpretación restrictiva de los asuntos a ser sometidos al trámite de ley estatutaria, para que el legislador ordinario no sea vaciado de competencia.
- La regla general es la regulación mediante el legislador ordinario.

#### **4.4.3 El concepto de sustitución de la Constitución en lo relativo al objeto de regulación de las leyes estatutarias.**

Frente a estas conclusiones iniciales se puede evidenciar que la pretensión del acto legislativo 02 de 2012, de modificar la constitución para establecer mediante leyes estatutarias los artículos 116 y 221 de la C.P., es contraria a estos principios establecidos jurisprudencialmente, en la medida que la materia, esto es, el fuero penal militar no es de naturaleza fundamental.

Como lo hemos señalado, este fuero, lejos de ser un privilegio personal, está enmarcado en una garantía funcional en unos estrictos términos establecidos en el artículo 221 de la C.P., antes del acto legislativo 02 de 2012, los cuales son el juzgamiento de miembros de la fuerza pública por delitos cometidos en servicio activo y en relación con el servicio. De manera que el fuero penal militar, si bien tiene relación con la administración de justicia, no tiene el carácter de derecho fundamental *per se*. Lo que se produce mediante la autorización del acto legislativo 02 de 2012, es la transformación del fuero penal militar en un derecho fundamental, en la medida que todas las materias enunciadas en el artículo 152 tienen relación con un derecho fundamental.

En segundo lugar, se desnaturaliza así el concepto de derecho fundamental, tan importante para la garantía de la vigencia del Estado Social de Derecho. El fuero penal militar no puede ser considerado de ninguna manera un derecho fundamental en sí, sino que está asociado a la idea de una justicia especializada, restringida y excepcional. Además no hay que perder de vista que el fuero penal militar está referido directamente también a la conducta delictiva que ha ofendido y atentado contra determinados bienes jurídicos. Por lo cual, resultaría absurdo considerar un derecho fundamental la conducta relacionada con la comisión de un delito. Lo cual es contrario a los elementos enunciados sobre las características de los derechos fundamentales como universales, inviolables, e inherentes a la persona humana. No se podría predicar del fuero penal militar ni su inviolabilidad, universalidad ni su

---

218 Sentencia C-818 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 01 de noviembre de 2011.



carácter de inherente al ser humano.

En tercer lugar, el fuero penal militar en sí mismo, no tiene una trascendencia democrática si se le mira desde los límites impuestos por el Constituyente en el artículo 221 antes del acto legislativo 02 de 2012, puesto que la justicia penal militar se ocupa de asuntos relativos a la disciplina, obediencia y el honor militar al interior de la fuerza pública, este asunto carece de trascendencia para la mayoría de la población que tiene el carácter de civil, incluidos los funcionarios públicos que no hacen parte de las fuerzas militares o policiales.

En este sentido no se hace necesaria una amplia y cualificada participación democrática para legislar asuntos relacionados con el fuero penal militar, desde la óptica restrictiva y excepcional que tiene, por lo cual no se hace necesaria una ley estatutaria para regular los asuntos relacionados con la justicia penal militar, sino que es el legislador ordinario quien puede regular estas materias. Si el constituyente primario hubiese estimado que el fuero penal militar, con la limitación impuesta en el artículo 221, tenía tal trascendencia para el país, seguramente hubiese establecido que su regulación se tramitara mediante ley estatutaria.

En cuarto lugar, si la razón para establecer que el fuero penal militar necesita una ley estatutaria es la función de administración de justicia de la justicia penal militar, ya el literal b) del artículo 152 de la C.P., anterior al acto legislativo 02 de 2012, establece que la administración de justicia se regulará mediante leyes estatutarias, por lo cual resulta innecesario, desgastante y contrario a la eficacia de las funciones públicas del Congreso, que existiendo un precepto constitucional que determina la regulación mediante ley estatutaria para la administración de justicia, se tenga que crear un nuevo asunto, como el fuero penal militar para ser tramitado de esta manera también.

La Corte Constitucional se ha pronunciado en el sentido que no todas las materias establecidas en el artículo 152 tienen que necesariamente tramitarse mediante una ley estatutaria.

