

Sentencia C-084/16

INVESTIGACION Y JUZGAMIENTO POR CONDUCTAS PUNIBLES DE MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA EN EL CONFLICTO ARMADO Y APLICACION DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-Declaración de exequibilidad

PODER DE REFORMA DEL CONSTITUYENTE DERIVADO Y EXTRALIMITACION COMPETENCIAL-Vicio de procedimiento en formación de Actos Legislativos

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA ACTOS REFORMATARIOS DE LA CONSTITUCION-Competencia de la Corte Constitucional

VICIOS FORMALES EN RELACION CON EL PODER DE REFORMA DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA COMO CONSTITUYENTE DERIVADO EN EXPEDICION DE ACTOS LEGISLATIVOS-Reiteración de jurisprudencia/VICIOS FORMALES EN RELACION CON EL PODER DE REFORMA DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA COMO CONSTITUYENTE DERIVADO EN EXPEDICION DE ACTOS LEGISLATIVOS-Competencia de la Corte Constitucional

VICIOS DE PROCEDIMIENTO EN LA FORMACION DE REFORMA CONSTITUCIONAL-Control constitucional

PODER DE REFORMA DEL CONSTITUYENTE DERIVADO-Límites

PODER DE REFORMA DEL CONSTITUYENTE DERIVADO-Limitación competencial para el Congreso de la República

REFORMA CONSTITUCIONAL-Competencia del Congreso de la República

COMPETENCIA DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA PARA REFORMA CONSTITUCIONAL-Límites

ACTOS LEGISLATIVOS REFORMATARIOS DE LA CONSTITUCION-Vicio competencial cuando Congreso de la República extralimita función reformadora sustituyendo la Carta Política

ACTOS REFORMATARIOS DE LA CONSTITUCION-Actos jurídicos complejos

ACCION PUBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA ACTOS REFORMATARIOS DE LA CONSTITUCION- Procedencia dentro del año siguiente a su promulgación/**DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA ACTOS LEGISLATIVOS-**Término de caducidad

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Debida formulación de los cargos de inconstitucionalidad/**ACCION PUBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD-**Razones claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA ACTO REFORMATARIO DE LA CONSTITUCION APROBADO POR CONGRESO DE LA REPUBLICA-Cumplimiento de requisitos mínimos por ocurrencia de vicio competencial

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR VICIO DE COMPETENCIA EN APROBACION POR CONGRESO DE LA REPUBLICA DE REFORMA CONSTITUCIONAL-Exigencias argumentativas básicas

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR SUSTITUCION DE LA CONSTITUCION-Certeza y suficiencia argumentativa

ACCION PUBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Cualificación/**DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA ACTOS REFORMATARIOS POR SUSTITUCION DE LA CONSTITUCION-**Cumplimiento de carga argumentativa mínima

DEMANDA SOBRE INVESTIGACION Y JUZGAMIENTO POR CONDUCTAS PUNIBLES DE MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA-Deber de respetar y aplicar normatividad que consagra y protege derechos humanos

DEMANDA SOBRE INVESTIGACION Y JUZGAMIENTO POR CONDUCTAS PUNIBLES DE MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA FRENTE AL DEBER DE RESPETAR Y PROTEGER LOS DERECHOS HUMANOS-Cargo por sustitución de la Constitución cumple exigencias argumentativas básicas y específicas

DEMANDA SOBRE INVESTIGACION Y JUZGAMIENTO POR CONDUCTAS PUNIBLES DE MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA-Principio de autonomía e independencia judicial como manifestación del principio de separación de poderes

DEMANDA SOBRE INVESTIGACION Y JUZGAMIENTO POR CONDUCTAS PUNIBLES DE MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA FRENTE A LA AUTONOMIA E INDEPENDENCIA JUDICIAL-Cargo por sustitución de la Constitución no reúne presupuestos para provocar pronunciamiento de mérito

AUTONOMIA DEL JUEZ-Implicaciones/**AUTONOMIA DEL JUEZ**-Deber de aplicar el derecho

JUEZ-Autonomía en el marco del ordenamiento jurídico

AUTONOMIA E INDEPENDENCIA JUDICIAL-Alcance/**PRINCIPIO DE AUTONOMIA E INDEPENDENCIA JUDICIAL**-Respeto por el principio de supremacía constitucional

PRINCIPIO DE SUPREMACIA E INTERPRETACION DE LA CONSTITUCION-Mecanismos de control por eventuales omisiones del legislador en normas aplicables

DEMANDA EN MATERIA DE AUTONOMIA E INDEPENDENCIA JUDICIAL FRENTE AL PRINCIPIO DE SEPARACION DE PODERES-Ineptitud sustantiva del cargo por sustitución de la Constitución

DEMANDA SOBRE INVESTIGACION Y JUZGAMIENTO POR CONDUCTAS PUNIBLES DE MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA FRENTE AL PRINCIPIO DE IGUALDAD-Inhibición del cargo por sustitución del principio que prohíbe establecer privilegios injustificados

SUSTITUCION DEL DEBER DEL ESTADO DE INVESTIGAR Y JUZGAR VIOLACIONES A DERECHOS HUMANOS Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-Aplicación complementaria del DIH y el DIDH

ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2015-Antecedentes

ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2015-Reforma del artículo 121 de la Constitución Política

ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2015-Exposición de motivos

ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2015-Trámite legislativo de proyecto de enmienda constitucional

ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2015-Reforma del artículo 221 de la Constitución modifica regulación del fuero penal militar

ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2015-No modifica artículo 221 de la Constitución bajo criterios subjetivo y funcional que determinan el alcance del fuero penal militar

FUERO PENAL MILITAR-Análisis conceptual, normativo y jurisprudencial

FUERO PENAL MILITAR-Concepto y características

FUERO-Trato especial a miembros de la fuerza pública

FUERO-Trato particularizado es justificado por diferencias entre deberes y responsabilidades de ciudadanos y miembros de la fuerza pública/**MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA**-Función especial, exclusiva y excluyente

DELITOS COMETIDOS POR MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA-Modelos de investigación y procesamiento penal

FUERO PENAL MILITAR-Regulación positiva y elementos

FUERO PENAL MILITAR-Consagración y desarrollo

FUERO-Características

FUERO-Carácter excepcional y restringido

FUERO-No existe inmunidad frente a la jurisdicción ordinaria

FUERO PENAL MILITAR-Jurisprudencia constitucional

CONDUCTA PUNIBLE EN RELACION CON EL SERVICIO POLICIAL Y MILITAR-Jurisprudencia constitucional

ALCANCES Y LIMITES DEL DELITO EN RELACION CON EL SERVICIO MILITAR-Jurisprudencia constitucional

FUERO PENAL MILITAR Y DELITO EN RELACION CON EL SERVICIO-Jurisprudencia constitucional

DELITO MILITAR-Realización por oficial o suboficial en desempeño de sus funciones legales

FUERO PENAL MILITAR Y DELITO EN RELACION CON EL SERVICIO O CUMPLIMIENTO DE LA FUNCION-Aspectos fundamentales

CONDUCTA PUNIBLE JUZGADA POR AUTORIDADES PENALES MILITARES-Relación directa, estrecha o vinculada con actos propios del servicio/**CONDUCTA PUNIBLE JUZGADA POR AUTORIDADES PENALES MILITARES**-Delito no puede configurar crimen de lesa humanidad/**CONDUCTA PUNIBLE JUZGADA POR AUTORIDADES PENALES MILITARES**-Conexión entre delito y función debe estar acreditada a partir de evidencias

FUERO PENAL MILITAR EN MATERIA DE DELITOS GRAVES-Límites

FUERO PENAL MILITAR-Conocimiento de cortes militares o jueces castrenses

FUERO PENAL MILITAR-Requisitos para ser investigado y juzgado por la jurisdicción penal militar

CODIGO PENAL MILITAR-Delitos de lesa humanidad, infracciones del DIH y conductas contrarias a la función de la fuerza pública constituyen crímenes comunes que deben ser conocidos por la justicia ordinaria

DELITO DE CONNOTACION MILITAR-Tiene entidad material y jurídica propia

HECHO PUNIBLE EN EL MARCO DE UNA ACTIVIDAD LIGADA A LA FUNCION PROPIA DEL CUERPO ARMADO-Debe surgir como extralimitación o abuso de poder/**DELITO Y ACTIVIDAD PROPIA DEL SERVICIO**-Vínculo debe ser próximo y directo/**DELITO COMUN**-Conocimiento de la justicia ordinaria

JURISDICCION PENAL MILITAR-Carece de competencia para investigar y juzgar conductas punibles por abuso del poder o quebrantamiento de leyes y costumbres de la guerra

JUSTICIA PENAL MILITAR-Constituye excepción a la norma ordinaria/**JUSTICIA PENAL MILITAR**-Competencia cuando deba aplicarse excepción al principio del juez natural

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE ACTOS LEGISLATIVOS-Declaración de inconstitucionalidad por violación a reglas previstas en el título XIII de la Constitución/**CONTROL CONSTITUCIONAL DE ACTOS REFORMATARIOS DE LA CONSTITUCION**-Reiteración de jurisprudencia

CONTROL JUDICIAL DE ACTOS LEGISLATIVOS-Ambito competencial del Congreso de la Republica para reformar la Constitución/**JUICIO DE SUSTITUCION**-Competencia del Congreso de la Republica para enmendar la Constitución

CONTROL DE ACTOS REFORMATARIOS DE LA CONSTITUCION MEDIANTE JUICIO DE SUSTITUCION-Fundamento constitucional

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA ACTOS REFORMATARIOS DE LA CONSTITUCION POR VICIOS DE PROCEDIMIENTO-Competencia de la Corte Constitucional

PODER DE REFORMA DE LA CONSTITUCION-Límites/**LIMITES AL PODER DE REFORMA DE LA CONSTITUCION**-Carácter procedimental y competencial

DETERMINACION DE LA COMPETENCIA COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL DEL PROCEDIMIENTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL-Jurisprudencia constitucional/**SUSTITUCION DE LA CONSTITUCION**-Alcance

CORTE CONSTITUCIONAL-Facultad para controlar el procedimiento de modificaciones constitucionales

LIMITES AL PODER DE REFORMA DE LA CONSTITUCION-Distinción entre poder Constituyente y poderes constituidos denominados constituyentes derivados

REFORMAS CONSTITUCIONALES EN QUE INTERVIENE EL PODER CONSTITUYENTE-No están excluidas de condicionamientos normativos

SUSTITUCION DE LA CONSTITUCION-Concepto

JUICIO DE SUSTITUCION-Competencia

JUICIO DE SUSTITUCION-Carácter particular

REFORMA Y SUSTITUCION CONSTITUCIONAL-Distinción

REFORMA Y SUSTITUCION CONSTITUCIONAL-Intangibilidad e insustituibilidad

INTANGIBILIDAD DE LA REFORMA Y SUSTITUCION CONSTITUCIONAL-Cláusulas pétreas

INSUSTITUIBILIDAD DE LA REFORMA Y SUSTITUCION CONSTITUCIONAL-Existencia de ejes esenciales y definitorios

JUICIO DE SUSTITUCION-Diferencia de naturaleza y no de grado

SUSTITUCION DE LA CONSTITUCION-Modalidades

SUSTITUCION TOTAL O PARCIAL DE LA CONSTITUCION-Jurisprudencia constitucional

CONTROL CONSTITUCIONAL DE CAMBIO DE LA CONSTITUCION-Modalidades

CONSTITUCION POLITICA-Diferencia entre destrucción, supresión, quebrantamiento y suspensión

JUICIO DE SUSTITUCION-Naturaleza

SUSTITUCION DE LA CONSTITUCION-Delimitación del concepto

JUICIO DE SUSTITUCION-Obedece a parámetros estrictos

COMPETENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN JUICIO DE SUSTITUCION-Autorestricción judicial que permite cumplir objetivos

CORTE CONSTITUCIONAL EN JUICIO DE SUSTITUCION-Mecanismos de restricción para no incurrir en desbordamiento de competencias

JUICIO DE SUSTITUCION-Difiere del control material de actos legislativos

JUICIO O TEST DE SUSTITUCION-Estructura

JUICIO O TEST DE SUSTITUCION-Premisa mayor/**PREMISA MAYOR DEL JUICIO O TEST DE SUSTITUCION**-Identificación del elemento definitorio, axial o esencial que da identidad a la Constitución

JUICIO O TEST DE SUSTITUCION-Premisa menor/**PREMISA MENOR DEL JUICIO O TEST DE SUSTITUCION**-Definición del alcance de norma acusada frente a eje definitorio de la Constitución

JUICIO O TEST DE SUSTITUCION-Conclusión cuando precepto demandado ha sustituido la Carta Política

TEST DE EFICACIA-Jurisprudencia constitucional

TEST DE EFICACIA-Finalidad/**TEST DE EFICACIA**-Característica/**TEST DE EFICACIA**-Aplicación

JUICIO DE SUSTITUCION-Difiere del control material de actos legislativos

JUICIO DE SUSTITUCION-Reseña sobre reglas jurisprudenciales

DEBER DEL ESTADO DE INVESTIGAR Y JUZGAR VIOLACIONES A DERECHOS HUMANOS Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO APLICANDO EL DIH Y EL DIDH-Sustitución parcial de la Constitución por reemplazo del eje definitorio

OBLIGACION DE RESPETAR, GARANTIZAR Y PROTEGER LOS DERECHOS HUMANOS-Pilar esencial de la Constitución y del Estado social de derecho

OBLIGACION DE RESPETAR, GARANTIZAR Y PROTEGER LOS DERECHOS HUMANOS-Instrumentos y tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS-Deber de garantía y ejercicio del poder público de los Estados

DERECHOS HUMANOS-Realización plena cuando Estados cumplen obligaciones particulares

OBLIGACION DE INVESTIGAR, JUZGAR Y SANCIONAR VIOLACIONES A DERECHOS HUMANOS Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-Garantía y protección de derechos humanos

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y DERECHO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS-Complementariedad y convergencia

PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD-Consagración

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y DERECHO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS-Diferencias

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y DERECHO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS-Concurrencia en el ámbito de aplicación material y personal

GRAVES VIOLACIONES A DERECHOS HUMANOS- Inadmisibilidad ante comunidad internacional y ordenamiento jurídico interno colombiano/**DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y DERECHO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS-** Ordenamientos supranacionales que hacen parte del ius cogens

JUICIO DE SUSTITUCION- Aplicación del eje definitorio en la jurisprudencia constitucional

DESCONOCIMIENTO DE OBLIGACION DEL ESTADO DE RESPETAR, GARANTIZAR Y PROTEGER LOS DERECHOS HUMANOS EN JUICIO DE SUSTITUCION DE LA CONSTITUCION- Jurisprudencia constitucional

RESPETO, GARANTIA Y PROTECCION DE DERECHOS HUMANOS- Eje definitorio de la Constitución

OBLIGACION DEL ESTADO DE RESPETAR, GARANTIZAR Y PROTEGER LOS DERECHOS HUMANOS- Deber de investigar y juzgar violaciones a Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario

DEBER DEL ESTADO DE PROTEGER Y RESPETAR LOS DERECHOS HUMANOS Y DEBER DE INVESTIGAR Y JUZGAR VIOLACIONES A DERECHOS HUMANOS Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO- Contenido de la reforma

PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO- Aplicación insoslayable de normas en desarrollo de hostilidades en conflictos armados internacionales y no internacionales/**PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-** Aplicación de normas en desarrollo de investigaciones y juzgamientos en crímenes de guerra

NORMAS Y PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO- Importancia/**NORMAS Y PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-** Potestad de configuración normativa en materia penal

DEBER DE APLICAR NORMAS Y PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN LA ACTIVIDAD JUDICIAL Y BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD- Función interpretativa e integradora

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD-Carácter de normas que lo integran

AUTORIDADES JUDICIALES EN DESARROLLO DE INVESTIGACION Y JUZGAMIENTO POR CONDUCTAS PUNIBLES DE MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA EN EL CONFLICTO ARMADO-Sujetas a normas y principios del derecho internacional humanitario

NORMAS Y PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-Adecuada interpretación de la expresión “reúna las condiciones del derecho internacional humanitario”/**DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL**-Instrumentos exigen que conflicto armado reúna determinadas características para ser aplicado

CONFLICTO ARMADO-Jurisprudencia penal internacional

DETERMINACION DE LA EXISTENCIA DEL CONFLICTO ARMADO-Jurisprudencia constitucional/**INTENSIDAD DEL CONFLICTO ARMADO Y NIVEL DE ORGANIZACION DE LAS PARTES**-Jurisprudencia constitucional

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-Nivel de organización de actores armados enfrentados y carácter prolongado de la confrontación/**DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO**-Exclusión de actos de violencia individual, utilización de la fuerza que no constituya acción militar y hechos delincuenciales o criminales ordinarios/**ACTOS AISLADOS Y ESPORADICOS DE VIOLENCIA COMO TENSIONES INTERNAS Y DISTURBIOS INTERIORES**-No constituyen conflicto armado

INVESTIGACIONES Y JUICIOS POR CONDUCTAS PUNIBLES DE MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA EN EL CONFLICTO ARMADO-Obligación de aplicar normas y principios del derecho internacional humanitario

NORMAS Y PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-Son fuente de derecho para jueces y otros operadores judiciales

APLICACION DE NORMAS Y PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN INVESTIGACIONES Y JUICIOS POR CONDUCTAS PUNIBLES DE MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA EN EL CONFLICTO ARMADO-No excluye eventual aplicación de otras fuentes del derecho

INVESTIGACION Y JUZGAMIENTO POR CONDUCTAS PUNIBLES DE MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA EN EL CONFLICTO ARMADO Y APLICACION DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-Principio de armonización constitucional

CORTE CONSTITUCIONAL-Preservación de la integridad e identidad de la Constitución/**CORTE CONSTITUCIONAL**-Interpretación de normas bajo el principio de armonización constitucional

INVESTIGACION Y JUZGAMIENTO POR CONDUCTAS PUNIBLES DE MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA EN EL CONFLICTO ARMADO-Autonomía funcional de operadores jurídicos

DERECHO PENAL INTERNACIONAL-Interacción entre derecho internacional humanitario y derecho internacional de derechos humanos

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y DERECHO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS EN EL CONFLICTO ARMADO-Núcleo y objetivo común para proteger la integridad física y dignidad del ser humano

DEBIDO PROCESO DE PERSONAS INVESTIGADAS Y DERECHOS DE VICTIMAS Y FAMILIARES-Acatamiento del derecho internacional humanitario y de derechos humanos

INVESTIGACION Y JUZGAMIENTO POR CONDUCTAS PUNIBLES DE MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA EN EL CONFLICTO ARMADO-Aplicación de principios y normas del derecho internacional humanitario sin exclusión del derecho internacional de derechos humanos

Referencia: expediente D-10903

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1° (parcial) del Acto Legislativo 01 de 2015 “*por el cual se reforma el artículo 221 de la Constitución Política.*”

Actores: Gustavo Gallón Giraldo, Jomary Ortigón Osorio y otros.

Magistrado Ponente:
LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de febrero de dos mil dieciséis (2016).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las previstas en el artículo 241, numeral 4°, de la Constitución Política, y cumplidos todos los trámites y requisitos contemplados en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución Política, los ciudadanos Gustavo Gallón Giraldo, Jomary Ortégón Osorio, Luz Marina Bernal, María Sanabria, María del Pilar Navarrete Urrea, Juan Francisco Lanao Anzola, Alirio Uribe Muñoz, Ángela María Robledo, Iván Cepeda Castro, Mateo Gómez Vásquez, Valeria Silva Fonseca, Mauricio Ortiz Coronado, Fabián Wilches, Daniel Ricardo Vargas Díaz, Aura María Díaz Hernández, Shaira Rivera, Jahel Quiroga Carrillo, Paola Ximena Fonseca Caro, Carolina Hoyos Villamil, Agustín Alberto Jiménez Cuello, Doria Yanette Bautista Montañez, Claudia Liliana Erazo Maldonado, Harold Alfonso Vargas Hortúa, Lourdes Castro García, David Fernando Flores Ballesteros, José Antonio Alviva Motta, Cristian Raúl Delgado Bolaños, Luis Carlos Montenegro Almeida, Luz Marina Hache Contreras, Gelasio Cardona Serna, Jenny Hernández Vera, Jaime Absalón y León Sepúlveda presentaron demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1° (parcial) del Acto Legislativo 01 de 2015 por el cual se reforma el artículo 221 de la Constitución Política.

