

Honorables Magistradas y Honorables Magistrados
Corte Constitucional
Sala Plena
E. S. D.

Ref.: Demanda de inconstitucionalidad contra el acto legislativo 01 de 2015 (parcial), “[p]or el cual se reforma el artículo 221 de la Constitución Política de Colombia”

Gustavo Gallón Giraldo, director de la Comisión Colombiana de Juristas, Jomary Ortegón Osorio, vicepresidenta de la Corporación Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo; Luz Marina Bernal, María Sanabria, María del Pilar Navarrete Urrea y Juan Francisco Lanao Anzola, víctimas de la violencia sociopolítica; Iván Cepeda Castro, senador; Alirio Uribe Muñoz y Ángela María Robledo, representantes a la Cámara por Bogotá; Mateo Gómez Vásquez y Valeria Silva Fonseca, miembros de la Comisión Colombiana de Juristas; Daniel Ricardo Vargas Díaz, director del Centro de Estudios Juan Gelman, Fabián Wilches y Mauricio Ortiz, miembros de la Corporación Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo; Claudia Liliana Erazo Maldonado y Harold Alfonso Vargas Hortua, miembros de la Corporación Jurídica Yira Castro; Lourdes Castro García, secretaria técnica de la Coordinación Colombia Europa Estados Unidos; Doria Yanette Bautista Montañez, directora de la Fundación Nidia Erika Bautista; Aura María Díaz Hernández, directora de ASFADDES, Shaira Rivera, miembro del Movimiento Nacional de Víctimas de Crímenes de Estado – MOVICE – y Jael Quiroga Carrillo; Paola Ximena Fonseca Caro, Carolina Hoyos Villamil y Agustín Alberto Jiménez Cuello, mayores de edad, vecinos de Bogotá, identificados como aparece al pie de nuestras respectivas firmas y en los formatos adjuntos a la presente demanda, en ejercicio del derecho reconocido por el artículo 40.6 de la Constitución Política (en adelante también la CP) y de conformidad con lo prescrito por el decreto reglamentario 2067 de 1991, presentamos ante la Honorable Corte Constitucional **DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD** contra el acto legislativo 01 de 2015 (parcial), “[p]or el cual se reforma el artículo 221 de la Constitución Política de Colombia”. A lo largo de la presente demanda presentaremos los argumentos por los cuales consideramos que la reforma constitucional promulgada el pasado 25 de junio de 2015 sustituye al menos tres pilares esenciales de la CP, a saber: la obligación estatal de respetar y garantizar los derechos humanos, el principio de autonomía judicial como manifestación del principio de separación de poderes y el principio de igualdad ante la ley. Para ello desarrollaremos el siguiente itinerario temático que le permitirá a la H. Corte Constitucional verificar que la presente demanda cumple tanto con los requisitos de procedibilidad como de procedencia para acceder a la pretensión de inconstitucionalidad contenida en la acción pública de la referencia:

Síntesis de la demanda

- 1. Presentación de la demanda:**
 - 1.1. Norma demandada**
 - 1.2. Nuevo elemento normativo introducido en la Constitución**
 - 1.3. Esquema de la demanda**
- 2. Primer cargo de inconstitucionalidad por sustitución de la Constitución: sustitución del deber estatal de investigar y juzgar las violaciones a los**

DDHH e infracciones al DIH aplicando complementariamente el DIH y el DIDH

- 2.1. Elemento definitorio de la CP de 1991: *El deber de investigar y juzgar todos los hechos que constituyan violaciones a los DDHH o infracciones al DIH aplicando complementariamente el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.*
 - 2.1.1. La obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos
 - 2.1.2. El deber de investigar y juzgar todos los hechos que constituyan violaciones a los DDHH o infracciones al DIH aplicando complementariamente el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.
 - 2.1.2.1. Naturaleza y alcance del derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos
 - 2.1.2.1.1. El derecho internacional humanitario
 - 2.1.2.1.2. El derecho internacional de los derechos humanos
 - 2.1.2.1.3. Diferencias entre el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos
 - 2.1.2.2. Complementariedad entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de los derechos humanos en el derecho penal internacional
 - 2.1.2.3. El deber de investigar y juzgar todos los hechos que constituyan violaciones a los DDHH o infracciones al DIH aplicando complementariamente el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario
 - 2.2. Nuevo elemento definitorio de la CP: *las conductas delictivas de los miembros de la fuerza pública se investigan y juzgan aplicando el derecho internacional humanitario y excluyendo el derecho internacional de los derechos humanos*
 - 2.3. Conclusión: el nuevo elemento definitorio edificado a partir del acto legislativo 01 de 2015 es incompatible con el elemento definitorio de la CP de 1991
 - 2.4. Pretensiones
3. Segundo cargo de inconstitucionalidad por sustitución de la Constitución: sustitución de la autonomía judicial.
 - 3.1. Elemento definitorio la CP de 1991: *Los fiscales y jueces de la República cuentan con autonomía e independencia para elegir las normas jurídicas que consideren pertinentes aplicar al caso concreto.*
 - 3.2. Nuevo elemento definitorio a partir del acto legislativo 01 de 2015: *Los fiscales y jueces de la República no cuentan con autonomía e independencia para elegir las normas jurídicas que consideren pertinentes aplicar, cuando se trate de investigar y juzgar las conductas punibles cometidas por miembros de la fuerza pública en relación con un conflicto armado, evento en el cual deben aplicar las normas y principios del Derecho Internacional Humanitario excluyendo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*
 - 3.3. Conclusión: el nuevo elemento definitorio edificado a partir del acto legislativo demandado es incompatible con el elemento definitorio de la CP de 1991.
 - 3.4. Pretensiones

4. Tercer cargo de inconstitucionalidad por sustitución de la Constitución: *sustitución del principio según el cual la ley tiene prohibido establecer privilegios injustificados*
 - 4.1. Elemento definitorio de la CP de 1991: *la ley tiene prohibido establecer privilegios injustificados*
 - 4.1.1. Caracterización del principio de igualdad
 - 4.1.2. Prohibición de establecer privilegios o tratos preferenciales en la ley
 - 4.2. Nuevo elemento definitorio de la CP a partir del Acto Legislativo 01 de 2015: *la ley tiene prohibido establecer privilegios injustificados, excepto para investigar y juzgar las conductas delictivas cometidas por miembros de la fuerza pública en el marco del conflicto armado o enfrentamientos que reúnan las condiciones objetivas del DIH*
 - 4.3. Conclusión: el nuevo elemento definitorio edificado a partir del acto legislativo 01 de 2015 es incompatible con el elemento definitorio de la CP de 1991.
 - 4.4. Pretensiones
5. Disposiciones finales
 - 5.1. Competencia
 - 5.2. Notificaciones

SÍNTESIS DE LA DEMANDA

El pasado 25 de junio fue promulgado el acto legislativo 01 de 2015 por medio del cual se reformó el artículo 221 de la Constitución que introduce al ordenamiento jurídico un régimen especial para el juzgamiento de las conductas punibles cometidas por miembros de la fuerza pública en servicio activo y por razón del mismo, conocido como fuero penal militar. A través de esta reforma el legislador, como órgano reformador de la Constitución, delimitó el alcance de las actividades de investigación y juzgamiento de estas acciones cuando ocurran en el marco de un conflicto armado o en enfrentamientos que reúnan las condiciones objetivas del derecho internacional humanitario (en adelante DIH), pues estableció que el marco jurídico aplicable para estos casos sería el derecho internacional humanitario. Ello quiere decir que el Congreso a través de la reforma le estableció a jueces y fiscales de forma imperativa que sus actividades, cuando se trate del esclarecimiento de estos hechos, debían aplicar las normas y principios del derecho humanitario.

En un primer acercamiento al acto reformativo, las y los demandantes encontramos que hay dos posibilidades de interpretación de la reforma: o ella se limitó a reiterar un precepto ya existente sin añadir nada nuevo a la Constitución, o ella modificó algún precepto ya existente, añadiendo algo nuevo a la Constitución. La primera posibilidad estaría basada en el hecho de que la aplicabilidad del DIH ya está prevista en la Constitución en los arts. 93 y 214 inc. 2, de tal forma que al incluir en el art. 221 la mención a la aplicabilidad del DIH, sin agregar nada a lo ya existente, se estaría simplemente reiterando lo ya prescrito por aquellas normas del art. 93 y el 214.2. Pero sería muy extraño que una reforma constitucional se hiciera solamente para reiterar la normatividad existente, de tal forma que tiene sentido plantearse la posibilidad de que con la reforma se quiso introducir algún elemento nuevo en la Constitución, y ese elemento nuevo es el de la aplicación “exclusiva” del DIH a la investigación y el juzgamiento de las conductas cometidas por militares y policías en servicio activo. Esa aplicación exclusiva implicaría la inaplicabilidad del derecho de los derechos humanos, y por ello se habría votado negativamente la proposición presentada por un grupo de parlamentarios que expresaba que en tales circunstancias tendrían aplicabilidad los dos derechos: el DIH y el derecho de los

derechos humanos. En opinión de los demandantes, esa posibilidad es la más plausible, puesto que, según un criterio clásico de interpretación jurídica, la interpretación que tenga un sentido se preferirá a la interpretación que no le encuentre sentido a una norma, y carecería de sentido promover una reforma constitucional simplemente para repetir lo que ya se encuentra establecido en las normas constitucionales.

Partiendo de este entendimiento de la reforma constitucional le mostraremos a la H. Corte Constitucional que existen suficientes razones para concluir que la aplicación exclusiva y excluyente del DIH para investigar y juzgar las conductas delictivas de los miembros de la fuerza pública sustituye, al menos, tres elementos que definen la esencia de la Constitución de 1991. Por tal razón le solicitaremos a la H. Corte como pretensión principal que declare la inconstitucionalidad del acto legislativo 01 de 2015.

Ahora bien, en la medida que reconocemos que puede existir una interpretación más flexible, donde la enunciación de aplicabilidad del DIH no excluya la aplicación del derecho de los derechos humanos, le solicitaremos a la H. Corte Constitucional, como pretensión subsidiaria que establezca algunos parámetros de interpretación de su sentencia, de tal manera que sea diáfano y absolutamente claro para todos los funcionarios judiciales que todas las conductas delictivas cometidas por miembros de la fuerza pública deben ser investigadas y juzgadas tomando en consideración tanto las normas y principios del DIH, como las del derecho internacional de los derechos humanos.

1. PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA

En el presente acápite nos proponemos presentarles a las H. Magistradas y a los H. Magistrados los elementos estructurales de la acción pública de inconstitucionalidad que nos encontramos promoviendo contra el acto legislativo 01 de 2015 (en adelante “el acto legislativo” o “la norma demandada”). Por tanto, en primer lugar, reproduciremos el contenido de la reforma constitucional demandada por la presente acción subrayando la expresión que consideramos sustituye elementos esenciales y definitorios de la CP de 1991. Enseguida le demostraremos a la Corte Constitucional que con la promulgación del acto legislativo demandado se introdujo un nuevo elemento normativo al ordenamiento jurídico-constitucional colombiano con unas especiales características de las cuales se deriva la sustitución de al menos tres pilares fundamentales de la CP de 1991. Finalmente le presentaremos a la H. Corte el esquema que seguiremos en la demanda para satisfacer los requisitos que ha delineado la jurisprudencia constitucional para adelantar este tipo de juicios de inconstitucionalidad. En dicho esquema expondremos concretamente los cargos de inconstitucionalidad por sustitución de la Constitución que verificamos se configuran con ocasión de la reforma constitucional demandada.

1.1. Norma demandada

A continuación se transcribe la norma que se demanda, tal como fue publicada en el Diario Oficial 49.554 del 25 de junio de 2015, subrayando la expresión que consideramos sustituye al menos tres elementos definitorios de la Constitución Política de Colombia.

ACTO LEGISLATIVO 01 de 2015 “por el cual se reforma el artículo 221 de la Constitución Política de Colombia”

El Congreso de Colombia
DECRETA

Artículo 1º. El artículo 221 de la Constitución Política quedará así:

De las conductas punibles cometidas 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 la investigación y juzgamiento de las conductas punibles de los miembros de la Fuerza Pública, en relación con un conflicto armado o un enfrentamiento que reúna las condiciones objetivas del Derecho Internacional Humanitario, se aplicarán las normas y principios de este.

Los jueces y fiscales de la justicia ordinaria y de la Justicia Penal Militar o Policial que conozcan de las conductas de los miembros de la Fuerza Pública deberán tener formación y conocimiento adecuado del Derecho Internacional Humanitario.

La Justicia Penal Militar o policial será independiente del mando de la Fuerza Pública.

Artículo 2º. El presente acto legislativo rige a partir de la fecha de su promulgación.

1.2. Nuevo elemento normativo introducido en la Constitución a partir del acto legislativo

Una vez reproducido el contenido de la reforma constitucional, y subrayada la expresión demandada, a continuación nos concentraremos en describir el nuevo elemento normativo introducido a la CP de 1991 a partir del acto legislativo. Para ello precisaremos cuál es el elemento normativo novedoso introducido por la reforma constitucional pues de su identificación e individualización depende la formulación de los cargos de inconstitucionalidad por sustitución de la Constitución que desarrollaremos a lo largo de la demanda. Es decir, el nuevo elemento normativo es la base para determinar los elementos que el acto legislativo acusado introduce en la arquitectura constitucional o lo que en el argot del juicio de sustitución se conoce como premisa menor.

Una primera lectura de la disposición demandada nos permite arribar a diferentes conclusiones. La primera es que el legislador, en uso del poder de reformar, reconocido por el artículo 374 de la CP, decidió adicionar el artículo 221 de la CP con un nuevo inciso que tiene el propósito de indicar que el derecho internacional humanitario es el marco normativo aplicable en la investigación y el juzgamiento de los miembros de la fuerza pública que estén envueltos en la comisión de conductas punibles ocurridas en el conflicto armado o en un enfrentamiento que reúna las condiciones objetivas del derecho internacional humanitario (en adelante DIH). La segunda conclusión es que para ello el legislador no modificó las competencias que, de manera excepcional, la CP le otorga a la justicia penal militar para conocer de los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y que guardan relación con el mismo servicio. Consecuentemente, se mantiene vigente la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha señalado que “*el vínculo entre el hecho delictivo y la actividad relacionada con el servicio se rompe cuando el delito adquiere una gravedad inusitada*”, tal y como ocurre con las violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, y por lo que

¹ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-358 de 1997, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz; sentencia C-878 de 2000, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra; C-178 de 2002, M.P.: Manuel José Cepeda; entre otras.

se concluye que este tipo de violaciones no pueden en ningún caso ser de conocimiento de la justicia penal militar y por tanto debe corresponder a la justicia ordinaria entrar a conocer de su investigación y juzgamiento. La tercera conclusión, en consonancia con las dos primeras, es que, sin importar que sea la justicia ordinaria o la justicia penal militar la que se encuentre investigando y juzgando las conductas punibles de los miembros de la fuerza pública ocurridas en el conflicto armado o en un enfrentamiento que reúna las condiciones objetivas del Derecho Internacional Humanitario, el marco normativo aplicable por la autoridad judicial para adelantar sus funciones es el del DIH. Por lo tanto, parafraseando el contenido del acto legislativo, podría resumirse que ahora la Constitución cuenta con un precepto según el cual *las conductas punibles cometidas por miembros de la fuerza pública en el marco del conflicto armado o en un enfrentamiento que reúna las condiciones objetivas del DIH deben ser investigadas y juzgadas aplicando el DIH independientemente de la autoridad que tenga a su cargo estas funciones.*

Ahora bien, si quisiéramos afirmar que el legislador ejerció su poder de reforma con el propósito de introducir en la CP un elemento normativo de las características del que acaba de ser descrito, debemos cuestionarnos sobre si eso es realmente novedoso, no porque de ello dependa su constitucionalidad, pues no se puede tejer ningún reproche de inconstitucionalidad por una reforma inane o superflua, sino para poder afirmar sin vacilación que la modificación de la CP sí consistió en ello. Para este caso nos encontramos con que la aplicación del DIH para la investigación y juzgamiento de las conductas punibles cometidas por miembros de la fuerza pública en el marco de un conflicto armado o en un enfrentamiento que reúna las condiciones objetivas del DIH no es una novedad para el ordenamiento constitucional colombiano pues desde el artículo 2º de la CP, que reconoce como un fin esencial del Estado garantizar los derechos reconocidos en la CP –incluidos los del bloque de constitucionalidad–, pasando por los artículos 9º, 93 y 94, que les dan rango constitucional a los principios del derecho internacional y a los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Congreso, hasta el artículo 230, que señala que los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley –incluyendo el DIH–, es reiterado el llamamiento para que las autoridades judiciales desempeñen sus funciones atendiendo los diferentes cuerpos normativos que son vinculantes para su actividad, incluyendo por supuesto el DIH. Concretamente, el artículo 214.2 de la CP, a propósito de la regulación de los Estados de excepción, afirma vehementemente que *“en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”*. Es decir, ni siquiera ante la situación límite de un Estado de excepción, bien sea Estado de guerra exterior, conmoción interior o emergencia, podría dejar de aplicarse el derecho internacional humanitario, pues este es inderogable. La Corte Constitucional, desde su jurisprudencia temprana, lo ha manifestado expresamente al resaltar 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”*². Es más, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que el derecho internacional humanitario guarda una relación inescindible con la ética humana de tal entidad que su reconocimiento en el mundo positivo es secundario para observar su validez y aplicación. Tal valoración se puede extraer de la sentencia C-664 de 2013 que señala:

“En síntesis, los principios del derecho internacional humanitario plasmados en los Convenios de Ginebra y en sus dos Protocolos, por el hecho de constituir un

² Corte Constitucional, sentencia C-574 de 1992, M.P.: Ciro Angarita Barón.

*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. En consecuencia, su fuerza vinculante proviene de la universal aceptación y reconocimiento que la comunidad internacional de Estados en su conjunto le ha dado al adherir a esa axiología y al considerar que no admite norma o práctica en contrario. No de su eventual codificación como normas de derecho internacional, como se analizará con algún detalle más adelante. De ahí que su respeto sea independiente de la ratificación o adhesión que hayan prestado o dejado de prestar los Estados a los instrumentos internacionales que recogen dichos principios. El derecho internacional humanitario es, ante todo, un catálogo axiológico cuya validez absoluta y universal no depende de su consagración en el ordenamiento positivo”³.*

Ahora bien, teniendo en consideración los fallos traídos a colación, contar con una norma de rango constitucional que les indique a jueces y fiscales que el derecho internacional humanitario es el marco normativo aplicable a la investigación y juzgamiento de las conductas punibles cometidas por miembros de la fuerza pública en el marco del conflicto o en enfrentamientos que reúnan las condiciones objetivas del DIH nos cuestiona sobre si ello es novedoso y, por tanto, sobre si ese es el nuevo elemento normativo introducido por el acto legislativo. Y la respuesta a las dos cuestiones debe ser negativa, pues si se entiende que la reforma constitucional se limita a ello se trata entonces de una norma que redunda en los compromisos adquiridos internacionalmente por el Estado colombiano y en el reconocimiento expreso que atraviesa todo el texto constitucional sobre la aplicabilidad del DIH en todo tiempo. Es decir, es una norma que, vista desde esta perspectiva, no introduce al ordenamiento constitucional ninguna novedad. Luego debemos preguntarnos si hay algo que no se haya incluido en la proposición planteada como elemento normativo introducido por el acto legislativo, concretamente si la expresión “*se aplicarán las normas y principios de este*”, es decir del DIH, excluye la posibilidad de aplicar otras normas y principios. Para identificar si esto es así nos valdremos de lo preceptuado por la jurisprudencia constitucional que ha señalado que:

“(...) la premisa menor del test de sustitución está integrada por los nuevos elementos que el acto legislativo acusado introduce en la arquitectura constitucional. A partir del recuento de tales elementos puede entonces apreciarse en la premisa de síntesis la magnitud del cambio constitucional operado, y a partir de ello definir si el titular del poder de reforma, el también llamado constituyente derivado, tenía o no competencia para realizar una modificación al texto superior con este específico contenido.

*Así las cosas, para determinar el contenido de ese segundo elemento, en este punto la Corte asumirá el análisis e interpretación de la norma acusada a partir de los criterios que la jurisprudencia ha empleado para determinar si en razón a su contenido, algunas reformas constitucionales aprobadas mediante acto legislativo o referendo, configuran verdadera sustitución de la Constitución. En el presente caso se realizará el estudio de esta norma, en el siguiente orden: en primer lugar conforme al **método histórico, luego el literal o semántico**, en tercer lugar el teleológico y por último el método sistemático”⁴(subrayas y negrillas fuera de texto).*

³ M.P.: Alberto Rojas Ríos.

⁴ Corte Constitucional, sentencia C-1056 de 2012, M.P.: Nilson Pinilla Pinilla

Para el presente caso nos detendremos en los dos primeros métodos de interpretación, comenzando por el segundo. Para responder afirmativamente la inquietud sobre el contenido de la reforma constitucional, desde una perspectiva literal o semántica se hubiera requerido que el legislador se hubiera manifestado usando alguna alocución como “exclusivamente” o “solamente” para tener claridad sobre la introducción de una especie de principio de exclusividad del DIH para la investigación y juzgamiento de las conductas punibles cometidas por miembros de la fuerza pública en el marco de un conflicto armado o en enfrentamientos que reúnan las condiciones objetivas del DIH. Sin embargo, que no lo haya hecho así, no significa que no fuera esa su intención y el resultado. Por esa razón, y teniendo en cuenta que el criterio de interpretación histórica “*consiste en estudiar la propuesta que dio origen a la norma que ahora se analiza junto con los debates y demás incidencias de su trámite legislativo, con el ánimo de conocer la intención aproximada del órgano reformador, la cual resulta relevante para determinar si éste tenía competencia para realizar ese cambio, o si por el contrario, se habría producido una sustitución del texto constitucional*”⁵, se hace imperativo revisar los antecedentes legislativos pertinentes.

El proyecto de acto legislativo 022 de 2014 Senado – 167 de 2014 Cámara, expediente a través del cual se tramitó el acto legislativo demandado, tuvo una transformación diametral a lo largo del debate parlamentario, concretamente a partir de la segunda vuelta. La propuesta de reforma, originalmente, se encontraba compuesta por tres propósitos principales. En primer lugar, hacer de la justicia penal militar la regla general de competencia para el juzgamiento de los miembros de la fuerza pública y otorgarle excepcionalmente a la justicia ordinaria la competencia para juzgar siete conductas enunciadas por el proyecto, a saber: crímenes de lesa humanidad, y los delitos de genocidio, desaparición forzada, ejecución extrajudicial, violencia sexual, tortura y desplazamiento forzado. Asimismo, le otorgaba a la jurisdicción penal militar la competencia para conocer de todas las infracciones al DIH que no constituyeran ninguna de las conductas excluidas. En segundo lugar, tenía como objetivo circunscribir al DIH el marco jurídico bajo el cual se investigan y juzgan las conductas de la fuerza pública relacionadas con el conflicto armado. Y, en tercer lugar, le otorgaba a la Fiscalía General de la Nación, en coordinación con la justicia penal militar, la competencia para identificar los casos tramitados en la justicia ordinaria contra miembros de la fuerza pública para que, en el evento en que desconocieran la regla de competencia contenida en el proyecto de reforma, se enviaran esos procesos a los jueces militares⁶. En su momento diferentes organizaciones de derechos humanos, y algunos órganos del sistema universal y regional de protección, advertimos que el proyecto de reforma constitucional suponía un gran retroceso en el cumplimiento de la obligación estatal de investigar, juzgar y sancionar las violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario acontecidas en territorio colombiano. Ello, debido a que con el proyecto, en los términos en que estaba planteado, la justicia penal militar, la cual carece de garantías de imparcialidad e independencia, se transformaría en la regla general para el conocimiento de las conductas punibles imputables a miembros de la fuerza pública, contradiciendo numerosos tratados y pronunciamientos internacionales al respecto⁷. Ante tales evidencias, en el marco

⁵ *Ibid.*.

⁶ Cfr. Gacetas del Congreso de la República No. 567, 617, 643, 680, 711, 797, 799, 851, 853, 873 y 881 de 2014.

⁷ Para mayor información consultar: Carta abierta de titulares de mandatos de los Procedimientos Especiales del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas al Gobierno y a los representantes del Congreso de la República de Colombia, del 29 de septiembre de 2014, en: <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=15116&LangID=S>; Relator

del quinto debate llevado a cabo el pasado 14 de abril del año en curso, el ministro de Defensa suscribió una proposición modificativa eliminando las disposiciones que motivaron las principales críticas contra el proyecto pero conservando la disposición dirigida a establecer el DIH como el marco normativo a través del cual se investiguen y juzguen las conductas punibles de los miembros de la fuerza pública acontecidas en el marco del conflicto armado⁸. Ante este nuevo escenario la pregunta que necesariamente se imponía, y que aún persiste, era si la disposición que permanecía tenía como propósito excluir la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos. En la medida en que desde una perspectiva literal o semántica del texto aprobado no es posible arribar a una respuesta cierta al respecto, acá debemos consultar sobre la intención aproximada del órgano reformador que es posible extraer de los elementos del debate parlamentario. En este sentido debemos llamar la atención sobre dos circunstancias.