La Corte Constitucional ha reiterado la sentencia C-713 de 2008, a propósito del estudio de la Ley 1394 de 2010. Precisamente ello ocurrió en la sentencia C-368 de 2011, caso en el cual se sostuvo: “[...] la regulación del arancel judicial no es materia sometida a reserva de ley estatutaria, en la medida en que su contenido no se refiere a la estructura orgánica esencial de la administración de justicia. [...] el legislador puede regular o modificar su configuración “mediante ley ordinaria”, teniendo en cuenta los parámetros formales y sustanciales dispuestos para la expedición de ese tipo de normas, y en todo caso, sin que la configuración del arancel represente una limitación irrazonable del derecho de acceso a la administración de justicia, o se constituya en una barrera infranqueable del mismo”.<sup>219</sup>

También la Corte Constitucional al pronunciarse sobre los derechos fundamentales que podrían exigir ciertas entidades estatales para el cumplimiento de las funciones asignadas en la Constitución, dijo:

La reivindicación de una competencia asignada por la Constitución a una determinada institución no equivale a la defensa de un derecho fundamental. Los derechos fundamentales constituyen garantías de las personas - naturales o jurídicas - frente al poder público o, en algunos eventos, contra particulares. Las competencias o atribuciones de las ramas y órganos del poder público están contempladas en la Constitución y las leyes, y determinan el ámbito de acción de cada rama y órgano. Pero la lucha por la preservación del radio de acción propio de

---

219 Sentencia C-643 de 2011, M.P. María Victoria Calle Correa, 31 de agosto de 2011.

cada órgano no puede encuadrarse dentro del campo de la defensa de los derechos fundamentales de éste. En el debate acerca de las competencias de cada rama u órgano del Estado no están en discusión los derechos mínimos de ellos como personas jurídicas, sino simplemente su ámbito competencial.<sup>220</sup> (subrayas nuestras)

Ante el intento de establecer una interpretación de constitucionalización del Código Penal Militar, por parte de un ciudadano ejerciendo la acción pública de inconstitucionalidad, además de reiterar que la ley ordinaria puede regular asuntos de la justicia penal militar, la Corte se pronunció diciendo:

Es absurdo pensar que el artículo 221 de la Carta, al establecer que el fuero militar está regulado por las "prescripciones del Código Penal Militar", entonces ha constitucionalizado ese estatuto, el cual es por ende inmodificable por leyes posteriores. En efecto, una tal concepción -implícita en la argumentación del actor- supone invertir el orden jerárquico del sistema jurídico colombiano, pues la Constitución sería analizada a la luz de ese estatuto legal, mientras que la propia Carta ordena lo contrario, cuando establece que ella es la norma de normas. En efecto, el principio de supremacía de la Constitución implica que las normas legales -en este caso el Código Penal Militar- deben ser interpretadas de conformidad con la Carta.

(...)

La ley ordinaria puede regular asuntos relativos a la justicia penal militar sin que tales disposiciones tengan que estar formalmente incorporadas en el texto del Código Penal Militar. Así también lo entendió la Corte Suprema de Justicia, al amparo de la Constitución derogada, pues esa Corporación señaló que la ley ordinaria podía regular distintos aspectos relacionados con la justicia castrense. Como es obvio, se entiende que esas leyes, aun cuando no se encuentren formalmente en ese código, pueden modificarlo y adicionarlo, sin que ello implique ningún vicio de inconstitucionalidad ya que, se reitera, se trata de normas legales de la misma jerarquía. Es obvio que aquellas leyes que regulen aspectos de la justicia penal militar deben respetar la regla de unidad de materia establecida por el artículo 158 de la Carta, según el cual todo proyecto de ley debe referirse a una misma materia. Por ello, las disposiciones que modifiquen o adicionen, expresa o tácitamente, el estatuto castrense, deben estar contenidas en leyes cuya temática guarde una conexidad razonable con la justicia penal militar.<sup>221</sup> (subrayas nuestras)

Finalmente, la Corte Constitucional ha establecido unos criterios para definir cuándo un determinado asunto ha de ser sometido al trámite de ley estatutaria, atendiendo a la necesidad de entender de manera restrictiva principio de reserva de ley, para que no quede vaciada la competencia del legislador ordinario.