Mediante providencia del treinta (30) de julio de dos mil quince (2015), la Magistrada sustanciadora (e) dispuso admitir la demanda, por considerar que reunía los requisitos exigidos por el artículo 2° del Decreto 2067 de 1991, y de conformidad con lo previsto en el artículo 13 del Decreto 2067 de 1991 solicitó a diferentes instituciones emitir concepto técnico sobre la norma demandada.

Invitó a participar en el presente proceso a las Universidades Externado de Colombia, Nacional de Colombia, de Antioquia, Javeriana, de los Andes, Libre, Militar Nueva Granada, Sergio Arboleda, de la Sabana, Libre, Icesi, Eafit, del Atlántico, Industrial de Santander, de Ibagué y del Rosario. Adicionalmente, invitó a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, al Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad –Dejusticia–, a la

Presidencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, al Comando General de las Fuerzas Militares, a la Dirección General de la Policía Nacional y a la Asociación Colombiana de Oficiales en Retiro de las Fuerzas Militares –Acore–.

Finalmente, en la misma providencia dispuso solicitarle al Ministerio de Relaciones Exteriores, que extendiera la invitación para remitir concepto técnico a la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, a la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, y a la Oficina en Colombia del Comité Internacional de la Cruz Roja –CICR–.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de esta clase de procesos, entra la Corte a decidir sobre la demanda de la referencia.

II. LA NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe el texto de la disposición demandada, de conformidad con su publicación en el Diario Oficial No. 49.554, de 25 de junio de 2015.

“ACTO LEGISLATIVO NÚMERO 01 DE 2015

(Junio 25)

Diario Oficial No. 49.554, de 25 de junio de 2015

Por el cual se reforma el artículo 221 de la Constitución Política de Colombia.

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

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.”

III. LA DEMANDA

1. Los accionantes consideran que el apartado demandado del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2015 sustituye al menos tres pilares esenciales de la Constitución de 1991, específicamente los relativos a: (i) la obligación estatal de respetar y garantizar los derechos humanos, (ii) el principio de autonomía judicial como manifestación del principio de separación de poderes, y (iii) el principio de igualdad ante la ley.

Al respecto, sostienen que en relación con la enmienda demandada se pueden formular dos posibilidades de interpretación: (i) como una limitación o reiteración de un precepto ya existente que no añade nada nuevo a la Constitución; o (ii) como una modificación de un precepto existente que añade algo nuevo a la Constitución.

Afirman que el Acto Legislativo 01 de 2015 encaja en esta última opción pues establece como elemento adicional la aplicación “*exclusiva*” del DIH a la investigación y el juzgamiento de las conductas cometidas por militares y policías en servicio activo. Agregan que esta aplicación exclusiva implica la inaplicabilidad del derecho internacional de los derechos humanos (en adelante DIDH).

Fundamentan esta interpretación, en que no tenía ningún sentido realizar una reforma constitucional para reiterar lo ya existente en el ordenamiento constitucional, y en el hecho de que en el trámite legislativo surtido en el Congreso un grupo de parlamentarios manifestó que se debía incluir la aplicabilidad de los dos marcos jurídicos señalados, el DIH y el DIDH.

Solicitan a la Corte que frente a la incertidumbre sobre la aplicabilidad de los criterios del derecho internacional producto de una posible interpretación flexible de la reforma se declare la inconstitucionalidad de la misma. Y, como pretensión subsidiaria, solicitan que de no declarar la inexecutable de la norma demandada, la Corte establezca los parámetros de interpretación que guíen la actuación de todos los funcionarios judiciales por las conductas delictivas cometidas por miembros de la fuerza pública, quienes deben ser investigados y juzgados tomando en consideración tanto las normas del DIH, como las del DIDH.

2. Para explicar los argumentos que sostienen la inconstitucionalidad de la norma demandada, estiman necesario determinar los criterios establecidos

por la Corte en relación con el denominado “*juicio de sustitución*” que se realiza en relación con el análisis de constitucionalidad de los actos legislativo. Para el efecto, señalan que es necesario identificar previamente el “*nuevo elemento normativo introducido en la Constitución a partir del acto legislativo*” demandado, el cual constituye la premisa menor del test de sustitución.

Sobre el particular, señalan que el apartado normativo demandado no se reduce a una expresión que reproduce la obligación del Estado colombiano de aplicar el DIH en todo tiempo, incluso en los estados de excepción (art. 241.2 C.N.), pues su análisis literal e histórico lleva a concluir que incluye la expresión “*con exclusión del derecho internacional de los derechos humano*”. Lo anterior, debido a que la interpretación semántica de la norma no permite entender claramente si introduce una regla de exclusividad, y porque los antecedentes legislativos dan cuenta del cambio del sentido de la propuesta de reforma y de la negativa expresa a incluir la previsión del juzgamiento con base en el DIDH.

3. Terminada esta introducción, señalan que los impactos que genera el nuevo elemento normativo, sustituyen al menos tres pilares esenciales de la Constitución, los cuales se corresponden con los cargos formulados en la demanda y que se explican a continuación.

Primer cargo: sustitución del deber estatal de investigar y juzgar las violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al DIH aplicando complementariamente el DIH y el DIDH.

4. Sobre este cargo señalan que la obligación estatal de proteger, respetar y garantizar los derechos humanos es un **elemento definitorio** de la Constitución, que no solo se desprende de varias de sus disposiciones (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 cuáles Colombia es parte y que integran el bloque de constitucionalidad. Especifican que dentro de estas obligaciones, se encuentran las 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*”.

Para fundamentar que se trata de un pilar fundamental de la Constitución, argumentan que los diferentes instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos ratificados por Colombia establecen claramente las obligaciones de respetar y garantizar sin discriminación los derechos de las personas bajo su jurisdicción. Mencionan el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en particular su artículo 2.1, así como el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Adicionalmente, exponen que diferentes disposiciones de la Constitución Política (preámbulo y art. 2º)

también obligan al Estado a respetar y garantizar los derechos humanos, específicamente, a evitar que sus agentes los violen, y a tomar todas las medidas necesarias para protegerlos.

5. Consideran que la norma del acto legislativo implica un problema al momento de enfrentar la protección de los derechos humanos. En particular, señalan que el DIH es fundamento de la responsabilidad penal, y que las violaciones de las normas convencionales y consuetudinarias de DIH que proscriben los ataques contra la población y bienes civiles generan responsabilidad penal individual. Sin embargo, no todas las normas de DIH constituyen normas penales, pues hasta el momento solamente se han incluido como normas del derecho penal internacional las que se refieren a la configuración de crímenes de guerra, que en el caso colombiano, estas se encuentran tipificadas en el Título II de la ley 599 de 2000.

Destacan que aunque las fuerzas militares 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 de los Convenios de Ginebra y el artículo 75 del Protocolo I adicional exigen que la investigación la realice un Tribunal “*con arreglo a la ley*”. Agregan que la Corte constitucional ha indicado que las violaciones a los derechos humanos y 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 castrense.

6. Con base en las anteriores consideraciones encuentran que las normas del DIH y del DIDH tienen un carácter complementario, y que operan integralmente en el marco del derecho penal internacional. En este sentido manifiestas que los Tribunales Penales Internacionales conciben la aplicación de disposiciones del DIDH a la hora de juzgar infracciones al DIH en tanto crímenes de guerra, debido a que el derecho penal internacional encuentra una intrínseca relación entre sus fuentes normativas y aquellas propias del DIDH y el DIH.

7. Apoyados en amplia doctrina, indican que el Estatuto de Roma, el cual regula la actuación de la Corte Penal Internacional (en adelante CPI), en su artículo 21.3, dispone dentro del sistema de fuentes aplicables a dicha jurisdicción que “[l]a 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, (...) 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 y otra condición.” De manera que, al juzgar 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.

Consideran que si la reforma pretendía brindar mayor protección a los miembros de la fuerza pública vinculados a investigaciones judiciales por hechos cometidos con ocasión del conflicto armado interno, no podría predicarse que las únicas reglas aplicables por el juzgador fueran aquellas relativas al DIH, pues significaría un detrimento de las garantías y avances propios del DIDH.

8. Destacan que para cumplir con la obligación del Estado colombiano de investigar y juzgar todos los hechos que constituyan violaciones a los derechos humanos se deben aplicar de forma complementaria el DIDH y el DIH. En este sentido, resaltan que la convergencia y complementariedad del DIH y el DIDH ha sido reconocida por diversos órganos de las Naciones Unidas, la Corte Internacional de Justicia, la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la propia Corte Constitucional.

Al respecto, advierten que el Estado tiene el deber de adecuar el derecho interno, bien a través de la expedición de normas que reconozcan los derechos, o con la eliminación de aquellas que los desconozcan, de forma que se garantice el goce efectivo de los derechos humanos. Y que como consecuencia de lo anterior, el Estado tiene prohibido expedir normas que imposibiliten o restrinjan a sus autoridades observar el contenido de los derechos.

9. Por lo expuesto concluyen que los deberes de investigar y juzgar las violaciones a cualquiera de los dos “*corpus iuris*” constituyen una expresión de la obligación de asegurar el goce de los derechos, bajo el entendido de que la protección de las personas es integral y en tal medida deben observarse tanto las disposiciones del DIH como las del DIDH.

10. Posteriormente, manifiestan que la modificación normativa transforma este elemento definitorio de la Constitución porque la investigación y juzgamiento de las violaciones a los derechos humanos e infracciones al DIH, de conformidad con el DIDH, serán exceptuadas en relación con las conductas punibles cometidas por miembros de la fuerza pública. De esta manera, advierten que la reforma introduce un **nuevo elemento normativo** que puede identificarse 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.*”

Consideran que la afectación que genera la reforma 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 que reúnan las condiciones objetivas del DIH.

11. Por las anteriores razones, concluyen que el nuevo contenido normativo **contradice** la obligación estatal de garantizar los derechos humanos, que constituye un eje axial de la Constitución, y en contraste, conlleva a que el Estado colombiano renuncie a la aplicación del DIDH de manera simultánea y complementaria cuando se produzcan afectaciones a la vida, integridad y libertad de los civiles en el contexto del conflicto armado, y aun fuera del mismo *“en casos en los que se aleguen muertes de civiles en condiciones objetivas de enfrentamiento que se dejen a la interpretación discrecional de la Fuerza Pública”*.

Segundo cargo: sustitución del elemento definitorio constitucional de independencia y autonomía judicial.

12. En relación con este cargo, consideran que el eje definitorio de la Constitución correspondiente a la autonomía e independencia judicial, como desarrollo del principio de separación de poderes, fue sustituida por el acto legislativo demandado, 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 DIH, excluyendo la aplicación de otros cuerpos normativos de igual relevancia constitucional como el DIDH.

13. Señalan que el **elemento definitorio** modificado 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 pertinentes aplicar al caso concreto”*. Sostienen que este eje de la autonomía e independencia judicial está expresamente previsto 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, así como en el preámbulo y en los artículo 8 y 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), y en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).

14. Afirman que la jurisprudencia constitucional ha comprendido el 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.

15. Finalmente, señalan que el rasgo definitorio de la autonomía e independencia de los jueces y fiscales se encuentra compuesto por múltiples referentes normativos –constitucionales–, tales como la sujeción exclusiva al

imperio de la ley, la imparcialidad frente a las partes, la prohibición de cualquier injerencia externa, y la facultad para elegir libremente las normas jurídicas que consideren aplicables para cada caso.

16. Sostienen que el Acto Legislativo 01 de 2015 sustituyó parcialmente la Constitución al introducir un **elemento normativo nuevo** e incompatible con la autonomía e independencia judicial, el cual puede expresarse de la siguiente manera: “[l]os 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 debe aplicar las normas y principios del Derecho Internacional Humanitario excluyendo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.

17. Bajo tal entendido, alegan que la reforma obliga a que los funcionarios judiciales apliquen solamente el DIH, pues la nueva premisa constitucional establece que en caso de conflicto armado, en su aplicación el DIH y el DIDH son excluyentes entre sí. Reiteran que esta nueva concepción constitucional, es contraria a la fórmula según la cual las autoridades judiciales están sometidas al imperio de la ley (art. 230 C.N.).

18. Destacan que el análisis del nuevo elemento definitorio lleva a dos reflexiones: en primer lugar, que la reforma imposibilitaría 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, a través del mecanismo del *control de convencionalidad*. Esta situación contraría el mandato constitucional (art. 93 C.N.) según el cual los derechos y deberes constitucionales deben ser interpretados de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

En segundo lugar, la reforma constitucional implica la 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. Explican que en la medida en que 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 DIH como marco de investigación y juzgamiento de las mismas, excluyendo la aplicación del DIDH.

En este sentido, mencionan que la reforma constituye una afectación a la independencia y a la autonomía de la Rama Judicial por parte del legislativo, al imponer cómo debe actuar, los referentes normativos que debe utilizar y qué línea de análisis debe seguir. Así mismo, puede constituir una injerencia por parte del ejecutivo, en las funciones de la Rama Judicial en la medida en que la reforma no se realiza en la parte orgánica de esta rama del poder

público, sino en el título que regula la Rama Ejecutiva, específicamente en el artículo 221 relativa a una materia excepcional como es el fuero militar.

Finalmente, agregan que la reforma implica el desconocimiento de la norma del *ius cogens* que establece la obligación de que los Estados cumplan de buena fe los instrumentos internacionales que suscriben, tal y como lo ordena el principio de *pacta sunt servanda* contenido en el artículo 26 de la Convención de Viena.

19. Concluyen que la reforma hace **incompatible** este pilar esencial de la Constitución al transformarlo en una norma que establece que los fiscales y jueces de la República cuentan con autonomía, salvo en casos de investigaciones y juzgamiento de conductas punibles cometidas por los miembros de la fuerza pública en relación con actos en medio del conflicto armado, pues en estos últimos se debe aplicar de forma exclusiva y obligatoria las normas y principios del DIH.

De esta manera, la reforma al artículo 221 de la Constitución impide reconocer la identidad originaria de la misma al suprimir parcialmente la facultad de los jueces y fiscales de determinar libremente las normas aplicables para cada caso, y despejar de este modo a la administración de justicia de una condición y facultad fundamental relativa a su autonomía.

Tercer cargo: sustitución del principio según el cual la ley tiene prohibido establecer privilegios injustificados.

20. Como último cargo, los accionantes sostienen que la reforma legislativa sustituyó el principio de igualdad ante la ley, el cual es un eje definitorio de la Constitución, establecido en el preámbulo y los artículos 1, 2 y 13 de la misma, así como en los artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en los artículos 14 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

21. Enfatizan en que el principio de igualdad es un **elemento definitorio** de la Constitución, y que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha decantado en diferentes pronunciamientos su alcance, de manera que se puede describir en términos generales como “*la prohibición constitucional de otorgar un tratamiento diferente a las personas o grupos de personas que se encuentren en circunstancias sustancialmente iguales.*” Dicho eje definitorio hace referencia a la prohibición expresa de que la ley establezca privilegios o tratos preferenciales sin justificación objetiva y razonable, salvo en la realización de distinciones basadas en un trato diferencial positivo hacia ciertos grupos de personas (arts. 13, 44, 46, 47, 50 y 54).

22. Explican que la finalidad del principio de igualdad es doble, pues propende por evitar un trato diferenciado que no cuente con justificación suficiente, y además, asegura las condiciones de igualdad material a aquellos

sujetos que gozan de una especial protección constitucional. De la misma manera, anotan que la igualdad no es solamente un derecho, sino un principio vinculante para toda la actividad estatal, y que además es uno de los fundamentos de la democracia, siendo un aspecto esencial del Estado social de Derecho, a tal punto que no se puede hablar de este si no se garantiza la igualdad de trato.

Agregan que el principio de igualdad tiene tres componentes: la *igualdad ante la ley*, la *igualdad de trato*, y la *igualdad de protección* a todas las personas. Y que en particular, los jueces tienen la especial tarea de tratar a todos los ciudadanos de manera igual, sin privilegios ni preferencias, y además garantizarles la misma protección ante la ley.

23. Indican que la Ley puede establecer procedimientos diferenciados, sin embargo dicha potestad tiene limitaciones que buscan garantizar que las partes gocen de igual protección. Así por ejemplo se debe respetar el principio de *neutralidad* del derecho procesal y *universalidad* de los procedimientos; y cualquier modificación debe ser examinada de manera detallada so pena de incurrir en diferenciaciones que eliminen las garantías del debido proceso o que impongan cargas desproporcionadas a las partes, especialmente si se trata de asuntos penales. En este último evento –proceso penal–, su observancia se torna más exigente y necesaria, pues 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.*”

24. Adicionalmente, señalan que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ya ha estudiado el problema del establecimiento de una jurisdicción especial para juzgar delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo –fuero penal militar–. Sobre este tema, citan la sentencia C-373 de 2006, en la que se reconoció las diferencias entre los miembros de la fuerza pública y el resto de ciudadanos, debido a las particularidades de las funciones que deben desempeñar los primeros, así como sus condiciones especiales por el uso legítimo de la fuerza. Sin embargo, también se señaló que lo anterior de ninguna manera puede representar que este grupo poblacional ostente una categoría especial que les permita ser sujetos de un favorecimiento especial por la ley.

25. Aducen que en relación con este cargo se puede determinar que el **nuevo elemento normativo** introducido por la reforma se expresa en que: “[l]as 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.”

26. Indican que el elemento normativo introducido por la reforma se caracteriza por estar dirigido única y exclusivamente a un grupo de destinatarios, constituidos por la fuerza pública, a quienes se les aplica el régimen establecido por el acto legislativo. Por lo tanto, la reforma se articula a través del trato diferencial a este grupo de servidores públicos que ostentan el monopolio de la coacción estatal, quienes cuentan con un régimen de investigación y juzgamiento de las características introducidas por la reforma constitucional, que los beneficia de manera única y exclusiva.

27. Sostienen que no es posible justificar objetiva y razonablemente dicho trato especial, porque así lo demuestra la metodología del test de igualdad. Señalan que la comisión de conductas punibles en el contexto de un conflicto armado como el colombiano 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 podrían ser los actores que pertenecen a fuerzas disidentes o grupos armados al margen de la ley. Y destacan que, incluso, aceptando que fuera admisible un trato disímil por el hecho de ostentar el monopolio legítimo de la coacción estatal, esto es insuficiente para que el órgano reformador pueda contemplar un trato diferenciado al valorar su finalidad y la razonabilidad de la misma.

28. Explican que la finalidad del congreso fue excluir la aplicación del DIDH en los casos de investigaciones y juzgamiento de miembros de la fuerza pública, involucrados en delitos en el marco del conflicto armado o en enfrentamientos cuyas condiciones objetivas sean las del DIH. No obstante, consideran que dicha finalidad no es razonable porque la aplicación del DIDH es trascendental e imprescindible para cumplir con los fines esenciales de la Constitución.

En este sentido indican que las obligaciones de garantizar derechos humanos, son un compromiso adquirido internacionalmente por el Estado colombiano, que incluye la investigación y juzgamiento de las violaciones a los derechos humanos e infracciones al DIH como un único *corpus iuris*, que incluye tanto del DIH como el DIDH. Por tales razones se evidencia que el trato diferenciado a los miembros de la fuerza pública es injustificado.