En primer lugar sobre la manifestación expresa de los ponentes del proyecto del acto legislativo de querer introducir una norma de orden constitucional que obligue a fiscales y jueces a investigar y juzgar aplicando las normas y principios del DIH, para que los miembros de la fuerza pública no puedan ser condenados por violaciones a los derechos humanos. En concreto el senador Manuel Enríquez Rosero en la ponencia para primer debate en la Comisión Primera del Senado de la República señaló lo siguiente:

“No ha sido capricho del Gobierno ni del Congreso establecer esta norma, la misma se hace en sintonía con las varias sentencias que la Corte Constitucional viene dictando desde hace más de 20 años en las que indica que el DIH se aplica en estos eventos.

Sin embargo, hemos seguido encontrando fallos en los que el DIH no se hace presente, debiendo hacerlo, generando con ello injusticias que no solo afectan a los enjuiciados sino que dan golpes de muerte a nuestras tropas.

*No es posible, que un miembro de la Fuerza Pública, que cumpliendo con su deber y protegiendo los Derechos Humanos de todos los colombianos, termine siendo condenado por utilizar el arma con que la patria lo dotó, por ejecutar un ataque, perfectamente válido en el marco del DIH, **pero incompatible en el marco de los Derechos Humanos.***

Para citar un ejemplo, en un ataque de tipo militar, basado en el DIH, no puede esperarse la actuación por legítima defensa, mucho menos hablar de

Especial de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, Emmanuel Decaux, Proyecto de principios sobre la administración de justicia por los tribunales militares, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2006/58 del 13 de enero de 2006; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Tercer informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia, OEA/Ser.L/V/II.102 Doc. 9 rev. 1 26 febrero 1999, capítulo V, párr. 19; Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Sentencia de Fondo del 26 de septiembre de 2006, Corte Interamericana de Derechos Humanos Serie C. No. 154, párrafo 131.: “El Tribunal ha establecido que 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. 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”; entre otros.

⁸ Cfr. Gaceta del Congreso de la República 246 de 2015.

proporcionalidad en la legítima defensa, el soldado ataca por órdenes legítimas y con su arma de dotación. Esto no constituye un delito, pero desafortunadamente no todos lo entienden así, a pesar de que las normas del DIH, permiten este tipo de actuaciones (subrayas y negrillas fuera de texto)⁹.

Para el ponente la introducción de una disposición normativa como la demandada tiene como finalidad establecer con rango constitucional que en aquellos casos donde la conducta de un miembro de la fuerza pública constituya una violación a los derechos humanos pero a su vez sea “válida” por el derecho internacional humanitario, se prefiera lo último. Es decir, lo que quiso con esta disposición es que la autoridad judicial, al tener que aplicar el derecho internacional humanitario, pretermita las normas del derecho internacional de los derechos humanos (en adelante DIDH) para investigar y juzgar las conductas de los miembros de la fuerza pública. El argumento expuesto a lo largo del debate para mantener esta disposición es que el DIH, al ser el conjunto de normas y principios que rigen la conducción de hostilidades en los conflictos armados, es la norma especial aplicable. Es decir, haciendo uso del principio hermenéutico de “norma especial prima sobre norma general”, comprenden que el DIH es excluyente de otros ordenamientos, como puede ser el derecho internacional de los derechos humanos. Así lo expresó el representante a la Cámara Oscar Fernando Realpe en la ponencia para séptimo debate en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes:

“En debates pasados algunos de los Congresistas se preguntaban por qué era importante aplicar el DIH en las investigaciones que se llevaran a cabo en contra de los miembros de la Fuerza Pública. La respuesta, es sencilla. El DIH es la ley especial que justamente aplica a situaciones de conflicto armado, razón por la cual al existir una conducta punible que se dé en el marco de este conflicto armado, lo natural y lo que corresponde legalmente es aplicar la ley que regula la materia”¹⁰.

Es decir, los ponentes son consistentes en señalar que la finalidad que pretendían con la reforma es la de establecer una regla de rango constitucional que obligue a fiscales y jueces a investigar y juzgar las conductas de los miembros de la fuerza pública aplicando el DIH, bajo el entendido de que ello excluiría la posibilidad de que se les pudiesen reprochar las violaciones a los derechos humanos.

En este mismo sentido, la segunda circunstancia sobre la que queremos llamar la atención en este ejercicio de buscar una interpretación histórica que nos permita acercarnos a la intención aproximada que tenía el órgano reformador cuando aprobó el acto legislativo, tiene que ver con la votación negativa de la plenaria de la Cámara de Representantes a una proposición aditiva presentada por los representantes Alirio Uribe Muñoz, Carlos Germán Navas Talero, Víctor Correa Vélez, Inti Raúl Asprilla y la representante Ángela María Robledo en la que proponían que al texto sometido a votación, y que posteriormente sería aprobado como se encuentra el acto legislativo, se le agregara la expresión “derecho internacional de los derechos humanos”, de la siguiente manera:

“En la investigación y juzgamiento de las conductas punibles de los miembros de la Fuerza Pública, en relación con un conflicto armado o un enfrentamiento que reúna las condiciones objetivas del Derecho Internacional Humanitario, se

⁹ Gaceta del Congreso de la República No. 617 de 2014.

¹⁰ Gaceta del Congreso de la República No. 285 de 2015.

*aplicarán las normas y principios de este y del **Derecho Internacional de los Derechos Humanos***”.

Como dijimos, esta proposición aditiva fue votada negativamente en la sesión ordinaria del 10 de junio de 2015 de la plenaria de la Cámara de Representantes. Es decir, el legislador rechazó expresamente la posibilidad de que el texto aprobado del acto legislativo contuviera una remisión al derecho internacional de los derechos humanos como marco normativo aplicable en la investigación y juzgamiento de las conductas punibles cometidas por miembros de la fuerza pública cuando estas se den en un conflicto armado o un enfrentamiento que reúna las condiciones objetivas del derecho internacional humanitario.

Lo anterior nos lleva a concluir que el nuevo elemento normativo introducido por el acto legislativo no se reduce a la expresión que redundaba en la obligación del Estado colombiano de aplicar el DIH en todo tiempo, incluso en estados de excepción, sino que debe agregársele la expresión “*con exclusión del derecho internacional de los derechos humanos*”. Es decir, resulta preciso señalar que el elemento normativo introducido por el acto legislativo demandado se traduce en la siguiente expresión:

Las conductas punibles cometidas por miembros de la fuerza pública en el marco del conflicto armado o en enfrentamientos que reúnan las condiciones objetivas del DIH serán investigadas y juzgadas de conformidad con el derecho internacional humanitario excluyendo la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos.

Este sí es, definitivamente, un elemento novedoso introducido a la CP de 1991, razón por la cual en la presente demanda nos dedicaremos a estudiar su impacto, siguiendo los elementos del “juicio de sustitución” desarrollado por la Corte Constitucional, en al menos tres pilares esenciales: la obligación estatal de respetar y garantizar los derechos humanos, el principio de autonomía e independencia judicial y el principio de igualdad ante la ley.

1.3. Esquema de la demanda.

Habiendo identificado el nuevo elemento normativo introducido en la CP, y con el fin de lograr una mayor claridad en la exposición y una mejor coherencia en nuestra argumentación, a continuación describimos el esquema de la presente demanda de inconstitucionalidad, acompañado por una síntesis de las razones por las cuales consideramos que el acto legislativo 001 de 2015 sustituye al menos tres elementos esenciales definitorios de la CP de 1991.

De acuerdo con lo sostenido por la Corte Constitucional, cuando se analice la eventual inconstitucionalidad de un acto legislativo por sustitución de la Constitución deben estudiarse tres aspectos diferentes. En primer lugar, debe identificarse el elemento de la Constitución que se considera sustituido, y señalar las razones por las cuales se asume que tal elemento es un pilar esencial de la Constitución. En segundo lugar, debe explicarse el elemento esencial nuevo introducido en la Constitución en virtud de la reforma constitucional estudiada. Y en tercer lugar, teniendo en cuenta las conclusiones a las que se haya arribado en el estudio de los dos temas antes mencionados, debe compararse el principio originalmente adoptado por el constituyente primario con el nuevo principio esencial introducido por la reforma constitucional con el fin de verificar “*no si son distintos, lo cual siempre ocurrirá, sino si son opuestos o integralmente diferentes, al*

punto [de] que resulten incompatibles”¹¹. Conviene mencionar que desde la primera sentencia en la cual la Corte acogió la teoría de los límites competenciales al poder de reforma constitucional aclaró que el parámetro de referencia para determinar los elementos o pilares sustanciales de la Constitución no solo lo integran los principios y valores que ella contiene, sino también “*aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad*”¹². Posteriormente, ha aclarado cuál es la relevancia que tiene el bloque de constitucionalidad en el juicio de sustitución, al afirmar que el juez constitucional no debe acudir al bloque de constitucionalidad para “*comparar la reforma con el contenido de un principio o regla específica*” que se desprenda de él, sino con el propósito de “*delinear el perfil definitorio de la Constitución original, así como [de] los principios constitucionales fundamentales y su concreción en toda la Constitución original*”¹³. En suma, cabe destacar que para determinar cuáles son los “*límites intrínsecos*” al poder de reforma constitucional es necesario acudir no solo al articulado de la Constitución, sino también a los “*principios y valores*” que emanan del bloque de constitucionalidad.

Por lo tanto, y con el fin de exponer la inconstitucionalidad del acto legislativo cuestionado, en la presente demanda seguiremos la metodología expuesta, conocida como “juicio de sustitución”, para concluir que por lo menos tres pilares esenciales de la Constitución fueron sustituidos por el acto legislativo 001 de 2015.

En primer lugar argumentaremos que uno de los rasgos característicos de la Constitución Política de 1991, consistente en la obligación del Estado colombiano de *respetar y garantizar los derechos humanos*, se vio sustituido por la reforma constitucional demandada. Para ello demostraremos, en primer término, que la obligación estatal de respetar y garantizar los derechos humanos es un elemento definitorio de la Constitución que no solo se desprende de diferentes disposiciones de la Constitución (Preámbulo y artículos 1, 2, 12, 29, 93, 228 y 229), sino que también ha sido expuesto con precisión por tratados internacionales sobre derechos humanos de los que Colombia es parte y que integran el bloque de constitucionalidad. En este mismo sentido precisaremos que de la obligación general de respetar y garantizar los derechos fundamentales de todas las personas residentes en Colombia se desprenden algunos deberes específicos, entre los cuales se encuentran los de investigar y juzgar todos los hechos que constituyan una infracción grave a tales derechos **aplicando complementariamente el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario**. En otros términos, expondremos las razones por las cuales el respeto y la garantía de los derechos fundamentales de todas las personas residentes en Colombia exigen que las autoridades estatales investiguen y juzguen todas las violaciones graves a los DDHH, incluidas las infracciones graves al DIH, de conformidad con el bloque de constitucionalidad compuesto por el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos. Enseguida demostraremos que el nuevo elemento normativo introducido por el acto legislativo reforma estructuralmente el contenido de este elemento definitorio de la CP creando un nuevo elemento definitorio consistente en el deber estatal de **investigar y juzgar las violaciones a los derechos humanos e infracciones al DIH de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, excepto las conductas punibles cometidas por miembros de la fuerza pública que se investigan y juzgan de**

¹¹Corte Constitucional, sentencia C-141 de 2010, M. P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

¹²Corte Constitucional, sentencia C-551 de 2003, M. P.: Eduardo Montealegre Llynet.

¹³Corte Constitucional, sentencia C-1200 de 2003, MM. PP.: Manuel José Cepeda Espinosa y Rodrigo Escobar Gil.

conformidad con el DIH excluyendo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Como conclusión de este primer apartado demostraremos que el elemento definitorio contemplado por la CP de 1991 y el nuevo edificado a partir de la reforma constitucional demandada no es simplemente diferente sino que se contradicen entre sí.

En segundo lugar expondremos las razones que nos llevan a afirmar que la *autonomía judicial*, como manifestación del principio de separación de poderes, fue sustituida por el acto legislativo demandado. Consecuentemente presentaremos los argumentos que nos permiten señalar que la autonomía judicial es un elemento definitorio del Estado constitucional cuya expresión normativa se encuentra en el preámbulo, en los artículos 1, 2, 9, 95-7, 113, 114, 115, 116, 121, 122, 150, 188-189, 228-229, 235, 237, 241, 246, 250, 256 de la Constitución Política; en el Preámbulo y en los artículos 8 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH); en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Concretamente señalaremos que **la fórmula de Estado social de derecho establece que los fiscales y jueces de la República cuentan con autonomía e independencia para elegir las normas jurídicas que consideren pertinente aplicar al caso concreto.** Posteriormente señalaremos que el contenido del acto legislativo demandado repercute directamente en el diseño de este pilar esencial de la Constitución transformándolo en uno nuevo que puede ser definido como: **la fórmula de Estado social de derecho establece que los fiscales y jueces de la República cuentan con autonomía e independencia en sus decisiones para elegir las normas jurídicas que consideren pertinente aplicar al caso concreto, salvo cuando se trate de investigar y juzgar las conductas punibles cometidas por miembros de la fuerza pública en relación con un conflicto armado, caso en el que deben aplicar de forma obligatoria y exclusiva las normas y principios del derecho internacional humanitario.** Para concluir este apartado le demostraremos a la H. Corte Constitucional que el nuevo principio introducido a propósito del acto legislativo 01 de 2015 es diametralmente diferente al principio contemplado por el constituyente de 1991 al punto de hacerlos incompatibles.

En tercer y último lugar presentaremos los argumentos que nos permiten concluir que el principio de igualdad fue también sustituido con ocasión de la promulgación del acto legislativo 01 de 2015. Siguiendo lo que hermenéuticamente impone el “juicio de sustitución”, demostraremos que el principio de igualdad ante la ley es un elemento definitorio de la CP, conforme a lo prescrito por el Preámbulo y los artículos 1, 2 y 13 de la CP, así como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 1 y 24) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 14 y 26). En concreto señalaremos que este elemento definitorio se manifiesta en el principio según el cual **la ley tiene prohibido establecer privilegios o tratos preferenciales sin una justificación objetiva y razonable.** Asimismo argumentaremos que el acto legislativo demandado reconfigura el contenido de este elemento definitorio de la CP creando un nuevo elemento definitorio que podría manifestarse de la siguiente manera: **la ley tiene prohibido establecer privilegios injustificados, excepto para investigar y juzgar las conductas delictivas cometidas por miembros de la fuerza pública en el marco del conflicto armado o enfrentamientos que reúnan las condiciones objetivas del DIH.** Por ende demostraremos que los dos pilares esenciales, es decir el concebido por la CP de 1991 y el constituido a partir de la reforma constitucional, son integralmente diferentes.

2. Primer cargo de inconstitucionalidad por sustitución de la Constitución: sustitución del deber estatal de investigar y juzgar las violaciones a los DDHH e infracciones al DIH aplicando complementariamente el DIH y el DIDH

De acuerdo al esquema que nos hemos propuesto desarrollar, en este apartado aspiramos demostrarle a la H. Corte Constitucional que el legislador, a través del acto legislativo demandado, excedió los límites competenciales que tiene en el ejercicio del poder de reforma reconocido por el artículo 374 de la CP, pues con la aprobación de la norma demandada se sustituyó el deber estatal de investigar y juzgar las violaciones a los derechos humanos (en adelante DDHH) e infracciones al DIH aplicando complementariamente el DIH y el DIDH, el cual es un pilar esencial que identifica a la CP de 1991. Para ello, siguiendo lo prescrito por la jurisprudencia sobre el “juicio de sustitución”, esperamos poderle probar a la H. Corte que este deber es un elemento definitorio de la CP de 1991 que se proyecta de la obligación general del Estado de proteger y respetar los derechos humanos (2.1.). Enseguida, teniendo en cuenta el nuevo elemento normativo introducido por el acto legislativo (*ver supra* 1.2.), le mostraremos a la H. Corte que la reforma constitucional afectó sustancialmente dicho pilar esencial creando uno nuevo en el que se excluye la aplicación complementaria del DIH y el DIDH para la investigación y juzgamiento de las violaciones a los DDHH e infracciones al DIH de responsabilidad de los miembros de la fuerza pública cometidas en el marco del conflicto armado o en enfrentamientos que reúnan las condiciones objetivas del DIH (2.2.). Finalmente concluiremos que ambos pilares, es decir el reconocido por la CP de 1991 y el introducido por el acto legislativo, son integralmente diferentes, al punto de ser contradictorios (2.3.).

2.1. La obligación estatal de proteger y respetar los derechos humanos identifica esencialmente a la CP de 1991

Según lo afirmado por la Corte Constitucional, el análisis de la sustitución de un elemento definitorio de la Constitución requiere, en primera medida, identificar cuál es ese elemento esencial que se considera reemplazado por otro integralmente diferente. Este primer paso del análisis de sustitución constituirá el parámetro de referencia (“*premisa mayor*”) con base en el cual se juzgará la constitucionalidad de una reforma constitucional. En la sentencia C-1040 de 2005¹⁴ la Corte definió la manera como debía constituirse dicha premisa mayor con el fin de “*evitar caer en el subjetivismo judicial*”, sosteniendo que: “*es necesario (i) enunciar con suma claridad cuál es dicho elemento [definitorio de la Constitución], (ii) señalar a partir de múltiples referentes normativos cuáles son sus especificidades en la Carta de 1991 y (iii) mostrar por qué es esencial y definitorio de la identidad de la Constitución integralmente considerada*”.

Conviene mencionar que desde la primera sentencia en la cual la Corte acogió la teoría de los límites competenciales al poder de reforma constitucional aclaró que el parámetro de referencia para determinar los elementos o pilares sustanciales de la Constitución no solo lo integran los principios y valores que ella contiene, sino también “*aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad*”¹⁵. Posteriormente, ha aclarado cuál es la relevancia que tiene el bloque de constitucionalidad en el juicio de sustitución, al afirmar que el juez constitucional no debe acudir al bloque de

¹⁴ M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-551 de 2003, M. P.: Eduardo Montealegre Llynet.

constitucionalidad para “comparar la reforma con el contenido de un principio o regla específica” que se desprenda de él, sino con el propósito de “delinear el perfil definitorio de la Constitución original, así como [de] los principios constitucionales fundamentales y su concreción en toda la Constitución original”¹⁶. En suma, cabe destacar que para determinar cuáles son los “límites intrínsecos” al poder de reforma constitucional es necesario acudir no solo al articulado de la Constitución, sino también a los “principios y valores” que emanan del bloque de constitucionalidad.

En este primer cargo de inconstitucionalidad nos corresponde entonces argumentar por qué el deber de investigar y juzgar todos los hechos que constituyan violaciones a los DDHH o infracciones al DIH, aplicando complementariamente el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, es un elemento definitorio de la Constitución. Para ello, en términos generales, le demostraremos a la Corte que este deber surge de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, la cual se encuentra reconocida a lo largo de todo el texto constitucional y en los compromisos adquiridos internacionalmente por el Estado colombiano en la materia. A lo largo de las próximas páginas relacionaremos los artículos constitucionales que albergan tal deber, además de los instrumentos internacionales mediante los cuales el Estado colombiano ha adquirido tales compromisos, y por supuesto la jurisprudencia constitucional y los pronunciamientos de los órganos supervisores de la vigencia de los derechos humanos que precisan el contenido de tal deber definitorio de la CP de 1991.

2.1.1. La obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos

De acuerdo con numerosos instrumentos internacionales vinculantes para Colombia sobre derechos humanos, los Estados tienen las obligaciones generales de respetar y garantizar sin discriminación los derechos de las personas que están bajo su jurisdicción. La obligación de respetar ordena a todos los órganos que forman parte de la estructura estatal abstenerse de realizar conductas que vulneren dichos derechos. Por su parte, la obligación de garantizar comporta el deber de tomar todas las medidas necesarias para asegurar el pleno goce de los derechos y libertades fundamentales. Esta última obligación establece varios deberes específicos, a saber: prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos que ocurran dentro de la jurisdicción estatal.

Las obligaciones mencionadas han sido reconocidas, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En diferentes oportunidades, la Corte Constitucional ha reconocido que estos tratados hacen parte del bloque de constitucionalidad¹⁷.

Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce en su artículo 2.1 que es obligación de los Estados que ratifican este instrumento “respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a

¹⁶Corte Constitucional, sentencia C-1200 de 2003, MM. PP.: Manuel José Cepeda Espinosa y Rodrigo Escobar Gil.

¹⁷Entre muchas otras sentencias en las que la Corte ha manifestado que la Convención Americana sobre Derechos Humanos hace parte del bloque, cfr. Corte Constitucional, sentencias C-401 de 2005, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa, y C-355 de 2006, MM.PP.: Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández. Igualmente, en distintas oportunidades la Corte Constitucional ha reconocido que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos integra el bloque de constitucionalidad. Entre otras, cfr. Corte Constitucional, sentencias C-504 de 2007, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández, y C-046 de 2006, M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto”, sin discriminación. Al interpretar esta disposición, el Comité de Derechos Humanos ha sostenido que este artículo establece el marco general “dentro del cual los derechos especificados en el Pacto se tienen que promover y proteger”, razón por la cual no se admiten las reservas frente a este¹⁸.

Por su parte, el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra la misma obligación, al indicar que los Estados Parte deben “respetar los derechos y libertades reconocidos en ella [y] garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción”. En cuanto a la segunda obligación allí mencionada, la de garantizar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (también “Corte IDH”) ha señalado que esta:

“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 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”¹⁹.

La Convención Americana tiene como objeto y fin “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”²⁰, para lo cual cumplen un papel esencial las obligaciones generales de respeto y garantía de tales derechos, pues son las que hacen de ellos el límite que el Estado no puede traspasar y los objetivos que este debe cumplir. Por esto, tampoco sería posible para un Estado hacer una reserva frente al reconocimiento de las obligaciones de respeto y garantía previstas en la Convención Americana.

Por su parte, existen diferentes disposiciones de la CP que también obligan al Estado a respetar y a garantizar los derechos humanos, esto es, a evitar que sus agentes los violen y a tomar todas las medidas necesarias para protegerlos. Así, el Preámbulo de la CP indica que es fin del Estado asegurar a sus integrantes distintos derechos fundamentales, como la vida, la convivencia y la justicia, entre otros. De manera más específica, el artículo 2 dispone como fin del Estado “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”. Igualmente, señala que este debe “proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades”, y posteriormente especifica cuáles son esos derechos y libertades que deben ser asegurados y protegidos.

Según lo anterior, la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos es una parte estructural de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia y de la CP. Son estas obligaciones las que hacen que los derechos no sean meras declaraciones de finalidades políticas a las que debería

¹⁸Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 31, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, La índole de la obligación jurídica general impuesta, 80º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 225 (2004).

¹⁹Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr.166.

²⁰Corte IDH. Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.Sentencia de 31 de agosto de 2012 Serie C No. 246, párr. 39.

llegarse, sino que sean propiamente *derechos*, en el entendido de que imponen límites a la actividad del Estado, que de no verificarse podrían ser exigidos judicialmente. En otras palabras, no podría hablarse de “derechos” si no existiera la obligación de respetarlos y garantizarlos. Es tal la importancia de la obligación de respetar y garantizar los DDHH que los tratados internacionales que la reconocen no admiten reserva en contra de ella. Por esta razón, la obligación de respeto y garantía de los DDHH puede asumirse como un fundamento esencial de la CP: es gracias a tal obligación como los derechos humanos son a la vez el límite y el fundamento de la acción del Estado.

Tal obligación –la de respetar y garantizar los DDHH– no solo está contenida en una disposición o en una norma aislada, sino que forma una parte importante de los tratados de derechos humanos y de la Constitución Política, lo cual nos permite afirmar que se trata de un elemento esencial de ella. Más aún, es la razón por la cual las autoridades de la República están instituidas, según lo advierte de manera explícita el inciso 2º del artículo 2º de la CP.

2.1.2. El deber de investigar y juzgar todos los hechos que constituyan violaciones a los DDHH o infracciones al DIH aplicando complementariamente el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

En la presentación del presente cargo de inconstitucionalidad hemos identificado como elemento definitorio de la CP sustituido el *deber de investigar y juzgar todos los hechos que constituyan violaciones a los DDHH o infracciones al DIH aplicando complementariamente el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario*, y por lo tanto resulta necesario que precisemos las razones que nos llevan a afirmarlo.

Para el efecto, en primer lugar, haremos un breve recuento de la naturaleza y alcance de las normas del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos, con el cual pretendemos contextualizar el problema que enfrenta la protección de los derechos con una norma constitucional como la contenida en el acto legislativo (2.1.2.1.). A renglón seguido, y con el propósito de ilustrar el carácter complementario de estas normas, presentaremos cómo operan integralmente ambos ordenamientos en el derecho penal internacional (2.1.2.2.). Finalmente expondremos los motivos que nos llevan a concluir que la obligación del Estado colombiano de investigar y juzgar todos los hechos que constituyan violaciones a los DDHH o infracciones al DIH aplicando complementariamente el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario es un elemento que identifica y define a la CP de 1991 (2.1.2.3.).

2.1.2.1. Naturaleza y alcance del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos.

2.1.2.1.1. El derecho internacional humanitario.

El derecho internacional humanitario es un conjunto de normas que, por razones humanitarias, trata de limitar los efectos de los conflictos armados. Luego su fin ulterior es la protección de todas las personas que no participan o que han dejado de

participar en las hostilidades, además de la limitación de los medios y métodos de guerra.²¹

El DIH es parte del derecho internacional público, el cual es el encargado de regular las relaciones entre los Estados. Por tal razón está integrado por acuerdos firmados entre Estados –denominados tratados o convenios–, por el derecho consuetudinario internacional consistente en prácticas de los Estados que estos reconocen como obligatorias, así como por principios generales del derecho²².