En sentencia de esta Corporación, se sistematizó los criterios básicos por medio de los cuales puede determinarse si una norma está sometida a reserva de ley estatutaria. Tal situación ocurre cuando (i) el asunto trata de un derecho fundamental y no de un derecho constitucional de otra naturaleza, (ii) cuando por medio de la norma está regulándose y complementándose un derecho fundamental, (iii) cuando dicha regulación toca los elementos conceptuales y estructurales mínimos de los derechos fundamentales, y (iv) cuando la normatividad tiene una pretensión de regular integralmente el derecho fundamental. La existencia de las leyes estatutarias tiene una función doble, identificada especialmente por medio de los criterios (ii) y (iii). Por un lado, la de permitir que el legislador integre, perfeccione, regule y complemente normas sobre derechos fundamentales, que apunten a su adecuado goce y disfrute. Y por otro, la de establecer una garantía

220 Sentencia SU.337 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, 08 de julio de 1998.

221 Sentencia C-399 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero, 07 de septiembre de 1995.

constitucional a favor de los ciudadanos frente a los eventuales límites que, exclusivamente en virtud del principio de proporcionalidad, pueda establecer el legislador.

(...)

Para poder determinar si la norma acusada debió haberse tramitado por medio de una ley estatutaria, no basta con determinar si el objeto de esa disposición tiene alguna relación con un derecho fundamental. Será necesario además, constatar si el contenido normativo expresado por la ley desde el punto de vista material, regula elementos que se encuentran próximos y alrededor del contenido esencial de un derecho fundamental, y en caso de realizar restricciones, límites o condicionamientos sobre éstos, deberá verificarse si éstas tienen un carácter proporcional y constitucionalmente razonable.<sup>222</sup> (subrayas nuestras)

Por lo anterior, consideramos que la regulación del fuero penal militar mediante una ley estatutaria, no reúne ninguno de los criterios establecidos por la Corte Constitucional para que este asunto se acoja al trámite especial establecido para estas leyes.

Como se mencionó, el fuero penal militar no es un derecho constitucional fundamental, mediante la ley estatutaria se pretende regular aspectos procedimentales de la administración de justicia, la cual es excepcional y debe interpretarse de manera restrictiva, asimismo se pretende regular las competencias de algunos órganos al interior de la estructura de la justicia penal militar, aspectos que pueden ser regulados mediante una ley ordinaria.

Por tanto, según lo establecido por el Constituyente y por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, no hay ningún fundamento para que se regule mediante ley estatutaria asuntos relacionados con la justicia penal militar, salvo que se encuentre dentro del marco general de regulación de la administración de justicia establecido en el literal b) del artículo 152 de la C.P., por lo cual, el párrafo transitorio del artículo 1º, el artículo 2º y el inciso 6 del artículo 3º del acto legislativo 02 de 2012, que deben ser declarados inconstitucionales, por sustituir el principio de reserva de ley estatutaria y el principio de primacía de los derechos inalienables de las persona humana.

Por último, solicitamos a la honorable Corte Constitucional, basados en cada uno de los cargos presentados, la declaración de inconstitucionalidad del artículo 6º del acto legislativo 02 de 2012, por cuanto este artículo es el que da vigencia al mismo, y a cada una de las disposiciones que consideramos inconstitucionales por sustitución parcial de la constitución mediante la presente demanda de inconstitucionalidad.

## V. PRETENSIONES.

Por las anteriores consideraciones de derecho argumentadas en la presente demanda de inconstitucionalidad, solicitamos a la Honorable Corte Constitucional:

**PRIMERO.** DECLARAR INCONSTITUCIONAL, el Acto Legislativo N° 02 del 27 de diciembre de 2012 (a excepción del inciso 1 del art. 3º), *por el cual se reforman los artículos 116, 152 y 221 de la Constitución Política de Colombia*, por constituir una sustitución parcial de la Constitución Política de 1991, por haberse excedido el legislador en su competencia para reformar la Constitución Política, según los argumentos expuestos en la presente demanda.