29. Con base en las anteriores consideraciones, llegan a la **conclusión** de que la transformación de este eje definitorio de la Constitución se resume en que ahora, la ley prohíbe un trato privilegiado e injustificado, salvo 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.

Lo anterior, comoquiera que el principio a la igualdad original de la Constitución establece que está prohibido el otorgamiento de privilegios o tratos preferenciales carentes de una justificación constitucionalmente válida, es decir objetiva y razonable, mientras que el Acto Legislativo 01 de 2015

exceptúa de dicha prohibición a los miembros de la Fuerza Pública quienes ahora pueden recibir privilegios estatales sin que deban encontrarse constitucionalmente justificados.

IV. INTERVENCIONES

1. Intervención de entidades gubernamentales.

1.1. Del Ministerio de Defensa Nacional y la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

El Ministro de Defensa Nacional y la Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República presentaron memorial conjunto en el que expresaron a la Corte su intención de defender la constitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2015. Igualmente, solicitaron que la Corporación se declarara inhibida por la ineptitud sustantiva de la demanda al considerar que no se cumplen a cabalidad los presupuestos jurisprudenciales del método del juicio de sustitución de la Constitución.

Como sustento de dicha pretensión plantearon cuatro argumentos en contra de la demanda, los que se pueden sintetizar de la siguiente manera: *(i)* las razones de la demanda van dirigidas a que la Corte ejerza un control material del Acto Legislativo 01 de 2015 frente a otras disposiciones constitucionales; *(ii)* se conforma erróneamente la premisa mayor del juicio de sustitución de la Constitución, al no identificar correctamente los elementos esenciales de la misma; *(iii)* tampoco se conforma la premisa menor al acusar de inconstitucionales contenidos inexistentes en el Acto Legislativo; y *(iv)* la demanda pretende que la Corte establezca que los artículos 116 y 221 de la Constitución son cláusulas pétreas.

Solicitan de manera subsidiaria, que en caso de conocer de fondo la demanda, la Corte declare la exequibilidad de la norma frente a cada uno de los cargos planteados por los accionantes, debido a que la reforma no sustituye ningún elemento esencial definitorio de la Constitución, ni contraría ninguna norma de la misma. De la misma manera, solicitan que no se condicione ni establezca ningún parámetro de interpretación, al considerar que la exequibilidad condicionada constituye un ejercicio indebido de la acción de constitucionalidad, pues con ello se reemplazaría indebidamente la voluntad soberana del constituyente derivado.

En relación con la solicitud de inhibición, los intervinientes argumentan que la Corte no es competente para realizar juicios materiales o de intangibilidad de los actos legislativos, pues el artículo 241 de la Constitución establece que solamente debe estudiar las demandas por vicios de procedimiento en su formación. Manifiestan que las reformas constitucionales, como la que se discute en este caso, pueden ser polémicas y trascendentales, e incluso que pueden versar sobre aspectos fundamentales de la Constitución pues no

existen normas intangibles. Y que la Corte ha admitido que este tipo de cambios son admisibles siempre que los elementos esenciales o definitorios de la identidad de la Constitución no sean sustituidos por otros opuestos o integralmente diferentes. Señalan que la demanda ignora que la sustitución de la Constitución es “*una situación en extremo excepcional*” y que “*el control al poder de reforma es, por decirlo de alguna manera, la última ratio del Estado constitucional y no un control material que impida que la Constitución pueda transformarse.*”

En particular, argumentan que la demanda no cumple con los requisitos de la carga mínima de comunicación y argumentación exigida por la Corte debido a que: (i) el *objeto de la demanda* no es claro porque los accionantes han tenido que reformular el texto del acto legislativo, adicionando un precepto no contemplado por el legislador, el cual consiste en la exclusión del DIDH del marco de la investigación y juzgamiento de los miembros de la Fuerza Pública; y porque (ii) el *concepto de la violación* no plantea razones claras, ciertas, específicas, pertinente y suficientes en tanto no existe certeza en los cargos de la demanda pues se fundan en una interpretación que no se desprende expresamente del texto de la norma demandada.

Sobre este último punto, insisten en que los demandantes recurren a la re-escritura del texto de la norma acusada para estructurar una interpretación que no está incluida en el texto constitucional, sino en el juicio de los accionantes. Agregan que las razones de la demanda tampoco son *específicas* porque no establecen una oposición objetiva y verificable entre el texto demandado y la Constitución, porque el Acto Legislativo no genera una cláusula de excepcionalidad, como lo argumentan los accionantes, pues señalar la aplicación del DIH en el conflicto armado no excluye el contexto del DIDH. De la misma manera, afirman que los cargos carecen de *pertinencia* de las razones pues no se trata de reproches de naturaleza constitucional sino de un esfuerzo argumentativo de los demandantes por señalar que lo incluido por la reforma ya estaba dentro del texto constitucional.

Concluyen que la Corte debe declarar la ineptitud de la demanda comoquiera que los cargos se sustentan en una interpretación subjetiva de las normas acusadas, fundados únicamente en la conveniencia de que las disposiciones sean consideradas inconstitucionales sin que medie un argumento concreto, certero y de fondo que motive su postura.

Por otra parte, en relación con la pretensión subsidiaria de exequibilidad, anotan que el estudio debe hacerse con referencia a elementos esenciales definitorios de la identidad de la Constitución, formulados de conformidad con la metodología del test de sustitución desarrollado por la Corte.

Sobre este aspecto aseveran que los demandantes conformaron incorrectamente la premisa mayor del juicio de sustitución, pues hacen

alusión a una serie de presuntos elementos definitorios que corresponden a una interpretación personal y errónea basada en paráfrasis de la jurisprudencia internacional, y en conceptos y opiniones de órganos de derechos humanos, que están lejos de ser un elemento definitorio y esencial de la Carta.

En relación con el *primer cargo* formulado por los demandantes, los intervinientes consideran que la premisa mayor del juicio de sustitución es incorrecta, pues no es posible entender que la aplicación del DIH a las investigaciones y juzgamientos previsto en la reforma sustituiría la obligación estatal de garantizar los derechos humanos. Advierten que es un error afirmar que el deber de investigar y juzgar las conductas punibles es un pilar esencial de la Constitución, pues la Corte Constitucional ha explicado (C-579 de 2013) que tal obligación es susceptible de condicionarse en ciertos contextos, como en el caso de la justicia transicional.

Sobre este mismo asunto señalan que, según la jurisprudencia constitucional, los tratados de derechos humanos relativos a la obligación de investigar las violaciones de derechos humanos no son referentes autónomos determinantes para el control de reformas constitucionales, y que la jurisprudencia internacional es simplemente una pauta de interpretación. Por lo tanto, es un error metodológico sostener que existe un pilar fundamental tomando como base únicamente instrumentos internacionales.

Respecto a la premisa menor, insisten en que la aplicación del DIH en la investigación y juzgamiento de los miembros de la Fuerza Pública no excluye la aplicación del DIDH ni sustituye la Constitución. Aducen que en un contexto de conflicto y de hostilidades, las obligaciones del DIDH son especificadas por el DIH, el cual hace parte del ordenamiento interno por expreso mandato del artículo 93 de la Constitución, y es herramienta de interpretación del marco de los derechos humanos.

Precisan que durante los tiempos de conflicto surge la necesidad de realizar algunas acciones que en tiempos de paz no serían comunes, y por ende, se debe considerar que la convergencia entre los dos regímenes se da en aras de aplicar la ley que regula de manera especial (DIH) determinados acontecimientos. Agregan que dicha complementariedad entre el DIH y el DIDH ha sido reconocida tanto por la doctrina internacional, como por la propia Corte Constitucional.

Concluyen que la aplicación del principio de la ley especial –*lex specialis*– no implica la sustitución de la Constitución pues el DIH es el derecho aplicable a los eventos de conflicto armado, el cual en muchas ocasiones resulta más estricto que el DIDH, situación que explica su prevalencia y carácter específico. Sin embargo, precisan que no se pueden confundir las infracciones al DIH con las violaciones a los DDHH, pues estas últimas

pueden ser crímenes de lesa humanidad o genocidio, en tanto las primeras son crímenes de guerra.

Finalmente, mencionan que la aplicación del DIH no genera nuevas categorías de imputación penal, pues solamente enfatiza el carácter especial del DIH, y tampoco constituye un menoscabo a la protección y garantías judiciales pues estas siguen incólumes en la reforma.

En cuanto al *segundo cargo*, relativo a la independencia y autonomía judicial, reiteran que los actores fundan sus reproches en afirmaciones que carecen de certeza y que simplemente corresponden a una interpretación personalísima que ellos efectúan sobre el contenido y alcance tanto de la reforma constitucional, como de los mandatos que alegan sustituidos.

Afirman que la premisa mayor es incorrecta pues no es cierto que los jueces y fiscales puedan a su arbitrio absoluto elegir las normas que consideren pertinente aplicar a determinado caso concreto. Por el contrario, la Constitución exige que las actuaciones de todas las autoridades estén sometidas a unas reglas claras y preestablecidas. Así las cosas, la premisa constitucional referenciada por los demandantes resulta equivocada y es fruto de la interpretación subjetiva y particular de los mismos.

Igualmente, sostienen que la premisa menor es desacertada pues la reforma lo único que hace es precisar una obligación derivada del propio bloque de constitucionalidad, según la cual el funcionario judicial en el ejercicio de sus funciones de investigación y juzgamiento debe incluir en la valoración de la situación fáctica el marco normativo del DIH que es propio de situaciones de conflicto.

Finalmente, en relación con el **tercer cargo**, centrado en la presunta sustitución del derecho a la igualdad, sostienen que la *premis mayor* es errada porque es falsa la idea sobre la exclusión de la aplicación del DIDH y según la cual en la investigación y juzgamiento a los miembros de la Fuerza Pública solamente se aplica el DIH. Al respecto, explican que el presunto régimen especial que aplica el DIH únicamente a los miembros de la Fuerza Pública es inexistente porque las conductas punitivas relacionadas con el conflicto armado o un enfrentamiento que reúna las condiciones objetivas del DIH, debe ser sometida a normas penales sustanciales y procesales pertinentes.

En relación con la *premis menor* sostienen que no es posible sostener que el Congreso se extralimitó en sus funciones por el mero hecho de modificar o, como en este caso, precisar una obligación ya existente en cabeza de los fiscales y jueces. Por lo tanto, concluyen que no existe sustitución en las finalidades de los sistemas, tanto penal como ordinario, y que los cambios solamente se surtieron en la parte orgánica de la Constitución, razón por la que no existe el vicio de competencia alegado.

1.2. De la Fiscalía General de la Nación.

El señor Fiscal General de la Nación presentó escrito de intervención en el que solicitó a este Tribunal Constitucional declarar la exequibilidad del artículo 1° parcial del Acto Legislativo 01 de 2015. Lo anterior, por considerar que la demanda propuesta no supera el test de sustitución al no explicar de forma satisfactoria los elementos definitorios de la Constitución que supuestamente sustituyó el constituyente derivado con la aprobación de la norma demandada.

El Fiscal considera, con base en la jurisprudencia constitucional relativa al test de sustitución, que la demanda no logra identificar de forma clara y suficiente los elementos supuestamente sustituidos en la Constitución. Así por ejemplo, en relación con el primer cargo, la interpretación de los accionantes resulta errada, comoquiera que la norma prescribió claramente que las conductas de los miembros activos de la fuerza pública que no se encuadren dentro de las conductas prohibidas por el DIH deberán ser investigadas y sancionadas penalmente por la jurisdicción ordinaria; y tampoco se niega la complementariedad existente entre el DIDH y el DIH.

Sobre el segundo cargo manifiesta que la reforma constitucional no desconoce la separación de poderes ni la autonomía funcional de la justicia, pues el constituyente derivado simplemente señaló los criterios que permiten determinar el grado de responsabilidad de los miembros de la fuerza pública, y que obedecen a criterios sentados por la propia Corte Constitucional.

Sobre este aspecto explica que el fuero militar es una excepción a la regla general del juez natural ante la justicia ordinaria, y que solamente tiene aplicación cuando no existe duda sobre su conocimiento en un asunto determinado. En este sentido, su interpretación es estricta y restrictiva, lo que supone que no puede ser interpretada de forma extensiva y que tampoco es susceptible de aplicación por analogía.

Finalmente, en relación con el tercer cargo, manifestó que el Acto Legislativo no establece ninguna prerrogativa a favor de los militares, pues debido al tipo de funciones que realizan es necesario que tengan un marco jurídico que les permita juzgar a sus miembros acorde con las peculiaridades del servicio.

2. De Instituciones Educativas.

2.1. De la Universidad Libre.

El Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Colombia, a través de su director, Jorge Kenneth Burbano Villamarín, y su integrante Manuel Alejandro Correal,

presentaron un escrito de intervención para solicitar la declaratoria de exequibilidad de la norma demandada.

No obstante, señalaron que dicha declaratoria debía declararse bajo el entendido que todas las infracciones cometidas por los miembros de la Fuerza Pública respecto a las conductas descritas en el Título II del Libro Segundo de la ley 599 de 2000 (Código Penal) sobre los “*Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario*”, serán de conocimiento de la justicia ordinaria, sin excepción alguna que pueda investir de competencia a la Justicia Penal Militar.

Sostienen que para efectos del juzgamiento de la responsabilidad internacional del Estado, la aplicación complementaria del DIH y el DIDH es insoluble, situación que no ocurre con el juzgamiento de las responsabilidades penales individuales de las personas. La responsabilidad penal individual de los actores de las hostilidades no se realiza de forma separada entre el DIDH y el DIH; sino que se aplica directamente el Título II del Libro segundo de la ley 599 de 2000 –código penal–, sobre los delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH, cuyas penas son más elevadas que las cometidas fuera del contexto del conflicto armado.

Indican que la reforma no sustituye la Constitución en cuenta a la obligación del Estado de proteger y respetar los derechos humanos, pues ordena juzgar con mayor rigor las conductas punibles cometidas por los miembros de la fuerza pública en el marco del conflicto armado. Finalmente, señalan que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido enfática en sostener que la jurisdicción penal militar tiene un alcance restrictivo y excepcional y de competencia funcional.

2.2. De la Universidad Santo Tomás.

El profesor Carlos Rodríguez Mejía, director del Consultorio Jurídico Internacional de la citada universidad, solicita acoger los argumentos expuestos por los demandantes por considerar que el acto legislativo demandado vulnera los artículos 93, 94, 214, 53, 2 y 13 de la Constitución, debido a la extralimitación de funciones por parte del Congreso, y por tanto al evidenciarse una reforma y sustitución de normas definitorias de la misma.

Considera que la demanda plantea dos problemas jurídicos: (i) determinar si es una causal de inconstitucionalidad la vulneración a la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos, la aplicación restrictiva y excluyente del DIH en los casos de conflicto armado interno donde se vulneren derechos humanos por parte de miembros de la fuerza pública. Y establecer (ii) si existe una contradicción entre la disposición demandada y el principio constitucional de igualdad, al establecer una normativa especial que restringe la aplicación de los derechos humanos en los casos de conflictos

armado interno donde se vulneren derechos humanos por parte de miembros de la fuerza pública.

Sobre el primer tema, sostiene que el bloque de constitucionalidad es un elemento definitorio del sistema constitucional colombiano y constituye un parámetro de interpretación constitucional de toda norma o reforma que el legislador expida. Por tanto, la norma demandada resulta contraria al mencionado bloque debido a que la obligación estatal de protección y garantía de los derechos humanos requiere la aplicación complementaria del DIH y del DIDH para garantizar el respeto de la dignidad humana, con independencia de situaciones excepcionales o de conflicto. Adicionalmente, explica que en el DIDH existen derechos que no se pueden suspender en ninguna circunstancia y que, por lo tanto, su aplicación se da en cualquier situación, sea ella de conflicto armado, de desórdenes públicos, calamidades naturales o provocadas por los seres humanos.

En relación con el segundo problema, asevera que la aplicación restrictiva del DIH que establece la reforma constituye una discriminación injustificada. Consideran que el Acto Legislativo implica un trato favorecido a los miembros de la fuerza pública, quienes no tienen las características de un grupo históricamente discriminado o vulnerable, pues gozan de distinción a nivel general en la comunidad y se les ha otorgado prerrogativas en distintos derechos y servicios, incluido su juzgamiento. Finalmente agrega que de permanecer la reforma en sus términos actuales, puede acarrear responsabilidad internacional para el Estado colombiano.

2.3. De la Pontificia Universidad Javeriana.

Carlos Vergara, Nicolás Rodríguez y Juan Pablo Vallejo Molina, integrantes del Grupo de Acciones Públicas del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, presentaron escrito de intervención en el que solicitaron declarar la exequibilidad de la norma demandada, bajo ciertos parámetros de interpretación.

En cuanto al primer cargo, sostienen que el aparte normativo demandado genera numerosas dudas frente a los deberes estatales en la investigación y juzgamiento de los miembros de la Fuerza Pública. Sin embargo, consideran que es necesario clarificar los límites y controles al fuero penal militar. Concuerdan en que el DIH y el DIDH son complementarios, y hacen especial énfasis en la aplicación permanente, plena y armónica de este último.

Frente al segundo cargo, encuentran errado concluir que se reemplaza el principio de autonomía judicial, pues de lo que se trata es de fijar unas pautas frente a posibles vacíos en relación con la protección de los derechos humanos. Y en relación con el tercer cargo, manifiestan que también se

puede llegar a interpretaciones equivocadas del principio de igualdad, y por tanto se hace necesario que la Corte delimite los alcances de la reforma.

2.4. De la Universidad Externado de Colombia.

El departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia presentó escrito de intervención, dentro del cual solicitó la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma demandada, y subsidiariamente la fijación de algunos criterios de interpretación.

La interviniente alega que la norma demandada sustituye la Constitución en relación con algunos de sus principios definitorios, específicamente (i) el deber del Estado de respetar y garantizar los derechos humanos, en relación con el principio de aplicación correlativa y de refuerzo mutuo del DIH y el DIDH, incluso cuando se reúnen las condiciones objetivas del conflicto armado; y (ii) en relación con el principio de autonomía e independencia judicial en cuanto a la objetividad e imparcialidad de la administración judicial, y la posibilidad que tiene los funcionarios de determinar de forma autónoma el derecho aplicable.

Señala que si la Corte decide declarar la constitucionalidad de la reforma, debe proferir una decisión que condicione el precepto constitucional bajo unos parámetros de interpretación como los realizados en las sentencias C-579 de 2013 y C-577 de 2014 en donde se diga que en todo caso el juez valorará si en cada caso concreto se aplica el DIDH o el DIH. Sostiene que de mantener la norma sin dicha aclaración se viola el deber de complementariedad y reforzamiento mutuo entre DIH y DIDH que son obligaciones internacionales que conforman nuestro bloque de constitucionalidad.

2.5. De la Universidad de Ibagué.

El decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Ibagué, Omar Mejía Patiño, presentó concepto en el que solicitó la declaratoria de exequibilidad condicionada de la norma demandada, en el entendido de que la investigación y juzgamiento contra los miembros de la fuerza pública en el marco del conflicto armado, se regirán por el DIDH y el DIH de manera conjunta.

Respecto al primer cargo formulado en la demanda considera que la interpretación según la cual se excluye el DIDH del deber de juzgar e investigar las violaciones de los derechos humanos por parte de los integrantes de la fuerza pública contraría las obligaciones del Estado colombiano en materia de derechos humanos y por tanto sustituye un eje definitorio de la misma.

En relación con el segundo cargo, encuentran que de no eliminar la interpretación que implica la exclusión del DIDH, la reforma sustituiría el principio de independencia y autonomía judicial. Finalmente, en relación con el último cargo sostiene que la exclusión del DIDH también constituiría un trato diferenciado a favor de los integrantes de la fuerza pública, el cual no tiene ninguna justificación constitucionalmente admisible.