Ahora bien, en relación con la aplicación de las normas del Derecho Internacional Humanitario, debe recordarse que Colombia ha ratificado múltiples instrumentos internacionales que buscan la protección de la población civil y de los civiles en general durante las acciones armadas y que además prohíben el uso de armas que ocasionan daños desproporcionados. Su naturaleza es fundamentalmente protectora pues tiene como propósito evitar que las infracciones ocurran. Además su cumplimiento es imperativo y obligatorio porque algunas de sus normas más relevantes, como las contenidas en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, son de *ius cogens*. En este sentido se debe resaltar que la obligación de garantizar el DIH, así como sucede en el DIDH, supone el deber de investigar las infracciones a tal régimen.

El propósito central del derecho internacional humanitario es mitigar el sufrimiento humano en la guerra²³. No se erige para que el esfuerzo bélico se realice con mejores o más eficaces métodos, sino que procura establecer límites para proteger a las personas que no participan directamente en las hostilidades o que dejan de hacerlo. Igualmente, protege ciertos bienes. El DIH no es permisivo; no autoriza comportamientos o conductas. Por el contrario, sus normas constituyen un catálogo de prohibiciones que protegen a las personas y bienes. Tanto en conflictos armados internacionales como en aquellos de carácter no internacional, el DIH tiene un sentido protector y preventivo, porque busca que bajo ninguna circunstancia se presenten acciones inhumanas que afecten a quienes no participan en las hostilidades, limitando a las partes en el uso de métodos y medios durante la guerra. Su aplicación es concomitante y simultánea a las hostilidades e incluso posterior a las mismas hasta que se logre un acuerdo pacífico²⁴.

Todas las partes en los conflictos están obligadas a respetar las normas de DIH y, desde el punto de vista del derecho internacional, los Estados tienen, además de la obligación de respeto²⁵, la de tomar todas las medidas para verificar la observancia de estas normas aun cuando las otras partes en el conflicto no cumplan su obligación.

Las disposiciones del DIH en Colombia son vinculantes, no solo por ser normas de *ius cogens*, sino además porque el Estado colombiano ha suscrito múltiples tratados internacionales de los cuales se derivan obligaciones concretas en relación con conflictos armados internacionales y de carácter no internacional, de los cuales vale

²¹ Para mayor información consultar: <https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/dih.es.pdf>

²² *Ibid.*

²³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso “La Tablada” – Informe No. 55/97, Caso No. 11.137 - Juan Carlos Abella vs. Argentina, 18 de noviembre de 1997, párrafo 159.

²⁴ Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, Caso del Fiscal v. Dusko Tadic, No. IT-94-1-AR72, decisión de la Sala de Apelaciones sobre su propia jurisdicción, 2 de octubre de 1995, párrafo 70

²⁵ Artículo 1º Común a los Convenios de Ginebra: “Las Altas Partes Contratantes se comprometen a respetar y a hacer respetar el presente Convenio en todas las circunstancias”.

la pena mencionar al menos los siguientes: los Convenios de Ginebra de 1949, los Protocolos I y II Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949 (1977), la Convención sobre Ciertas Armas no Convencionales con sus enmiendas, el Estatuto de la Corte Penal Internacional, la Convención de Ottawa sobre la prohibición de las minas antipersonal, la Convención sobre Armas Químicas, y la Convención de La Haya para la Protección de los Bienes Culturales con su Protocolo II.

Así mismo, la Corte Constitucional ha reconocido que las normas consuetudinarias que lo integran, se vean o no codificadas en disposiciones convencionales, forman parte del *corpus iuris* que se integra al bloque de constitucionalidad por mandato de los artículos 93, 94 y 44 de la CP²⁶. No obstante ha precisado que los principios esenciales del Derecho Internacional Humanitario de distinción (a.), precaución (b.) y principio de humanidad y de respeto por las garantías y salvaguardas fundamentales de las personas civiles y fuera de combate (c.), tienen el rango cierto de normas de *ius cogens*²⁷.

Debe resaltarse que cada uno de estos principios tiene una formulación general, cuya naturaleza imperativa es indudable, y se traduce en una serie de sub-reglas, que tienen carácter autónomo de normas de *ius cogens*.

a) Principio de distinción: Tiene como piedra angular del ordenamiento la protección a la población civil consagrada en el artículo 13.1 del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra según el cual “[L]a población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares”. Esta disposición ha sido analizada posteriormente por la Corte Internacional de Justicia, que ha señalado que los Estados nunca pueden hacer a los civiles objeto de ataques, y en consecuencia nunca pueden utilizar armas que sean incapaces de diferenciar entre objetivos civiles y militares²⁸.

El protocolo no define quién es combatiente y quiénes hacen parte de la población civil. Sin embargo, el derecho consuetudinario sí lo ha hecho indicando que combatiente es la persona que, por formar parte de uno de los grupos armados o tomar parte en las hostilidades, no goza de las protecciones contra los ataques asignadas a los civiles. En su sentido específico, el término “combatiente” se utiliza únicamente en el ámbito de los conflictos armados internacionales para hacer referencia a un estatus especial, el “estatus de combatiente”, que implica el derecho a tomar parte en las hostilidades y la posibilidad de ser considerado como un objetivo militar legítimo, además del derecho a recibir trato especial cuando ha sido puesto fuera de combate por rendición, captura o lesión - en particular el estatus conexo o secundario de “prisionero de guerra”.

Las personas civiles, *contrario sensu*, son aquellas que no participan en las hostilidades y tampoco integran ninguno de los grupos que son parte en la confrontación. En similar sentido, será considerada “población civil” aquella en la

²⁶ Como se señaló en la sentencia C-574/92, M.P.: Ciro Angarita Barón, De igual manera, en la sentencia C-225 de 1995, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

²⁷ En los términos del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados entre Estados, las normas de *ius cogens* son aquellas que son aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados como un todo en tanto normas perentorias o imperativas respecto de las que no se permiten derogaciones

²⁸ Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva sobre la Legalidad de la Amenaza o el Uso de Armas Nucleares, 1996.

que su naturaleza es predominantemente civil²⁹ y comprende a todas las personas civiles individualmente consideradas³⁰.

Finalmente, el Artículo 3 Común de los Convenios de Ginebra y el artículo 7 del Protocolo Adicional II³¹, que configuran una norma de derecho internacional consuetudinario³², establecen que el principio de distinción cobija también a las personas que, habiendo participado en las hostilidades, han sido puestas fuera de combate.

En forma particular, el principio de distinción se concreta en varias sub reglas que también tienen el carácter de normas de *ius cogen*. Estas reglas, decantadas por la Corte Constitucional a través de la sentencia C-291 de 2007³³, son principalmente las siguientes:

“(1) la prohibición de dirigir ataques contra la población civil, (2) la prohibición de desarrollar acciones orientadas a aterrorizar a la población civil, (3) las reglas relativas a la distinción entre bienes civiles y objetivos militares, (4) la prohibición de ataques indiscriminados y de armas de efectos indiscriminados, (5) la prohibición de atacar las condiciones básicas de supervivencia de la población civil, y (6) la prohibición de atacar a las personas puestas fuera de combate”.

Finalmente, debe resaltarse que el incumplimiento de estas normas puede dar lugar a la responsabilidad penal de sus infractores, como lo comentaremos más adelante.

b) Principio de precaución. Este principio se deriva del anterior, y se refiere a la adopción de medidas factibles para evitar o reducir al máximo cualquier daño a la población civil o a los bienes civiles como consecuencia incidental o colateral de un ataque a un objetivo militar³⁴.

Entre las principales expresiones del principio de precaución que ha identificado la Corte Constitucional en la misma sentencia se cuentan:

“(i) la obligación de las partes en conflicto de hacer todo lo posible para verificar que los objetivos que van a atacar son objetivos militares, (ii) la obligación de las partes en conflicto de tomar todas la precauciones posibles al elegir los medios y métodos bélicos que van a usar, para así evitar o minimizar el número de muertos, heridos y daños materiales causados incidentalmente entre la población civil y proteger a los civiles de los efectos de los ataques,

²⁹ Ver a este respecto los casos del Fiscal vs. Blagojevic y Jokic, sentencia del 17 de enero de 2005, y del Fiscal vs. Dario Kordic y Mario Cerkez, sentencia del 26 de febrero de 2001.

³⁰ Ver la Sistematización del CICR, Norma 5: “Son personas civiles quienes no son miembros de las fuerzas armadas. La población civil comprende a todas las personas civiles”.

³¹ Artículo 7: “1. Todos los heridos, enfermos y náufragos, hayan o no tomado parte en el conflicto armado, serán respetados y protegidos. // 2. En toda circunstancia serán tratados humanamente y recibirán, en la medida de lo posible y en el plazo más breve, los cuidados médicos que exija su estado. No se hará entre ellos distinción alguna que no esté basada en criterios médicos”.

³² Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Tihomir Blaskic, sentencia de la Sala de Apelaciones del 29 de junio de 2004. Cit. 220

³³M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

³⁴Sistematización del CICR, Norma 15.AGNU, Resolución 2675 (1970), sobre Principios Básicos para la protección de las poblaciones civiles en los conflictos armados, adoptada por unanimidad.

(iii) la obligación de las partes en conflicto de dar aviso en la medida en que las circunstancias lo permitan, con la debida anticipación y por medios efectivos, de cualquier ataque que pudiera afectar a la población civil,

(iv) el deber de optar, cuando se pueda elegir entre varios objetivos militares que representen una ventaja similar, por aquél cuyo ataque represente menos peligro para las personas y bienes civiles,

(v) la obligación de las partes en un conflicto de retirar a la población civil, al máximo grado posible, de la vecindad de los objetivos militares, y

(vi) el deber de evitar ubicar objetivos militares en o cerca de áreas densamente pobladas”³⁵.

c) Principio humanitario y de respeto por las garantías y salvaguardas fundamentales de las personas civiles y fuera de combate. Según este principio, todos los partícipes en la guerra están obligados a tratar con dignidad a los civiles y a las personas que se encuentran fuera de combate. El principio de trato humanitario tiene el rango de norma de *ius cogens* y es uno de los principios fundamentales del DIH³⁶, al igual que varias garantías fundamentales que se derivan del mismo. Su consagración se encuentra señalada expresamente en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra:

“A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;

b) la toma de rehenes;

c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;

d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.

Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto.

Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio.

La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las partes en conflicto”.

En suma, las obligaciones derivadas de los principios de distinción, precaución y humanidad son normas de *ius cogens*, obligatorias para todas las partes en un conflicto armado, que no pueden ser modificadas unilateralmente y no dependen del cumplimiento de las demás partes.

Otro aspecto que debemos revisar es el del DIH como fundamento de la responsabilidad penal. Al respecto debemos partir de la afirmación de que la violación de las normas convencionales y consuetudinarias de derecho internacional humanitario que proscriben los ataques contra la población y bienes civiles genera

³⁵Corte Constitucional, sentencia C-291 de 2007, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

³⁶ Corte Internacional de Justicia, caso de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua, 1986.

responsabilidad penal individual³⁷. Así, los ataques contra la población civil pueden constituir crímenes de guerra bajo el derecho internacional humanitario convencional y consuetudinario aplicable a los conflictos armados internos, pero no todas las normas de DIH constituyen por sí mismas normas penales. Hasta el momento solo han sido incluidas como normas del derecho penal internacional aquellas normas que se refieren a la configuración de crímenes de guerra.

La importancia de las normas consuetudinarias dentro del derecho internacional humanitario contemporáneo es tal, que en sí mismas proveen el fundamento para la responsabilidad penal individual de quienes cometen crímenes de guerra. Así, el Estatuto de la Corte Penal Internacional remite directamente a las normas consuetudinarias del DIH: “en el Artículo 8 (“Crímenes de Guerra”) que 2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por ‘crímenes de guerra’: (...) (e) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional”³⁸.

Incluso, el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia en varias sentencias ha deducido la responsabilidad penal individual de los criminales del conflicto yugoslavo exclusivamente con base en normas consuetudinarias, y no convencionales, de DIH. Así lo recomendó el Secretario General de las Naciones Unidas en su informe³⁹, en el cual indicó que este órgano debía aplicar preferentemente, en relación con las “violaciones de las leyes o costumbres de la guerra”, las reglas del DIH que son indudablemente consuetudinarias, para así respetar el principio de *nullum crimen sine lege* y evitar los problemas derivados de la adherencia de sólo algunos Estados a los tratados relevantes⁴⁰.

Así mismo, la responsabilidad penal individual por crímenes de guerra cometidos en conflictos armados no internacionales se encuentra incluida expresamente en los estatutos del Tribunal Penal Internacional para Rwanda y el Tribunal Especial para Sierra Leona, la Convención sobre ciertas armas convencionales, el Estatuto de la Corte Penal Internacional y el segundo protocolo de la Convención de la Haya para la protección de los bienes culturales. Implícitamente también se encuentra reconocida en la Convención de Otawa y el Protocolo facultativo de la Convención

³⁷ La Sala de Apelaciones ha sostenido que ‘el derecho internacional consuetudinario impone responsabilidad penal por las violaciones serias del Artículo 3 Común, tal y como las complementan otros principios generales y reglas sobre la protección de las víctimas de conflictos armados internos, y por violar ciertos principios y reglas fundamentales relativos a los medios y métodos de combate en las guerras civiles.. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, decisión sobre la jurisdicción en el caso Fiscal vs. Dusko Tadic, del 2 de octubre de 1995, párrafo 134..

³⁸ Artículo 3 del Estatuto del Tribunal (“*violations of the laws or customs of war*”, en el texto inglés auténtico).

³⁹ Documento de Naciones Unidas S/25704, 3 de mayo de 1993. Aprobado por unanimidad por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

⁴⁰ Dice el Informe: “En criterio del Secretario General, la aplicación del principio *nullum crimen sine lege* exige que el Tribunal Internacional aplique reglas de derecho internacional humanitario que forman parte, sin lugar a dudas, del derecho consuetudinario, para que así no se presente el problema de la adherencia de algunos, pero no todos los Estados, a determinadas convenciones específicas. Esto resulta particularmente importante en el contexto de un tribunal internacional que investiga y juzga a las personas responsables de violaciones serias al derecho internacional humanitario”. [Traducción informal: “*In the view of the Secretary-General, the application of the principle nullum crimen sine lege requires that the international tribunal should apply rules of international humanitarian law which are beyond any doubt part of customary law so that the problem of adherence of some but not all States to specific conventions does not arise. This would appear to be particularly important in the context of an international tribunal prosecuting persons responsible for serious violations of international humanitarian law*”. Informe presentado por el Secretario General de conformidad con la Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad, Documento de Naciones Unidas S/25704, 3 de mayo de 1993].

sobre los derechos del Niño relativo a la participación de niños en el conflicto armado.

Diferentes Estados han tipificado los crímenes de guerra. En Colombia la tipificación de los crímenes se encuentra contenida en el Título II de la Ley 599 de 2000, como desarrollo de la obligación internacional que tienen los Estados de adecuar su ordenamiento interno a los compromisos adquiridos internacionalmente.

La obligación de investigar se activa con la ocurrencia de una conducta punible que desconoce el principio de distinción, precaución y humanidad (vgr. Estatuto de Roma, artículo 8.2 a. y b.).

Finalmente, es necesario señalar que aunque efectivamente las fuerzas militares de los Estados participan en las confrontaciones armadas y están obligadas a aplicar las normas del DIH, en Colombia su facultad no se extiende a la investigación de los crímenes de guerra, porque expresamente el artículo 3 común y el artículo 75 del Protocolo I adicional exigen que la investigación la realice un Tribunal “con arreglo a la ley”. Así mismo, la Corte Constitucional indicó que las violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al DIH no guardan relación con la función constitucional de las fuerzas militares y en consecuencia no existe razón para que su juzgamiento lo adelante la justicia castrense⁴¹.

2.1.2.1.2. El derecho internacional de los derechos humanos.

A su turno, el derecho internacional de los derechos humanos establece las obligaciones que los Estados deben respetar. Al pasar a ser partes en los tratados internacionales, los Estados asumen las obligaciones y los deberes de respetar, proteger y realizar los derechos humanos. La obligación de respetarlos significa que los Estados deben abstenerse de interferir en el disfrute de los derechos humanos, o de limitarlos. La obligación de protegerlos exige que los Estados impidan los abusos de los derechos humanos contra individuos y grupos. La obligación de realizarlos significa que los Estados deben adoptar medidas positivas para facilitar el disfrute de los derechos humanos básicos⁴².

Las Naciones Unidas propuso la idea de que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos pueden dividirse en tres grandes categorías. La primera consiste en las grandes declaraciones de 1948: la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Dichos instrumentos comparten tres características fundamentales⁴³:

- Reconocen una amplísima gama de los derechos fundamentales, incluidos los de carácter civil, político, social, económico y cultural.
- No son tratados internacionales y en el momento de su elaboración carecían de carácter vinculante.

⁴¹ Corte Constitucional, sentencias C-533 de 28 de mayo de 2008, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

⁴² Definición de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Naciones Unidas. Para más información remitirse a: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/InternationalLaw.aspx>

⁴³ Derecho internacional de los derechos humanos Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. 2004, p. 55.

- Hoy día son considerados por los órganos internacionales competentes manifestaciones del derecho internacional consuetudinario, vinculantes para todos los Estados Partes en las Naciones Unidas y la OEA, respectivamente⁴⁴.

La segunda categoría consiste en los grandes tratados universales y regionales en materia de derechos humanos, en particular el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) en el sistema universal, y la Convención Americana (Pacto de San José) y el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador), en el sistema interamericano. Estos instrumentos, con pocas excepciones, consagran los mismos derechos plasmados en las grandes declaraciones de 1948. No obstante, como fueron elaborados con el propósito de ser vinculantes, definen el contenido, el alcance y los límites de estos derechos en forma más precisa y pormenorizada. En el sistema universal, los dos Pactos Internacionales (el PIDCP y el PIDESC) y la Declaración Universal son conocidos colectivamente como la Carta Internacional de Derechos Humanos, en reconocimiento a su lugar especial en el derecho internacional de los derechos humanos⁴⁵.

La tercera categoría consiste en los demás instrumentos sobre derechos humanos dedicados a derechos o principios específicos, o los derechos de determinados sectores de la sociedad humana, como los niños, los indígenas, los trabajadores migrantes, las personas con discapacidad, los presos y tantos otros. En esta amplísima categoría es posible distinguir muchas subcategorías. Para nuestros propósitos, las más relevantes son la subcategoría de tratados, por una parte, y la subcategoría que agrupa los demás instrumentos que carecen de carácter contractual. Dichos instrumentos –que son numerosos– se conocen bajo diferentes denominaciones, entre ellas declaración, principios básicos, reglas mínimas, reglas, principios, directrices⁴⁶.

En relación con el derecho internacional de los derechos humanos, en la sentencia C – 579 de 28 de agosto de 2013, la Corte Constitucional al resolver la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1º del acto legislativo 01 de 2012, “*Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política*”, dijo:

“El Derecho Internacional de los Derechos Humanos aplica en todo momento según las obligaciones internacionales a las cuales el Estado se ha sometido, sin embargo cuando se está ante un conflicto armado interno, ya no es sólo aplicable este ordenamiento jurídico, sino que también, entran a aplicarse las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario convencionales –como los cuatro Convenios de Ginebra, y concretamente, el Protocolo II de estos Convenios–. En este punto se inicia una relación entre ambos ordenamientos internacionales, que no debe ser conflictiva, sino que debe ser armónica con miras a proteger los derechos de manera más eficiente y acorde con las circunstancias. Incluso, ambos ordenamientos internacionales comparten una finalidad, y es la de proteger la vida y la integridad física de los seres humanos, por eso tienen normas similares sobre la protección a la vida y la prohibición de la tortura, tratos crueles e inhumanos, estipulan derechos fundamentales de las personas contra

⁴⁴ *Ibíd.*, p. 56.

⁴⁵ *Ibíd.*

*las cuales se inicia un proceso penal, prohíben la discriminación y disponen normas sobre la protección de mujeres y niños*⁴⁷(negrilla fuera de texto).

2.1.2.2. Complementariedad entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario en el derecho penal internacional.

Al igual como sucede al interior de tribunales regionales de protección de derechos humanos, como lo es la Corte IDH, los Tribunales Penales Internacionales conciben la aplicación de disposiciones del DIDH a la hora de juzgar infracciones al derecho internacional humanitario en tanto crímenes de guerra, entre otros crímenes internacionales. Al respecto el derecho penal internacional encuentra una intrínseca relación entre sus fuentes normativas y aquellas propias del DIDH y el DIH.

Muestra de ello se evidencia en el pronunciamiento del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia en el caso del fiscal contra Dusko Tadic en donde manifestó que: *“Para un tribunal como este que se establecerá de acuerdo con el Estado de derecho, debe establecerse acorde a las normas internacionales adecuadas; debe proporcionar todas las garantías de imparcialidad, la justicia y la ecuanimidad, en plena conformidad con los instrumentos de derechos humanos reconocidos internacionalmente*⁴⁸(traducción del autor).

Por su parte, la Corte Penal Internacional (en adelante CPI), en el artículo 21.3 del Estatuto de Roma establece, a propósito del sistema de fuentes aplicable a dicha jurisdicción, que: *“3. La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, la edad, la raza, el color, el idioma, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición”*.

Lo anterior permite establecer que a la hora de desarrollar juicios penales internacionales se hace necesario brindar una aplicación ininterrumpida de los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Así, cuando se juzgan infracciones al DIH, calificadas como crímenes de guerra o cualquier otro crimen internacional, las normas de los derechos humanos deben ser la base fundamental de dicho procedimiento, tanto para proteger los derechos de las víctimas, como los de los procesados.

Margaret McAuliffe de Guzman, en *Commentary on the Rome Statute of the international Criminal Court*, dice que: *“Aunque se incluyó este párrafo sin corchetes en el proyecto de estatuto definitivo debatido en Roma, se convirtió en una de las provisiones más polémicas del Estatuto en la Conferencia. Hubo prácticamente unanimidad entre las delegaciones en cuanto a la conveniencia de estipular que la interpretación de la ley “debe ser coherente con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”. La necesidad de la Corte de adherirse escrupulosamente a estándares internacionales de derechos humanos en el ejercicio*

⁴⁷Corte Constitucional, sentencia C-579 de 2013 (28 de agosto), M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, párrafo 8.1.3.2.2. literal (iii).

⁴⁸TPIY, Prosecutor V. Dusko Tadic A/K/A "Dule", Decision On The Defence Motion For Interlocutory Appeal On Jurisdiction, It-94-1-Ar72, 02/10/1995. G b Par 45.

de sus funciones es incuestionable. En particular, los derechos de los acusados deben ser estrictamente respetados”⁴⁹(traducción del autor).

En ese mismo sentido, Antonio Cassese expresa que “los derechos humanos se entrelazan con el derecho penal internacional también en relación con los derechos fundamentales de los diversos participantes en los procesos penales internacionales. Este aspecto del derecho penal internacional ha hecho grandes avances desde la época de los juicios de Nuremberg y Tokio; ahora se considera axiomático que el tribunal internacional debe respetar plenamente estándares internacionalmente reconocidos en relación con los derechos de los acusados en todas las etapas de sus actuaciones”⁵⁰.

Esta posición ha venido siendo confirmada por los mismos jueces de la CPI a través de sus jurisprudencias. La Sala de Apelaciones, en el proceso del fiscal contra Thomas Lubanga Dyilo, ha “subordinado la interpretación y la aplicación del derecho aplicable en virtud del Estatuto al respeto de los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Se exige que la Corte ejerza su competencia de una manera que sea compatible con esos derechos”⁵¹.

Tal como lo manifiesta William Schabas en *The international Criminal Court. A commentary on the Rome Statute*, el artículo 21-3 puede ser comparado con las disposiciones constitucionales de numerosos ordenamientos jurídicos internos que habilitan a las jurisdicciones nacionales a desconocer sus leyes si estas aparecen incompatibles con los derechos humanos internacionalmente reconocidos⁵².

La CPI igualmente, a través de un pronunciamiento de la Sala de Apelaciones, declaró que “los derechos humanos sostienen el estatuto en todos sus aspectos, específicamente en aquel del ejercicio de la competencia de la Corte. Las disposiciones del Estatuto deben ser interpretadas, y sobretodo aplicadas, en conformidad con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”⁵³.

Ahora bien, tal como lo manifiesta Claire Callejón en *Statut de Rome de La Cour Pénale Internationale*, respecto a la expresión derechos humanos internacionalmente protegidos, la CPI ha precisado que esta cubre a la vez los instrumentos internacionales y los instrumentos regionales⁵⁴. Esto aparece respaldado por lo dicho en el proceso del Fiscal contra Thomas Lubanga Dyilo en donde la Sala de Cuestiones Preliminares I cita las disposiciones pertinentes de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP) y luego aplica disposiciones de las convenciones regionales europea, interamericana y africana.

Al igual, la Sala de Cuestiones Preliminares III en el proceso del fiscal contra Jean-Pierre Bemba Gombo analiza la noción particular de motivos razonables de creer

⁴⁹Otto Triffterer et al., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*,(Segunda Edición, 1999), Tomo I,p. 711 (traducción libre).

⁵⁰Antonio Cassese et al.,*International Criminal Law – Cases and Commentary*, (Tercera Edición, 2013), Oxford University Press,p. 41.

⁵¹ CPI, Judgment on the Appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the Decision on the Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court pursuant to article 19 (2) (a) of the Statute of 3 October 2006, ICC-01/04-01/06 (OA4), 14 December 2006,pará 36(raducción libre).