**PRETENSION SUBSIDIARIA.** En caso que la Corte Constitucional decida no declarar

---

<sup>222</sup> Sentencia C-687 de 2002, M.P. Eduardo Montealgre Lynett, 27 de agosto de 2002.

la inconstitucionalidad de la totalidad del Acto Legislativo N° 02 del 27 de diciembre de 2012 (a excepción del inciso 1 del art. 3°), *por el cual se reforman los artículos 116, 152 y 221 de la Constitución Política de Colombia*, solicitamos que la Corte Constitucional declare la inconstitucionalidad o la constitucionalidad condicionada de aquellos aspectos de la norma que considera han sustituido la Constitución Política de 1991 parcialmente o de manera tácita.

**SEGUNDO.** DECLARAR la INCONSTITUCIONALIDAD y la cesación de efectos inmediata, de aquellas normas que se hayan expedido con fundamento, en relación y durante la vigencia del Acto Legislativo N° 02 del 27 de diciembre de 2012, según el principio de unidad de materia, o de aquellos proyectos de ley estatutaria que se encuentre analizando la Corte Constitucional en el ejercicio de control de constitucionalidad.

**TERCERO.** ORDENAR la DEVOLUCIÓN inmediata a la Justicia Ordinaria de los casos que se hayan trasladado a la Justicia Penal Militar, sustentados en las condiciones establecidas por el Acto Legislativo N° 02 del 27 de diciembre de 2012, en especial las condiciones del inciso segundo del artículo 3°.

**CUARTO.** EXHORTAR a la Rama Legislativa y la Rama Ejecutiva del poder público, para que cesen en su intención de ampliar el fuero penal militar a aquellas conductas que no tienen relación con el servicio castrense como las violaciones a los derechos humanos, los delitos de lesa humanidad, las infracciones al derecho internacional humanitario y los crímenes de guerra.

**QUINTO.** EXHORTAR a la Rama Legislativa para que tipifique lo más específicamente posible, los delitos relativos a las infracciones al derecho internacional humanitario, y los delitos establecidos en el Estatuto de Roma en el código penal ordinario.

**SEXTO.** EXHORTAR al poder ejecutivo en cabeza del Presidente de la República y el Ministerio de Defensa Nacional, para que la fuerza pública mantenga la plena observancia del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario en todas las acciones que realicen en el ejercicio de sus funciones.

**SÉPTIMO.** EXHORTAR a la Rama Legislativa y la Rama Ejecutiva del poder público para que mediante leyes o decretos, de acuerdo a sus competencias, se establezcan las garantías del derecho al debido proceso, el acceso a la justicia, la igualdad, y en especial el derecho a la defensa de las personas víctimas de violaciones a los derechos humanos, infracciones al derecho internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, especialmente las cometidas por agentes del Estado.

**OCTAVO.** EXHORTAR a la Rama Legislativa y la Rama Ejecutiva del poder público para que mediante leyes o decretos, de acuerdo a sus competencias, procedan a la creación de un fondo especial, o a las apropiaciones necesarias para garantizar los derechos de las personas víctimas a la verdad, la justicia, la reparación integral y las garantías de no repetición, en especial para las personas víctimas de crímenes cometidos por agentes del Estado, y que se aseguren los recursos necesarios a la Defensoría del Pueblo para el fortalecimiento de la defensoría pública.

**NOVENO.** ORDENAR a las autoridades y organismos competentes, el traslado de los miembros de la fuerza pública que estén siendo investigados o hayan sido condenados por violaciones a los derechos humanos, crímenes de lesa humanidad,

genocidio, crímenes de guerra, o infracciones al derecho internacional humanitario, de las cárceles o unidades militares hacia las cárceles ordinarias o comunes.

**DÉCIMO.** EXHORTAR a la Rama Judicial, en especial a la justicia ordinaria, para que los procesos de investigación o juzgamiento que se adelantan contra miembros de la fuerza pública por delitos relacionados con violaciones a los derechos humanos, infracciones al derecho internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, se desarrollen con la mayor celeridad posible.