2.6. De la Universidad Industrial de Santander y el Colectivo de Abogados Luis Carlos Pérez.

La Escuela de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Industrial de Santander en asocio con la Corporación Colectivo de Abogados Luis Carlos Pérez presentaron de manera conjunta un memorial de intervención, en el que solicitaron la declaratoria de inexecutable de la norma demandada por considerar que no solamente reformó la Constitución, sino que la sustituyó en aspectos fundamentales excediendo la facultad de reforma del Congreso.

Señalan que el ámbito del DIDH incluye el principio *pro homine* según el cual debe ser aplicada la norma más protectora en relación con la defensa judicial de los derechos humanos. En virtud de este principio se deben aplicar las normas nacionales o internacionales anteriores o posteriores que establezcan protecciones más favorables al ser humano, dejando de lado los criterios de jerarquía y temporalidad.

Consideran que mantener la reforma prevista en el Acto Legislativo 01 de 2015 supondría una sustitución de los principios de separación de poderes y autonomía de la administración de justicia, pues se establece una ampliación prohibida en el Derecho Internacional en la aplicación del fuero penal militar y se establece una abierta contradicción con la normativa en materia de derechos humanos que tiene carácter de *ius cogens*.

2.7. De la Universidad Militar Nueva Granada.

El Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada presentó concepto sobre la norma demandada, en el que solicitó su declaratoria de executable por encontrar que se observó el procedimiento previsto en la Constitución y la ley para su expedición.

En su escrito señala que durante los conflictos armados las personas están protegidas por el DIH y por las normas del DIDH que no hayan sido suspendidas. Así mismo, menciona que el DIH es una *lex specialis* que prevalece sobre la ley general del DIDH.

Argumenta que la reforma no pretende establecer un marco de procedimiento para la investigación y juzgamiento de los militares, sino que señala la manera de esclarecer los hechos y responsabilidades con base en las normas y principios del DIH y no del DIDH. Lo anterior, debido a que solo las

primeras son aplicables al desarrollo de las operaciones militares, que constituyen los actos del servicio por excelencia, y en las cuales se deben observar los principios que regulan la conducción de las hostilidades.

Adicionalmente, considera que no se afecta el principio de autonomía judicial pues con la reforma los fiscales y jueces de la República cuentan con total independencia para elegir las normas jurídicas, siempre y cuando se respeten los acuerdos internacionalmente firmados por Colombia.

3. Intervenciones de organizaciones internacionales.

3.1. Del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia.

Mediante concepto técnico, el Representante de la Oficina en Colombia del Alto de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ONU-DDHH) manifestó sus preocupaciones sobre la norma demandada, al encontrar que contraviene de manera expresa varios principios fundamentales del derecho internacional y constitucional colombiano.

En primer lugar, advirtió que la reforma vulnera el principio de igualdad ante la ley porque establece un marco legal restringido para la investigación y juzgamiento de las conductas cometidas por los miembros de la fuerza pública en el marco del conflicto armado interno, sin que se justifique en un test de igualdad y proporcionalidad, de manera razonada y necesaria, la diferenciación de la situación jurídica de los integrantes de la fuerza pública con respecto a los demás actores armados del conflicto.

Sobre este tema, advierte que la rama judicial está obligada a investigar y juzgar todas las infracciones al DIH cometidas por todas las partes en un conflicto armado no internacional, y que no puede tener un marco de interpretación distinto para juzgar el comportamiento delictivo de dos actores armados frente a una situación fáctica que configure la misma conducta punible.

En segundo lugar, aduce que la norma demandada contraría los principios de autonomía del poder judicial, imperio de la ley y prevalencia del derecho sustancial al impedir que los jueces realicen un análisis completo de las conductas de los miembros de la fuerza pública. Explica que el Acto Legislativo obliga a los funcionarios judiciales a usar las normas del DIH como único marco interpretativo lo que excluye las normas del DIDH. Respecto a las consecuencias que la norma genera sobre las obligaciones internacionales del Estado para investigar y juzgar graves violaciones de los derechos humanos e infracciones al DIH resalta que se desconocen múltiples estándares del derecho internacional público.

En relación con la violación del principio de igualdad ante la ley, la norma demandada no distingue los momentos y ámbitos de aplicación del DIH y el Derecho penal internacional. Explica que el DIH tiene dos momentos de aplicación y diferentes destinatarios de obligaciones que deben ser entendidas como complementarias y no susceptibles de ser cambiadas por otras. En primer momento de *(i) aplicación por las partes en conflicto en el marco de las hostilidades*, que se predica desde el inicio de las hostilidades y durante todo el desarrollo de las mismas, dentro del cual se exige la aplicación de los principios fundamentales de precaución, distinción y humanidad.

Y otro de *(ii) aplicación por parte de autoridades judiciales en cumplimiento de los deberes de investigación y juzgamiento*, que surge como consecuencia de la no aplicación de las reglas del DIH, es decir cuando una de las partes en conflicto vulnera los principio de precaución, distinción e incurre en algún delito o crimen de guerra tipificado como tal en la legislación nacional. En este último momento, las autoridades judiciales deben utilizar las reglas del DIH antes citadas para integrar el proceso de adecuación típica al comportamiento e imputar las correspondientes infracciones a los autores o partícipes de la conducta.

Finaliza este tema indicando que el Estado colombiano cuenta con amplios desarrollos en el proceso de incorporación de los Convenios internacionales y Protocolos relativos al DIH en su legislación interna, e incluso en el propio texto constitucional (art. 214), razón por la que no era necesario reformar la Carta para garantizar su aplicación en los ámbitos de investigación y juzgamiento, como lo señalan los promotores de la reforma.

De la misma manera, estima que la reforma no garantiza el derecho a la igualdad ante la ley en la persecución penal de infracciones al DIH, y sostiene que la aplicación de un marco de interpretación diferenciado en relación con los integrantes de la fuerza pública es equivocado y conduce inevitablemente a desmontar los principios constitucionales de legalidad y debido proceso, y a propiciar la impunidad. Resalta que no existe ninguna razón de peso para establecer distinciones en la investigación y juzgamiento de las infracciones del DIH, ya sean estas cometidas por agentes de la Fuerza Pública o por otros actores armados.

Adicionalmente, argumenta que el contenido normativo de la reforma “*enfrentamientos que reúna las condiciones objetivas del Derecho Internacional Humanitario*” distorsiona los mandatos esenciales del DIH pues incorpora una re-interpretación extensiva de las normas del DIH que excede el criterio definitorio de un conflicto armado no internacional contenido en el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra, el cual está delimitado con precisión en su ámbito temporal, espacial, material y personal. Finalmente, agrega que dicho contenido de la norma solamente ocasiona confusión e inseguridad jurídica en los operadores judiciales, en la

medida en que el texto constitucional no puntualiza cuáles son tales condiciones ni cómo debe llenarlas de contenido el intérprete de las mismas.

Por otra parte, en relación con la violación del eje axial de la autonomía judicial, imperio de la ley y prevalencia del derecho sustancial, alega que la reforma impone un deber inconstitucional a los fiscales y jueces para dejar de aplicar otras normas internacionales que son pertinentes y están contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos y derecho penal internacional.

Afirma que la incorporación del DIH como marco internacional de interpretación prevalente para la investigación y juzgamiento de los integrantes de la fuerza pública constituye una aplicación automática y general del principio de *lex specialis* que no es compatible con los deberes internacionales asumidos por el Estado, y que tiene como consecuencia el desconocimiento o la sustitución de otros marcos de interpretación de derecho internacional que hacen parte esencial del bloque de constitucionalidad.

Sobre el interrogante correspondiente a cuál debe ser el marco normativo de los jueces y fiscales en relación con la investigación y juzgamiento de comportamientos delictivos en el marco del conflicto armado en relación con los miembros de la fuerza pública, además de los argumentos expuestos, destaca la complementariedad entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

Explica que el debido proceso de las personas investigadas y los derechos de las víctimas y sus familiares solamente se puede asegurar a través del acatamiento de los mandatos constitucionales e internacionales de aplicación integral de los marcos interpretativos provenientes del DIDH, del derecho penal internacional y del DIH que integran la Carta Política a través del bloque de constitucionalidad. Así mismo, advierte que no es compatible con los mandatos internacionales que cuando se evalúen judicialmente las acciones de las partes en conflicto que puedan configurar conductas punibles se aplique un marco de interpretación que se fundamente únicamente en una de las ramas del derecho internacional.

Finalmente, reitera que la imposición a los operadores de la justicia de este marco de interpretación supone una intromisión en la autonomía y la independencia del poder judicial y una vulneración de los principios de imperio de la ley y primacía del derecho sustancial. Y resalta que el respeto y garantía del cumplimiento de las normas del DIH reposa en los actores que participan en el conflicto armado, quienes son los destinatarios de estas disposiciones, y no en las autoridades judiciales encargadas de juzgar y sancionar estas conductas.

3.2. Amicus Curiae presentado por la Comisión Internacional de Juristas, la Organización Mundial contra la Tortura y la Federación Internacional de Derechos Humanos¹.

Las organizaciones citadas presentaron a consideración de la Corte un memorial de *amicus curiae* en el que solicitaron la declaratoria de inconstitucionalidad parcial del Acto Legislativo 01 de 2015, por considerar que la norma demandada es inconstitucional e incompatible con: (i) las obligaciones internacionales del Estado colombiano en materia de observancia del DIDH en tiempos de conflicto armado, de conformidad con los principios de *complementariedad* y *doble protección* del ser humano; y (ii) las obligaciones internacionales del Estado colombiano de someter a la jurisdicción penal ordinaria el enjuiciamiento y sanción a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos, incluidos los crímenes de guerra.

En relación con el principio de complementariedad del DIDH y el DIH, señalan que durante el desarrollo de un conflicto armado sea internacional o no, los individuos gozan de doble protección, tanto del DIDH como del DIH, y que si bien el DIH es una ley especial que se aplica únicamente durante los conflictos, esta rama del Derecho internacional no anula la vigencia y aplicabilidad del DIDH en tiempos de conflicto armado.

Indican que el principio de complementariedad se encuentra previsto en el artículo 72 del Protocolo –I– Adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de conflictos internacionales, el cual dispone que *“las disposiciones de esta Sección completan las normas relativas a la protección humanitaria de las personas civiles y de los bienes de carácter civil en poder de una Parte en conflicto enunciada en el IV Convenio, en particular en sus Títulos I y III, así como las demás normas aplicables de derecho internacional referentes a la protección de los derechos humanos fundamentales durante los conflictos armados de carácter internacional.”* Igualmente, alegan que dicho principio está incluido en el preámbulo del Protocolo –II– Adicional que establece que *“los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos ofrecen a la persona humana una protección fundamental”*.

De la misma manera, afirman que el principio de complementariedad en el marco del conflicto armado interno ha sido reafirmado por la propia Corte Constitucional. Y que su jurisprudencia ha destacado que para interpretar el alcance y contenido del bloque de constitucionalidad, resultan relevantes la jurisprudencia internacional de derechos humanos, así como instrumentos internacionales referentes a los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos.

¹ El 31 de agosto de 2015 la Federación Internacional de Derechos Humanos presentó escrito de adhesión a la intervención presentada por la Comisión Internacional de Juristas y la Organización Mundial contra la tortura.

Por otra parte, consideran que la norma demandada constituye una extensión del fuero militar, al contrariar el carácter funcional y restrictivo que tiene la jurisdicción penal militar, de conformidad con el derecho internacional, pues permite que “*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*” sean delitos de competencia de la jurisdicción penal militar.

Explican que las jurisdicciones penales militares conllevan una afectación del principio de igualdad ante los tribunales y el juez natural que sólo son admitidas en razón de su especial ámbito de competencia material y personal, razón por la cual conoce únicamente de los delitos estrictamente militares, es decir aquellos que afectan específicamente bienes jurídicos militares, imputados a personal militar. Sostienen que la doctrina penal contemporánea ha desarrollado un criterio substantivo o material para caracterizar y definir el delito militar, basado en la naturaleza del bien jurídico que se pretende proteger con el tipo penal y, consecuentemente, la condición de militar o policía del sujeto activo. Lo anterior como superación del criterio formal y de la obsoleta concepción del fuero militar entendido como privilegio de casta. Por esta razón se han identificado tres tipos de infracciones penales: (i) delitos militares *strictu sensu*; (ii) delitos militares *lato sensu*; y (iii) los delitos comunes asimilados a delitos militares.

Dentro de los múltiples instrumentos de derechos humanos y jurisprudencia internacional en la materia, destacan los pronunciamientos del Relator Especial sobre la Administración de justicia por tribunales militares, Profesor Emmanuel Decaux, de las Naciones Unidas, quien ha señalado que “*la práctica del juzgamiento de militares por graves violaciones de derechos humanos por tribunales militares no sólo vulnera el principio del juez natural así como los derechos a la igualdad ante los tribunales y a un tribunal competente, (...) sino también el derecho de las víctimas de esas violaciones y de sus familiares a un recurso efectivo y a la protección judicial*”.

Señalan que la reforma dispone que “*en ningún caso la Justicia Penal Militar o policial conocerá de los crímenes de lesa humanidad, ni de los delitos de genocidio, desaparición forzada, ejecución extrajudicial, violencia sexual, tortura y desplazamiento forzado*”. Sin embargo, las graves violaciones a los derechos humanos no se limitan a estos delitos enumerados, y cita varios ejemplos, dentro de los cuales se resaltan los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, la tortura, la privación arbitraria de la libertad, la esclavitud y la servidumbre, la esclavitud sexual, o el sometimiento a condenas sin previo juicio y sin tribunal independiente e imparcial, entre otras. Aducen que si estos son cometidos dentro del marco de un conflicto armado constituyen crímenes de guerra.

Enfatizan en que las graves violaciones de los derechos humanos pueden ser igualmente cometidas durante un conflicto armado y en relación con éste, y que según las circunstancias del caso pueden ser calificadas de infracciones al DIH o como crímenes de guerra. Sin embargo, esta situación no las convierte en delitos militares. Al respecto, explican que existe una gran diferencia entre la naturaleza jurídica de los crímenes de guerra y la de los delitos militares, que implica la aplicación de regímenes jurídicos distintos. Por ejemplo, la imprescriptibilidad se aplica a los primeros, en tanto no a los segundos.

Concluyen que atribuir competencia a la jurisdicción penal militar para conocer de crímenes de guerra es contrario a la naturaleza de fuero funcional restrictivo de esta jurisdicción y abre la posibilidad de que ésta conozca de graves violaciones de derecho humanos, en contradicción con las prescripciones del DIH en la materia.

3.3. Amicus Curiae presentado por Abogados sin Fronteras –ASFC–.

La ONG Abogados sin Fronteras Canadá –ASFC– en Colombia presentó la Corte un escrito de *amicus curiae* para acompañar la solicitud de declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 1º parcial del Acto Legislativo 01 de 2015.

La organización interviniente señaló que la posibilidad de que los miembros de la fuerza pública sean investigados y judicializados de acuerdo con las normas del DIH es un avance en el compromiso por asegurar el goce efectivo de los derechos de la sociedad y las víctimas, sin embargo, una interpretación restrictiva del Derecho Internacional que implique una menor protección a los Derechos de las víctimas de graves violaciones al DIH y al DIDH, o a crímenes internacionales, constituye una afectación a las obligaciones esenciales del Estado social de Derecho de respetar, proteger y garantizar los derechos de la sociedad y de las víctimas.

Por lo tanto, una interpretación restrictiva de tal alcance implica el desconocimiento de la convergencia entre las obligaciones derivadas del DIH, el DIDH y el Estatuto de Roma, las cuales no deben ser consideradas conflictivas, sino armónicas, con miras a proteger los derechos de manera más eficiente y acorde a las circunstancias de cada caso. Adicionalmente, se desconocería que el DIH podría regular situaciones de manera menos favorable en contraste con otros ordenamientos jurídicos internacionales, poniendo a las víctimas en una situación desfavorable.

Concluye que la concepción restrictiva de la norma demandada reemplaza un elemento definitorio de la Constitución, basado en el respeto de la obligación de esclarecer las violaciones de derechos humanos y las infracciones al DIH. Finalmente, agrega que así entendida la reforma, se corre el riesgo de abrir la puerta a que las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos cometidos por miembros de las Fuerza Pública sean desprotegidos.

3.4. Amicus Curiae presentado por Garden Court International y Garden Court Chambers.

Smita Shah y Paul Clark, representantes de las organizaciones referenciadas, presentaron escrito en calidad de *amicus curiae* con el fin de aportar algunos conceptos relevantes, relacionados con normas internacionales, universales y regionales, sobre el tema que se discute en la presente demanda de inconstitucionalidad.

Empiezan por señalar que tanto el DIH como el DIDH son fuente de importantes obligaciones jurídicas internacionales promulgadas por la comunidad de naciones a nivel mundial y aceptadas por el Estado colombiano, las cuales se aplican al gobierno, a la Fuerza Pública, pero especialmente a los procesos que deben resolver los tribunales de justicia. Sostienen que en el caso colombiano, tanto el DIH y el DIDH permiten evaluar la conducta de los miembros de la Fuerza Pública, pero que existen aplicaciones especiales y necesarias del DIDH respecto a la vigilancia militarizada de la Fuerza Pública, de las acciones de la policía cuando se enfrentan a bandas criminales armadas, así como para evitar los denominados “*falsos positivos*”.

En particular, enfatizan en que el reconocimiento y la aplicación del DIDH en el contexto del conflicto, asegura que los miembros de la Fuerza Pública y de Policía sean conscientes de las conductas permitidas y preserven la cadena de mando. Añaden que el DIDH ofrece reparación a las víctimas y una oportunidad para que la Fuerza Pública vuelva a adecuar su comportamiento. Finalmente, afirman que el DIH no tiene ni la sofisticación, ni la riqueza jurisprudencial como ayuda interpretativa para procurar tales beneficios.

4. Intervenciones de organizaciones nacionales.

4.1. Corporación Acción Humanitaria por la Convivencia y la Paz – Cahupana– y Asociación para la Promoción Social Alternativa –Minga–.

Los ciudadanos Ángela Castellanos Poveda, representante legal de la Corporación Acción Humanitaria por la Convivencia y la Paz del Nordeste Antioqueño –Cahucopana–, y Tito Augusto Gaitán Crespo, representante legal de la Asociación para la Promoción Social Alternativa –Minga–, presentaron escrito de intervención en el que solicitaron la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 1º parcial del Acto Legislativo 01 de 2015.

Sostienen que la modificación constitucional desconoce la obligación internacional y constitucional del Estado colombiano de garantizar los derechos de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos a la verdad, la justicia y la reparación integral. Alegan que esta obligación cobra especial relevancia pues tiene carácter de *ius cogens* en casos de graves

violaciones a derechos humanos como lo son las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada o la tortura.

Comparten los argumentos de los demandantes al considerar que la reforma excluye las violaciones al DIDH de las conductas que puedan cometer los miembros de la fuerza pública en el despliegue de sus acciones en el marco del conflicto armado, o en las condiciones objetivas señaladas por el DIH. Lo anterior implica que los delitos contra la integridad física de persona protegidas por el DIDH y el DIH serían entendidas como acciones propias del conflicto armado y conllevaría la renuncia a cualquier investigación o sanción de la fuerza pública, desconociendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto a la concepción amplia que reviste la protección de las víctimas, y el ámbito restringido del fuero penal militar.

4.2. De los integrantes de la coalición Mesa de trabajo sobre Ejecuciones Extrajudiciales de la Coordinación Colombia, Europa, Estados Unidos.