⁵² William Schabas, ,Oxford, Oxford University Press, 2010,pág.398.

⁵³ CPI, Judgment on the Appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the Decision on the Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court pursuant to article 19 (2) (a) of the Statute of 3 October 2006, ICC-01/04-01/06 (OA4), 14 December 2006,pará 37.

⁵⁴ Julián Fernández et Xavier Pacreau,*Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale. Commentaire article par article*, Paris,Éditions A. Pedone, 2012,pág. 777.

que la persona ha cometido un crimen relevando de la competencia de la Corte a la luz del artículo 5-1-c de la Convención Europea de derechos humanos y de su jurisprudencia, así como de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos relativa al derecho a la libertad consagrado por el artículo 7 de la convención⁵⁵.

Respecto de las garantías procesales derivadas del DIDH aplicables a un proceso penal, el derecho internacional de los derechos humanos configura una serie de garantías que se aplican a los diferentes procesos penales que se desarrollan tanto a nivel nacional como internacional. Independientemente de los crímenes cometidos, incluyendo las infracciones al derecho internacional humanitario, y de la calidad o condición del vinculado en un proceso penal, se deben aplicar nociones creadas y desarrolladas por el DIDH, so pena de viciar el proceso.

Muestra de ello se evidencia en un pronunciamiento de la CPI en donde se afirma que:

“El estatuto vuelve inadmisibles todo elemento de prueba obtenido en violación de los derechos humanos internacionalmente reconocidos, en las circunstancias definidas por su artículo 69-7. Si resulta imposible realizar un proceso equitativo en razón de las violaciones de derechos fundamentales del sospechoso o del acusado por parte de sus acusadores, sería entonces contradictorio afirmar que se pueda traducir a esta persona en justicia. En efecto, la justicia no podría ser otorgada. Un proceso equitativo es el único medio de otorgar la justicia. Si ningún proceso equitativo puede ser garantizado, el objeto del procedimiento judicial sería un fracaso y convendría entonces el poner fin al mismo”⁵⁶.

Estas garantías judiciales aparecen igualmente descritas en las normas propias del DIH aplicables a un conflicto armado no internacional como el colombiano, y es por ello que el artículo 6 del Protocolo adicional II a los convenios de Ginebra reza:

*“1. El presente artículo se aplicará al enjuiciamiento y a la sanción de infracciones penales cometidas en relación con el conflicto armado.
2. No se impondrá condena ni se ejecutará pena alguna respecto de una persona declarada culpable de una infracción, sino en virtud de sentencia de un tribunal que ofrezca las garantías esenciales de independencia e imparcialidad.
En particular:
a) el procedimiento dispondrá que el acusado sea informado sin demora de los detalles de la infracción que se le atribuya y garantizará al acusado, en las actuaciones que precedan al juicio y en el curso de éste, todos los derechos y medios de defensa necesarios; b) nadie podrá ser condenado por una infracción si no es sobre la base de su responsabilidad penal individual; c) nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho; tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de cometerse la infracción; si, con posterioridad a la comisión de la infracción, la ley dispusiera la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello; d) toda persona acusada de una infracción se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;*

⁵⁵ CPI, Decision on the Prosecutor’s Application for a Warrant of Arrest against Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08, 10 June 2008, par. 24.

⁵⁶ CPI, Judgment on the Appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the Decision on the Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court pursuant to article 19 (2) (a) of the Statute of 3 October 2006, ICC-01/04-01/06 (OA4), 14 December 2006, par. 37 (traducción libre)

e) toda persona acusada de una infracción tendrá derecho a hallarse presente al ser juzgada; f) nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable.

3. Toda persona condenada será informada, en el momento de su condena, de sus derechos a interponer recurso judicial y de otro tipo, así como de los plazos para ejercer esos derechos.

4. No se dictará pena de muerte contra las personas que tuvieren menos de 18 años de edad en el momento de la infracción ni se ejecutará en las mujeres encintas ni en las madres de niños de corta edad.

5. A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado”.

Es de anotar que estas disposiciones, tal como las concibe el DIH, son producto de los avances dados a lo largo de la historia por parte del DIDH que fueron incluidas en instrumentos internacionales tales como el PIDCP⁵⁷, entre otros; y que el legislador internacional decidió transponer a las normas propias de los conflictos armados para garantizar una mayor protección a aquellos que resultasen vinculados procesalmente por su vulneración.

Tal es la estrecha relación existente entre las disposiciones del DIH y del DIDH en desarrollo de un proceso penal que el desconocimiento de esta última podría provocar vicios que afectarían su debido desarrollo.

Si la finalidad del órgano reformador fue la de brindar una mayor protección a los miembros de la fuerza pública que resultasen vinculados a investigaciones judiciales por hechos cometidos en relación con el conflicto armado colombiano, no podría predicarse entonces que las únicas reglas aplicables por el juzgador fueron aquellas propias del DIH, ya que esto significaría un detrimento a las garantías y avances propios desarrollados por el DIDH para ofrecer una mayor protección y configurar un debido proceso.

Dicho lo anterior, es evidente que la reforma propuesta por el acto legislativo demandado va en contravía de los principales postulados de la Constitución Política y del ordenamiento internacional integrados al ordenamiento jurídico colombiano a través del bloque de constitucionalidad, ya que el DIDH es igualmente aplicable tanto en tiempos de guerra como de paz, debido a que los derechos humanos son de aplicación permanente y permiten una mejor protección de las personas, sean participantes o no en las hostilidades. Tal como se ha estudiado, la aplicación de las normas de DIDH respecto del juzgamiento de miembros de la fuerza pública que hayan presuntamente cometido conductas punibles en relación con el conflicto armado colombiano constituye una garantía para los procesados, puesto que tienen relación con medidas de protección al debido proceso, al juez natural, entre otras. Una aplicación complementaria del DIDH en medio del juzgamiento de las infracciones al DIH protege, como bien lo demuestran los procedimientos en el

⁵⁷ Al respecto, el artículo 9 del PIDCP garantiza la libertad y seguridad de las personas, estableciendo que no se puede privar de la libertad a persona alguna a no ser por las causas fijadas por la ley. Igualmente, su artículo 14 establece una serie de garantías judiciales para los procesados, al decir que todos son iguales ante la ley, que cuentan con el derecho a ser escuchadas ante un Tribunal independiente e imparcial. Igualmente, contempla el derecho a la presunción de inocencia, la no dilación de las diligencias judiciales, derecho a una defensa y a comunicarse con la misma, derecho a estar presente en el juicio, entre otras.

derecho penal internacional, los derechos de todos los intervinientes en el proceso, incluyendo tanto a las víctimas como a los procesados.

2.1.2.3. El deber de investigar y juzgar todos los hechos que constituyan violaciones a los DDHH o infracciones al DIH aplicando complementariamente el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

Para precisar de mejor manera el elemento definitorio de la CP debemos empezar por explicar que el compromiso estatal de respetar y garantizar los derechos humanos comporta a su vez dos obligaciones generales. Por un lado, la de abstenerse de realizar conductas que vulneren los derechos humanos y, por otro lado, la de tomar todas las medidas necesarias para asegurar el pleno goce de los derechos y libertades fundamentales. La supresión o el desconocimiento de cualquiera de ellas transformaría la naturaleza y el contenido de la obligación general al punto de su sustitución.

Para estudiar si el deber que señalamos es un elemento definitorio de la CP, debemos indagar sobre él a partir de la obligación de garantizar los DDHH, pues tales impone a los Estados una serie de deberes entre los que se encuentra prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones acontecidas dentro de su jurisdicción. Para garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos el Estado debe asumir medidas de carácter general, dirigidas a toda la población, para asegurar la vigencia de las normas internacionales en el ámbito interno⁵⁸. Luego la primera obligación del Estado es la de asegurarse que las normas internacionales operen dentro de su jurisdicción, sin perjuicio de que sea el propio Estado el que deba decidir sobre la forma más conveniente para introducir las al ordenamiento jurídico, bien sea a través de la incorporación directa de dichas normas o a través de normas internas que las reproduzcan. En todo caso, una vez ratificada la norma internacional, el Estado debe adecuar todo su derecho interno de conformidad con aquélla, lo cual también debe incluir la existencia de recursos judiciales efectivos⁵⁹.

Esta obligación se encuentra estrechamente relacionada con el contenido del artículo 2º del PIDCP y también de la Convención Americana de Derechos Humanos –cuerpos normativos que hacen parte del derecho internacional de los derechos humanos– sobre el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, la cual constituye una obligación de los Estados complementaria a la obligación de respetar los derechos⁶⁰.

En este sentido, la Observación general Nº 31 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre la naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ofrece algunas claves que nos pueden permitir identificar en qué consiste:

⁵⁸ Claudio Nash Rojas, *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en acción. Aciertos y desafíos*, Editorial Porrúa, México D.F.: 2009, pág. 33.

⁵⁹ Cecilia Medina Quiroga, *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago: 2005, págs. 17 – 19.

⁶⁰ Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Carlos María Pelayo Möller, “El deber de adoptar disposiciones de derecho interno. Análisis del art. 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su impacto en el orden jurídico nacional”, en *Influencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el orden jurídico mexicano*, Escuela Libre de Derecho, México D.F.: 2012.

*“Las obligaciones del Pacto en general y del artículo 2 en particular son vinculantes para todos los Estados Partes en conjunto. **Todos los poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial) y otras autoridades públicas o estatales, a cualquier nivel que sea, nacional, regional o local, están en condiciones de asumir la responsabilidad del Estado Parte.** (...)”*

*Aunque el párrafo 2 del artículo 2 permite a los Estados Partes que hagan efectivos los derechos del Pacto de conformidad con los procedimientos constitucionales internos, **el mismo principio se aplica con el fin de evitar que los Estados Partes invoquen disposiciones del derecho constitucional u otros aspectos del derecho interno para justificar una falta de cumplimiento** o de aplicación de las obligaciones dimanantes del tratado”⁶¹.*

Las precisiones realizadas por el Comité de Derechos Humanos apuntan en dos vías. La primera, hacia clarificar que la observancia de los derechos recae en todas las ramas del poder público o autoridades estatales y por lo tanto que cada una en sus funciones debe responder en concordancia con lo dispuesto en el Pacto. Esto es crucial, en la medida en que todas las autoridades, de conformidad con el artículo 2º del Pacto, deben asegurarse de que las normas internacionales operen dentro de su jurisdicción, y no solo el poder ejecutivo como representante del Estado a nivel internacional. Y la segunda, en concordancia con lo anterior, apunta a que precisamente las autoridades no puedan excusar la inobservancia de los contenidos del Pacto, bien en la ausencia de una norma de derecho interno que lo faculte o bien por la existencia de alguna que se lo prohíba. En suma, la vinculatoriedad de las disposiciones sobre derechos humanos debe ser observada directamente por todas las autoridades estatales, exista o no una norma interna que así lo indique o que lo restrinja. No obstante, la adopción de medidas normativas que garanticen la vigencia interna de los derechos reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos, hace parte de los deberes que deben seguir los Estados para cumplir con la obligación de garantizar los derechos humanos. Así lo establece claramente la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando en el caso “La Última Tentación de Cristo” apuntó:

*“En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias **para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones** asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de **adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención**, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que **las medidas de derecho interno han de ser efectivas** (principio del *effet utile*). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea **efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno**, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. **Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención**”⁶².*

⁶¹ Documento CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 del 26 de mayo de 2004.

⁶² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Olmedo Bustos y otros Vs. Chile, Sentencia del 5 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas) Serie C No. 73, párrafo 87.

De lo anterior se desprende que el Estado tiene el deber de adecuar el derecho interno, bien a través de la expedición de normas que reconozcan los derechos o la eliminación de aquellas que los desconozcan, de tal forma que permita a sus autoridades garantizar el pleno goce de los derechos humanos. De ello se puede deducir entonces que los Estados tienen a su vez la prohibición de expedir normas que les imposibiliten o restrinjan a sus autoridades observar el contenido de los derechos en el ejercicio de sus funciones.

El Comité de Derechos Humanos, en la Observación general Nº 31 antes citada, fue enfático en aseverar lo siguiente:

“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”⁶³
(negrillas fuera de texto).

Esta posición sentada por el Comité de Derechos Humanos replica, o mejor, compila una posición asumida en múltiples pronunciamientos de diferentes órganos e instancias tanto del orden nacional como internacional. En efecto, la convergencia y complementariedad del DIDH y el DIH ha sido reconocida por diversos órganos de las Naciones Unidas, la Corte Internacional de Justicia, la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos y la propia Corte Constitucional.

Diferentes órganos de Naciones Unidas se han pronunciado sobre el respeto de los derechos humanos en situaciones de guerra, siendo una de las normas más relevantes la resolución XXIII adoptada por la Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán en mayo de 1968. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en su Observación General No. 29, en relación con la posibilidad de suspensión de determinados derechos en el marco del artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ha establecido que:

“(e)l 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.

*(l)os 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, por ejemplo, la toma de rehenes, la imposición de castigos colectivos, la privación arbitraria de la libertad o la inobservancia de principios fundamentales de juicio imparcial, en particular la presunción de inocencia”*⁶⁴.

Asimismo, la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas en Colombia, refiriéndose a lo dicho por el relator de Naciones Unidas para las ejecuciones sumarias, extrajudiciales o arbitrarias, en su informe de 2004, citó:

⁶³Documento CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 del 26 de mayo de 2004

⁶⁴Documento HRI/GEN/1/Rev.7 at 215 del 31 de agosto de 2001

*“(…) En la actualidad la opinión más extendida es que la protección que ofrecen las normas internacionales de derechos humanos y la que ofrece el derecho internacional humanitario coinciden en el tiempo y el espacio y que ambos conjuntos normativos se aplican simultáneamente a menos que se produzca un conflicto de leyes entre ellos. En caso de que se produzca ese conflicto, debería aplicarse la *lex specialis*, aunque sólo en la medida en que la situación de que se trate entrañe un conflicto entre los principios aplicables en el marco de los dos regímenes jurídicos internacionales. La Corte Internacional de Justicia ha rechazado explícitamente el argumento de que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prevé únicamente la protección de los derechos humanos en tiempo de paz:*

*(…) La protección que otorga el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no se suspende en tiempo de guerra, excepto en función de lo dispuesto en el artículo 4 [suspensión en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación]. Sin embargo, esa suspensión no se aplica en relación con el respeto del derecho a la vida. En principio, el derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida se aplica también en las hostilidades. No obstante, la prueba de lo que es una privación arbitraria de la vida debe ser determinada en esos casos por la *lex specialis* aplicable, a saber, el derecho aplicable en los conflictos armados, que está concebido para reglamentar la conducción de las hostilidades”⁶⁵.*

En el año 2000 la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*, señaló que, con independencia de que en un Estado se desarrolle un conflicto armado, persiste la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos:

*“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**”⁶⁶ (negritas fuera de texto).*

Siguiendo este precedente, en el 2005 el mismo tribunal interamericano en el caso *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, profundizó en su argumento para resaltar que los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos ofrecen a las personas una protección fundamental que se debe complementar con el derecho internacional humanitario:

“La Corte recuerda que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene por fin proporcionar al individuo medios de protección de los derechos humanos reconocidos internacionalmente frente al Estado (sus órganos, sus agentes, y todos aquellos que actúan en su nombre), y que es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que todo Estado es internacionalmente responsable por cualquier acto u omisión de cualesquiera

⁶⁵Derecho internacional humanitario Conceptos básicos Infracciones en el conflicto armado colombiano (Segunda edición actualizada, enero de 2013). Naciones Unidas. Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado Colombia, p. 141 y 142.

⁶⁶Sentencia del 25 de noviembre de 2000, párrafo 207.

de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados.(...)

Asimismo, el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), **reconoce en su preámbulo la complementariedad o convergencia entre las normas del Derecho Internacional Humanitario con las del Derecho Internacional de los Derechos Humanos**, al señalar que “[...] los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos ofrecen a la persona humana una protección fundamental”. Además, el artículo 75 del Protocolo I a dichos Convenios, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, al referirse a las garantías fundamentales de todas las personas que estén en poder de una Parte en conflicto y que no disfruten de un trato más favorable en virtud de los referidos Convenios o de dicho Protocolo, y el artículo 4 del Protocolo II, al referirse a las garantías fundamentales de todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, las que hayan dejado de participar en ellas, estén o no privados de libertad, señalan que tales personas deben gozar de dichas garantías, **consagrando de esta forma la complementariedad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario**⁶⁷.

Recientemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció sobre la responsabilidad internacional del Estado colombiano en la desaparición forzada de 11 personas en los hechos de la toma y retoma del Palacio de Justicia en el año 1985. La Corte en esta oportunidad tuvo que resolver cuestiones de trascendental importancia, como el rol de la justicia penal militar, la tipificación de los crímenes de lesa humanidad en el ordenamiento interno, plazo razonable, entre otros tantos temas, pero asimismo sobre la complementariedad del DIH y el DIDH, para lo cual trajo a colación el concepto presentado por el perito Carlos Castresana con quien manifiesta coincidencias. Concretamente señaló la Corte que:

*“(...)La Corte no ignora la situación de especial tensión y caos en que se encontraban las autoridades estatales luego de que culminó el operativo de recuperación del Palacio de Justicia. No obstante, advierte que inclusive en una situación de conflicto armado, el derecho internacional humanitario incluye obligaciones de debida diligencia relativas al correcto y adecuado levantamiento de cadáveres y los esfuerzos que deben adelantarse para su identificación o inhumación con el fin de facilitar su identificación posterior. En sentido similar, el perito Carlos Castresana señaló que: **[l]a existencia de un conflicto no exonera a los Estados de ninguna de sus obligaciones de respetar y hacer respetar su ordenamiento jurídico interno en beneficio de los ciudadanos, ni le releva de sus compromisos frente a la comunidad internacional, pues las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos conservan su vigencia y acentúan su importancia aún en situación de conflicto. Más bien al contrario, el Estado debe incrementar su diligencia en el cumplimiento de su deber de respeto de los derechos humanos, que en caso de conflicto hace entrar en aplicación normas que no son aplicables en ausencia de éste; y debe, tomando en cuenta la especial vulnerabilidad en que la situación de conflicto sitúa per se a los no combatientes, extremar su diligencia en el cumplimiento de su deber de garantía, que exige e incluye [...] los deberes de***

⁶⁷Sentencia del 1 de marzo de 2005, párrafos 54 y siguientes.

prevenir las violaciones de los derechos humanos, y producidas éstas, provengan de actores estatales o no estatales, [...], a su vez implica las obligaciones de investigar, perseguir y castigar a los responsables, y reparar a las víctimas”⁶⁸.

Siguiendo con el sistema interamericano de protección de derechos humanos no podemos dejar de traer a colación las observaciones realizadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al Estado colombiano, precisamente sobre las múltiples reformas a la justicia penal militar que el gobierno nacional ha promovido en los últimos años. Fue enérgica la Comisión al llamar la atención del Estado por el constante error en el que incurre cuando argumenta que el DIH, en tanto norma especial que regula la conducción de hostilidades, se aplica de forma excluyente al derecho internacional de los derechos humanos. Y lo señaló de la siguiente manera:

*“No obstante, la Comisión considera que **no es válido ni ajustado a derecho el argumento según el cual, las infracciones al DIH y las violaciones de derechos humanos se incorporan de manera excluyente en el derecho penal interno de los Estados.** Tal como ha explicado la Comisión en los párrafos precedentes, los cuerpos normativos del DIH y el derecho internacional de los derechos humanos **son complementarios**, y en algunos casos, la misma conducta típica regulada por el derecho interno puede responder a uno u otro marco normativo, de acuerdo con las circunstancias que rodearon la comisión del hecho. **Esta interpretación resulta aún más aplicable en el caso de Colombia**, en el que muchas violaciones de derechos humanos se encuentran tipificadas en el capítulo del Código Penal correspondiente a delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario. Por otra parte, en la mayoría de los casos, han sido cortes civiles, a nivel nacional e internacional, las encargadas de investigar y sancionar casos de crímenes de guerra”⁶⁹ (negritas fuera de texto).*

La Comisión, al evaluar los proyectos para reformar a la justicia penal militar en Colombia, no solamente refuerza su doctrina sobre complementariedad del DIH y el DIDH, sino que además dice que tal principio tiene mayor connotación en el caso colombiano por el contenido del código penal y las disposiciones internas.

La Corte Internacional de Justicia también ha resaltado esta convergencia en la Opinión Consultiva del 9 de junio de 2009 sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en territorio palestino ocupado. En la citada Opinión Consultiva, la Corte Internacional de Justicia plantea explícitamente la convergencia de ambas normativas al señalar que:

“la protección que ofrecen los convenios y convenciones de derechos humanos no cesa en caso de conflicto armado, salvo en 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

⁶⁸ Caso Rodríguez Vera y Otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia, sentencia del 14 de noviembre de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 496.

⁶⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Verdad, justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 49/13 31 diciembre 2013, párrafo 451.

*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”.*

Cabe anotar que no solo han sido los sistemas universal y regional de protección los que se han manifestado y abogado a favor de la complementariedad de estos dos cuerpos axiales y normativos; también lo ha hecho la jurisprudencia constitucional colombiana, como a continuación se señala sucintamente.

Sobre la convergencia de las normas del DIDH y las normas del DIH en la sentencia C-156 de 1999, la Corte Constitucional señaló:

“La mencionada convergencia de las normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de las normas del Derecho Internacional Humanitario ha sido reconocida por este Tribunal en otros casos, en los cuales declaró que los Estados demandados habían cometido violaciones a la Convención Americana por sus actuaciones en el marco de un conflicto armado de índole no internacional”⁷⁰(negrillas fuera de texto).

Respecto de los límites constitucionales normativos del Congreso en tratándose de derechos fundamentales, la Corte Constitucional, en la sentencia C-177 de 14 de febrero de 2001, hizo las siguientes precisiones:

“Esta Corte debe reiterar que los principios y valores supremos así como los derechos fundamentales que hacen del ciudadano el eje central de las reglas de convivencia consagradas en la Carta Política de 1991, se erigen en límites constitucionales de las competencias de regulación normativa que incumben al Congreso como titular de la cláusula general de competencia de modo que, so pretexto del ejercicio de la libertad de configuración legislativa, no le es dable desconocer valores que, como la vida, la integridad personal y la proscripción de todo tipo de discriminación respecto de los derechos inalienables de las personas, de acuerdo a la Carta Política, son principios fundantes de la organización social y política, pues así lo proclama el Estatuto Superior”⁷¹(negrillas fuera de texto).

En la sentencia C-291 de 2007 la Corte fue enfática en señalar la interacción existente entre el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos:

“El componente del principio humanitario consistente en la obligatoriedad de respetar las garantías fundamentales y salvaguardas humanitarias básicas durante los conflictos armados, constituye uno de los principales nodos de interacción del Derecho Internacional y Constitucional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario. En efecto, las garantías mínimas y salvaguardas humanitarias que forman parte del principio humanitario, corresponden a su vez a las disposiciones cardinales del derecho de los derechos humanos, que están plasmadas como obligaciones no derogables y derechos no sujetos a suspensión durante estados de emergencia.

⁷⁰ M.P.: Martha Victoria Sáchica Mendez

⁷¹ M.P.: Fabio Morón Díaz

Esta interacción, en el seno del principio humanitario, del Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos más esenciales, confirma que estos dos ordenamientos jurídicos se complementan mutuamente en tiempos de confrontación armada, y que ambos comparten el objetivo cardinal de proteger los derechos básicos y la dignidad de la persona, en tiempos de guerra y de paz, limitando el poder de los Estados y de las organizaciones para salvaguardar un núcleo básico de garantías fundamentales de las que son titulares todas las personas, sin discriminación. En este sentido, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha afirmado, como uno de los principios básicos para la protección de las poblaciones civiles en los conflictos armados, 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”. La interrelación entre el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, adquiere una especial fuerza en los conflictos armados internos: “es precisamente en situaciones de conflicto armado interno que esas dos ramas del Derecho internacional convergen de manera más precisa y se refuerzan recíprocamente”. En igual sentido, el Preámbulo del Protocolo Adicional II dispone que “los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos ofrecen a la persona humana una protección fundamental”, y el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia ha precisado que “las leyes de la guerra no desplazan necesariamente a las leyes que regulan las situaciones de paz; aquellas pueden añadir elementos requeridos por la protección que debe ser otorgada a las víctimas en situaciones de guerra”.

*Más aún, es claro que en los casos de conflictos armados internos, **las disposiciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario se aplican de manera concurrente e interactúan de distintas formas** en su aplicación a situaciones concretas. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado, en este sentido, que “en ciertas circunstancias (...) es necesario aplicar directamente normas de derecho internacional humanitario, o interpretar disposiciones pertinentes de la Convención Americana, tomando como referencia aquéllas normas”, y ha precisado que ello se deriva de las relaciones específicas que existen entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, el cual constituye para ciertos efectos *lex specialis*, puesto que a pesar de que “los tratados sobre derechos humanos son aplicables tanto en tiempo de paz como en situaciones de conflictos armados”, las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario, tanto convencionales como consuetudinarias, **proveen regulaciones mucho más detalladas que el DIDH para proteger los derechos de las víctimas en situaciones de conflictos armados** y regular los métodos y medios de combate. Dado que el objetivo mismo del DIH es el de limitar los efectos de los conflictos armados sobre sus víctimas, “es comprensible que las disposiciones del Derecho humanitario convencional y consuetudinario otorguen, en general, una protección mayor y más concreta para las víctimas de los conflictos armados, que las garantías enunciadas de manera más global en la Convención Americana y en otros instrumentos sobre derechos humanos”. No obstante lo anterior, la Comisión Interamericana ha subrayado la coincidencia en las metas de protección de ambos ordenamientos, señalando que “al igual que otros instrumentos universales y regionales sobre derechos humanos, la*

Convención Americana y los Convenios de Ginebra de 1949 comparten un núcleo común de derechos no suspendibles y el objetivo común de proteger la integridad física y la dignidad del ser humano”. La Asamblea General de la Organización de Estados Americanos ha recordado que “de conformidad con la Carta de la Organización de los Estados Americanos y teniendo presentes todas las disposiciones aplicables del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos dentro de sus respectivos ámbitos de aplicación, los derechos humanos y libertades fundamentales deben ser siempre respetados, incluso en las situaciones de conflicto armado”⁷².