**DÉCIMO PRIMERO.** Solicitamos a la Honorable Corte Constitucional que, dentro del ejercicio de sus competencias y funciones asignadas constitucional y legalmente, analice si existen otros vicios de procedimiento dentro del trámite de formación del Acto Legislativo N° 02 de diciembre 27 de 2012.

**DÉCIMO SEGUNDO.** Solicitamos a la Honorable Corte Constitucional que, dentro del ejercicio de sus competencias y funciones asignadas constitucional y legalmente, de orden de **prioridad** al trámite de la presente demanda de inconstitucionalidad, conforme al literal a) numeral 1 del artículo 41 del Acuerdo 05 de 1992 de la Corte Constitucional, por considerar que es un asunto que ha de ser conocido con la mayor urgencia, tratándose de una norma claramente lesiva de los valores, principios y fines establecidos en la Constitución Política, y que sustituye al Estado Social de Derecho.

## VI. NOTIFICACIONES

Recibiremos notificaciones en la Secretaría de la Corte Constitucional, o en la Calle 16 N° 06 – 66, Edificio Avianca, piso 25.

De la Honorable Magistrada y los Honorables Magistrados,

**ALIRIO URIBE MUÑOZ**

C.C. No 19.418.812 de Bogotá

T.P. 47.700 del C.S.J.

Representante Legal

**Corporación Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo”**

**MARIA DEL PILAR SILVA GARAY**

C.C. 51.693.771 de Bogotá,

T.P. 129511 del C.S.J.

**Corporación Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo”**

**YESSIKA JOHANNA HOYOS MORALES**

C.C. 53.043.399 de Bogotá,

T.P. 171855 del C.S.J.

**Corporación Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo”**

**EDUARDO CARREÑO WILCHES**

C.C. 19.199.211 de Bogotá,  
T.P. 21076 del C.S.J.  
**Corporación Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo”**

**CAMILO ERNESTO FAGUA CASTELLANOS**  
C.C. 1.020.715.363,  
T.P. 206.020 del C.S.J.  
**Corporación Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo”**

**LUIS GUILLERMO PÉREZ CASAS**  
C.C. 19.496.782 de Bogotá,  
T.P. 48566 del C.S.J.  
**Corporación Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo”**

**SORAYA GUTIERREZ ARGUELLO**  
C.C. 46.363.125 de Sogamoso,  
T.P. 65972 del C.S.J.  
**Corporación Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo”**

**JHON JAIRO GUTIERREZ BERRIO**  
C.C. N° 71.691.045 de Medellín  
Representante Legal  
**Corporación Yurupari**

**FRANKLIN CASTAÑEDA VILLACOB**  
C.C. N° 72.266.786 de Barranquilla  
Representante Legal  
**Fundación Comité de Solidaridad con Presos Políticos**

**IVÁN DANILO RUEDA RODRÍGUEZ**  
C.C. N° 79.306.923 de Bogotá  
Representante Legal  
**Comisión Intereclesial de Justicia y Paz**

**ALFONSO CASTILLO GARZÓN**  
C.C. N° 16.702.743 de Cali  
Representante Legal  
**Asociación Nacional de Ayuda Solidaria (ANDAS)**

**JHON JAIRO ENRIQUEZ CLAVIJO**  
C.C. N° 80.415.090 de Bogotá  
Representante Legal  
**Corporación Servicios Profesionales Comunitarios Sembrar**

**GELASIO CARDONA SERNA**

C.C. N° 2.896.763 de Bogotá

Representante Legal

**Comité Permanente por la Defensa de los Derechos Humanos**

**ANEXOS**

- Certificado de existencia y representación legal Corporación Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo.
- Suscripciones de la demanda, con sus respectivos certificados de existencia y representación legal.
- Apartes informe Alta Comisionada de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.
- Comunicado relatores y procedimientos Naciones Unidas.
- Apartes comunicado Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- Comunicado organización Human Rights Watch.
- Carta organizaciones nacionales e internacionales solicitando el retiro del proyecto de acto legislativo.
- Adhesiones a la demanda.