En diferentes escritos separados², los líderes de las organizaciones integrantes de la Mesa de trabajo sobre Ejecuciones Extrajudiciales de la Coordinación Colombia Europa Estados Unidos, presentaron sus intervenciones precisando que comparten los argumentos formulados en la demanda. Consideran que el Acto Legislativo demandado, no solamente reformó la Constitución, sino que la sustituyó parcialmente en aspectos fundamentales, particularmente en relación con el principio de separación de poderes e independencia del poder judicial, el principio de igualdad, y la protección del DIDH.

Sostienen que la norma demandada está en abierta contradicción con la normativa internacional de protección de los derechos humanos, las cuales tienen carácter de *ius cogens*, así como con los derechos de las víctimas de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, los cuales, según jurisprudencia de la Corte Constitucional, son fundamentales. Igualmente, afirman que la norma tiene como finalidad configurar un régimen excepcional de desarrollo de las acciones militares, en el que el DIH no se entiende como limitativo, sino como potestativo de la Fuerza Pública. Con lo anterior, dicen, se pretende eximir a soldados y policías de su sujeción a los límites y controles para el desarrollo de sus actividades, y del control de legalidad de sus acciones por parte de los órganos judiciales competentes, independientes e imparciales.

Señalan que es inadmisibles plantear el ejercicio ilimitado del poder militar, y establecer criterio para eximirlo de la responsabilidad penal frente a abusos y

² Dentro de los memoriales allegados se encuentran las intervenciones formuladas por: Olga Lilia Silva López representante de la ONG Corporación Jurídica Humanidad vigente (f. 358 a 367), y por las defensoras y los defensores de derechos humanos Liliana María Uribe Tirado, Jesús Alberto Franco Giraldo, Rafael Barrios Mendivil, Rosa María Mateus Parra, Johanna Carolina Daza Rincón, Reinaldo Villalba Vargas, Dora Lucy Arias Giraldo y Eduardo Carreño Wilches (f. 411 a 436). Adicionalmente, el Secretario Ejecutivo de la Comisión Inter-ecclesial de Justicia y Paz presentó escrito (f. 438) en el que manifestó su intención de adherir a los argumentos presentados por los mencionados intervinientes.

afectaciones a los derechos humanos de la población bajo el fuero de investigaciones y procesos adelantados por miembros de la misma institución. Aseveran que los agentes militares y de policía tienen que estar sometidos a los principios del Estado constitucional de derecho, como todo servidor público, lo que implica su sujeción a la garantía del examen independiente e imparcial de las posibles vulneraciones por medio de un juez natural único para todos los ciudadanos ante la justicia ordinaria.

Indican que la reforma impone una propia interpretación de las normas de la guerra, y excluye la posibilidad de que los ciudadanos se beneficien de las protecciones establecidas en la legislación internacional sobre derechos humanos al disminuir el estándar de protección constitucional e internacional para hacerlo compatible con la intencionalidad de las acciones militares.

Concluyen que se sustituye la Constitución, al pasar de un modelo de Carta para la Paz, a una Constitución para la guerra, pues se constitucionaliza la emergencia y las normas de excepción consagradas en el DIH como la base de la investigación y el juzgamiento de las acciones vulneratorias de los derechos humanos perpetradas por los miembros de la Fuerza Pública. Igualmente, se impone a los funcionarios judiciales un modelo que excluye la aplicación del DIDH, y finalmente se pretende imponer una versión propia del DIH al imponer a los operadores judiciales de cualquier jurisdicción las reglas de interpretación y aplicación de una versión doméstica del DIH.

4.3. De la Asociación colombiana de Oficiales en retiro de las Fuerzas Militares –Acore–.

La agremiación de la referencia presentó escrito de intervención en el que solicitó la declaratoria de constitucionalidad de la norma demandada. Lo anterior debido a que en su criterio los cargos de la demanda son desacertados y no se corresponden con el espíritu de la norma.

Sostiene que la norma pretende establecer un marco claro dentro del cual debe ser aplicado el DIH, centrado en tres elementos esenciales: (i) la reforma complementaria del fuero militar, razón por la que no es un elemento nuevo; (ii) recae sobre una circunstancia fáctica que es el conflicto armado, cuyos elementos son propios de la actividad militar y reconocidos constitucionalmente; y (iii) establece la necesidad de reunir las condiciones objetivas del DIH. Sostiene que si falta alguno de estos tres requisitos no puede aplicarse el DIH y por tanto deberá aplicarse la normatividad vigente para investigar conductas que no estén dentro del mismo.

Alega que no se puede predicar la violación del derecho a la igualdad, pues la reforma incluye los elementos que están unidos al respeto de las garantías judiciales que se le deben a quienes en actos del servicio y bajo las condiciones objetivas del DIH, serán investigados y juzgados en el marco de un conflicto armado interno existente en Colombia.

4.4. Del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad –Dejusticia–.

Los ciudadanos Cesar Rodríguez Garavito, Rodrigo Uprimny Yepes, Mauricio Albarracín Caballero y Paola Fernanda Molano Ayala, director e investigadores de Dejusticia, sustentan su intervención en los siguientes argumentos:

Consideran que la Corte debe precisar el alcance del contenido del Acto Legislativo 01 de 2015 mediante un fallo que declare la exequibilidad condicionada de la norma acusada, en el entendido de que la interpretación y la aplicación de la misma no debe excluir las normas del DIDH, pues de lo contrario se presentaría una sustitución de la Constitución tal y como lo argumentan los demandantes. En particular, advierten que es necesario que la Corte se pronuncie sobre el principio de complementariedad y la aplicación concurrente de las normas del DIH y de DIDH cuando se analizan posibles delitos cometidos por las fuerzas militares en el desarrollo de un conflicto armado.

Señalan que en situaciones de conflicto armado se debe interpretar que el DIH es un criterio de interpretación complementario y concurrente del DIDH. Igualmente, el análisis de la jurisprudencia constitucional y de derechos humanos, así como los tratados de derechos humanos y la doctrina de los comités de monitoreo de tratados de derechos humanos y del Comité Internacional de la Cruz Roja coinciden en que no existe jerarquía ni prevalencia entre una y otra. Por el contrario, su aplicación complementaria y concurrente garantiza de la manera más adecuada, el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Constitución y los tratados de derechos humanos, así como permite la operatividad de los dos regímenes normativos en la práctica judicial en los casos en los que existan regulaciones incompletas o insuficientes.

Están de acuerdo en que una interpretación según la cual la aplicación del DIH excluye la aplicación del DIDH en la investigación y juzgamiento de los delitos de los miembros de la Fuerza Pública sustituye la Constitución. Esto por cuanto priva de una efectiva investigación y sanción de las violaciones de derechos humanos, restringe la labor de los jueces y establece un tratamiento privilegiado a los agentes de la fuerza pública.

No obstante, afirman que es posible plantear una interpretación armónica y coherente con los pilares de la Constitución. Por tal motivo, consideran que la norma demandada tiene simplemente un carácter especial y no exceptivo, es decir que establece un elemento que debe ser tenido en cuenta pero no restringe que otras normas sigan manteniendo su vigencia, razón por la que, en este caso, siguen siendo aplicables los artículos 93 y 214 de la Constitución relacionados con el DIDH o la concurrencia de otros cuerpos

normativos como el derecho penal internacional o el derecho de los refugiados.

Además de lo anterior, consideran que la Corte debe dar aplicación al principio de conservación del derecho, según el cual tiene la obligación de mantener al máximo las disposiciones normativas emanadas del legislador con el fin de preservar el principio democrático. Con base en tal mandato, cuando existe al menos una interpretación que no sustituye a la Constitución y por el contrario se ajusta a ella, la Corte debe optar por ella.

Finalmente, solicitan de manera subsidiaria que, de no encontrar procedente la constitucionalidad condicionada de la norma, tal y como se realizó en la sentencia C-579 de 2013 establezca un criterio de interpretación según el cual la inclusión del DIH en la investigación y juzgamiento de las conductas punibles cometidas por miembros de la fuerza pública no excluye ni desplaza el DIDH, pues estos dos deben ser interpretados de manera complementaria y concurrente en situaciones de conflicto armado interno.

5. Intervenciones ciudadanas.

5.1. Ciudadana Magda Patricia Morales Sáenz.

La ciudadana en mención presentó escrito a la Corte Constitucional en la que expresó su oposición a la demanda de la referencia. Argumentó que el Acto Legislativo demandado no se refería en general a todas las conductas punitivas de los miembros de la Fuerza Pública, sino solamente a aquellas que tienen relación con un conflicto armado o que reúnan las condiciones objetivas del DIH. Igualmente, señaló que la aplicación del DIH no excluye la aplicación de ciertos derechos humanos. Adicionalmente, indicó que no se presentaba violación del principio de igualdad porque las disposiciones de la reforma se aplican a todos los ciudadanos que se encuentren en la situación descrita en la norma demandada.

5.2. Ciudadano Walter Leandro Aguirre Mazo.

El ciudadano Aguirre Mazo presentó escrito de intervención en el que alegó la inconstitucionalidad de la norma demandada. Consideró que el Acto Legislativo demandado sustituye la Constitución, porque crea un régimen de privilegios para un determinado sector de la sociedad, que repercute en circunstancias de impunidad y desconocimiento de los derechos de las víctimas de los denominados crímenes de Estado.

5.3. Ciudadano Juan Pablo Vallejo Molina.

El señor Vallejo Molina radicó un memorial ante la Secretaría de este Tribunal constitucional con el fin de solicitar que se declarara la

exequibilidad de la norma demandada, y que se fijaran algunos parámetros de interpretación.

Alega que el Acto Legislativo genera dudas en la interpretación sobre los deberes estatales en la investigación y juzgamiento de los miembros de la Fuerza Pública, y el riesgo que implica la posibilidad de inaplicar el DIDH so pretexto de existir un mandato constitucional que así lo obliga. Considera que el DIH y el DIDH son complementarios y que la vigencia de éste último es independiente del contexto en el que se aplica, de las personas a las cuales se aplica, y de las demás situaciones que puedan considerarse.

Finalmente considera que lo apropiado en este caso es que la Corte Constitucional fije unas directrices de interpretación del aparte acusado, bajo el entendido de que la aplicación del DIH de los eventos y casos que prevé la norma, no solo permiten la aplicación del DIDH, sino también los hace imperativos.

5.4. Ciudadanos Alberto Yepes, Erika Gómez y Cesar Santoyo.

Los intervinientes presentaron un memorial con el fin de apoyar la pretensión de los accionantes para que se declare la inconstitucionalidad del apartado del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2015, al considerar que con dicha norma se pretende imponer una interpretación que tergiversa y distorsiona la naturaleza del DIH, impidiendo que el Estado colombiano cumpla con las obligaciones internacionales adquiridas en la materia.

Adicionalmente, solicitan que por unidad normativa se pronuncie sobre la segunda parte del inciso 2° del Acto Legislativo en el cual se establece que *“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”*, en tanto en ella también se excluye la necesidad de que los funcionarios judiciales apliquen el DIDH.

Al respecto señalan que la reforma desnaturaliza el DIH debido a que contraría normas imperativas de derecho internacional (arts. 53 y 64 de la Convención de Viena de 1964) que son *ius cogens*, y que por razón de su reconocimiento por parte de la comunidad internacional no admiten acuerdo en contrario, pues solamente pueden ser modificadas por normas de la misma naturaleza.

Sostienen que los antecedentes de la reforma dan cuenta de anteriores proyectos de reforma constitucional encaminados a ampliar el Fuero Penal Militar. Cita el proceso legislativo que dio origen al acto legislativo 02 de 2012 que fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional al encontrar vicios de forma en su expedición. Igualmente, argumentan que el proyecto de acto legislativo que dio origen a la norma demandada tuvo una

transformación diametral a lo largo del debate parlamentario, y especialmente en la segunda vuelta de su aprobación.

Sobre este último tema alegan que las disposiciones de la norma demandada fueron ampliamente criticadas por las organizaciones defensoras de derechos humanos y por los miembros de la oposición en el Congreso de la República, quienes presentaron múltiples proposiciones para que la norma estableciera literalmente que se incluía la aplicación del DIDH de la investigación y juzgamiento de las conductas punibles cometidas por los miembros de la fuerza pública. Consideran que la votación negativa a este tipo de proposiciones demuestra la intencionalidad de la norma y de quienes la promovieron de excluir de este ámbito de aplicación al DIDH y por tanto limitarlo a la aplicación del DIH.

Agrega que la reforma está vinculada con otras iniciativas legislativas (ley 1765 de 2015 y proyecto de ley 129 de 2014) que pretenden desarrollar su contenido, al implementar pautas del DIH que, bajo el pretexto de la existencia de unas causas objetivas de enfrentamiento, promueven disposiciones lesivas para los derechos humanos, y resultan permisivas en el marco del conflicto armado interno.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

1. En ejercicio de la competencia prevista en los artículos 242.2 y 278.5 de la Constitución, el Procurador General de la Nación remitió a esta Corporación el concepto No. 5965 de veintitrés (23) de septiembre de dos mil quince (2015) solicitando que la Corte se declare inhibida para ejercer control material sobre la reforma constitucional demandada, por falta absoluta de competencia. De manera subsidiaria solicita que se declare exequible el apartado demandado del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2015.

2. Para fundamentar sus solicitudes señaló que la Corte debe resolver si la expresión demandada conlleva a la aplicación exclusiva del DIH para determinados casos o supuestos y, por ende, si el Congreso de la República puede, mediante acto legislativo, establecer que los fiscales y jueces deben aplicar exclusivamente el DIH en los casos de conductas delictivas cometidas por miembros de la fuerza pública cuando éstas sean cometidas con ocasión del servicio y se reúnan las condiciones objetivas del DIH.

Como consecuencia de lo anterior, es necesario determinar si la norma sustituye los ejes constitucionales consistentes en: (i) el deber estatal de investigar y juzgar todos los hechos que constituyan tanto violaciones a los derechos humanos como infracciones al DIH aplicando complementariamente el DIDH y el DIH; (ii) la autonomía e independencia de la que gozan tanto los fiscales como los jueces para elegir las normas jurídicas que consideren pertinentes aplicar al caso concreto; y (iii) el

principio de igualdad al crear un privilegio injustificado a favor de los miembros de la Fuerza Pública.

3. El jefe del Ministerio Público señala que previamente a analizar de fondo los problemas jurídicos planteados reitera su posición respecto a la tesis de la sustitución de la Constitución al considerar que la Corte debe declararse inhibida pues escapa a su competencia realizar un juicio material respecto de los actos reformativos de la Constitución.

Al respecto señala que una interpretación literal y sistemática de la Constitución únicamente prevé el control por vicios en su formación, razón por la que no tiene sentido un juicio sobre la competencia porque no existen parámetros objetivos para ello, y porque tal juicio constituye una modalidad de control adicional que trasgrede el principio de legalidad. Igualmente, señaló que la Corte es quien crea el parámetro de corrección o elemento definitorio, y que el control por vicios de competencia afecta el carácter democrático del Estado.

Adicionalmente, advierte que en la sentencia C-579 de 2013 se analizó la constitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2012 conocido como el “*Marco Jurídico para la Paz*” en el que se incluyeron nuevos elementos que evidencian que el control sobre las reformas constitucionales que ahora adelanta la Corte Constitucional es un análisis de fondo o material y no de trámite como lo dispone el texto constitucional. Así por ejemplo, señala que se incluyó la integración normativa y la ponderación de derechos que es propia del control ordinario de constitucionalidad.

Finalmente, consideró que la teoría de la sustitución implica serios problemas en materia de control de constitucionalidad pues carece de regulación y obliga a los ciudadanos a asumir una carga argumentativa que no corresponde a la función y características de una acción pública.

4. En relación con los problemas de fondo, argumenta que en este caso en particular tiene sentido que la Corte fije algunos parámetros interpretativos a fin de evitar que el Acto Legislativo 01 de 2015 sea interpretado de tal forma que se termine por sustituir la Constitución. En este sentido considera que la Corte debe asegurar que las autoridades judiciales tienen la autonomía para determinar caso a caso si se deben aplicar las normas del DIDH o sólo las normas del DIH.

En relación con la supuesta sustitución del deber de investigar, juzgar y sancionar las violaciones de derechos humanos, considera que este último está incluido en el deber de protección efectiva de los derechos humanos el cual constituye un eje axial de la Constitución. De esta manera, al admitir la posibilidad de una doble interpretación de la norma demandada resulta necesario declarar inconstitucional aquella que excluye como parámetro de aplicación al DIDH, pues tanto este como el DIH son cuerpos normativos que

tienen plena vigencia y son concurrentes en un escenario de conflicto armado.

Concluye de esta manera que la interpretación según la cual se excluye la aplicación de las normas sobre DIDH respecto de las conductas delictivas cometidas por miembros de la fuerza pública con ocasión del conflicto armado o enfrentamientos que reúnen las condiciones objetivas de aplicación del DIH, efectivamente sustituye la Constitución por constituir una limitante al deber constitucional e internacional del Estado de investigar, juzgar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, que lesionaría los derechos de las víctimas y les impediría acceder a una reparación integral, a la justicia y a la verdad.

5. Respecto a la sustitución del principio de autonomía e independencia judicial encuentra que si una norma, incluso de carácter constitucional, establece como regla, o de manera general, que las normas aplicables a esos casos son exclusivamente las del DIH, efectivamente existiría una restricción a la autonomía judicial para analizar y decidir cuál es la norma aplicable.

En este sentido, explica que los dos elementos que establece la norma demandada para determinar cuándo es competente el juez, esto es conductas punibles (i) relacionadas con el conflicto armado, o (ii) relacionadas con un enfrentamiento que reúna las características objetivas del DIH, no son suficientes para determinar qué normativa es aplicable, pues deben tener en cuenta otros elementos de juicio, como por ejemplo el grado de control sobre el territorio y los sujetos, el grado de certeza sobre la calidad de combatiente, la necesidad de la defensa de la vida o para arrestar a una persona con orden de captura, entre otros.

Igualmente, señala que a pesar de la complementariedad del DIH y el DIDH existen conflictos en la aplicación entre estos dos cuerpos normativos que solamente pueden ser dirimidos a través de un análisis riguroso de las circunstancias de hecho que rodearon el ilícito. Y que a pesar de la condición de *lex specialis* del DIH, las normas de DIDH son criterios de interpretación de aquellas y viceversa.

6. Finalmente, considera que con base en el análisis constitucional anterior, el cargo por sustitución del principio de igualdad se torna improcedente. Al fijar un parámetro claro de interpretación que evite la sustitución de los ejes constitucionales (i) del deber de investigación, juzgamiento y sanción de las violaciones de los derechos humanos, y de (ii) autonomía e independencia judicial, en el sentido de permitir que cada autoridad competente determine en el caso concreto qué norma debe aplicar, sin que haya exclusión de las normas del DIDH, hace que no se incurra en ningún beneficio injustificado para los miembros de la fuerza pública.

V. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

Cuestiones Preliminares

1. La Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, el Ministerio de Defensa Nacional y el Procurador General de la Nación, solicitan a la Corte que se declare inhibida porque consideran que carece de absoluta competencia para ejercer juicios materiales o de intangibilidad sobre la reforma constitucional plasmada en el Acto Legislativo 01 de 2015, pues el artículo 241-1 de la Constitución Política establece que solamente debe estudiar demandas por vicios de procedimiento en su formación. La Vista Fiscal sostiene que no tiene sentido realizar un juicio sobre vicios competenciales porque no existen parámetros objetivos para ello, y porque tal juicio constituye una modalidad de control adicional que transgrede el principio de legalidad.

Así mismo, el Ministerio de Defensa Nacional, la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República y la Fiscalía General de la Nación, consideran que la demanda propuesta no logra identificar con *claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia* los elementos supuestamente sustituidos de la Constitución.