Una cosa se debe resaltar especialmente de este razonamiento de la Corte y es que, así como los órganos del sistema universal e interamericano de protección, la Corte Constitucional entiende que el ordenamiento jurídico-constitucional colombiano incorpora el DIH y el DIDH con una concepción de integralidad y complementariedad en la protección de los derechos.

El tratadista Jean Pictet logra identificar tres principios aplicables comunes al DIH y al DIDH, a saber: (i) inviolabilidad, que se refiere a los atributos inseparables de la persona (vida e integridad física y psíquica); (ii) no discriminación, que significa que todos deberán ser tratados sin distinción desfavorable de ningún tipo; y (iii) seguridad, alude a la seguridad personal, por lo que se adoptan medidas de salvaguardia (como, por ejemplo, garantías judiciales). Por su parte, se tiene que el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, a través de sus prohibiciones protege cuatro de los derechos básicos que son también protegidos por los instrumentos internacionales de derechos humanos y que constituyen los derechos humanos mínimos que deben respetarse en casos de conflictos armados: la vida, la integridad personal, la libertad personal y las garantías judiciales⁷³.

Cançado Trindade ha dicho que la adopción del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, que contiene estándares mínimos de protección en caso de conflicto armado no-internacional, también contribuyó a la aproximación entre el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos debido a su amplio ámbito que acarrea la aplicación de las normas humanitarias de la misma manera en las relaciones entre el Estado y las personas bajo su jurisdicción (como ocurre en el campo propio de los derechos humanos)⁷⁴.

Para Daniel O'Donnell, la aplicación del derecho internacional humanitario por los mecanismos de derechos humanos de las Naciones Unidas para abordar las violaciones de los derechos fundamentales perpetradas por las partes en un conflicto armado que no son un Estado fortalece la imparcialidad y la objetividad del sistema respetando, al mismo tiempo, los principios jurídicos básicos por lo que atañe a la responsabilidad de los Estados. Recurrir a las normas humanitarias para interpretar las normas de derechos humanos, y otras formas de desarrollar una

⁷²M.P.: Manuel José Cepeda

⁷³ Jean Pictet, *Principios Fundamentales de la Cruz Roja. Comentario*, Federación Internacional de la Cruz Roja, 1979.

⁷⁴ Cançado Trindade, *Derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional de los refugiados y derecho internacional humanitario: aproximaciones y convergencias*, en *Memoria del Coloquio Internacional 10 Años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados*, San José ACNUR/IIDH/Gobierno de Costa Rica, 1994, páginas 79-168. Texto citado en: *Derecho internacional humanitario Conceptos básicos Infracciones en el conflicto armado colombiano* (Segunda edición actualizada, enero de 2013). Naciones Unidas. Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado Colombia, p. 150 y 151.

normativa mixta más sólida dimanante de las dos ramas del derecho con objeto de cubrir prácticas y situaciones en que ambas son relevantes, afianza la compatibilidad y la eficacia de los dos sistemas⁷⁵.

Iván Orozco Abad y Juan Gabriel Gómez Albarello, en *“Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal”*, han señalado que:

“(…)el [derecho humanitario] es un estatuto mínimo –y no máximo– de derechos humanos. El hecho de que esté edificado sobre la neutralización normativa de la prohibición de matar, por lo menos en circunstancias de combate, es indicativo, en sí mismo, de que el [derecho humanitario] comporta el reconocimiento de que la guerra es el imperio de la razón instrumental y estratégica, de manera que sus pautas normativas configuran criterios mínimos, acaso sobre todo negativos, de flaqueo valorativo dentro de un universo dominado en buena medida por las concesiones a la “eficiencia”, en detrimento de los estándares comparativamente altos de respeto por los derechos humanos –v. gr., derechos fundamentales– propios del Estado liberal de derecho”⁷⁶.

Asimismo, se debe resaltar que tanto el DIH como el DIDH tienen como denominador común el principio de humanidad, toda vez que es sobre la base de este donde se erige la protección de la dignidad del ser humano. Así lo ha entendido la jurisprudencia más reciente del Tribunal para la Antigua Yugoslavia al 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”⁷⁷.*

Hecho el anterior recuento, podríamos decir que, si bien existen diferencias entre ambos cuerpos, en caso de conflicto armado, no lo es menos que tanto las normas del DIH como las del DIDH son aplicables y no es posible suspender una, bajo el pretexto de aplicar otra. Las normas de DIDH se aplican en todo tiempo y lugar, con independencia de la existencia o no de un conflicto armado, caso en el cual el DIH enriquece al DIDH, no lo suprime.

Contrario al argumento según el cual la protección del DIDH y del DIH son excluyentes en caso de conflictos armados, la doctrina y la jurisprudencia justamente han valorado su complementariedad para la protección de la dignidad humana. Si bien ambos cuerpos difieren en su contenido, sujetos obligados, beneficiarios de la protección y fuentes de las que emana su vinculatoriedad, ambas

⁷⁵ Daniel O'Donnell, *Tendencias en la aplicación del derecho internacional humanitario por los mecanismos de derechos humanos de las Naciones Unidas*, Revista Internacional de la Cruz Roja, 1998. Texto citado en: Derecho internacional humanitario Conceptos básicos Infracciones en el conflicto armado colombiano (Segunda edición actualizada, enero de 2013). Naciones Unidas. Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado Colombia, p. 151.

⁷⁶ Iván Orozco Abad y Juan Gabriel Gómez Albarello, *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*, Bogotá, Editorial Temis-Universidad Nacional de Colombia, 1999, página 252. Texto citado en: Derecho internacional humanitario Conceptos básicos Infracciones en el conflicto armado colombiano (Segunda edición actualizada, enero de 2013). Naciones Unidas. Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado Colombia, p. 152.

⁷⁷ The Prosecutor vs. Furundzija, caso n.º IT-95-17/I-T, Sentencia del 10 de diciembre de 1998, párrafo 183.

normativas convergen en el fin de proteger al individuo frente a la violencia. El derecho humanitario se aplica en tiempos de conflicto armado y sus disposiciones complementan el derecho internacional de los derechos humanos, puesto que en lo que no se vincule directamente a las hostilidades, los derechos humanos siguen aplicándose de manera convergente.

De todo lo anterior podemos concluir que la obligación general de los Estados de garantizar el goce de los derechos humanos incluye el deber de adecuar su derecho interno a las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos, y que uno de los matices a tener en cuenta es que su reconocimiento y aplicación es concurrente y complementario al del derecho internacional humanitario, como quedó visto. Por tanto, los deberes de investigar y juzgar las violaciones a cualquiera de los dos *corpus iuris*, como expresión de esta obligación de asegurar el goce de los derechos, debe realizarse teniendo en cuenta que la protección de las personas es integral y en tal medida deben observarse tanto las disposiciones del DIH como las del DIDH.

2.2. Nuevo elemento definitorio de la CP: las conductas delictivas de los miembros de la fuerza pública se investigan y juzgan aplicando el derecho internacional humanitario y excluyendo el derecho internacional de los derechos humanos.

Siguiendo la línea argumentativa que introduce esta demanda de inconstitucionalidad, en este acápite debemos concentrarnos en exponerle a la H. Corte Constitucional los motivos por los cuales el contenido normativo del acto demandado edifica un nuevo elemento definitorio de la CP. Nos dedicaremos especialmente a demostrar las implicaciones que tiene el nuevo elemento normativo en la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, concretamente en el deber que identificamos en el apartado anterior (ver *supra* 2.1.2).

Para ello debemos, en primer lugar, traer otra vez a colación el nuevo elemento normativo introducido por el acto legislativo, el cual fue decantado en la primera parte de la demanda (ver *supra* 1.2), y que identificamos de la siguiente manera:

“Las conductas punibles cometidas por miembros de la fuerza pública en el marco del conflicto armado o en enfrentamientos que reúnan las condiciones objetivas del DIH serán investigadas y juzgadas de conformidad con el derecho internacional humanitario excluyendo la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos”.

Con base en el entendimiento de que la reforma constitucional tuvo como propósito principal excluir la posibilidad de que la investigación y el juzgamiento de las conductas punibles cometidas por miembros de la fuerza pública se adelanta aplicando el DIDH, resulta necesario que nos cuestionemos sobre cuáles serían entonces las nuevas características del principio que identifica a la CP desde la entrada en vigencia de la reforma constitucional.

Como lo hemos venido argumentando en diferentes apartados de la presente demanda de inconstitucionalidad, este acto legislativo se caracteriza por adicionar a la CP una disposición de carácter sustancial –no competencial– que pretende señalarles a fiscales y jueces cuáles son los instrumentos normativos que deben regir sus actividades de investigación y juzgamiento cuando se encuentren con conductas punibles de los miembros de la fuerza pública. En consecuencia, la reforma se dirige

a afectar el régimen jurídico a través del cual se encausan los delitos cometidos por este limitado grupo poblacional en un ámbito especial que es el conflicto armado o enfrentamientos que reúnan las condiciones objetivas del DIH. Ahora, en la medida en que en el universo de conductas punibles que pueden ocurrir en este contexto objetivo y subjetivo puede haber algunos delitos que constituyen violaciones a los derechos humanos y/o infracciones al derecho internacional humanitario, necesariamente la adición al artículo 221 de la CP que nos encontramos demandando reconfigura la obligación del Estado de garantizar los derechos humanos. Ello es así porque, como lo vimos en el apartado anterior, uno de los deberes que tienen los Estados para asegurar el goce de los derechos es el de adelantar con debida diligencia las investigaciones y el juzgamiento de las violaciones que se produzcan. Luego, cualquier norma dirigida a afectar estas dos actividades que comprenden uno de los ejes en los que se soporta la garantía de los derechos humanos redundaría en la obligación de respetarlos y protegerlos.

Para el caso concreto del acto legislativo 01 de 2015 observamos que la afectación proviene de la delimitación que hace el órgano reformador del marco normativo que deben aplicar los funcionarios judiciales encargados de la investigación y juzgamiento de las conductas punibles de los miembros de la fuerza pública acontecidas en el conflicto armado o enfrentamientos que reúnan las condiciones objetivas del DIH, pues de forma imperativa el inciso demandado les ordena hacerlo aplicando el derecho internacional humanitario y excluyendo el derecho internacional de los derechos humanos. Así las cosas, desde la adopción de la nueva redacción del artículo 221 de la CP, la investigación y el juzgamiento de las violaciones a los derechos humanos y las infracciones al DIH que reúnan las características objetivas y subjetivas anotadas, excluye la posibilidad de que jueces y fiscales realicen sus labor observando y aplicando el DIDH, de manera que el nuevo elemento definitorio de la CP puede sintetizarse de la siguiente manera:

El Estado debe investigar y juzgar todos los hechos que constituyan violaciones a los DDHH o el DIH aplicando complementariamente el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, excepto las conductas delictivas de los miembros de la fuerza pública en el marco de un conflicto armado o enfrentamiento que reúnan las condiciones objetivas del DIH, que se investigan y juzgan excluyendo el derecho internacional de los derechos humanos.

Esto nos permite concluir que el elemento normativo introducido por el inciso segundo del acto legislativo 01 de 2015 erige un nuevo elemento definitorio de la CP en lo relativo a la obligación de proteger los derechos humanos mediante la investigación y juzgamiento de las violaciones, pues desde su entrada en vigencia tales actividades, cuando se refiera a conductas acontecidas en un escenario de conflicto armado, deben aplicar el DIH excluyendo el DIDH.

2.3. Conclusión: el nuevo elemento definitorio es incompatible con la CP de 1991

Nos corresponde en este apartado presentarle a la Corte los argumentos por los cuales el nuevo elemento definitorio introducido por la reforma constitucional sustituye, y no simplemente modifica, el elemento concebido en la CP de 1991. De lo expuesto en los párrafos anteriores se colige que la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos es el componente sobre el que dispone el órgano reformador a través del acto legislativo, luego debemos cuestionarnos si ello se contrapone, o mejor, contradice la obligación estatal de garantizar los derechos

humanos. Y la respuesta es afirmativa por las mismas razones que fueron expuestas en la primera parte para demostrar que la aplicación complementaria del DIH y el DIDH en la investigación y juzgamiento de las violaciones a los derechos, es un elemento esencial definitorio de la CP de 1991 (ver *supra* 2.1.).

La obligación estatal de asegurar el goce efectivo de los derechos reconocidos por los tratados internacionales de derechos humanos implica el deber de adoptar disposiciones de derecho interno que puedan garantizar el fiel cumplimiento de las obligaciones. Es decir, el Estado debe adecuar su derecho interno a las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos para garantizar los derechos allí reconocidos. Estas medidas deben ser efectivas, lo que significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en el DIDH sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención Americana de Derechos Humanos. Por tanto, cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección del DIDH, y solo ante esta circunstancia, se entiende que dichas medidas son efectivas⁷⁸.

Para el caso concreto tenemos que hay una disposición constitucional –inciso segundo del acto legislativo 01 de 2015– que establece que el DIDH no es aplicable para investigar y juzgar violaciones a los derechos humanos e infracciones al DIH cometidas por miembros de la fuerza pública en el marco de un conflicto armado o enfrentamientos que reúnan las condiciones del DIH. Es decir, el órgano reformador introdujo al ordenamiento jurídico una norma que, en vez de adecuar el ordenamiento interno para garantizar efectivamente los derechos humanos, limita, o mejor, prohíbe su observancia cuando se cumpla el deber de investigar y juzgar sus violaciones. Esta es una medida cuyo efecto es hacer que el DIDH no sea efectivo en el ordenamiento jurídico interno, lo cual no solo redundaría en un incumplimiento de los artículos 1 y 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención Americana de Derechos Humanos, sino que además desconoce lo prescrito por el Preámbulo de la Constitución, el cual señala que es fin del Estado asegurar a sus integrantes distintos derechos fundamentales, como la vida, la convivencia y la justicia, entre otros. Asimismo supone un desconocimiento del artículo 2, que dispone como fin del Estado “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”, además de “proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades”. A esto debemos agregar que la exclusión de la aplicación del DIDH para el juzgamiento y la investigación de las conductas enunciadas desconoce el principio de universalidad de los derechos humanos entendido “*como la posibilidad de aplicarlos [los derechos humanos] a todos los hombres y mujeres más allá de criterios temporales y espaciales. Esto en razón a que los derechos humanos son manifestación directa de la dignidad que está íntimamente relacionada con el concepto de ser humano*”⁷⁹. Es decir, los derechos humanos, por contener valores morales de especial connotación para la humanidad, deben ser reconocidos y observados en todo momento sin importar las condiciones de tiempo, modo y lugar.

De este modo, el Estado colombiano, mediante la reforma de un solo artículo, pretende renunciar a la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y a su aplicación simultánea y complementaria cuando se produzcan

⁷⁸Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Olmedo Bustos y otros Vs. Chile, Sentencia del 5 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas) Serie C No. 73, párrafo 87.

⁷⁹Corte Constitucional, sentencia C-063 de 2010, M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

afectaciones a la vida, integridad y libertad de los civiles en el contexto del conflicto armado, y aun fuera del conflicto, por ejemplo cuando se aleguen muertes de civiles en presuntas “condiciones objetivas” de enfrentamiento que se dejan a interpretación discrecional de la Fuerza Pública⁸⁰.

Esta renuncia a que los miembros de la Fuerza Pública tengan que responder por las garantías básicas de los derechos humanos, en aras de superar una supuesta inseguridad jurídica de los miembros de las fuerzas militares y de policía implicados en casos de falsos positivos y crímenes contra los derechos humanos, coloca a todos los colombianos y colombianas como víctimas indefensas del accionar de las fuerzas armadas y de policía, cuando con estas acciones resulten afectados por violaciones al derecho a la vida y a sus derechos y libertades básicas⁸¹.

El Estado colombiano está obligado a respetar y aplicar de manera integral y de buena fe, los pactos y tratados internacionales de derechos humanos y de derecho internacional humanitario y no puede simplemente deshacerse de sus compromisos internacionales bajo ningún pretexto⁸².

Lo anterior nos permite concluir que el nuevo elemento definitorio introducido a la CP por el inciso segundo del acto legislativo 01 de 2015, según el cual la investigación y el juzgamiento de las violaciones a los DDHH e infracciones al DIH cometidas por miembros de la fuerza pública en el marco de un conflicto armado o enfrentamientos que reúnan las condiciones objetivas del DIH se llevan a cabo aplicando el DIH con exclusión del DIDH, es incompatible con la Constitución de 1991.

2.4. Pretensiones

Con base en los argumentos anteriormente planteados, le solicitamos a la H. Corte, como **pretensión principal**, que declare la inconstitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2015 inciso 2° (parcial), ya que de interpretarse que el Acto introdujo un elemento normativo novedoso, consistente en la aplicación exclusiva del DIH con exclusión del DIDH, se desconocería la obligación del Estado colombiano de garantizar los derechos humanos a través de la investigación y el juzgamiento de las violaciones de los derechos humanos e infracciones al DIH aplicando complementariamente el DIDH y el DIH, y por lo tanto se estaría sustituyendo la Constitución.

En caso de que la H. Corte estime que el acto legislativo inciso 2° (parcial) debe ser interpretado de forma amplia, es decir, entendiendo que la enunciación de la aplicabilidad del DIH no excluye la del DIDH, le solicitamos como pretensión subsidiaria que se pronuncie estableciendo un parámetro de interpretación del acto legislativo del cual se pueda concluir lo anterior.

3. Segundo cargo de inconstitucionalidad por sustitución de la Constitución: sustitución del elemento definitorio constitucional de independencia y autonomía judicial

⁸⁰Pronunciamiento de junio de 2015, de la mesa de trabajo sobre ejecuciones extrajudiciales y la Coordinación Colombia – Europa – Estados Unidos.

⁸¹ *Ibíd.*

⁸² *Ibíd.*

El segundo cargo de inconstitucionalidad por sustitución de la Constitución está fundamentado en que el acto legislativo 01 de 2015, al establecer que en la investigación y juzgamiento de las conductas punibles de los miembros de la fuerza pública, los jueces y fiscales no cuentan con autonomía e independencia al tener que aplicar obligatoriamente el derecho internacional humanitario, excluyendo la aplicación de otros cuerpos normativos de igual relevancia constitucional como el derecho internacional de los derechos humanos, lo cual sustituye parcialmente la autonomía e independencia judicial que define esencialmente la Constitución de 1991. Tal elemento definitorio se encuentra consagrado, entre otros, en el Preámbulo y artículos 1, 2, 9, 95-7, 113, 114, 115, 116, 121, 122, 150, 188-189, 228-229, 235, 237, 241, 246, 250, 256 de la Constitución Política; Preámbulo y artículos 8 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH); artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); y artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

La jurisprudencia de la Corte ha señalado que si bien la Constitución no contiene expresamente cláusulas pétreas, impone la sustitución de la Carta como límite competencial al poder de reforma del constituyente derivado. Cuando se trata de realizar un test de sustitución de la Constitución se debe tener en cuenta la metodología establecida para tal fin en la sentencia C-1040 de 2005. Por lo tanto, a continuación señalaremos (i) cuál es el elemento esencial definitorio de la Carta Política, (ii) a partir de los múltiples referentes normativos cuáles son sus especificidades en la Carta de 1991 y (iii) por qué es esencial y definitorio de la Constitución.

La Constitución Política de 1991 establece que Colombia es un Estado social de derecho, democrático, pluralista y fundado en el respeto de la dignidad humana. Todas las personas que lo integran están sometidas al imperio de la ley, todas las actividades que se realizan, especialmente por agentes del Estado, deben estar reguladas por la ley. El Estado social de derecho también garantiza 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, entre ellos la justicia, consagrada en el Preámbulo como fin del ordenamiento constitucional.

3.1 El elemento definitorio de la identidad de la Constitución Política de 1991: la autonomía e independencia judicial

A continuación nos referiremos al contenido de la autonomía e independencia judicial, a partir del texto constitucional, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y las normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad para determinar su importancia como elemento definitorio en la Constitución.

Concretamente el elemento esencial de la Carta Política identificado puede formularse en los siguientes términos: “Los fiscales y jueces de la República cuentan con autonomía e independencia para elegir las normas jurídicas que consideren pertinente aplicar al caso concreto”.

Lo primero que se puede afirmar es que la autonomía e independencia judicial hace parte también del principio constitucional de separación de poderes. Este principio se encuentra en las raíces del Estado de derecho moderno y del constitucionalismo

contemporáneo. El artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 establece que “toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni determinada la separación de poderes, no tiene Constitución”. Para Peter Häberle, reconocido teórico del Estado constitucional, “quizá podría hablarse incluso de un derecho fundamental a la separación de poderes, ya que en última instancia ésta se encuentra al servicio de la protección de los derechos humanos y de la libertad del individuo”⁸³.

A nivel normativo, el artículo 113 de la Constitución señala: *“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”*.

Es claro que el constituyente se preocupó de que cada órgano del poder público tuviera unas funciones específicas para el cumplimiento de los fines del Estado, y que tales funciones deben ser cumplidas exclusivamente por los órganos designados para ello.

El título V de la Constitución Política de Colombia “De la organización del Estado”, en sus capítulos I y II señala las funciones de las ramas del poder público y de los órganos de control, y asimismo establece los principios de la función pública. Los artículos 114, 115 y 116 de la Constitución Política se refieren en su orden de manera genérica a las funciones constitucionales que se atribuyen al poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial, las que se desarrollarán de manera específica cuando, en cada uno de los títulos correspondientes a las ramas del poder público, determinan 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.

Por su parte, 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. 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.

De esta forma, la separación de poderes, sin desatender la armonía necesaria entre los mismos, es esencial para el correcto funcionamiento del Estado social de derecho. En Colombia, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-141 de 2010, ha reiterado la relevancia constitucional de dicho principio:

“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 inexequibilidad de enunciados normativos reformatorios del texto constitucional.

[...] 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

⁸³ Peter Häberle, *El Estado constitucional*, México: Unam - Fondo Editorial PUCP, 2003, p. 208.

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".

A nivel del sistema internacional de protección de derechos humanos, se ha entendido igualmente que el principio de separación de poderes es esencial para la democracia e 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'.

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

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' ⁸⁴.

Por su parte, el principio constitucional de autonomía e independencia judicial implica que los órganos de los poderes públicos ejerzan sus funciones sin interferencia de ningún tipo y dentro de los márgenes constitucionales con un enfoque que admite y promueve la colaboración armónica. De manera expresa, el artículo 228 constitucional establece la independencia de los funcionarios judiciales al disponer 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".

⁸⁴ Federico Andreu-Guzmán, *Tribunales militares y graves violaciones de derechos humanos*, Comisión Colombiana de Juristas, Bogotá, 2011, pág. 14-16

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha comprendido este principio de autonomía e independencia como un límite para las actividades de los demás poderes públicos, que exige que los jueces no sean condicionados, coaccionados o incididos, al momento de adoptar sus decisiones, por ningún factor distinto a la aplicación del ordenamiento jurídico y al análisis imparcial y objetivo de los hechos materia de debate judicial. Ha señalado la Corte que:

“[...]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”⁸⁵.

De manera complementaria, el artículo 230 constitucional establece que los jueces están sometidos sólo al imperio de la ley, entendiendo la expresión “ley” como el ordenamiento jurídico en su conjunto, en cuya base se encuentran la Constitución y el bloque de constitucionalidad, lo cual se ha identificado también como el principio de la primacía de la Constitución. Dicha supremacía obliga a todos los jueces a interpretar el derecho de conformidad con los principios, valores y normas constitucionales. Este deber no es otro que el de interpretar las normas de manera que se garantice la efectividad de los derechos y deberes de la Constitución⁸⁶.

A propósito, ha señalado la Corte que:

“El propósito fundamental de la función judicial dentro de un Estado de derecho, es el de impartir justicia a través de diferentes medios, como son la resolución de los conflictos que se susciten entre particulares, o entre éstos y el Estado, el castigo a las infracciones a la ley penal y la defensa del principio de legalidad. Para ello, la administración de justicia debe descansar siempre sobre dos principios básicos que, a su vez, se tornan esenciales: la independencia y la imparcialidad de los jueces.

[...]La independencia, como su nombre lo indica, hace alusión a que los funcionarios encargados de administrar justicia no se vean sometidos a presiones o, como lo indica la norma bajo estudio, a insinuaciones, recomendaciones, exigencias, determinaciones o consejos por parte de otros órganos del poder, inclusive de la misma rama judicial, sin perjuicio del ejercicio legítimo por parte de otras autoridades judiciales de sus competencias constitucionales y legales.