Señalan que los actores parten de una errada lectura de la enmienda constitucional que carece de certeza, porque han tenido que reformular su texto adicionando un precepto no contemplado por el legislador, el cual consiste en la exclusión del DIDH del marco de investigación y juzgamiento de los miembros de la Fuerza Pública. Plantean que esa interpretación es subjetiva a partir de la conveniencia de las disposiciones y que no está incluida en el texto constitucional.

Aducen que la demanda incumple los requisitos de especificidad y suficiencia porque no establece una oposición objetiva y verificable entre el texto demandado y la Constitución, al igual que conforman erróneamente las premisas mayor y menor del juicio de sustitución de la Constitución, al no demostrar los elementos esenciales de las mismas. Finalmente, afirman que los cargos son impertinentes porque no corresponden a reproches de naturaleza constitucional sino a un esfuerzo argumentativo de los demandantes por señalar que lo supuestamente excluido por la reforma ya estaba dentro del texto constitucional.

2. Las anteriores consideraciones plantean a la Corte la necesidad de abordar las siguientes cuestiones previas:

(i) Reiterar la competencia de esta Corporación para pronunciarse sobre vicios en el proceso de formación de un acto reformativo de la Constitución, cuando el constituyente derivado ha extralimitado su competencia o poder de reforma; (ii) determinar si la presente demanda cumple con los requisitos que establece el Decreto 2067 de 1991 para estructurar los cargos de

constitucionalidad, específicamente cuando los demandantes invocan el juicio de sustitución a la Constitución. Solo si esos análisis son superados, la Sala planteará el problema jurídico y abordará el estudio del mismo.

Primera cuestión preliminar. Competencia de la Corte. El poder de reforma del constituyente derivado y su extralimitación competencial como vicio de procedimiento en la formación de los Actos Legislativos.

3. La Corte Constitucional es competente para conocer de la presente demanda, conforme a lo dispuesto en los artículos 241-1 y 379 de la Constitución Política, por estar dirigida contra un Acto Legislativo.

Este Tribunal ha trazado una línea jurisprudencial, que reitera en esta oportunidad, sobre la interpretación armónica del texto constitucional para definir su competencia en el estudio de los cargos por vicios formales relacionados con el poder de reforma que detenta el Congreso de la República como constituyente derivado, en la expedición de actos legislativos.

Al respecto ha indicado que el artículo 241-1 Superior le confiere competencia a esta Corporación para decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Carta, sólo por vicios de procedimiento en su formación, al paso que el artículo 379 establece que los actos legislativos, la convocatoria a un referendo, la consulta popular o el acto mediante el cual se convoca a una asamblea constituyente sólo podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en el Título XIII de la Constitución.

4. A partir la sentencia C-551 de 2003³, esta Corporación ha hecho una interpretación sistemática y armónica de esos dos preceptos constitucionales, indicando que cuando la Constitución le asigna el control de los vicios de procedimiento en la formación de una reforma constitucional, *“no sólo le atribuye el conocimiento de la regularidad del trámite como tal, sino que también le confiere competencia para que examine si el constituyente derivado, al ejercer el poder de reforma, incurrió o no en un vicio de competencia”*, de donde se deduce que el parámetro para controlar la constitucionalidad de los actos reformativos de la Carta está conformado por las disposiciones del Título XIII de la Constitución, así como por los preceptos constitucionales y orgánicos pertinentes, y por las normas constitucionales que regulan la competencia en materia de reforma constitucional, como fue recogido en la sentencia C-970 de 2004⁴.

³ (MP Eduardo Montealegre Lynett). En esa oportunidad la Corte se ocupó del control automático de la Ley 796 de 2003, *“Por la cual se convoca un referendo y se somete a consideración del pueblo un proyecto de Reforma Constitucional”*.

⁴ (MP Rodrigo Escobar Gil). Allí la Corte analizó una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 4° (parcial) del Acto Legislativo No. 03 de 2002. En el fundamento jurídico 1.3.3, indicó que el poder de reforma no puede sustituir la Constitución de la cual deriva su competencia. Por ello, estableció que el límite

5. Justamente, al considerar que en los vicios de competencia concurre la doble condición de ser tachas de procedimiento y de contenido material, la Corte ha precisado especialmente en las sentencias C-588 de 2009⁵ y C-288 de 2012⁶, que el examen que realiza sobre los defectos en la formación del acto no excluye los eventuales vicios en el ejercicio del poder de reforma, habida cuenta que toda Constitución democrática, aun cuando no tenga expresamente cláusulas pétreas, impone límites de competencia al poder de reforma del constituyente derivado, por ser un poder constituido y no el poder constituyente originario⁷.

En ese sentido, tales límites son los ejes definatorios de la Carta Política que no se pueden sustituir mediante un acto legislativo, pues existe una *limitación competencial* para el Congreso de la República que se deriva de la ausencia de habilitación para *cambiar o sustituir* la Constitución por otra diferente, ya que terminaría usurpando competencias que son propias del constituyente originario⁸. Además, de acuerdo con el artículo 374 Superior, el Congreso de la República es uno de los titulares que puede *reformular* el texto constitucional, lo cual implica que dentro de ese poder de reforma que ejerce debe respetar los pilares básicos que fundan la Carta Política, es decir, tiene

competencial de ese poder parte de dos referentes: (i) la distinción entre el poder constituyente primario del pueblo y los poderes constituidos, incluidos el poder de reforma; y, (ii) la ausencia de una habilitación para la sustitución de la Constitución, en la medida en que el ordenamiento superior ha contemplado mecanismos exclusivamente para reformar la Carta Política.

⁵ (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo). En esa ocasión la Corte estudió una demanda de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo 01 de 2008 “*por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política*”, el cual declaró inexecutable porque el poder de reforma había superado su competencia afectando a la carrera administrativa como pilar fundamental de la Constitución.

⁶ (MP Luis Ernesto Vargas Silva). En esta sentencia la Corte analizó una demanda de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo 03 de 2011 “*por el cual se establece el principio de sostenibilidad fiscal*”, el cual halló ajustado a la Constitución, por los cargos invocados.

⁷ Al respecto, la sentencia C-551 de 2003 señaló en el fundamento jurídico 30, que el poder de reforma o poder constituyente derivado “*se refiere a la capacidad que tienen ciertos órganos del Estado, en ocasiones con la consulta a la ciudadanía, de modificar la Constitución existente, pero dentro de los cauces determinados por la Constitución misma. Ello implica que se trata de un poder establecido en la Constitución, y que se ejerce bajo las condiciones fijadas por ella misma. (...) Se trata por lo tanto, de un poder de reforma de la propia Constitución, y en ese sentido es constituyente; pero se encuentra instituido por la Constitución existente, y es por ello derivado y limitado*”.

⁸ La misma sentencia C-551 de 2003, indicó en el fundamento jurídico 34, que “*(...) el poder de reforma puede modificar cualquier disposición del texto vigente, pero sin que tales reformas supongan la supresión de la Constitución vigente o su sustitución por una nueva Constitución. Y es que el título XIII habla de la ‘reforma’ de la Constitución de 1991, pero en ningún caso de su eliminación o sustitución por otra Constitución distinta, lo cual solo puede ser obra del constituyente originario*”. Sobre el mismo punto, en la sentencia C-970 de 2004, la Corte señaló que “*(...) el poder de reforma constitucional es un poder derivado que carece de competencia para asumir el papel que corresponde al constituyente primario y no puede, por consiguiente, por la vía del procedimiento de reforma, sustituir la Constitución*”.

claros límites para que la Constitución conserve su identidad en conjunto y por ello está sujeto a controles con el fin de verificar que no la sustituya⁹.

De allí que la competencia haya sido entendida como un presupuesto ineludible del procedimiento, al punto que el procedimiento está siempre viciado si el órgano que dicta un acto jurídico carece de competencia para hacerlo. En el caso de los actos legislativos reformativos de la Constitución, cuando el Congreso de la República extralimita su función reformadora sustituyendo la Carta Política, se presenta un *vicio competencial* que termina afectando el procedimiento de formación del Acto Legislativo.

6. Como lo advirtió la sentencia C-1056 de 2012¹⁰, al ser los actos de reforma a la Constitución, actos jurídicos complejos, el primer factor que se debe examinar al verificar la corrección del procedimiento de formación, es la competencia a través del llamado juicio de sustitución. Allí lo que se busca es controlar el eventual surgimiento de defectos competenciales por parte del órgano reformador, y no emitir un juicio material o de fondo. Así, la competencia de un órgano es el presupuesto para analizar el procedimiento que dicho órgano ha de seguir para expedir el acto complejo de reforma.

A partir de la anterior argumentación, en estricta aplicación del artículo 379 de la Carta, corresponde a la Corte Constitucional velar por el cumplimiento del “requisito” para que no se desnaturalice el poder de reformar la Constitución por una extralimitación del titular de dicho poder.

Además, porque a la luz de la jurisprudencia que ha desarrollado el tema, la función de guarda de la integridad de la Constitución que el artículo 241 Superior le confiere a este Tribunal, conlleva la facultad de controlar las modificaciones constitucionales con el fin de evitar que por vía de la reforma, en todo caso limitada¹¹, se termine sustituyendo el ordenamiento constitucional por uno distinto, esto es, que no conserve identidad con el existente antes de introducir la presunta reforma constitucional.

7. Por lo anterior, la Corte reitera su jurisprudencia sobre la competencia para examinar si en el ejercicio del poder de reforma derivado se ha incurrido en un vicio en el procedimiento de formación, que ha sustituido o no la Constitución de acuerdo con las reglas trazadas en el Título XIII de la Carta Política. De allí que la solicitud de inhibición por falta de competencia de

⁹ En la sentencia C-288 de 2012, este Tribunal indicó que “*el poder de reforma de que es titular el Congreso es reglado, lo que implica que se límites se encuentran en la Constitución misma. Esto quiere decir que los actos reformativos son actuaciones enmarcadas en la juridicidad, lo que a su vez implica que pueden ser objeto de control judicial, siempre dentro de los límites que la Carta Política impone a la Corte*”.

¹⁰ (MP Nilson Pinilla Pinilla). En esa ocasión la Corte conoció una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2011 “*por el cual se adiciona el parágrafo del artículo 183 de la Constitución Política*”.

¹¹ En la sentencia C-303 de 2010 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), la Corte precisó que “*(...) el poder de reforma de la Constitución está sometido a límites, tanto de carácter procedimental, que defieren a las reglas de deliberación democrática que anteceden a la reforma, como sustantivos, dirigidos a evitar el exceso en el poder de reforma, de modo que el texto resultante de la modificación no guarde entidad con el concepto de Constitución que la antecedió*”.

esta Corporación, planteada por la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, el Ministerio de Defensa Nacional y el Procurador General de la Nación, deba ser resuelta negativamente pues no estamos en presencia de un juicio material o de intangibilidad, sino frente a una evaluación sobre la competencia limitada que tiene el constituyente derivado.

Inexistencia de caducidad

8. En las demandas que se presentan contra actos reformativos de la Constitución alegando vicios de procedimiento en su formación, dentro de los cuales están comprendidos los denominados vicios competenciales, el artículo 379 Superior señala que las acciones públicas contra dichos actos proceden dentro del año siguiente a su promulgación, es decir, por directriz constitucional existe un término de caducidad para presentar las demandas de inconstitucionalidad contra Actos Legislativos.

En el presente caso, la expresión que se censura está contenida en el artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2015, el cual fue expedido el 25 de junio del mismo año. Los actores presentaron la demanda de inconstitucionalidad el 15 de julio de 2015, lo que significa que lo hicieron dentro del término establecido en el artículo 379 de la Constitución Política, pues había transcurrido menos de un mes desde la expedición del Acto Legislativo.

Segunda cuestión previa: Aptitud de la demanda y análisis concreto de los cargos propuestos por los demandantes.

9. Toda vez que algunos intervinientes solicitan a la Corte declararse inhibida para resolver de fondo el asunto por la ineptitud sustantiva de los cargos propuestos por los actores, en este acápite la Sala Plena recordará los presupuestos generales y las exigencias argumentativas básicas que se exigen para la admisibilidad de un cargo de inconstitucionalidad cuando se invoca el juicio de sustitución a la Constitución. Posteriormente, con base en dichas condiciones formales, examinará la aptitud de los tres cargos formulados en la presente demanda de inconstitucionalidad.

Presupuestos generales.

10. La jurisprudencia de esta Corporación ha destacado que la aptitud de una demanda para propiciar un pronunciamiento de fondo depende, entre otros requisitos, de la debida formulación de cargos de inconstitucionalidad. Para el efecto, quien en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad presenta ante la Corte una demanda, tiene la obligación de plantear razones *claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes*¹². Estas exigencias son también aplicables cuando el reproche ciudadano se dirige en contra de un acto reformativo de la Constitución aprobado por el Congreso, caso en el

¹² Así lo ha reiterado la Corte en múltiples oportunidades, apoyándose en el artículo 2° del Decreto 2067 de 1991 y en precedente fijado en la sentencia C-1052 de 2001.

cual, si se trata de la presunta ocurrencia de un vicio competencial al ejercer el poder de modificación de la Carta “*la carga argumentativa se incrementa considerablemente*” en atención a “*la magnitud de la pretensión, la trascendencia de la decisión de la Corte, el compromiso del principio democrático y la naturaleza misma de las disposiciones que se cotejan.*”¹³

11. En todo caso, la jurisprudencia de este Tribunal ha señalado que no se trata de exigencias adicionales a las que se desprenden del Decreto 2067 de 1991 sino del reconocimiento de que una acusación por el desbordamiento de la competencia del Congreso para revisar la Carta, impone el análisis de problemas constitucionales particulares que por la naturaleza del cargo, plantean desafíos argumentativos especiales¹⁴.

Este planteamiento ha sido consignado, por ejemplo, en la sentencia C-153 de 2007 en la que se indicó: “*En virtud de los argumentos expuestos, frente a una demanda como la que se estudia y con el fin de garantizar (1) el límite al poder de reforma sin dar lugar a un injustificado subjetivismo judicial que bloquee de manera ilegítima los cambios y transformaciones constitucionales y, (2) la existencia de una verdadera controversia constitucional sobre la presunta sustitución, la Corte debe asegurarse que el cargo se encuentre suficientemente estructurado. Para ello, como acaba de ser mencionado, debe exigir que los demandantes demuestren de manera clara, suficiente, concreta y específica, que ha existido una verdadera sustitución de la Constitución. De esta forma la Corte debe evitar que so pretexto de un juicio de sustitución se adopte una decisión de fondo sobre una demanda que, en realidad, esté solicitando un control material de una reforma constitucional respecto de otras normas constitucionales. Pasa entonces la Corte a estudiar si la demanda reúne los requisitos mencionados.*” Similares consideraciones se han consignado, entre otras, en las sentencias C-178 de 2007, C-216 de 2007, C-427 de 2008 y C-599 de 2010.

Exigencias argumentativas básicas

12. Las exigencias argumentativas básicas que debe satisfacer un ciudadano al formular un cargo de inconstitucionalidad fundado en un vicio de

¹³ En ese sentido se ha pronunciado la Corte, entre otras, en las providencias C-1124 de 2004, C-472 de 2006, C-740 de 2006, C-986 de 2006, C-153 de 2007, C-1058 de 2008, A-274 de 2012 y C-968 de 2012.

¹⁴ Este planteamiento ha sido consignado, por ejemplo, en la sentencia C-153 de 2007 en la que se indicó: “*En virtud de los argumentos expuestos, frente a una demanda como la que se estudia y con el fin de garantizar (1) el límite al poder de reforma sin dar lugar a un injustificado subjetivismo judicial que bloquee de manera ilegítima los cambios y transformaciones constitucionales y, (2) la existencia de una verdadera controversia constitucional sobre la presunta sustitución, la Corte debe asegurarse que el cargo se encuentre suficientemente estructurado. Para ello, como acaba de ser mencionado, debe exigir que los demandantes demuestre de manera clara, suficiente, concreta y específica, que ha existido una verdadera sustitución de la Constitución. De esta forma la Corte debe evitar que so pretexto de un juicio de sustitución se adopte una decisión de fondo sobre una demanda que, en realidad, esté solicitando un control material de una reforma constitucional respecto de otras normas constitucionales. Pasa entonces la Corte a estudiar si la demanda reúne los requisitos mencionados.*” En ese mismo sentido se encuentran, entre otras, las sentencias C-178 de 2007, C-216 de 2007, C-427 de 2008 y C-599 de 2010.

competencia en la aprobación de una reforma constitucional por parte del Congreso, pueden entonces enunciarse de la siguiente forma:

El planteamiento debe ser *claro* de manera tal que la presentación de las ideas tenga una coherencia argumentativa tal que permita a la Corte identificar cuál es el sentido de la acusación en contra del acto reformativo. Se trata de que la Corte pueda “*conocer*”, comprendiéndolas, las razones en las que se funda el desacuerdo respecto de la decisión del Congreso de aprobar una modificación constitucional.

El cuestionamiento de los demandantes habrá de ser *cierto* y, en esa medida, el acto reformativo de la Constitución debe, de una parte, existir jurídicamente y encontrarse vigente y, de otra, los contenidos que se le atribuyen deben derivarse de su texto. No puede fundarse su argumentación en la suposición de normas, en interpretaciones conjeturales del acto reformativo o en premisas sobre su alcance evidentemente falsas o inconsecuentes.

El razonamiento debe ser *pertinente* de manera que pueda identificarse un verdadero cargo que evidencie la posible infracción de las normas constitucionales relacionadas con la competencia del Congreso de la República en materia de modificación de la Carta. Son en este caso impertinentes aquellos argumentos fundados en una apreciación errónea del contenido de un eje definitorio de la Constitución, dándole a este un alcance que no tiene o en la interpretación subjetiva del mismo; así como aquellos que se fundan en la inconveniencia política de la reforma o en los problemas prácticos que puede suponer su aplicación, a menos que de estos últimos puedan desprenderse consecuencias de naturaleza constitucional.

La censura debe ser *específica* lo que impone a los demandantes la carga de esforzarse por presentar de manera concreta las razones por las cuales estima que la aprobación del acto reformativo de la Constitución por parte del Congreso, desconoce las normas que le atribuyen a éste su competencia.

Finalmente y como condición de *suficiencia* del cargo, el esfuerzo de los ciudadanos debe traducirse en explicaciones orientadas a demostrar porqué el acto legislativo impugnado constituye no solo una reforma de la Constitución sino, en realidad, una sustitución de la misma, brindando argumentos persuasivos que generen duda respecto a si la modificación demandada sustituye un pilar fundamental de la Constitución desvirtuando el límite competencial permitido al poder de reforma.

13. La jurisprudencia de esta Corte¹⁵ ha precisado que cuando la demanda presentada en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad invoca cargos apoyados en el denominado juicio de sustitución de la Constitución, la

¹⁵ Frente a la tema se pueden consultar las sentencias C-574 de 2011 (MP Juan Carlos Henao Pérez), C-288 de 2012 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), C-579 de 2013 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

certeza y la suficiencia argumentativa de los mismos debe acentuarse, y en tal medida, el demandante debe exponer una mayor carga argumentativa a la que normalmente se exige para las demás demandas de inconstitucionalidad. Para el efecto, debe apoyarse en las líneas metodológicas establecidas por la jurisprudencia. Ello, sin embargo, no se traduce en un deber de desarrollar el test diseñado por la jurisprudencia con el mismo grado de profundidad y amplitud que le corresponde a este Tribunal en cumplimiento de su función de intérprete autorizado de la Constitución.