[...]La autonomía del juez es, entonces, absoluta. Por ello la Carta Política dispone en el artículo 228 que las decisiones de la administración de justicia “son independientes”, principio que se reitera en el artículo 230 superior cuando se establece que “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley”, donde el término “ley”, al entenderse

⁸⁵ Corte Constitucional, sentencia C-971 de 2004, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

⁸⁶ Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-698 de 2004, M.P.:Rodrigo Uprimny Yepes.

*en su sentido general, comprende en primer lugar a la Constitución Política*⁸⁷.

El principio de separación de poderes, así como la independencia y autonomía judicial son elementos que caracterizan las democracias constitucionales, y no se consagran sólo para evitar intromisiones ilegítimas de autoridades pertenecientes a otras ramas del poder público, sino también para garantizar que al interior de la propia administración de justicia se observe la correcta división funcional de competencias y se garanticen contrapesos al ejercicio de todo poder público.

La autonomía e independencia judicial es un elemento del derecho a un debido proceso y garantías judiciales consagrado en diferentes instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, entre ellos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art.14) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8), que establecen el derecho de toda persona a ser oída por un tribunal independiente e imparcial para la determinación de sus derechos.

Los Principios Básicos relativos a la independencia de la judicatura, aprobados en la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1985⁸⁸, interpretan el concepto del derecho a ser oído por un tribunal competente, independiente e imparcial. Entre aquellos se destacan:

“1. La independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura.

2. Los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo.

3. La judicatura será competente en todas las cuestiones de índole judicial y tendrá autoridad exclusiva para decidir si una cuestión que le haya sido sometida está dentro de la competencia que le haya atribuido la ley.

4. No se efectuarán intromisiones indebidas o injustificadas en el proceso judicial, ni se someterán a revisión las decisiones judiciales de los tribunales. Este principio se aplicará sin menoscabo de la vía de revisión judicial ni de la mitigación o conmutación de las penas impuestas por la judicatura efectuada por las autoridades administrativas de conformidad con lo dispuesto en la ley”.

⁸⁷ Corte Constitucional, sentencia C-288 de 2012, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

⁸⁸ Adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y aprobados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 del 29 de noviembre de 1985 y 40/146 del 13 de diciembre de 1985.

El Comité de Derechos Humanos ratificó esta interpretación en el caso Bahamonde⁸⁹, al señalar que *“una situación en que las funciones y competencias del poder judicial y del poder ejecutivo no son claramente distinguibles o en la que este último puede controlar o dirigir al primero es incompatible con el concepto de un tribunal independiente e imparcial, a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 14 del Pacto”*.

La decisión del Comité en el caso González del Río⁹⁰ resalta la importancia de la dimensión subjetiva de la independencia. El Comité, en su decisión, recuerda que *“el derecho a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial es un derecho absoluto que no puede ser objeto de excepción alguna”*. En esta decisión del Comité, *“algunos de los jueces involucrados en su caso habían hecho mención de las implicaciones políticas que entrañaba (...) y habían justificado sobre esta base la falta de acción de los tribunales. (...)”*. Esta actitud fue declarada incompatible con el derecho a ser oído por un tribunal independiente e imparcial.

A nivel del Sistema Interamericano de Derechos Humanos también se ha insistido en que uno de los elementos esenciales que sostiene el sistema y los compromisos esenciales adquiridos por los Estados partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos 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 Interamericana 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”*⁹¹.

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

⁸⁹ Comité de Derechos Humanos, caso Bahamonde c. Guinea Ecuatorial, párr. 9.4 (1994).

⁹⁰ Comité de Derechos Humanos, caso González del Río c. Perú, párr. 5.2 (1992).

⁹¹ 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.

Estado se legitima a partir de la dignidad del hombre, que es un valor anterior al propio Estado”.

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 referido artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos el cual señala:

“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”.

Asimismo, la doctrina ha reconocido la independencia judicial como uno de los elementos consustanciales a la democracia representativa y el Estado de derecho en el orden interamericano:

“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 nada⁹².

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 cómo 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 condición⁹³.

⁹²Luis 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.

⁹³ *Ibíd.*, p. 1086.

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 Estado⁹⁴.

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 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 prejuicios. A ello tiende la concepción moderna del procedimiento penal que separa la función de decidir de la de instruir⁹⁵.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su opinión consultiva 06/86 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”⁹⁶.

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

⁹⁴Ibíd, p. 1087.

⁹⁵ Ibíd, p. 1089.

⁹⁶ Corte IDH. La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86, 09 de mayo de 1986.

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 el caso del Tribunal Constitucional, la Corte Interamericana hizo énfasis en que “uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos es la garantía de la independencia de los jueces”⁹⁷. Por su parte, la Comisión Interamericana ha señalado que “la independencia del Poder Judicial es un requisito imprescindible para la vigencia práctica de los derechos humanos en general”⁹⁸.

En el acto legislativo 01 de 2015, el legislador extralimitó sus funciones, sustituyendo parcialmente la Constitución al introducir un elemento normativo incompatible con la autonomía e independencia judicial como rasgo definitorio de la identidad de la misma, al establecer que: “En la investigación y juzgamiento de las conductas punibles de los miembros de la Fuerza Pública, en relación con un conflicto armado o un enfrentamiento que reúna las condiciones objetivas del Derecho Internacional Humanitario, se aplicarán las normas y principios de este”.

En aras de desarrollar el anterior postulado, resulta preciso recordar que, de acuerdo con lo reiterado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional en lo relativo al test de sustitución de la Constitución Política, los cargos formulados no pueden centrarse en una disposición particular de la Carta, sino en lo que dicha Corporación ha denominado un rasgo definitorio de la identidad de la Constitución. Así lo indicó el máximo tribunal constitucional en la sentencia C-588 de 1999, en la que adicionalmente señaló que este elemento definitorio debe reflejarse en múltiples disposiciones superiores relacionadas con el mismo.

Por tal motivo y siguiendo la metodología para el ejercicio del control de constitucionalidad en relación con cargos por sustitución de la Constitución que fue adoptada por la Corte por medio de la sentencia C-1040 de 2005, se procederá a continuación a realizar la verificación de que el elemento esencial definitorio de la Constitución de 1991 identificado en el cargo no sea irreductible a un único artículo de la Constitución.

Lo anterior con el propósito de evitar que dicha disposición sea transformada por la propia Corte en una cláusula pétrea a partir de la cual lleve a cabo un juicio de contradicción material, para el cual no tiene competencia.

Al observar la estructura de la metodología propuesta por la Corte Constitucional, es posible deducir que este punto guarda una estrecha relación con el paso en el cual se debe señalar, a partir de múltiples elementos normativos, cuáles son las especificidades del elemento en cuestión.

De este modo, el análisis presentado a continuación tiene como propósito evidenciar que el elemento definitorio de la Constitución Política anteriormente señalado se manifiesta y se concreta en múltiples disposiciones contenidas en la propia Carta Política, así como en tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, integrados a este cuerpo normativo a través de la figura del bloque de constitucionalidad; de forma tal que el elemento en cuestión no puede ser reductible a una única norma o principio constitucional.

⁹⁷ Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, Sentencia de Fondo, párr. 73.

⁹⁸ CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Cuba*, 1983, p. 67.

En efecto, la autonomía e independencia judicial es un rasgo propio de la identidad de la Constitución Política de 1991 compuesto por diversos mandatos constitucionales en los cuales el mismo se desarrolla. Entre estos, resulta fundamental destacar los artículos 228, 230 y 113 de la Carta Máxima, sin perjuicio de otras disposiciones señaladas anteriormente y en las cuales igualmente se concreta este elemento.

Del mismo modo, este elemento definitorio haya sustento en el principio de la separación de poderes, el sistema de pesos y contrapesos, el principio de legalidad, la supremacía de la Constitución Política y la imparcialidad en el ejercicio de la función judicial, entre otros.

El artículo 228 de la Constitución prevé la autonomía e independencia de la justicia en los siguientes términos: *“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”*.

De otra parte, el artículo 230 de la Carta dispuso que *“Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”*.

Estas disposiciones han sido analizadas en conjunto por parte de la Corte Constitucional, que en su rol de máximo intérprete de la Carta Política se ha valido de los mismos para perfilar el ámbito de ejercicio de la función judicial.

En este sentido, resulta de especial relevancia traer a colación la interpretación de estos mandatos llevada a cabo por parte de la precitada Corporación:

“Para interpretar correctamente el concepto de sometimiento de los jueces a la ley y establecer el nivel de autonomía que tienen para interpretar el ordenamiento, el juez constitucional debe partir de la premisa de que las potestades y prerrogativas otorgadas a las autoridades estatales en la parte orgánica de la Constitución están sometidas a un principio de razón suficiente. En esa medida, la autonomía e independencia son garantías institucionales del poder judicial, que se legitiman constitucionalmente en tanto que son necesarias para realizar los fines que la Carta les asigna.

En conclusión, la actividad judicial supone la interpretación permanente de, entre otras cosas, disposiciones jurídicas. Ello implica que al funcionario corresponde determinar en cada proceso la norma que se aplicará al caso concreto. En ese sentido la independencia interpretativa es un principio relevante pero que se encuentra vinculado por el respeto del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley y por otras prescripciones constitucionales que fijan criterios para la interpretación del derecho”⁹⁹.

La Corte Constitucional clarificó, en sentencia C-836 de 2001, el sentido que se le debía otorgar al sometimiento de los jueces al imperio de la ley, así como al ámbito de su autonomía en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico. Al

⁹⁹ Corte Constitucional, auto A-302 de 2006, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

cuestionarse sobre el sentido de estos mandatos, dicha Corporación puso de presente que:

“La función judicial, y por lo tanto, también las atribuciones y potestades asignadas constitucional y legalmente para cumplirla deben entenderse enmarcadas dentro de los límites que establece la Carta. Si bien la Constitución debe considerarse como una unidad de regulación, está compuesta por una parte dogmática, que comprende los valores, principios y derechos fundamentales, y por una parte orgánica en la cual se establecen, entre otras, la estructura fundamental del Estado y las atribuciones y potestades básicas otorgadas a los órganos y autoridades estatales para permitirles cumplir con sus funciones.

En la parte dogmática de la Constitución, a su vez, se encuentra el artículo 2º, que establece que el Estado está estructurado para cumplir determinadas finalidades y que sus autoridades –entre ellas las que componen la jurisdicción ordinaria- están instituidas para proteger los derechos, deberes y libertades de las personas residentes en Colombia. Como finalidades constitucionales el Estado debe garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta. El hecho de que la Constitución establezca en su parte dogmática que las autoridades del Estado están encaminadas a garantizar los principios y derechos constitucionales tiene repercusiones fundamentales respecto de la interpretación constitucional del alcance de las potestades de las autoridades estatales, y por lo tanto, también de la forma como dichas autoridades deben ejercer sus funciones”¹⁰⁰.

La relevancia del fragmento transcrito es puesta de presente en la medida en que en el mismo la Corte logra caracterizar la autonomía e independencia judicial en todas sus dimensiones. Esto es así puesto que no la limita al ámbito meramente orgánico sino que, por el contrario, permite dimensionar su relevancia en el marco de la parte dogmática de la Constitución al evidenciar sus implicaciones sustanciales, así como su vínculo con las finalidades del Estado relacionadas con los principios y los derechos contemplados en la Carta Política.

Esto permite comprender en mayor medida por qué la autonomía e independencia inherente a la función judicial ejercida en el marco del diseño institucional del Estado social y democrático de derecho puede ser comprendida como un elemento esencial definitorio, en la medida en que permite establecer el perfil básico de la Constitución.

Igualmente, la deconstrucción y análisis de los aspectos que componen este elemento definitorio de la Constitución contribuyen a comprender las razones por las cuales no es posible reducir el mismo a una única disposición o artículo, dado que el arraigo de la autonomía e independencia judicial en el espíritu normativo de la Carta Máxima explica que este haya irradiado diversos mandatos de la misma los cuales, al unirse, dan lugar a la conformación del elemento en cuestión.

En este punto resulta pertinente reiterar los términos en los que se presentó el elemento definitorio de la identidad de la Constitución en este segundo cargo de sustitución: “Los fiscales y jueces de la República cuentan con autonomía e

¹⁰⁰ Corte Constitucional, sentencia C-836 de 2001, M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

independencia para elegir las normas jurídicas que consideren pertinente aplicar al caso concreto”.

La Corte Constitucional ha señalado reiteradamente la relevancia que reviste la facultad de elegir las normas aplicables a un caso concreto en el marco de la autonomía e independencia judicial. Esto se manifiesta, entre otras decisiones, en la sentencia C- 543 de 1992; en la sentencia C-037 de 1996; y la sentencia C- 873 de 2003, en la cual la Corte estableció que:

“La “aplicación” de las normas es el proceso a través del cual sus disposiciones son interpretadas y particularizadas frente a situaciones fácticas concretas por parte de los funcionarios competentes para ello, sean administrativos o judiciales. Así, se “aplica” una determinada norma cuando se le hace surtir efectos frente a una situación específica, desarrollando el contenido de sus mandatos en forma tal que produzca efectos jurídicos respecto de dicha situación en particular, determinando la resolución de un problema jurídico dado, o el desenlace de un determinado conflicto”¹⁰¹.

Tal como se observa, ninguna de las disposiciones constitucionales anteriormente mencionadas cuenta con la aptitud para abarcar, por sí misma, el elemento definitorio de la Constitución relativo a la autonomía e independencia judicial. Esto es así en la medida en que el mismo no se agota, por ejemplo, en la sujeción de los jueces al imperio de la ley, en el principio de la separación de poderes, o en el principio de legalidad sino que, por el contrario, se deriva -entre otros aspectos- de la vigencia de cada uno de ellos. En otras palabras, la autonomía e independencia judicial no puede subsistir como rasgo definitorio de la identidad constitucional si no concurren para su conformación cada uno de los referentes normativos anteriormente señalados y en cuya presencia se compone el mismo.

Así entonces, resulta plausible afirmar que sin la sujeción al imperio de la ley, sin la imparcialidad frente a las partes en contienda, sin la ausencia de cualquier tipo de injerencia externa en sus decisiones, y sin la facultad para elegir libremente las normas jurídicas que consideren aplicables para cada caso, no sería posible que los jueces y fiscales contaran con la autonomía e independencia judicial prevista inicialmente en la Constitución Política de 1991 y que, en virtud de su relevancia en el marco del diseño institucional de la misma, constituye uno de los elementos que definen su identidad.

En definitiva, el rasgo definitorio de la identidad constitucional del que se ocupa este cargo se encuentra compuesto por múltiples referentes normativos, motivo por el cual si este se pretendiera reducir a uno solo de ellos, el mismo se encontraría fragmentado o estaría incompleto; la supresión o el desconocimiento de cualquiera de ellos transformaría la naturaleza del elemento definitorio de la Constitución al punto de su sustitución.

Una vez verificado que el elemento definitorio en cuestión es irreductible a un artículo de la Constitución, corresponde, siguiendo lo establecido en la sentencia C-1040 de 2005, comprobar si la enunciación desde el punto de vista analítico de dicho

¹⁰¹ La Corte Constitucional también afirma que: “la actividad judicial supone la interpretación permanente de, entre otras cosas, disposiciones jurídicas. Ello implica que al funcionario corresponde determinar en cada proceso la norma que se aplicará al caso concreto” (auto 302 de 2006). Al respecto ver también, entre otras, las sentencias T-179 de 1996 y T-285 de 1995.

elemento esencial definitorio no implica fijar límites materiales al poder de reforma de la Constitución para que, de este modo, se evite que el juicio realizado por la Corte Constitucional derive en un control de intangibilidad, para el cual dicha Corporación no tiene competencia.

Para este propósito, reviste especial relevancia la jurisprudencia del referido Tribunal, en el cual se ha abordado específicamente la diferenciación entre los conceptos de intangibilidad e insustituibilidad con respecto a la Constitución. A este respecto, la Corte señaló en la sentencia C-288 de 2012 que:

“La insustituibilidad refiere a la existencia en todo orden constitucional de ejes esenciales y definitorios del mismo, que si llegasen a ser reformulados, afectarían la identidad de la Constitución, convirtiéndola en un texto distinto. Como se indicó, estos aspectos estructurales no están contenidos en la disposición normativa concreta, puesto que no se trata de instaurar cláusulas intangibles, sino que son identificables a partir del análisis de distintas disposiciones constitucionales que concurren en la conformación de dichos ejes. Por ende, si estos asuntos llegaren a ser subvertidos o eliminados a través del ejercicio del poder de modificación constitucional adscrito a los órganos constituidos, no se estaría ante el ejercicio legítimo del poder de reforma, sino ante la sustitución de la Carta Política”.

De este modo, la Corte ha clarificado que el control que realiza sobre actos reformativos de la Constitución por vicios de competencia en los mismos se relaciona con la imposibilidad de sustituir la Carta Política. Al respecto, afirmó en la precitada sentencia que:

“(...) la insustituibilidad es distinta inclusive a la manifestación más amplia de intangibilidad. En efecto, la intangibilidad impide tocar el núcleo de un principio fundamental o, en su sentido más amplio, afectar uno de los principios definitorios de la Constitución. La prohibición de sustitución impide transformar cierta Constitución en una totalmente diferente, lo cual implica que el cambio es de tal magnitud y trascendencia que la Constitución original fue reemplazada por otra, so pretexto de reformarla.

Los principios fundamentales o definitorios de una Constitución son relevantes para establecer el perfil básico de dicha Constitución, pero no son intocables en sí mismos aisladamente considerados. De ahí que la intangibilidad represente una mayor rigidez de la Constitución que la insustituibilidad, así como la prohibición de sustituir la Constitución es un límite al poder de reforma que significa una mayor rigidez que la tesis de la equiparación del poder de reforma o revisión, que es una competencia atribuida a un órgano constituido, al poder constituyente soberano, que es inalienable y originario¹⁰².

Así entonces, es posible concluir que el control que realiza la Corte Constitucional en tratándose de reformas a la Carta Política se relaciona con la noción de insustituibilidad, por lo que corresponde en este caso evidenciar que las pretensiones de la presente demanda se ocupan de la prohibición de sustituir la Constitución y no de la violación de principios considerados como supuestamente intangibles.

¹⁰²Corte Constitucional, sentencia C-288 de 2012, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

3.2 Nuevo elemento definitorio a partir del acto legislativo 01 de 2015

Tal como se observa a lo largo de la argumentación de este segundo cargo, la demanda en cuestión no se limita a alegar la afectación del núcleo esencial de un principio constitucional en concreto, sino que va más allá al señalar que la reforma introducida al fuero penal militar incorpora un nuevo elemento normativo, señalado al inicio de la demanda, que tiene la aptitud de subvertir la Constitución Política en su integridad al transformar los elementos definitorios de la misma señalados en cada uno de los cargos planteados en la presente acción.

En lo relativo al cargo desarrollado en el presente acápite es menester señalar que el rasgo definitorio de la identidad de la Constitución Política referido a la autonomía e independencia judicial fue subvertido por un elemento definitorio integralmente opuesto, que podría describirse en los siguientes términos: “Los fiscales y jueces de la República no cuentan con autonomía e independencia para elegir las normas jurídicas que consideren pertinente aplicar, cuando se trate de investigar y juzgar las conductas punibles cometidas por miembros de la fuerza pública en relación con un conflicto armado, evento en el cual deben aplicar las normas y principios del Derecho Internacional Humanitario excluyendo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.

Así, se evidencia que el Congreso de la República transgredió los límites competenciales impuestos al poder de reforma con el que cuenta en su calidad de constituyente derivado, el cual se opone por definición al poder constituyente originario, en quien residiría exclusivamente la facultad de derogar o sustituir la Constitución de manera integral.

En consecuencia, solicitar a la Corte Constitucional que expulse del ordenamiento jurídico la reforma incorporada a través del acto legislativo 01 de 2015 no supone fijar límites materiales al poder de reforma del Congreso de la República sino, por el contrario, exigir que se garantice que el órgano legislativo no quebrante los límites competenciales con los que cuenta para desarrollar dicha facultad.

Esto es así en la medida en que al incorporar el novedoso elemento normativo introducido a través de la reforma en cuestión se incurrió en un vicio de competencia, toda vez que este reemplaza parcialmente el elemento definitorio de la identidad de la Constitución relacionado con la autonomía e independencia judicial por otro que resulta incompatible con este, en los términos en los que se explicará en la siguiente sección.

De modo que la facultad de jueces y fiscales de determinar las normas jurídicas que consideren pertinente aplicar en cada caso es una *conditio sine qua non* del elemento definitorio de la autonomía e independencia judicial. En ausencia de este aspecto fundamental de dicho rasgo definitorio de la Constitución Política ya no se está frente al elemento incorporado originalmente en la Carta, sino de otro que no solo es diferente, sino opuesto al mismo.

En el caso concreto del acto legislativo 01 de 2015, jueces y fiscales encargados de instruir y juzgar conductas en relación con un conflicto armado, se ven compelidos a aplicar solamente el Derecho Internacional Humanitario, bajo una de las premisas que motivó el cambio constitucional, esto es, que en caso de conflicto armado, la aplicación del DIH y DIDH son excluyentes entre sí. Esta nueva versión constitucional es incompatible con la autonomía e independencia judicial, y la fórmula según la cual las autoridades judiciales están sometidos al imperio de la ley.

Ahora bien, el análisis del nuevo elemento definitorio consagrado a través del acto legislativo 01 de 2015 comprende dos reflexiones concretas, acerca de otras modificaciones a la norma constitucional que se desprenderían de su incorporación, las cuales afectarían el ejercicio de las facultades legales y constitucionales de los funcionarios judiciales; aunque dichas afectaciones se produzcan de forma tácita.

Este análisis, enmarcado en el estudio del alcance jurídico de la norma acusada que corresponde al desarrollo de la premisa menor de la metodología propuesta por la Corte Constitucional en el test de sustitución, se ocupará de la adecuada implementación del control de convencionalidad; así como de la modificación tácita de las competencias de las altas cortes.

Frente al control de convencionalidad, de acuerdo con la definición del profesor Claudio Nash, este se entiende como *“la herramienta que permite a los Estados concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales, con la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y su jurisprudencia”*¹⁰³.

La Corte Interamericana ha señalado que el control de convencionalidad es una obligación de toda autoridad pública¹⁰⁴; que debe ser realizado ex officio y en el marco de competencias y regulaciones procesales correspondientes¹⁰⁵; y que de forma específica esta corresponde a los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles¹⁰⁶, entre otras características de diversa índole.

De este modo, resulta plausible evidenciar que, en virtud de la incorporación del novedoso elemento normativo contenido en el acto legislativo 01 de 2015, se estaría imposibilitando que la totalidad de los jueces, tanto de la Justicia Penal Militar como de la Justicia Ordinaria, verifiquen que sus actuaciones sean compatibles con las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Lo anterior, en la medida en que la norma impugnada, al excluir la aplicación de los derechos humanos cuando se trate de investigar y juzgar conductas punibles cometidas por miembros de la fuerza pública en relación con un conflicto armado, estaría impidiendo que la administración de justicia cumpla con la obligación internacional adquirida por el Estado colombiano relativa a la aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos a través del control de convencionalidad.

Igualmente, esto impediría que los jueces cumplan con el mandato constitucional que establece que los deberes y derechos constitucionales sean interpretados de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (art. 93 CP), particularmente con relación a la Convención Americana.

¹⁰³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 7: Control de Convencionalidad. Disponible en: [file:///C:/Users/Elyse/Downloads/Control%2ode%2oConvencionalidad%2oCorte%2oIDH%2o\(2\).pdf](file:///C:/Users/Elyse/Downloads/Control%2ode%2oConvencionalidad%2oCorte%2oIDH%2o(2).pdf)

¹⁰⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011.

¹⁰⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006.

¹⁰⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010.

De otra parte, la norma impugnada estaría produciendo una modificación tácita de las competencias de la Corte Suprema de Justicia con relación a la función relativa a la unificación de jurisprudencia al interior de la jurisdicción ordinaria.

Las normas referidas a las atribuciones de esta alta corte, como la unificación de jurisprudencia, estarían siendo tácitamente modificadas, en la medida en que cuando dicha corporación conozca de hechos relacionados con conductas punibles cometidas por miembros de la fuerza pública en relación con un conflicto armado, tendría la obligación de aplicar las normas y principios del derecho internacional humanitario como marco de investigación y juzgamiento de las mismas, excluyendo de su conocimiento la aplicación del derecho Internacional de los derechos humanos.

Vale la pena destacar que la propia Corte Constitucional ha previsto que este tipo de modificaciones implícitas pueden ser causadas en el marco de una reforma constitucional y que su estudio debe ser incluido en el marco del test de sustitución de la Constitución.

Así lo reconoció dicha Corporación -entre otras- en la sentencia C-588 de 2009, en la cual resolvió la demanda de inconstitucionalidad interpuesta en contra del artículo 1 del acto legislativo 01 de 2008. En dicha providencia, la Corte señaló que una reforma a la Carta Política tiene la aptitud de proyectar sus efectos jurídicos sobre artículos de la Constitución distintos a aquel que está siendo reemplazado, influyendo de forma decisiva en normas que no son como tal objeto de la reforma.

Es precisamente por esta razón por lo que dicho Tribunal llama la atención en la precitada decisión sobre la necesidad de que las reformas constitucionales sean textuales y aparezcan expresamente en los artículos de la norma superior que van a reformar o que cuando menos estos sean mencionados. A este respecto, la propia Corte añade, a propósito del acto impugnado, que:

“Aunque, en contra de lo anterior, quepa alegar que toda reforma constitucional afecta artículos no mencionados expresamente, la Corte Constitucional considera que, dado el carácter escrito de la Constitución, no es posible concederle aval de constitucionalidad a modificaciones como la introducida por el artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 de 2008, porque, a más de propiciar modificaciones tácitas, tiene por objeto de esas modificaciones a derechos constitucionales de índole fundamental y no para mejorarlos, sino todo lo contrario, para disminuir su influjo, de modo que, por esa vía, sufre menoscabo el status constitucionalmente reconocido y asegurado a todos los asociados, sin distinción”¹⁰⁷.

La jurisprudencia referida reviste un especial interés en tratándose de la reforma al Fuero Penal Militar incorporada por medio del acto legislativo 01 de 2015, en la medida en que este -al igual que en el caso citado- produce modificaciones tácitas sobre normas constitucionales distintas al artículo 221 de la Carta Política, las cuales se relacionan con derechos constitucionales fundamentales -como el acceso a la justicia- menoscabando su influjo.

En efecto, la situación descrita tiene lugar frente a los referentes normativos señalados al inicio del presente cargo, y en los cuales se concreta la autonomía e independencia judicial como elemento definitorio de la identidad de la Constitución

¹⁰⁷Corte Constitucional, sentencia C-588 de 2009, M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

de 1991. Muchos de estos referentes son principios y derechos constitucionales de índole fundamental que se estarían viendo disminuidos en perjuicio de la ciudadanía.

De igual forma, se puede afirmar que la independencia de las autoridades judiciales se estaría viendo afectada, por cuanto el órgano legislativo, mediante el acto legislativo 01 de 2015, está imponiendo a la Rama Judicial la forma en que debe actuar, qué referentes normativos utilizar y qué línea de análisis debe seguir desde el inicio de las investigaciones hasta el juzgamiento de las conductas punibles de los miembros de la fuerza pública en relación con un conflicto armado, en este caso, determinadas por el DIH.

La afectación respecto a este punto se evidencia con lo señalado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al analizar el cumplimiento de las obligaciones convencionales por parte del Estado colombiano, en particular cuando las autoridades judiciales se enfrentan a una situación relacionada con el conflicto armado, señalando:

*“No obstante, la Comisión considera que **no es válido ni ajustado a derecho el argumento según el cual, las infracciones al DIH y las violaciones de derechos humanos se incorporan de manera excluyente en el derecho penal interno de los Estados.** Tal como ha explicado la Comisión en los párrafos precedentes, los cuerpos normativos del DIH y el derecho internacional de los derechos humanos son complementarios, y **en algunos casos, la misma conducta típica regulada por el derecho interno puede responder a uno u otro marco normativo, de acuerdo con las circunstancias que rodearon la comisión del hecho.** Esta interpretación resulta aún más aplicable en el caso de Colombia, en el que muchas violaciones de derechos humanos se encuentran tipificadas en el capítulo del Código Penal correspondiente a delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario. Por otra parte, en la mayoría de los casos, han sido cortes civiles, a nivel nacional e internacional, las encargadas de investigar y sancionar casos de crímenes de guerra”¹⁰⁸ (énfasis agregado).*

Por otra parte, si el órgano legislativo deseaba reformar las funciones de la Rama Judicial, debió hacerlo en la parte orgánica que corresponde a ésta, y no en el artículo 221 que corresponde a la Rama Ejecutiva y en particular a una disposición excepcional, como lo es la regulación del fuero penal militar. Lo anterior también deriva en una injerencia por parte del Ejecutivo en las funciones de la Rama Judicial, lo cual evidentemente afecta la independencia de las autoridades judiciales.

Las anteriores serían, sin duda, algunas de las principales consecuencias implícitas de la reforma constitucional examinada y que debe ser tenida en cuenta por la Corte Constitucional por las implicaciones a nivel internacional de desconocer la norma *ius cogens* que establece la obligación de que los Estados cumplan de buena fe los instrumentos internacionales que suscriban, como indica el principio de *pacta sunt servanda* consagrado en el artículo 26 de la Convención de Viena.

¹⁰⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Verdad, justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 49/13 31 diciembre 2013, párrafo 451.

3.3 Incompatibilidad del nuevo elemento definitorio con la Carta Política de 1991

La presente sección se ocupará de evidenciar que el elemento definitorio de la identidad de la Constitución Política consagrado originalmente no está siendo simplemente modificado o contrariado sino que fue suplantado por un nuevo elemento, para lo cual resulta pertinente reseñar en qué consistió dicho reemplazo y por qué es posible asegurar que el mismo tuvo lugar a partir de la promulgación del acto legislativo 01 de 2015; para posteriormente afirmar que el nuevo elemento definitorio de la Constitución Política resulta incompatible con el consagrado originalmente por el constituyente.

Así pues, el contraste entre la premisa mayor y la premisa menor permite observar que la modificación introducida a la Constitución Política es de tal entidad, que el elemento definitorio de la identidad de la misma referido a la autonomía e independencia judicial no se ve simplemente contrariado, sino reemplazado por un elemento esencial antagónico, incompatible e irreconciliable con el mismo.

En consecuencia con lo anterior, resulta necesario traer a colación las consideraciones realizadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-1040 de 2005 a este respecto, puesto que allí clarifica y caracteriza el tipo de modificación del que debe ser objeto un elemento esencial de la identidad de la Carta Política para tener la aptitud de sustituir a la Constitución. En términos de la propia Corte:

El fenómeno jurídico de la sustitución de la Constitución se presenta cuando un elemento definitorio de la esencia de la Constitución de 1991, en lugar de ser modificado, es reemplazado por uno opuesto o integralmente diferente. Así, después de la sustitución de la Carta, como es imposible reconocerla en su identidad básica, no cabe afirmar que la Constitución reformada sigue siendo la Carta de 1991. Al Congreso de la República le está vedado sustituir la Constitución, en forma total o parcial, permanente o transitoria. Por supuesto, le está prohibido reemplazar la Constitución de 1991 por una completamente nueva y diferente. Pero tampoco puede sustituir la Carta mediante un cambio parcial de tal magnitud que haga imposible, de manera permanente o transitoria, reconocer en la Constitución los elementos esenciales definitorios de su identidad originaria, lo cual no obsta para que el Congreso efectúe reformas importantes para adaptar la Carta a la evolución de la sociedad y responder a las expectativas de los ciudadanos¹⁰⁹.

En concordancia con lo anterior, el reemplazo introducido al artículo 221 de la Constitución impide reconocer la identidad originaria de la misma al suprimir parcialmente la facultad de jueces y fiscales de determinar libremente las normas aplicables para cada caso -tratándose de conductas punibles cometidas por miembros de la fuerza pública en relación con un conflicto armado- y despojar de este modo a la administración de justicia de una condición y facultad fundamental

¹⁰⁹ Corte Constitucional, sentencia C-1040 de 2005, MM.PP.: Manuel José Cepeda, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández.

como es la de su autonomía, lo cual hace irreconocible en el nuevo texto constitucional -tras la incorporación del acto legislativo 01 de 2015- el espíritu de la Carta de 1991.

Al someter a jueces y fiscales de la República -incluyendo a cada uno de los órganos de cierre de las distintas jurisdicciones- al nuevo mandato en virtud del cual estos deben aplicar de forma obligatoria y exclusiva las normas y principios del Derecho Internacional Humanitario como marco de investigación y juzgamiento de las conductas punibles cometidas por miembros de la fuerza pública en relación con un conflicto armado, excluyendo la aplicación de las normas del derecho internacional de los derechos humanos, existe una incompatibilidad insalvable que no permite que subsistan ambos elementos en el ordenamiento jurídico.

En definitiva, la autonomía e independencia judicial, tal como se encuentra establecida desde los diferentes referentes normativos y jurisprudenciales nacionales e internacionales mencionados, ha sido sustituida por un nuevo elemento incompatible con estos referentes a partir del acto legislativo 01 de 2015, el cual pone en riesgo, por lo menos parcialmente, la vigencia de la fórmula del Estado social de derecho en Colombia.

En consecuencia, resulta plausible concluir en el marco del presente cargo que el elemento definitorio incorporado por el acto legislativo 01 de 2015 es incompatible con el contemplado inicialmente en la Constitución Política de 1991, puesto que excluye la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la investigación y juzgamiento de conductas punibles cometidas por miembros de la Fuerza Pública en relación con un conflicto armado.

3.4 Pretensiones

Por las razones anteriormente expuestas le solicitamos a la H. Corte Constitucional, como **pretensión principal**, que declare la inconstitucionalidad del artículo 1º inciso segundo (parcial) del acto legislativo 01 de 2015, pues de entender que la reforma constitucional restringió a jueces y fiscales la capacidad para elegir las normas jurídicas que consideren pertinente aplicar al caso concreto, se estaría sustituyendo la autonomía e independencia judicial como elemento esencial de la CP de 1991.

En caso que la H. Corte halle que la norma demandada deba ser interpretada de forma más amplia, es decir, comprendiendo que el derecho internacional de los derechos humanos también debe ser aplicado en la investigación y juzgamiento de los miembros de la fuerza pública, como **pretensión subsidiaria** le solicitamos que determine los parámetros de interpretación que deben ser tenidos en cuenta para que los funcionarios judiciales tengan plena claridad al respecto.

4. Tercer cargo de inconstitucionalidad por sustitución de la Constitución: *sustitución del principio según el cual la ley tiene prohibido establecer privilegios injustificados*

Finalmente, como tercer cargo de inconstitucionalidad, le solicitamos a la H. Corte Constitucional que declare inexecutable el acto legislativo 01 de 2015 (parcial), por sustituir el principio de igualdad que hace parte esencial del diseño dogmático de la CP de 1991. Para probarlo argumentaremos que en efecto el principio de igualdad es un elemento esencial, del cual se deriva la organización de Colombia como un Estado social de derecho y el establecimiento del principio democrático como forma

de gobierno, y por tanto definitorio de la identidad de la CP de 1991 (4.1.). Posteriormente le presentaremos a las H. Magistradas y a los H. Magistrados que a partir de la promulgación del acto legislativo demandado la CP adoptó un nuevo elemento definitorio según el cual los miembros de la fuerza pública deben ser tratados de forma privilegiada por la ley (4.2.). En último lugar concluiremos que el nuevo elemento definitorio es incompatible con el principio de igualdad que identifica a la CP de 1991 (4.3.).

4.1. Elemento definitorio de la CP de 1991: la ley tiene prohibido establecer privilegios injustificados

Como recién lo anticipamos, en este acápite nos concentraremos en presentarle a la Corte los argumentos que nos permiten concluir que el principio de igualdad es un elemento de definitorio de la CP de 1991 y, concretamente, que la prohibición de otorgar privilegios o tratos preferenciales para un grupo poblacional sin que medie una justificación constitucionalmente válida, hace parte de su núcleo esencial. Así, en un primer momento presentaremos sus principales características extraídas del marco normativo de la CP, del bloque de constitucionalidad y de los pronunciamientos de los órganos autorizados para su interpretación, haciendo especial énfasis en las implicaciones que tiene el principio de igualdad en los procedimientos judiciales (4.1.1.). Enseguida nos dedicaremos a explicar por qué la prohibición de establecer privilegios sin una justificación objetiva y razonable es el estándar que hace efectivo el principio de igualdad ante la ley (4.1.2.).

4.1.1. Caracterización del principio de igualdad

El derecho de igualdad ante la ley tiene como sustento normativo el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia que establece que *“todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozaran de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación”*. Conforme a tal disposición, la Corte Constitucional ha realizado una serie de pronunciamientos que consolidan el alcance de este derecho, y que en términos generales lo describen como *“la prohibición constitucional de otorgar un tratamiento diferente a las personas o grupos de personas que se encuentren en circunstancias sustancialmente iguales”*¹¹⁰. Ello, por supuesto, no implica que la ley y su aplicación deba ser idéntica para todos, pues existen distinciones hechas por la propia Constitución que justifican un trato diferencial hacia ciertos grupos de personas y le imponen obligaciones positivas al Estado (CP, arts. 13, 44, 46, 47, 50 y 54). Al respecto, la Corte ha señalado que:

*“La igualdad exige el mismo trato para los entes y hechos que se encuentran cobijados bajo una misma hipótesis y una distinta regulación respecto de los que presentan características desiguales, bien por las condiciones en medio de las cuales actúan, ya por las circunstancias particulares que los afectan, pues una u otras hacen imperativo que, con base en criterios proporcionados a aquéllas, el Estado procure el equilibrio, cuyo sentido en Derecho no es otra cosa que la justicia concreta”*¹¹¹.

La máxima de *“igualdad para los iguales y trato distinto para los desiguales”* debe ser tomada en cuenta para medir, conforme a los juicios de constitucionalidad, el trato que las autoridades deben otorgar a todas las personas en el territorio nacional. En

¹¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-613 de 1996, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹¹¹ Corte Constitucional, sentencia C-094 de 1993, M.P.: José Gregorio Hernández.

ese sentido, su finalidad es, por un lado, propender por que no hayan tratamientos diferenciados que no cuenten con justificación suficiente, ya que el objetivo primordial de este principio es controlar “*la arbitrariedad del legislador y (...) garantizar a los ciudadanos la expulsión del ordenamiento jurídico de perjuicios y privilegios injustos*”¹¹², y por el otro, asegurar condiciones de igualdad material a aquellos sujetos que gozan de una especial protección constitucional. En otras palabras, el Estado debe “*actuar positivamente en la promoción de las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, en aquellos casos en los que las situaciones de hecho no son iguales*”¹¹³. De lo contrario, “*el tratamiento idéntico constituirá un desconocimiento de las circunstancias de debilidad manifiesta y una discriminación en contra de las personas que las viven*”¹¹⁴. Tal diferencia se justifica conforme al último inciso del artículo 13 de la Constitución, que establece que “*el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos y maltratos que contra ellas se cometan*”.

La Corte Constitucional ha aclarado que la igualdad no es solo un derecho fundamental, sino que constituye *un principio vinculante para toda la actividad estatal*¹¹⁵. Esta se convierte, entonces, en una obligación que radica en cabeza de todas las autoridades y en una garantía que protege a los asociados de la arbitrariedad del Estado. Además, ha considerado que la igualdad “*es uno de los fundamentos de la democracia*”¹¹⁶, y es un aspecto esencial del Estado Social de Derecho, de forma que no se puede hablar de este si no se garantiza la igualdad de trato. Así también lo ha declarado la Corte al aducir que:

“el concepto de Estado Social de Derecho (artículo 1 C.P.) está íntimamente ligado al principio de igualdad material y efectiva (Preámbulo y artículo 13), es decir, pretende aplicar una justicia distributiva, en cuya virtud se admiten como válidas las “distinciones positivas”, las que implican un trato preferente a los más desvalidos o desfavorecidos, con el fin de alcanzar un orden social justo, introduciendo por acto del Estado el necesario equilibrio que elimine o disminuya las condiciones originales de desigualdad”¹¹⁷(negrillas fuera del texto).

La igualdad es el elemento fundamental que materializa los postulados del Estado Social de Derecho, el cual busca hacer el tránsito de una justicia formal, propia del Estado de Derecho, a la obligación estatal de emprender acciones afirmativas que estén encaminadas a acabar con las desigualdades existentes. Son precisamente estas razones las que le han dado un carácter particular a la igualdad dentro del ordenamiento jurídico colombiano, de manera que independientemente de si aparece de forma expresa o no en la norma constitucional, es un pilar fundamental que no puede ser sustituido. La Corte así lo ha sostenido al declarar que:

“los valores, principios y derechos [incluido el de la igualdad] son garantizados por las constituciones modernas aunque no estén positivizados, que forman parte de la esencia de la constitución y que como tal deben ser garantizados por el guardián de la constitución y lo que es

¹¹² Corte Constitucional, sentencia C-613 de 1996, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹¹³ Corte Constitucional, sentencia C-273- de 1998, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

¹¹⁴ *Ibíd.*

¹¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-836 de 2001. M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

¹¹⁶ Corte Constitucional, sentencia C-1045 de 2005. M. P.: Clara Inés Vargas Hernández.

¹¹⁷ Corte Constitucional, sentencia T-1134 de 2000. M. P.: José Gregorio Hernández Galindo.

más importante que **no pueden ser desconocidos por el reformador de la constitución**¹¹⁸ (negrillas fuera del texto).

Una vez dicho esto, para nuestra argumentación es necesario explicar los tres componentes básicos del principio de igualdad, a saber: la igualdad ante la ley, la igualdad de trato y la igualdad de protección a todas las personas. No es posible sostener que hay un reconocimiento real de este principio a menos que esos tres aspectos sean garantizados por el Estado. En relación con el primero, la igualdad ante la ley, la Corte Constitucional ha sostenido que consiste en que la ley sea aplicada de la misma forma a todas las personas, de manera que tal derecho garantiza que *“la ley se aplique por igual, pero no que la ley en sí misma trate igual a todas las personas”*¹¹⁹. Es allí precisamente donde entra a jugar un rol fundamental la *igualdad de trato*, que establece 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”*¹²⁰. Sin embargo, ninguno de estos dos componentes asegura que se proteja por igual a todas las personas, sino que es necesario que haya un tercer elemento: la igualdad de protección. La Corte Constitucional ha hecho claridad sobre este asunto, al sostener que:

*“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”*¹²¹ (negrilla fuera del texto).

La igualdad de protección complementa, entonces, la igualdad de trato y la igualdad ante la ley pues es este principio el que asegura que las autoridades den igual protección a todas las personas con independencia de su origen, raza, sexo, etc., y que desplieguen el conjunto de acciones necesarias para asegurar la consecución de uno de los fines esenciales del Estado: *“garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”* (art. 2º, CP). Cabe resaltar que no hay distinción alguna entre las autoridades públicas, civiles, militares, judiciales o de cualquier otra naturaleza, ya que en cabeza de todas asiste igual responsabilidad. Los tres componentes de la igualdad deben reflejarse en la actuación de las autoridades judiciales. En especial conviene mencionar que los jueces tienen la especial tarea de tratar a todas las personas de manera igual, sin privilegios ni preferencias, y además garantizar a todas las personas la misma protección ante la ley. Al respecto, la Corte Constitucional ha sostenido que:

¹¹⁸ Corte Constitucional, sentencia C-1045 de 2005. M. P.: Clara Inés Vargas Hernández.

¹¹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-507 de 2004, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

¹²⁰ *Ibíd.*

¹²¹ *Ibíd.*

*“estas dos garantías operan conjuntamente pues los jueces interpretan la ley y, como consecuencia materialmente inseparable de esta interpretación, atribuyen determinadas consecuencias jurídicas a las personas involucradas en el litigio. Por lo tanto, en lo que respecta a la actividad judicial, la igualdad de trato que las autoridades deben otorgar a las personas supone además una **igualdad en la interpretación y en la aplicación de la ley**”¹²² (negrillas fuera de texto).*

Adicionalmente, en términos de la propia Corte, las obligaciones del Estado para garantizar el principio y el derecho fundamental a la igualdad deben ir conforme a los tratados internacionales suscritos por Colombia, a través de la figura del bloque de constitucionalidad. Así lo ha sostenido al afirmar lo siguiente:

“A los jueces de la República, en su calidad de “autoridades”, les corresponde adoptar las medidas adecuadas y necesarias para garantizar la igualdad de protección [...]. Además esas disposiciones constitucionales deben ser interpretadas conforme a los tratados y convenios internacionales sobre la materia (art. 93 y 94, CP) [...]. son diversas las disposiciones legales que demandan del juez una acción decidida en defensa de cualquier persona, y en especial de aquellas personas que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta”¹²³.

El diseño y la regulación de los procedimientos judiciales hacen parte de aquellos asuntos dentro de los cuales el legislador ostenta un amplio poder de configuración normativa¹²⁴. Por ello, la ley puede establecer procedimientos diferenciados en razón de las controversias, los derechos y los intereses que tales procedimientos buscan reconocer o dirimir. No obstante, aunque el legislativo posee amplias potestades frente a este tema, también tienen limitaciones que intentan garantizar que las partes gocen de igual protección, y que los sujetos que están expuestos a mayores riesgos encuentren salvaguardados sus derechos. La Corte Constitucional ha desarrollado una serie de límites, que en términos generales, se sintetizan así:

“las diferenciaciones legales deben realizarse siempre dentro del respeto a lo que la Corte ha denominado el “principio de neutralidad del derecho procesal”, el cual busca la realización del principio de igualdad ante la ley en la órbita de los procesos judiciales y persigue que todas las personas sean iguales ante la administración de justicia, tengan ante ella los mismos derechos e idénticas oportunidades, en orden a lograr el reconocimiento de sus derechos”¹²⁵.

En este sentido, la aplicación del principio de igualdad ante la ley en el campo procesal recupera la importancia de ciertas formas en el Estado de derecho¹²⁶. No se debe perder de vista que son precisamente las formalidades que contienen los procedimientos judiciales la manera a través de la cual se persigue la efectividad de los derechos materiales consagrados en las distintas normas jurídicas y se protege *“un acceso igualitario de todos los ciudadanos a la administración de justicia que evite actuaciones arbitrarias por parte de los jueces”¹²⁷.*

¹²² Corte Constitucional, sentencia C-836 de 2001, M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

¹²³ Corte Constitucional, sentencia C-507 de 2004, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

¹²⁴ Corte Constitucional, sentencia C-272 de 1999, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹²⁵ *Ibíd.*

¹²⁶ *Ibíd.*

¹²⁷ *Ibíd.*

Por consiguiente, es necesario que cualquier modificación en términos de las formalidades del proceso o en general de la forma en la que este se lleva a cabo, sobre todo cuando se trata de asuntos penales, sea examinada de manera detallada so pena de incurrir en diferenciaciones que eliminen las garantías del debido proceso o que impongan cargas desproporcionadas a alguna de las partes. No se trata de asuntos menores sino, por el contrario, de temas que requieren de una oportuna intervención y control judicial.

El respeto por el *principio de neutralidad procesal*, que constituye el reflejo directo de la igualdad ante la ley, guarda estrecha relación con el *principio de universalidad de los procedimientos*. Según este último:

“el Legislador debe abstenerse, hasta donde ello sea posible, de multiplicar el número de juicios y procedimientos y de establecer diferenciaciones dentro de los ya existentes. Conforme a esta idea, la diferenciación dentro de un proceso preexistente debe obedecer a una razón claramente fundada en la protección de un derecho o un bien constitucional”¹²⁸ (subrayas fuera de texto).

Por tal razón, toda diferenciación que se establezca por ley con relación a los procedimientos judiciales tiene que contar con una justificación clara, pues por medio de modificaciones legislativas no se deben crear etapas o procedimientos nuevos, en ocasiones hasta paralelos, con la finalidad de privilegiar a un grupo de personas o de crear espacios de impunidad que obstruyan la justicia.

Hasta el momento hemos observado que las facultades de configuración política del legislador en materia de diseño y regulación de los procesos judiciales se encuentran limitadas por los principios de neutralidad y universalidad que se mencionaron con anterioridad. Cabe ahora resaltar que cuando se trata de la regulación del procedimiento penal su observancia se torna aún más exigente y necesaria¹²⁹. La Corte Constitucional ha dicho que:

“el proceso penal, en cuanto manifestación del poder punitivo del Estado, se encuentra sometido a los principios de estricta legalidad y jurisdiccionalidad, motivo por el cual, en su diseño y regulación, el Legislador se encuentra sometido a mayores restricciones que entratándose de procesos judiciales que no se relacionan directamente con la libertad personal”¹³⁰.

Adicionalmente, toda diferenciación realizada por la ley procesal penal, debe observar *“criterios de razonabilidad y proporcionalidad y respetar siempre las garantías del debido proceso y del derecho de defensa”¹³¹*.

A nivel internacional, el derecho de igualdad ante la ley se encuentra consagrado en múltiples instrumentos, entre los cuales se destacan el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que *“todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia”*. Algo similar ocurre con el artículo 26 del mismo tratado, que prohíbe también cualquier discriminación en virtud de la ley y garantiza a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación. Con base en este fundamento normativo el Comité de Derechos

¹²⁸ *Ibíd.*

¹²⁹ *Ibíd.*

¹³⁰ *Ibíd.*

¹³¹ *Ibíd.*

Humanos ha dicho que “*el derecho a la igualdad ante la ley y a una protección igual de la ley sin discriminaciones no hace que todas las diferencias de trato sean discriminatorias*”³². Sin embargo, un trato diferencial solo puede ser admisible si está basado en criterios razonables y objetivos³³.

Igualmente, la Observación General No. 18 del Comité de Derechos Humanos estableció que:

*“la no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sin ninguna discriminación constituye un **principio básico y general relativo a la protección de los derechos humanos** (...) En efecto, la no discriminación constituye un principio tan básico que en el artículo 3 se establece la obligación de cada Estado Parte de garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de los derechos enunciados en el Pacto”*³⁴ (negritas por fuera de texto).