14. Sobre la cualificación de la acción de inconstitucionalidad, la jurisprudencia insiste en que sin perjuicio del carácter público de la acción de inconstitucionalidad, para el caso de las demandas contra actos reformativos de la Constitución, fundadas en el reproche por la presunta sustitución de la Carta Política, el actor o actora debe cumplir con una carga argumentativa mínima, la cual esté dirigida a demostrar cómo (i) el parámetro de control está conformado por un eje definitorio de la Constitución, construido a partir de diversos preceptos del bloque de constitucionalidad, y no por una norma superior particular y específica, pues en este caso lo que se buscaría es que la Corte ejerza un control material; y que (ii) la norma acusada subvierte, de forma integral, esa característica que otorga identidad de la Carta Política, de modo que el texto resultante deba comprenderse como un nuevo orden constitucional, que sustituye al reformado.¹⁶

De manera que existe una carga argumentativa particular para las demandas de inconstitucionalidad contra los actos reformativos de la Carta, fundadas en la presunta sustitución de la misma. Contrario a como sucede con la acción de inconstitucionalidad contra normas con fuerza de ley, no basta con que el demandante demuestre la oposición entre el precepto acusado y la Constitución, sino que es imprescindible que se determine adecuada y

¹⁶ En la sentencia C-888 de 2004 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) la Corte manifestó que: “*el ciudadano que instaure una acción pública de inconstitucionalidad contra la totalidad de un Acto Legislativo, o una parte del mismo, no puede plantearle a la Corte que realice un examen material sobre las disposiciones constitucionales por violar otras normas de la Constitución. Es posible entonces demandar Actos Legislativos aduciendo que el legislador ha incurrido en vicios en el procedimiento de formación del acto legislativo respectivo, lo que incluye el presupuesto mismo de la competencia del Congreso solo para reformar las normas constitucionales. En este caso, la carga para el demandante consiste en plantear cargos de inconstitucionalidad relacionados con el desbordamiento del poder de reforma del Congreso. En otras palabras, el actor debe demostrar de manera concreta, clara, específica y suficiente que la modificación introducida al texto de la Constitución de 1991 no es una reforma sino que se está ante una sustitución de la misma. (...) La exigencia que la Corte le hace al ciudadano de estructurar al menos un verdadero cargo de inconstitucionalidad en los casos en que éste considere que el Congreso de la República se extralimitó en el ejercicio de sus competencias al reformar la Constitución, es consonante no sólo con el carácter rogado que tiene la jurisdicción constitucional en estos casos, sino con los mínimos requisitos exigidos por el artículo 2º del Decreto 2067 de 1991 a fin de que la Corte pueda centrar adecuadamente el examen constitucional correspondiente, permitiendo también a los intervinientes y al Procurador General de la Nación, el pronunciamiento sobre problemas jurídicos concretos. En otras palabras, el carácter público que desde siempre ha caracterizado a la acción de inconstitucionalidad, de manera alguna riñe con la exigencia de un mínimo de rigor en la acusación que el ciudadano dirige contra una norma jurídica de rango constitucional.*”

suficientemente la índole del eje estructural que se estima subvertido y el modo como el acto reformativo genera esa sustitución.¹⁷

15. Destaca la Corte, sin embargo, que en consideración al carácter ciudadano y público de la acción de inconstitucionalidad, el examen de la aptitud de los cargos dirigidos en contra de una reforma constitucional no puede ser tan extremadamente rígido al punto que imponga al ciudadano cargas desproporcionadas como la de presentar una exhaustiva argumentación sobre el eje definitorio que considera reemplazado, o la de demostrar de manera concluyente la alteración de la identidad de la Constitución después de la reforma. Sin embargo, tampoco puede ser tan flexible que conduzca al análisis de fondo de cualquier discrepancia ciudadana con una decisión constituyente que por su naturaleza ha sido sometida a un procedimiento cualificado en el Congreso de la República.

Con fundamento en las anteriores consideraciones procede la Sala al examen de aptitud de los cargos que dan sustento a la demanda.

Examen de la aptitud de los cargos

16. Los cargos propuestos por los demandantes se orientan a cuestionar la competencia del Congreso de la República para adoptar las disposiciones contenidas en el inciso 2º (parcial) del Acto Legislativo 01 de 2015 y en esa medida su argumentación va encaminada a demostrar la existencia de vicios de procedimiento en su formación, de conformidad con los artículos 241.1, 374 y 379 de la Constitución.

El examen de la demanda permite establecer que se formulan tres cargos contra la disposición acusada. En efecto, los accionantes consideran que el apartado demandado del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2015 sustituye al menos tres pilares esenciales de la Constitución de 1991, específicamente los relativos a: (i) la obligación estatal de respetar y garantizar los derechos humanos, (ii) el principio de autonomía judicial como manifestación del principio de separación de poderes, y (iii) el principio de igualdad ante la ley, que los demandantes designan como “*prohibición de establecer privilegios injustificados*”.

17. En relación con el primer cargo los demandantes identifican como pilar sustituido por el constituyente derivado el deber estatal de investigar y juzgar las violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al DIH aplicando

¹⁷ Para explicar esta obligación, en la sentencia C-1200 de 2003 la Corte indicó que: “...cuando un ciudadano demanda una reforma constitucional por considerarla inconstitucional tiene la carga argumental de demostrar que la magnitud y trascendencia de dicha reforma conducen a que la Constitución haya sido sustituida por otra. No basta con argumentar que se violó una cláusula constitucional preexistente, ni con mostrar que la reforma creó una excepción a una norma superior o que estableció una limitación o restricción frente al orden constitucional anterior. El actor no puede pedirle a la Corte Constitucional que ejerza un control material ordinario de la reforma como si ésta fuera inferior a la Constitución. Esto es fundamental para delimitar el alcance del control atribuido al juez constitucional”.

complementariamente el DIH y el DIDH, porque la modificación normativa lo contradice y subvierte al excluir la aplicación del DIDH como *corpus iuris* en la investigación y juzgamiento de las conductas punibles atribuidas a los miembros de la fuerza pública, en el marco del conflicto armado o en enfrentamientos que reúnan las condiciones objetivas del DIH. En ese sentido, advierten que la enmienda constitucional conlleva a que el Estado colombiano renuncie a la aplicación del DIDH de manera simultánea y complementaria cuando se produzcan afectaciones a la vida, la integridad y la libertad de los civiles en el contexto del conflicto armado y aún fuera del mismo.

18. Observa la Corte que en relación con esta censura los demandantes proponen argumentos que son *claros* en tanto permiten identificar sin dificultad el sentido de su acusación y su vinculación con un eventual desbordamiento de las competencias del Congreso de la República en el ejercicio de la función de reforma de la Constitución. Así mismo se advierte que el cargo resulta *cierto*, comoquiera que recae sobre un acto reformativo de la Carta efectivamente existente y se funda en una interpretación que *prima facie* podría derivarse de una interpretación de la norma basada en los métodos literal o semántico, e histórico del precepto acusado. Para acreditar este aspecto del reproche los actores analizan el alcance de la reforma y sus implicaciones en la obligación general del Estado de respetar y garantizar los derechos humanos. Así mismo, presentan los antecedentes legislativos de la reforma a efecto de desentrañar el verdadero alcance de la misma y a partir de ello presentan una interpretación que *prima facie* podría estar contenida en el ámbito normativo censurado, y constituir por ende un contenido verificable del precepto censurado. Sobre la interpretación del acto reformativo en la cual los demandantes fundan su censura exponen lo siguiente:

“(…) 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 artículos 93 y 214 inciso 2º, de tal forma que al incluir en el artículo 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 la investigación y el juzgamiento de las conductas cometidas por los 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”, entre ellos, *la obligación estatal de proteger y respetar los derechos humanos*.

19. De este modo, acudiendo a una combinación de los métodos de interpretación semántico e histórico, los actores cumplen con la carga de presentar una interpretación y alcance que podría adscribirse al acto reformativo, y con ello se entiende satisfecho el requisito preliminar de la *certeza* en la formulación del cargo. Este aspecto de la demanda general al menos una duda razonable de que es posible adscribir al precepto acusado una interpretación que subvertiría un elemento que identifica y define el orden constitucional como es el deber de respetar y aplicar la normatividad que consagra y protege los derechos humanos. No obstante, una postura concluyente sobre el alcance de la reforma será objeto de análisis de fondo, en el desarrollo del juicio respectivo.

20. Adicionalmente los ciudadanos presentan cuestionamientos con un contenido constitucional concreto, resultando por ende *pertinentes y específicos*. Así, apoyándose en la guía metodológica que la jurisprudencia ha establecido para desarrollar un cargo por sustitución, advierten el desconocimiento de las normas que atribuyen competencia al Congreso para aprobar un acto reformativo de la Constitución. Para ello identifican como eje definatorio presuntamente reemplazado por la reforma el deber general del Estado de respetar y garantizar los derechos humanos, lo que comporta la obligación de investigar y juzgar de manera seria e imparcial las graves violaciones al DIDH y las graves infracciones al DIH. Para construir este segmento de la censura se apoyan en normas constitucionales e internacionales que integran el bloque de constitucionalidad, así como en jurisprudencia, de tribunales internacionales y de esta corporación. Cabe precisar que este eje definatorio de la Constitución ya ha sido identificado por la Corte en juicios anteriores en los que ha aplicado el test de sustitución de la Constitución. Así por ejemplo, en la sentencias C-579 de 2013 y C-577 de 2014.

21. Seguidamente, los actores se ocupan exponer el alcance e implicaciones de la reforma, de cómo esta impacta el eje definitorio previamente identificado, y suministran razones para sostener que las modificaciones que el acto legislativo examinado introduce al artículo 221 de la Carta tienen la virtualidad de alterar de identidad de la Constitución, en cuanto subvierten el eje definitorio previamente establecido, al excluir la aplicación del DIDH como *corpus iuris* en la investigación y juzgamiento de las conductas punibles atribuidas a los miembros de la fuerza pública, en el marco del conflicto armado o en enfrentamientos que reúnan las condiciones objetivas del DIH.

22. En virtud de las consideraciones expuestas, la Sala, apartándose de los planteamientos plasmados en las intervenciones del Ministerio de Defensa Nacional, la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República y la Fiscalía General de la Nación, encuentra que el primer cargo que da sustento a la demanda cumple con las exigencias argumentativas básicas y específicas propias de una demanda que se funda en cargos por sustitución de la Constitución, y en consecuencia procederá a sus estudio de fondo.

23. No obstante lo anterior, la Sala Plena considera que el segundo cargo planteado por los demandantes no cumple con las condiciones mínimas para activar la competencia de la Corte en esta materia, tal como se explica a continuación.

Sostienen los demandantes que el Congreso sustituyó el eje definitorio *independencia y autonomía judicial*, como desarrollo del principio de separación de poderes, debido a la aprobación del inciso segundo del artículo 1º del Acto legislativo 01 de 2015 – modificadorio del artículo 221 de la Constitución, conforme al cual, advierten, 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 DIH, con exclusión de otros cuerpos normativos igualmente relevantes como sería el DIDH.

Con el propósito de desarrollar el cargo afirman que el rasgo definitorio de la autonomía e independencia de los jueces y fiscales se encuentra compuesto por múltiples referentes normativos entre los que destacan por su relevancia para el análisis del cargo *“la facultad para elegir libremente las normas jurídicas que consideren aplicables para cada caso”*. Y seguidamente sostienen que la reforma cuestionada introduce un elemento normativo nuevo según el cual *“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”*. Agrega que la reforma constituye una afectación a ese rasgo de la autonomía e independencia de la rama judicial por parte del

legislativo, al imponerle “*cómo debe actuar, los referentes normativos que debe utilizar y qué línea de análisis debe seguir*”.

En adición a ello los actores, adscriben a la reforma consecuencias tales como: (i) la imposibilidad de que los jueces tanto de la justicia ordinaria como de la Penal Militar apliquen el control de convencionalidad a sus decisiones; (ii) la modificación tácita de las competencias de la Corte Suprema de Justicia relativa a la unificación de jurisprudencia al interior de la jurisdicción ordinaria; (iii) una indebida injerencia por parte del ejecutivo en la rama judicial en la medida que la reforma se inserta en la parte orgánica de la Constitución que contiene el diseño de aquella rama del poder público (Art. 221 C.P.)

24. Advierte la Corte que un cargo por sustitución de la Constitución, cimentado en argumentos de esta naturaleza, no reúnen los presupuestos de aptitud para provocar un pronunciamiento de mérito.

24.1. En primer lugar, el cargo carece de *pertinencia* toda vez que se sustenta en una premisa que no se deriva del contenido y alcance atribuible a la autonomía e independencia judicial, eje definitorio de la Constitución invocado por los demandantes. En la línea argumentativa de los demandantes la reforma contenida en el inciso 2° del artículo 1° del Acto legislativo 01 de 2015, vulneraría “*la facultad para elegir libremente las normas jurídicas que –los jueces- consideren aplicables para cada caso*”.

Sobre el particular es preciso poner de presente que la autonomía del juez implica que para el desarrollo de su función institucional, esto es solucionar los conflictos que de acuerdo con su especialidad son sometidos a su conocimiento, deba **aplicar el derecho**, labor que supone, sin embargo, una o varias operaciones, las cuales se hallan precisamente resguardadas por la garantía de la autonomía funcional. Antes de la adjudicación, el juez atribuye significado a los enunciados normativos, esto es, interpreta los textos en los que aparecen las fuentes. En la gran mayoría de los casos, el juez tendrá la posibilidad de elegir entre dos o más interpretaciones razonables y la autonomía judicial legitima esa elección y protege el criterio interpretativo justificadamente adoptado. Esta Corte ha insistido en este como uno de los espacios especialmente garantizados por la garantía en mención. Así, ha indicado:

“[L]as actuaciones judiciales que encuentren sustento en ‘un determinado criterio jurídico o en una razonable interpretación de las normas que son aplicables al caso, aun cuando no sean compartidas por otras autoridades judiciales, por terceros o por la generalidad de los sujetos procesales, no pueden tildarse de arbitrarias o abusivas, pues tal proceder estaría desestimando los principios constitucionales de autonomía e independencia judicial que, justamente, le reconocen al juez

natural plena competencia para aplicar la ley del proceso y valorar el material probatorio de conformidad con las reglas de la sana crítica.”¹⁸.

Esa libertad del juez dentro del ordenamiento jurídico comporta la prerrogativa de que el juez no solo no sea determinado hacia una u otra interpretación sino de que su elección no tenga ningún tipo de consecuencia sancionatoria ni reproche, fuera de los controles propios de las reglas procesales¹⁹.

24.2. Pero no solo la interpretación precede la adjudicación del derecho. Hay también otros actos utilizados en el razonamiento judicial. Antes de aplicar una norma para resolver el caso, el juez también establece jerarquías axiológicas entre principios y pondera su relevancia y peso ocasionales, elige la norma en la cual se subsumen los hechos, determina la existencia de normas implícitas, derivables solo de un conjunto de disposiciones, etc. Además de esto, al juez en la generalidad de las especialidades le son presentadas pruebas con base en las cuales hallar demostrados los supuestos de hecho que dan lugar a la aplicación de las respectivas reglas, evidencias que, por lo tanto, requieren ser judicialmente valoradas.

Tanto en el primer tipo de actuaciones como en la apreciación de los elementos de convicción, el operador judicial está igualmente protegido y le es garantizado un ámbito de independencia. La Corte ha insistido especialmente en que la razonable persuasión probatoria de cada juez no puede ser cuestionada, so pena de ser conculcado el principio de la autonomía judicial:

“[E]sta Corte ha afianzado la autonomía e independencia de las autoridades judiciales restringiendo el recurso de amparo, particularmente en materia de interpretación y valoración probatoria, esto último dada la libertad de apreciación racional de los medios de persuasión debidamente aportados al proceso prevista en el ordenamiento, lo que equivale a decir que en principio todos los elementos de conocimiento utilizados pueden resultar válidos para fundamentar una decisión judicial, siempre que se respeten las regulaciones sobre las modalidades de formación y control de las pruebas, orientadas a garantizar el debido proceso y enmarcadas sobre la base de la igualdad real de los sujetos procesales y la imparcialidad del juzgador –artículos 6º, 13 y 29 C.P.”²⁰.

¹⁸ Sentencias T-1001 de 2001, T-1169 de 2001, T-907 de 2006, M. P.: Rodrigo Escobar Gil; T-809 de 2010, M. P.: Juan Carlos Henao Pérez. En la Sentencia C-1643 de 2000, M. P. (e): Jairo Charry Rivas se dijo: «El principio de autonomía... comprende... el poder jurídico que la Constitución le confiere a los funcionarios judiciales, para que en ejercicio de sus competencias, adopten las decisiones exclusivamente con sumisión al derecho. No obstante, esa labor goza de un amplio margen de libertad que se traduce en la posibilidad de que los operadores jurídicos interpreten y apliquen razonablemente las normas de derecho cuando asuman el examen y solución de una situación determinada».

¹⁹ Sentencias T-751 de 2005, reiterada en la providencia T-678 de 2007, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

²⁰ Sentencia T-057 de 2006, M. P.: Álvaro Tafur Galvis; Ver también la Sentencia SU-159 de 2002, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

De esta manera, en el anterior complejo de operaciones y, podría afirmarse, en todas las partes en que se estructura el razonamiento que antecede la identificación de una regla de decisión y la resolución misma del caso, al juez le asiste la garantía institucional de la autonomía para el empleo razonable y justificado de su criterio jurídico.

24.3. Obviamente, debe ponerse de presente que la libertad en mención del juez se entiende **en el marco del ordenamiento jurídico**, fuente de sus poderes y fundamento de sus decisiones²¹. Es decir, puesto que, conforme la Constitución, el juez se halla sometido al imperio la ley en sentido general, es decir, al sistema, la Corte ha sostenido que la autonomía no significa ni puede cobijar la interpretación irrazonable del derecho o a la elección de una norma claramente inaplicable, no habilita al juez para apartarse de los hechos, dejar de valorar pruebas u otorgarles mérito que de ninguna manera poseen o desconocer las normas que regulan los respectivos procedimientos, o para desconocer precedentes vinculantes sin ninguna justificación, situaciones en que precisamente tiene lugar la procedencia de la tutela contra providencias judiciales²².

Así mismo, la autonomía judicial con arreglo al ordenamiento jurídico supone que el razonamiento judicial se desarrolla sobre la base de regulaciones legales procesales y sustantivas del legislador o el constituyente y del carácter prevalente de las disposiciones constitucionales.

24.4. Tomando como punto de partida este alcance que la jurisprudencia de esta Corte le ha dado a la autonomía e independencia judicial, en su vertiente de aplicación del derecho, no resulta admisible la premisa teórica de la cual parten los demandantes para estructurar el cargo de presunta sustitución del mencionado eje definitorio, comoquiera que adjudican a ese postulado un contenido que no tiene como es el de considerar que existe una total libertad del juez para la selección de las normas aplicables, al punto de considerar que una determinada configuración normativa, en este caso proveniente del constituyente, en la que se señalan unos parámetros específicos que deben regular la actividad judicial, constituya una indebida intromisión en la actividad judicial. Dicho ámbito normativo le indica al juez el marco dentro del cual debe ejercer su actividad, no obstante, la interpretación y el alcance que le imprima a esa configuración están protegidos por los principios de autonomía e independencia judicial, siempre y cuando respeten el principio de supremacía constitucional.

24.5. Las eventuales omisiones en que pueda incurrir el legislador al mencionar los parámetros normativos aplicables, cuentan con otros

²¹ Sentencia T-593 de 2002, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

²² *Ibíd.*; sentencias T-1072 de 2000, M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa; C-836 de 2001, T-066 de 2005, M. P.: Rodrigo Escobar Gil; T-169 de 2005, T-731 de 2006, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa; T-957 de 2006, M. P.: Jaime Araújo Rentería.

mecanismos de control como los principios de supremacía constitucional e interpretación conforme a la Constitución. Resulta inapropiado pretender su confrontación con el principio de autonomía judicial, del cual se deriva que ésta se ejerza en el marco de regulaciones legales procesales y sustantivas del legislador o el constituyente y del carácter prevalente de las disposiciones constitucionales. Estas consideraciones conducen a la Sala a declarar la falta de *pertinencia* del cargo fundado en la sustitución del eje definitorio autonomía e independencia judicial, ligado al principio de separación de poderes, comoquiera que atribuyen a este eje contenidos que no se derivan del mismo.