Adicionalmente, y de manera particular en lo que se refiere a la igualdad ante los tribunales, el Comité de Derechos Humanos determinó en su observación No. 32 que “*el derecho a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia y a un juicio imparcial es un elemento fundamental de la protección de los derechos humanos y sirve de medio procesal para salvaguardar el imperio de la ley [que] los Estados Partes deben respetar, independientemente de su tradición jurídica y de su derecho interno*”³⁵. En esa oportunidad el Comité agregó que la igualdad ante la ley es una garantía que “*no sólo se aplica a las cortes y tribunales de justicia a que se refiere la segunda oración de este párrafo del artículo 14 [la justicia ordinaria], sino que también debe respetarse siempre que el derecho interno confíe a un órgano una función judicial*”³⁶. Allí el Comité adujo también que:

*“el artículo 14 incluye el derecho de acceso a los tribunales en los casos en que se trata de determinar cargos penales, así como también derechos y obligaciones en un procedimiento judicial. El acceso a la administración de justicia debe garantizarse efectivamente en todos esos casos para asegurar que ninguna persona se vea privada, por lo que toca al procedimiento, de su derecho a exigir justicia. [...] Esta garantía prohíbe también toda distinción relativa al acceso a los tribunales y cortes de justicia que no esté basada en derecho y no pueda justificarse con fundamentos objetivos y razonables”*³⁷.

El derecho a la igualdad ante los tribunales y las cortes de justicia garantiza también la igualdad de los medios procesales. Esto significa que todas las partes en un proceso “*gozarán de los mismos derechos en materia de procedimiento, salvo que la ley prevea distinciones y éstas puedan justificarse con causas objetivas y razonables, sin que comporten ninguna desventaja efectiva u otra injusticia para el procesado*”³⁸. De esta forma, cualquier diferenciación que se haga no puede ir en detrimento de

³² Comité de Derechos Humanos, dictamen de 9 de abril de 1987, *Broeks c. los Países Bajos*. Comunicación No. 172/1984.

³³ Comité de Derechos Humanos, dictamen de 19 de julio de 1995, *Alina Simunek c. la República Checa*, comunicación Nº 516/1992.

³⁴ Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 18. 37º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 168 (1989).

³⁵ Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 32. 90º período de sesiones Ginebra, 9 a 27 de julio de 2007.

³⁶ Comunicaciones Nos. 1015/2001, *Perterer c. Austria*, párr. 9.2 (procedimientos disciplinarios contra un funcionario público).

³⁷ *Ibíd.*

³⁸ Comité de Derechos Humanos, *Perterer c. Austria*, Comunicaciones Nos. 1015/2001, párr. 9.2.

ninguna de las partes procesales ni establecer beneficios injustificados para algún sujeto procesal.

Asimismo, en el ámbito interamericano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra la igual protección ante la ley en los artículos 1.1 y 24. Respecto de este derecho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que cualquier medida que haga diferencia entre el trato que se le da a un grupo de personas frente al que se les da a otros, posee ciertos límites de razonabilidad. Por ello, *“los Estados tienen la obligación de (...) establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas”*¹³⁹, agregando que *“es discriminatoria una distinción que carezca de justificación objetiva y razonable”*¹⁴⁰.

En resumen, de lo expuesto podemos concluir que la igual protección ante la ley y los tribunales se manifiesta en el deber de neutralidad de las formas procesales y en el de universalización del diseño procesal. Este elemento, que es a la vez un derecho y un principio constitucional, se encuentra reconocido en diferentes disposiciones constitucionales, a saber: Preámbulo y artículos 1.1, 2, 13, 93 y 94 de la Constitución Política, artículos 3, 14 y 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos. La igual protección ante la ley ha sido reconocida como parte esencial de todo Estado que se defina como Estado de derecho, y su importancia cobra aún mayor valor en el Estado social de derecho.

En tal medida la igualdad ante la ley y los tribunales no puede ser considerada como una regla intangible, pues ella misma admite que existan tratos diferenciados, siempre y cuando ellos atiendan a criterios objetivos y razonables. Por lo tanto, es posible concluir que la igualdad ante la ley es un elemento definitorio de la Constitución sin que se entienda como un elemento intangible del que se pueda colegir la configuración de una cláusula pétrea

4.1.2. Prohibición de establecer privilegios o tratos preferenciales en la ley

Como señalamos anteriormente, una dimensión del principio de igualdad, propia del Estado liberal, es el de igualdad ante la ley que impone básicamente dos mandatos de trato: uno igualitario entre las personas que se encuentran en circunstancias similares y otro totalmente diferenciado frente a supuestos de hecho diferentes y, por lo tanto, no equiparables. Así, en principio, *“sobreviene una vulneración del derecho a la igualdad al reconocer consecuencias jurídicas diferentes a personas cuya conducta o estado se subsume en un mismo supuesto normativo”*¹⁴¹, pero esto no significa que toda distinción sea discriminatoria, pues hay ocasiones en las que resulta legítimo que la ley dé un trato diferenciado, ya sea por el deber de promoción consagrado en el artículo 13 de la CP, o cuando exista una justificación objetiva y razonable¹⁴². Ahora, si el trato diferenciado no cumple con ninguna de estas dos condiciones no reúne las exigencias propias del principio de igualdad ante la ley, bien sea porque frente a un determinado grupo de personas otorga un

¹³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 88

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ Corte Constitucional, Sentencia C-008 de 2010, M.P.: Mauricio González Cuervo.

¹⁴² Ver Corte Constitucional sentencias C-022 de 1996 M.P.: Carlos Gaviria Díaz, T-387 de 1998 M.P.: Fabio Morón Díaz, T-610 de 2002 M.P.: Rodrigo Escobar Gil, C-229 de 2011 M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva, entre otras.

privilegio, mediante beneficios y prerrogativas exclusivas, o bien porque lo discrimina al excluirlo del goce de un derecho¹⁴³. En otras palabras, y siguiendo el contenido del artículo 13 de la CP, cuando un trato diferenciado no encuentra asidero en la protección de aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, no puede ser justificado constitucionalmente, en la medida en que consistiría en el otorgamiento de un privilegio.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresó que:

*“79. Sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual **es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio**; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación”*¹⁴⁴(negrillas fuera de texto).

Por consiguiente, podemos decir que cualquier trato diferenciado que no se fundamente en una razón constitucionalmente válida y que tenga como objetivo o consecuencia otorgar beneficios a unos y excluir a otros, está prohibido por el principio de igualdad ante la ley. Además, debido a su consideración como norma de *ius cogens* por la Corte Interamericana, este principio vincula a todos los ciudadanos y a las autoridades públicas, pues su aplicación debe ser de carácter general, puesto que:

*“El principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos. Dicho principio puede considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares. Esto implica que el Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede actuar en contra del principio de igualdad y no discriminación, en perjuicio de un determinado grupo de personas”*¹⁴⁵.

De acuerdo con este estándar, todas las autoridades públicas de un Estado tienen la obligación de obrar conforme al principio de igualdad en todas sus actuaciones sin importar su naturaleza, donde podemos incluir cualquier actividad de investigación, juzgamiento y sanción de violaciones de derechos.

¹⁴³ En este sentido, la Corte Constitucional ha señalado desde los inicios de su jurisprudencia que “*El principio de la igualdad se traduce en el derecho a que no se consagren excepciones o privilegios que “exceptúen” a unos individuos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias*”. Sentencia T-591 de 1992. M.P.: Jaime Sanín Greiffenstein.

¹⁴⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 24 de febrero de 2012, Serie C. No. 239, párr. 79.

¹⁴⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 100.

Ahora bien. Un problema de semejantes características al que estamos estudiando en la presente demanda fue resuelto por la Corte Constitucional. Se trató precisamente de resolver si el establecimiento de una jurisdicción especial para juzgar los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo – fuero penal militar –, constituía un desconocimiento del principio de igualdad que sostiene la arquitectura constitucional del Estado colombiano. Al respecto la Corte ha entendido que su existencia se explica por:

“(...) 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”¹⁴⁶.

Es decir, la Corte Constitucional reconoce que la diferenciación entre los miembros de la fuerza pública y el resto de los ciudadanos obedece a las particularidades de las funciones que deben desempeñar los primeros, pues del sometimiento a unas reglas especiales, como la disciplina y la subordinación, depende que el uso de la fuerza del Estado sea legítimo y restringido a los supuestos autorizados por la CP y los tratados internacionales. Ahora, en lo que ha sido enfática la jurisprudencia constitucional es en remarcar que de ninguna manera ello puede llevar a la conclusión de que este grupo poblacional ostenta una categoría especial que les permita ser sujetos de un favorecimiento de la ley. Señaló la Corte que:

“No puede entenderse el fuero militar asociado, como en el pasado, a la idea de privilegio, prerrogativa, prebenda o gracia especial para el juzgamiento de los miembros de la fuerza pública por los delitos que cometan con ocasión del servicio que cumplen, en condiciones materiales y jurídicas diferentes frente a las demás personas sobre las cuales recae en un momento dado la acción punitiva del Estado que favorezca la impunidad, pues ello implicaría el otorgamiento de un trato particularizado, contrario al principio de igualdad y a la idea de justicia”¹⁴⁷ (negrillas fuera de texto).

Por lo tanto, el establecimiento del fuero penal militar, y su diseño tanto sustantivo y procesal, debe atender exclusivamente a la naturaleza y funciones especiales que le otorgó la Constitución a la fuerza pública, como la protección de la soberanía nacional y el orden constitucional para posibilitar el efectivo goce y ejercicio de los derechos humanos de los habitantes del país, y jamás pensarse en términos de generar condiciones más favorables para los miembros de la fuerza pública, pues de hacerse de esta forma se crearía, según la Corte Constitucional, un privilegio estamental¹⁴⁸.

En suma, el principio de igualdad, entendido como igualdad ante la ley, de trato y de protección, se construye alrededor del estándar de prohibición de otorgamiento de privilegios o tratos preferenciales sin una justificación objetiva y razonable. Es decir, la igualdad ante la ley se rompe no sólo discriminando, sino también concediendo privilegios. Por esta misma causa es que la ley en el estado de derecho

¹⁴⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-373 de 2006, M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

¹⁴⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-141 de 1995, M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

¹⁴⁸ Esta consideración es expresada por la Corte en sentencias como la C-878 de 2000, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra

tiene que ser una ley genérica, abstracta e impersonal, ya que es la única manera de garantizar la libertad y la igualdad de las personas. La supresión de tal estándar reformaría la naturaleza, el objeto y alcance del principio de igualdad que identifica la CP de 1991. A ello se debe adicionar que la jurisprudencia constitucional ya ha estudiado el estándar desde esta perspectiva al estudiar la institución del fuero penal militar y por tanto hay un referente interpretativo de suma importancia para el debate de constitucionalidad que atraviesa la presente demanda.

4.2. Nuevo elemento definitorio de la CP: la ley tiene prohibido establecer privilegios injustificados, excepto para investigar y juzgar las conductas delictivas cometidas por miembros de la fuerza pública en el marco del conflicto armado o enfrentamientos que reúnan las condiciones objetivas del DIH

Para exponer los argumentos que nos permiten afirmar que el acto legislativo 01 de 2015 introdujo un nuevo elemento definitorio relacionado con el principio de igualdad, tendremos que estar remitiéndonos a algunos argumentos desarrollados en otros apartados de la demanda. En primer lugar, a la delimitación del nuevo elemento normativo surgido a partir del inciso segundo de la norma demandada pues nos permite deducir que desde su promulgación se excluyó la aplicación del DIDH para la investigación y el juzgamiento de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en el conflicto armado o enfrentamiento que reúnan las condiciones objetivas del DIH (ver *supra* 1.2.). Y, en segundo lugar, al razonamiento que nos llevó a concluir que, de conformidad con la CP y el bloque de constitucionalidad, todas las investigaciones y el juzgamiento de las violaciones a los DDHH y al DIH deben realizarse aplicando complementariamente DIH y DIDH (ver *supra* 2.1.2).

Después de valernos del criterio histórico de interpretación, con el propósito de acercarnos a la intención del órgano reformador, encontramos que la norma demandada tiene como propósito que jueces y fiscales, al momento de asumir sus funciones frente a las conductas descritas subjetiva y objetivamente por la reforma, apliquen las normas y principios del DIH bajo el entendido que ello excluye investigaciones y juicios que observen el *corpus iuris* del derecho internacional humanitario. Por tanto llegamos a la conclusión que el elemento normativo introducido por el acto legislativo demandado se puede reducir a la siguiente expresión:

Las conductas punibles cometidas por miembros de la fuerza pública en el marco del conflicto armado o en enfrentamientos que reúnan las condiciones objetivas del DIH serán investigadas y juzgadas de conformidad con el derecho internacional humanitario excluyendo la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos.

Siguiendo la metodología del “juicio de sustitución” ahora debemos cuestionarnos si este elemento normativo erigió un nuevo elemento esencial, para el caso particular de este cargo de inconstitucionalidad, relacionado con el contenido del principio de igualdad.

Sea lo primero advertir que el elemento normativo introducido por la reforma *sub judice* se caracteriza por estar dirigida única y exclusivamente a un grupo de destinatarios, a saber, los miembros de la fuerza pública. Es a ellos, y solamente a ellos, que es aplicable el régimen establecido por el acto legislativo. Dicho régimen, como lo hemos advertido reiteradamente a lo largo de esta demanda, consiste en

que sus conductas delictivas cuando ocurran en el marco del conflicto armado o en un enfrentamiento que reúna las condiciones objetivas del DIH, deben ser investigadas y juzgadas aplicando exclusiva y excluyentemente el DIH de las normas y principios del DIDH. Luego es factible afirmar que la reforma se articula a través del trato diferencia a este grupo de servidores públicos que ostentan el monopolio de la coacción estatal. Ellos, y solo ellos, cuentan con un régimen de investigación y juzgamiento de las características del introducido por la reforma constitucional.

Ahora bien, la novedad no se reduce a un simple trato diferenciado, sino a una reforma constitucional que autoriza el otorgamiento de un privilegio o favor estatal que les beneficia única y exclusivamente a los miembros de la fuerza y para corroborarlo debemos demostrar que no es posible justificarlo objetiva y razonablemente.

En múltiples ocasiones y de forma reiterada la Corte Constitucional ha señalado que un tratamiento normativo diferente no implica *per se* una violación del principio de igualdad siempre y cuando sea este objetivo y razonable¹⁴⁹, para lo cual se ha valido de un dispositivo hermenéutico¹⁵⁰ con el que verifica la legitimidad, razonabilidad y proporcionalidad del trato diferenciado¹⁵¹. Con base en dicho instrumento metodológico, la Corte ha establecido que el trato diferenciado para que se pueda considerar constitucionalmente legítimo, debe reunir las siguientes condiciones:

“i) que las personas se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; ii) que el trato distinto que se les otorga tenga una finalidad; iii) que dicha finalidad sea razonable, vale decir, admisible desde la perspectiva de los valores y principios constitucionales; iv) que el supuesto de hecho -esto es, la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga- sean coherentes entre sí o, lo que es lo mismo, guarden una racionalidad interna; v) que esa racionalidad sea proporcionada, de suerte que la consecuencia jurídica que constituye el trato diferente no guarde una absoluta desproporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifican”¹⁵².

Antes de desarrollar este dispositivo metodológico debemos recordar que la Corte ha señalado que este *“se efectúa en etapas consecutivas y ordenadas (...)El orden de estas etapas corresponde a necesidades no sólo lógicas sino también metodológicas: el test del trato desigual pasa a una etapa subsiguiente sólo si dicho trato sorteó con éxito la inmediatamente anterior”¹⁵³* y por tanto en caso de no cumplirse la primera condición, ello impide que se desarrolle el instrumento metodológico expresado.

En el primer paso debemos corroborar si los miembros de la fuerza pública se encuentran efectivamente en una situación de hecho diferente al resto de las personas, y la primera señal para responder esta cuestión nos la da el propio acto legislativo. Este señala que el tratamiento diferenciado tendrá lugar cuando las conductas punibles ocurran en el marco de un conflicto armado o enfrentamientos

¹⁴⁹ Ver especialmente: Corte Constitucional, sentencia C-530 de 1993, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

¹⁵⁰ Ver, entre otras muchas: Corte Constitucional, sentencias C-530 de 1993, T- 230 de 1994, C-318 y C-445 de 1995, M.P.: Alejandro Martínez Caballero; y C-037 de 2003, M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

¹⁵¹ Corte Constitucional sentencias T-230 de 1994, C-022 de 1996 y C-093 de 2001, M.P.: Alejandro Martínez Caballero; C-1108 de 2001 M.P.: Rodrigo Escobar Gil y Marco Gerardo Monroy Cabra; C-1176 de 2001 M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra; C-1191 de 2001 M.P.: Rodrigo Uprimny Yépes; y C-043 de 2003 M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

¹⁵² Corte Constitucional, sentencia C-530 de 1993, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

¹⁵³ Corte Constitucional, sentencia C-022 de 1996, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

que reúnan las condiciones objetivas del DIH. Es decir, esta es la situación de hecho. Si quisiéramos afirmar que dicha situación fáctica se predica única y exclusivamente de los miembros de la fuerza pública, y así dar por probada la primera condición de objetividad y razonabilidad del trato diferenciado, tendríamos que aseverar que ellos son los únicos que cometen conductas punibles en el conflicto armado o en los enfrentamientos que reúnen las condiciones objetivas del DIH, y ello, por definición, no es posible. Tanto los conflictos armados internacionales como los conflictos armados no internacionales se definen porque son dos partes las que combaten; de un lado las fuerzas armadas estatales de una alta parte contratante y del otro, según sea el caso, las de otra alta parte contratante – en conflictos armados internacionales – o un grupo armado no gubernamental – en conflictos armados no internacionales –. Para el primer caso el artículo 2 común a los Convenios de Ginebra de 1949 señala que *“el presente Convenio se aplicará en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre **dos o varias Altas Partes Contratantes**”* (negritas fuera de texto), denotando que un conflicto armado presupone al menos dos partes dispuestas a conducir hostilidades. Asimismo lo especifica el Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia cuando afirma *“que existe conflicto armado cuando se recurre a la fuerza armada entre Estados”*⁵⁴. Por su parte el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional de 1977, dispone que este instrumento:

*“se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte **contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados** que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente”* (negritas fuera de texto).

Es decir, en un conflicto armado necesariamente deben concurrir al menos dos partes: las fuerzas estatales o gubernamentales y otra fuerza estatal o grupo armado organizado. Por tanto, la comisión de conductas punibles en este contexto no es exclusiva de los miembros de la fuerza pública, y en tal medida su situación de hecho no es diferenciable a la de otro sector de la población como podría ser los actores del conflicto que pertenecen a fuerzas disidentes o grupos armados al margen de la ley. Consecuentemente dicho trato diferenciado no podría superar ni siquiera la primera etapa de análisis y podría concluirse que carece de un sustento objetivo y razonable.

Ahora, en gracia de discusión podríamos admitir que lo que hace especial la situación fáctica de los miembros de la fuerza pública es que ellos ostentan las armas oficiales, el monopolio legítimo de la coacción estatal, y ello es suficiente para que el órgano reformador pueda contemplar tratarles de forma diferenciada. En este caso tendríamos que entrar a revisar si hay una finalidad y si esta es razonable, es decir, admisible desde la perspectiva de los valores y principios constitucionales.

Frente a lo primero, en el apartado 1.2. nos dedicamos *in extenso* a demostrar que la finalidad del legislador había sido la de excluir la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos cuando se trate de la investigación y

⁵⁴ The Prosecutor v. Dusko Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, IT-94-1-A, 2 de octubre de 1995, párr. 70.

juzgamiento de miembros de la fuerza pública involucrados en la comisión de un delito en el marco de un conflicto armado o un enfrentamiento que reúna las condiciones objetivas del DIH. Por tanto, sí hay una finalidad concreta.

Ahora, la evaluación sobre si dicha finalidad se encuentra reconocida como razonable en la perspectiva de los valores y principios constitucionales, pasa por verificar cuál es la razón de ser de la aplicación del DIDH; si resulta que es trascendental y por lo tanto no se puede disponer de ella para cumplir los fines esenciales del CP, debemos decir entonces que la finalidad no es razonable. Precisamente esto fue lo que hallamos y desarrollamos con dedicación en el apartado 2.1.2., y es que la obligación de garantizar los derechos humanos, como compromiso adquirido internacionalmente por el Estado colombiano reconocido a lo largo de todo el texto constitucional, entrevé el deber de investigar y juzgar las violaciones a los DDHH e infracciones al DIH aplicando complementariamente ambos *corpus iuris*, es decir, el del DIH y el DIDH.

Por lo tanto, no es posible verificar que la finalidad de excluir la aplicación del DIDH en la investigación y juzgamiento de las conductas punibles de los miembros de la fuerza pública ocurridas en el conflicto armado o enfrentamientos que reúnan las condiciones objetivas del DIH sea una finalidad razonable. Luego es preciso anotar que el trato diferenciado de los miembros de la fuerza pública es injustificado.

En suma, al constatar que la aplicación de un régimen especial de investigación y juzgamiento para los miembros de la fuerza pública, consistente en la exclusión del DIDH cuando la conducta punible ocurra en el desarrollo del conflicto armado o un enfrentamiento que reúna las condiciones objetivas del DIH, carece de una justificación objetiva y razonable, podemos concluir entonces que el acto legislativo 01 de 2015 introdujo un privilegio, favor estatal o trato preferencial, imponiendo así una excepción al mandato del principio de igualdad reconocido por la CP de 1991

4.3. Conclusión: el nuevo elemento definitorio edificado a partir del acto legislativo demandado es incompatible con el elemento definitorio de la CP de 1991.

Nos resta comparar el principio de igualdad reconocido por la CP de 1991, y que se caracterizó a profundidad en los acápites 4.1.1. Y 4.1.2, con la nueva forma adoptada a partir de la promulgación del acto legislativo 01 de 2015, para determinar si ellos se complementan e integran o, por el contrario, se contradicen, caso en el cual no estaríamos frente a una reforma constitucional sino frente a una sustitución de la CP de 1991, para lo cual el órgano reformador carece de competencia.

Tenemos, por un lado, que el constituyente de 1991 optó por identificarse con una fórmula concreta del principio de igualdad de la que se colige que el otorgamiento de privilegios o tratos preferenciales carentes de una justificación constitucionalmente válida, es decir objetiva y razonable, se encuentran proscritos. Y, por el otro lado, que el órgano reformador con el acto legislativo 01 de 2015 optó por flexibilizar dicha fórmula, exceptuando a los miembros de la fuerza pública quienes pueden recibir privilegios o gracias estatales sin que deban encontrarse constitucionalmente justificadas. Resulta evidente que los elementos no son simplemente diferentes, sino que en realidad se contradicen a tal punto que el segundo, introducido por la norma demandada, anula estructuralmente al primero, cuya fórmula se asienta a lo largo de toda la CP de 1991 y el bloque de constitucionalidad.

4.4. Pretensiones

Habiendo desarrollado a cabalidad la carga argumentativa impuesta por la jurisprudencia constitucional en materia del control de constitucionalidad de actos legislativos, nos permitimos solicitarle a la H. Corte Constitucional que, como **pretensión principal**, se declare la **inconstitucionalidad** del artículo 1º, inciso segundo (parcial), del acto legislativo 01 de 2015, “[p]or el cual se reforma el artículo 221 de la Constitución Política de Colombia”. Esto bajo el entendido que la H. Corte halle que la norma *sub judice* debe ser interpretada de forma restrictiva, es decir, entendiendo que la aplicabilidad del DIH enunciada excluye la aplicación del DIDH, pues se estaría afectando gravemente el principio de igualdad en los términos planteados en el desarrollo del presente cargo.

En caso de que la Corte no acceda a lo anterior, como **pretensión subsidiaria**, le solicitamos a la H. Corte Constitucional establezca que, como parámetro de interpretación¹⁵⁵ del acto legislativo 01 de 2015, se comprenda que en la investigación y juzgamiento de las conductas punibles de los miembros de la fuerza pública, en relación con un conflicto armado o un enfrentamiento que reúna las condiciones objetivas del Derecho Internacional Humanitario, se aplicarán las normas y principios de este **y del derecho internacional de los derechos humanos**. Esta pretensión subsidiaria la presentamos en los anteriores términos, pues sería la única manera en que el acto legislativo no sustituiría el principio de igualdad ante la ley, entendida como prohibición de otorgar privilegios o tratos preferenciales sin una justificación objetiva y razonable.

5. Disposiciones finales

5.1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para conocer de la presente demanda de acuerdo con el artículo 241 numeral 1 de la Constitución Política, que indica que la Corte Constitucional podrá conocer de demandas de inconstitucionalidad contra actos reformativos de la Constitución por vicios de procedimiento en su formación. Cabe recordar que la Corte Constitucional ha entendido que los vicios de procedimiento no solo se refieren al trámite de reformas constitucionales, sino que también implican analizar una cuestión previa al trámite, a saber: que el órgano que realice una reforma constitucional tenga la competencia para hacerlo. La facultad conferida a la Corte Constitucional de revisar la competencia del órgano que realiza una reforma constitucional (artículo 241 de la CP) es la base para solicitarle que declare inconstitucional una reforma constitucional que *sustituya*, total o parcialmente, transitoria o permanentemente, la Constitución, pues esta es una facultad que solo puede ser ejercida por el constituyente primario, y no por ninguno de los poderes establecidos, los cuales actúan en calidad de constituyente derivado¹⁵⁶.

¹⁵⁵La Corte Constitucional en juicios de características semejantes, y con el propósito de dotar de coherencia el ordenamiento jurídico, se ha valido del establecimiento de parámetros de interpretación de reformas constitucionales. *Cfr.* Corte Constitucional, sentencia C-579 de 2013, M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, párrafo. 9.9.

¹⁵⁶La jurisprudencia sobre este punto ha sido sostenida de manera constante a partir de la sentencia C-551 de 2003, M. P.: Eduardo Montealegre Llynet, reiterada en múltiples oportunidades. *cfr.* Corte Constitucional, sentencia C-141 de 2010, M. P.: Humberto Antonio Sierra Porto.