24.6. De otra parte, el cargo carece también de *certeza*, toda vez que para su estructuración los demandantes adscriben a la norma constitucional censurada unos contenidos y alcances que no le son atribuibles. En este sentido señalan que del enunciado que establece que los jueces y fiscales que investigan y juzgan conductas punibles de los miembros de la Fuerza Pública en relación con el conflicto armado tienen el imperativo de aplicar las norma y principio del DIH, imposibilita a dichos operadores jurídicos la aplicación del control de convencionalidad a sus decisiones; modifica tácitamente las competencias de la Corte Suprema de Justicia en materia de unificación de jurisprudencia; e incorpora una injerencia del ejecutivo en la rama judicial. Evidentemente estas consecuencias que se atribuyen al contenido normativo acusado corresponden a interpretaciones conjeturales del mismo, están vinculadas a posibles aplicaciones del mismo y en consecuencia despojan de certeza el planteamiento.

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala declara la ineptitud sustantiva del cargo por vulneración del eje definitorio autonomía e independencia judicial, vinculado al principio de separación de poderes, por ausencia de *pertinencia* y *certeza* en su formulación.

25. Corresponde ahora a la Sala emitir pronunciamiento preliminar sobre la aptitud del tercer cargo que los demandantes denominan “*sustitución del principio según el cual la ley tiene prohibido establecer privilegios injustificados*”.

Para desarrollar esta censura los demandantes sostienen si bien existen diferencias entre los miembros de la fuerza pública y el resto de ciudadanos, debido a las particularidades de las funciones que desempeñan los primeros, así como sus condiciones especiales por el uso legítimo de la fuerza, ello no los ubica en una categoría especial que les permita “*ser sujetos de un favorecimiento especial de la ley*”.

En ese sentido, la exclusión implícita en la aplicación del DIDH para investigar y juzgar, está dirigida a un grupo de destinatarios específicos constituido por la fuerza pública, lo cual no cuenta con una justificación objetiva y razonable desde la metodología del test de igualdad, ni con una

finalidad constitucional y con razonabilidad de la medida. Explican que la comisión de conductas punibles en el contexto del conflicto armado colombiano no es exclusiva de los miembros de la fuerza pública, razón por la cual su situación de hecho no es diferenciable a la de otro sector de la población como podrían ser los actores que pertenecen a las fuerzas disidentes o grupos armados al margen de la ley.

25.1. En relación con este cargo, cabe precisar que si bien la Corte, en diversas oportunidades²³, ha admitido que el principio de igualdad constituye un eje definitorio de la Constitución, cuya sustitución en virtud de una reforma constitucional conduce a la inexequibilidad de esta, por incurrir en un vicio competencial, el planteamiento de los demandantes no va orientado a demostrar la sustitución de ese eje transversal definitorio de la Carta, sino a sustentar la posible vulneración del artículo 13 de la Carta. En efecto, los demandantes orientan su argumentación a la comparación de dos grupos de individuos (los miembros de la fuerza pública y otros actores del conflicto armado pertenecientes a grupos disidentes o grupos armados al margen de la ley) para deducir de ese contraste un trato privilegiado en favor de los miembros de la Fuerza Pública sometidos a proceso penal, en la medida que al establecer el Constituyente como marco regulatorio de estos procesos las normas y principios del DIH, estaría excluyendo implícitamente los mandatos del DIDH.

25.2. El cargo así planteado carece de *suficiencia* para provocar un pronunciamiento de fondo sobre sustitución de la Constitución, comoquiera que el planteamiento ciudadano no se orienta a demostrar la sustitución de un eje transversal de la Constitución, en tanto se limita a comparar la situación de dos grupos de individuos para deducir un trato privilegiado respecto de uno de ellos. Esta manera de estructurar el cargo llevaría a la Corte a un examen del precepto acusado a fin de establecer, si la distinción que identifican los actores resulta proporcionada a la luz de los fines que persigue. De hecho un examen semejante conduciría, en la práctica, al

²³ Así lo consideró la Corte Constitucional en las sentencias C-141 de 2010 en la que la Corte llevó a efecto el control de constitucionalidad de la Ley 1354 de 2009 “*Por medio de la cual se convoca a un referendo constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional*”; en la sentencia C-588 de 2009 mediante la cual la Corte examinó la demanda formulada en contra del artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2008 “*por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política*”; y en la sentencia C-1040 de 2005 en la cual la Corte examinó la constitucionalidad del Acto Legislativo 2 de 2004 “*Por el cual se reforman algunos artículos de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones*”.

desarrollo de un juicio de violación material, incompatible con la estructura y finalidad del juicio de sustitución.

25.3. La Corte encuentra que este cargo, más allá de demostrar que la determinación constituyente de establecer dentro del marco normativo que regula los procesos contra los miembros de la Fuerza Pública el DIH, reemplaza o elimina un eje definitorio, indica la posible incompatibilidad de la nueva regulación con los contenidos constitucionales que reconocen y protegen el derecho a la igualdad ante la ley. En este caso el demandante pretende juzgar el contenido de la reforma a la luz del artículo 13 de la Carta no para demostrar la sustitución de mandato de igualdad como eje definitorio del diseño constitucional, sino para poner de manifiesto la violación de la igualdad de los actores armados que no pertenecen a la fuerza pública.

Así se evidencia del aparte de la demanda en el que se indica que el elemento normativo introducido por la reforma se caracteriza por estar dirigido única y exclusivamente a un grupo de destinatarios, constituidos por la fuerza pública, a quienes se les aplica el régimen establecido por el acto legislativo. Por lo tanto, insisten, la reforma se articula a través del trato diferencial a este grupo de servidores públicos que ostentan el monopolio de la coacción estatal, quienes cuentan con un régimen de investigación y juzgamiento de las características introducidas por la reforma constitucional, que los beneficia de manera única y exclusiva.

25.4. En la misma línea argumentativa sostienen que no es posible justificar objetiva y razonablemente dicho trato especial, porque así lo demuestra la metodología del test de igualdad. Señalan que la comisión de conductas punibles en el contexto de un conflicto armado como el colombiano 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 podrían ser los actores que pertenecen a fuerzas disidentes o grupos armados al margen de la ley. Y destacan que, incluso, aceptando que fuera admisible un trato disímil por el hecho de ostentar el monopolio legítimo de la coacción estatal, esto es insuficiente para que el órgano reformador pueda contemplar un trato diferenciado al valorar su finalidad y la razonabilidad de la misma.

Un planteamiento de esta índole desconoce totalmente que la reforma constitucional una vez aprobada se incorpora formalmente a la Constitución y no es posible, como si de normas jerárquicamente diferentes se tratara, comparar una disposición del texto original con una disposición de la reforma. El examen del demandante no supera el estándar de un juicio material propio de un examen de constitucionalidad ordinario.

25.5. En conclusión, la Sala se inhibirá de emitir pronunciamiento de fondo en relación con el segundo cargo fundado en la “*sustitución del elemento definitorio constitucional de independencia y autonomía judicial*”, en la expedición del inciso 2º del artículo 1º del Acto legislativo 01 de 2015, por

ausencia de pertinencia y de certeza en su formulación. Similar tratamiento se dará al tercer cargo por “*sustitución del principio según el cual la ley tiene prohibido establecer privilegios injustificados*”, en que habría incurrido el Constituyente en la expedición de la misma norma, por ausencia de suficiencia. Así las cosas, la Sala procederá a abordar el estudio de fondo de la demanda contra el inciso 2° del artículo 1° del Acto legislativo 01 de 2015, únicamente respecto del cargo fundado en la “*sustitución del deber estatal de investigar y juzgar las violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al DIH aplicando complementariamente el DIH y el DIDH*”.

Breve presentación del asunto bajo examen

26. Los demandantes estiman que el apartado censurado del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2015, al introducir en el artículo 221 de la Carta, como nuevo elemento normativo, la aplicación exclusiva del DIH a la investigación y juzgamiento de las conductas punibles atribuidas a militares y policías en servicio activo, genera la exclusión implícita de la aplicación del DIDH lo cual, en criterio de aquellos, sustituye el pilar “*deber estatal de investigar y juzgar las violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al DIH aplicando complementariamente el DIH y el DIDH*”.

De esta forma, partiendo de una interpretación de la norma basada en su sentido semántico y en el contexto legislativo en que se produjo la reforma, los demandantes sostienen que se presenta al menos una incertidumbre sobre la aplicabilidad del DIDH en la investigación y juzgamiento de las conductas punibles atribuidas a miembros de la Fuerza Pública, lo que conduciría a la inexecutable del inciso segundo del artículo 1° del Acto legislativo 01 de 2015. Subsidiariamente, en caso de ser declarada exequible la norma, piden establecer unos parámetros de interpretación que guíen la actuación judicial de todos los funcionarios judiciales encargados de investigar y juzgar las conductas delictuales cometidas por miembros de la fuerza pública, para que tomen en consideración las normas del DIH y del DIDH.

27. Un bloque de intervinientes entre los que se encuentran el Ministerio de Defensa Nacional, la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, la Fiscalía General de la Nación, la Universidad Militar Nueva Granada, la Asociación Colombiana de Oficiales en retiro de las Fuerzas Militares - Acore- y la ciudadana Magda Patricia Morales Sáenz, estiman que la reforma constitucional censurada no sustituye ningún elemento esencial definitorio de la Constitución, ni contraría ninguna norma de la misma. Sobre el punto, indican que los demandantes hacen alusión a una serie de presuntos elementos definitorios que corresponden a una interpretación personal, sin que sean pilares de identidad de la Carta Política.

Adicionalmente, manifiestan que el DIH es una *lex specialis* que prevalece sobre la ley general del DIDH, y que es aplicable al desarrollo de las

operaciones militares que constituyen actos del servicio militar por excelencia cuando existe un conflicto armado interno.

28. Otro grupo de intervinientes pide declarar la exequibilidad del aparte acusado del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2015, pero fijando parámetros de interpretación a fin de que la enmienda constitucional sea interpretada de tal forma que no termine reemplazando un eje definitorio de la Constitución. En ese sentido, indican que el correcto entendimiento de la norma incluye la aplicación del DIDH respecto de la investigación y juzgamiento de las conductas delictivas cometidas por miembros de la Fuerza Pública con ocasión del conflicto armado interno o enfrentamientos que reúnan las condiciones objetivas de aplicación del DIH, para que no operen beneficios injustificados a favor de la Fuerza Pública, ni se amplíe el fuero penal militar que por naturaleza es estricto y restrictivo. En esa medida, proponen que la investigación y el juzgamiento de esas conductas deben corresponder a la justicia ordinaria. Esta postura es defendida, subsidiariamente, por el Procurador General de la Nación y la Universidad Externado de Colombia. Igualmente, por la Universidad Libre, la Universidad Javeriana, la Universidad de Ibagué y el ciudadano Juna Pablo Vallejo Molina.

29. Algunos intervinientes propenden por la declaratoria de inconstitucionalidad del aparte acusado, al considerar que el Congreso de la República se extralimitó al ejercer el poder de reforma, sustituyendo el eje definitorio consistente en el deber de respetar los derechos humanos cumpliendo con la obligación de investigar y juzgar las conductas cometidas por miembros de la Fuerza Pública en el marco del conflicto armado interno. Así, plantean que la reforma constitucional es una ampliación prohibida del fuero penal militar que genera contradicción con las normas que protegen los derechos humanos, sumado a que, de permanecer la norma en los términos actuales, propicia la impunidad y puede acarrear responsabilidad internacional del Estado colombiano.

Esta postura es defendida el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia, y las organizaciones Garden Court International y Garden Court Chambers. En el mismo sentido se pronunciaron la Universidad Santo Tomás, la Universidad Externado de Colombia, en su pretensión principal, la Universidad Industrial de Santander y el Colectivo de Abogados Luis Carlos Pérez, la Comisión Internacional de Juristas, la Organización Mundial contra la Tortura, la Federación Internacional de Derechos Humanos, la ONG Abogados sin Fronteras, la Corporación Humanitaria para la Convivencia y la Paz, la Asociación para la Promoción Social Alternativa y la Mesa de Trabajo sobre Ejecución Extrajudiciales, al igual que varios ciudadanos intervinientes.

Problema jurídico y metodología de la decisión.

30. De la interpretación de la demanda y del análisis preliminar relativo a la aptitud de los cargos formulados, le corresponde a la Corte resolver el siguiente problema jurídico:

¿Desconoció el Congreso de la República su competencia para reformar la Constitución y por tanto vulneró sus artículos 374 y 379, debido a la sustitución parcial de la Carta por el reemplazo del eje definitorio “*deber estatal de investigar y juzgar las violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al DIH, aplicando complementariamente el DIH y DIDH*” al aprobar la norma que establece 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 DIH, se aplicarán las normas y principios de esta normatividad, sin hacer referencia explícita al Derecho Internacional de los Derechos Humanos?

31. Con el propósito de dar respuesta a los problemas jurídicos referidos, este Tribunal seguirá el siguiente orden. En primer lugar (i) describirá brevemente el alcance del acto legislativo refiriéndose a los antecedentes del mismo y al alcance general del texto finalmente aprobado. A continuación (ii) presentará una reseña basada en doctrina y jurisprudencia sobre el alcance del fuero penal militar; seguidamente (iii) hará una síntesis de la jurisprudencia constitucional en relación con el control constitucional de las reformas constitucionales. Luego de ello (iv) desarrollará el test establecido por la jurisprudencia a fin de analizar el cargo relativo a la posible sustitución del eje definitorio “*deber de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, e investigar y juzgar las violaciones graves a los derechos humanos y la graves infracciones al derecho internacional humanitario*” por la aprobación del inciso 2º del artículo 1º del Acto legislativo 01 de 2015.

Contexto normativo.

Antecedentes del Acto Legislativo 01 de 2015.

32. Comoquiera que el análisis de aptitud de este cargo se fundamentó en advertir que los demandantes presentaron una interpretación del contenido y alcance del precepto cuestionado que resultaba posible a partir del seguimiento a los antecedentes legislativos de la reforma, procede la Sala a examinar el contexto normativo de la norma, a fin de fijar de manera concluyente el alcance de la reforma y a partir de él emprender el juicio correspondiente.

33. La disposición demandada hace parte del Acto Legislativo 01 de 2015 “*Por el cual se reforma el artículo 121 de la Constitución Política.*” El proyecto de Acto legislativo 022 de 2014 Senado – 167 2014 Cámara, tuvo

origen en una iniciativa conjunta del Gobierno y de algunos parlamentarios²⁴. En la exposición de motivos del proyecto se indicó que el objetivo de la reforma consistía en: (i) fijar parámetros claros de competencia de la jurisdicción penal ordinaria y de la jurisdicción penal militar; y, (ii) establecer la obligación de aplicar el DIH como marco sustantivo que debe regir el juzgamiento de los miembros de la Fuerza Pública, en especial en operaciones y procedimientos llevados a cabo en el contexto del conflicto armado. Con base en esta propuesta el constituyente derivado expidió el Acto Legislativo 01 de 2015, cuyo texto original propuesto fue el siguiente:

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

De los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales cortes o tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro.

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

Cuando la conducta de los miembros de la Fuerza Pública en relación con un conflicto armado sea investigada y juzgada por las autoridades judiciales, se aplicará siempre el Derecho Internacional Humanitario.

La justicia penal militar o policial será independiente del mando de la Fuerza Pública.

Parágrafo transitorio. Los procesos penales que se adelantan contra los miembros de la Fuerza Pública por los delitos que no tengan relación con el servicio o por los delitos expresamente excluidos del conocimiento de la Justicia Penal Militar de acuerdo a los incisos 1º y 2º del presente artículo y que se encuentran en la justicia ordinaria, continuarán en esta. La Fiscalía General de la Nación, en coordinación con la Justicia Penal Militar, contará con un periodo de hasta un (1) año para identificar todos los procesos que se adelantan contra los miembros de la Fuerza Pública, y trasladar a la Justicia Penal Militar aquellos donde no se cumplan los supuestos para la competencia de la jurisdicción ordinaria. En el marco de esa coordinación, se podrá

²⁴ Como coautores figuran los Senadores Maritza Martínez, Juan Manuel Galán, Efraín Cepeda, José David Name, Ángel Custodio Cabrera y los Representantes Hernán Penagos, Albeiro Vargas, Efraín Torres, Jaime Buenahora, Carlos Correa y otros.

verificar si algún proceso específico que cursa en la Justicia Penal Militar podría ser de competencia de la Justicia Ordinaria.

Artículo 2º. El presente acto legislativo rige a partir de la fecha de su promulgación.”²⁵

34. La exposición de motivos²⁶ explicó que la reforma propuesta transcribe literalmente algunos incisos correspondientes al Acto Legislativo 02 de 2012²⁷.

²⁵ GC No. 567 del 1º de octubre de 2014.

²⁶ La exposición de motivos completa del Acto Legislativo 01 de 2015, se puede consultar en la GC No. 567 del 1º de octubre de 2014.

²⁷ El 16 de marzo de 2012 el Gobierno Nacional presentó un proyecto de Acto legislativo orientado a modificar los artículos 116, 152 y 221 de la Carta Política, enfocándose en los siguientes aspectos recogidos en la exposición de motivos (Gaceta del Congreso No. 70 de 16 de marzo de 2012): (i) fijar parámetros claros para establecer la competencia de la jurisdicción penal ordinaria y de la jurisdicción penal militar; (ii) la creación de una comisión mixta, que en caso de duda sobre el tema de competencia, pudiera constatar con prontitud los hechos ocurridos en el desarrollo de la acción, operación o procedimiento de la Fuerza Pública, y de remitir su actuación a la jurisdicción que estime competente, (iii) la creación de la policía judicial de la jurisdicción penal militar; (iv) la definición del marco sustantivo que regiría el juzgamiento de los miembros de la Fuerza Pública, en especial en operaciones y procedimientos que se ejecuten en el contexto de un conflicto armado; (v) el establecimiento de garantías de independencia, autonomía e imparcialidad de la Justicia Penal Militar; y (iv) la creación de un tribunal de garantías penales, entre otros aspectos.// La exposición de motivos planteó que el marco jurídico para fijar la competencia entre la jurisdicción ordinaria y la justicia penal militar, parte de la idea de definir qué delitos que generan investigación a los miembros de la Fuerza Pública, tienen relación directa con la función militar o policial que la Constitución, la ley o el reglamento les ha asignado. De esa forma, indicó que la noción de relación con el servicio excluye dos clases de delitos de la competencia de la justicia penal militar: (i) toda conducta que no haya tenido una relación próxima y directa con una actividad del servicio, y (ii) excluye los delitos de “*gravedad inusitada*”. //La propuesta de enmienda constitucional de iniciativa gubernamental, consideró que ante la ambigüedad en la definición de la competencia y con el fin de brindar seguridad jurídica y certeza, lo mejor era establecer una lista de delitos de *gravedad inusitada* cuya comisión rompía el vínculo con el servicio. Dicha lista de delitos fue la siguiente: crímenes de lesa humanidad, genocidio, desaparición forzada, tortura, ejecución extrajudicial, desplazamiento forzado, violación y abusos sexuales, actos de terror contra la población civil y reclutamiento o uso de menores. Precisó que “*con la constitucionalización de estas conductas se*

Señaló que el inciso 2° es una norma que se ocupa de la distribución de competencias entre la justicia penal ordinaria y la justicia penal militar. *“La justicia penal ordinaria conoce de las conductas de los miembros de la Fuerza Pública expresamente mencionadas, es decir de los crímenes de lesa humanidad. Por su parte la justicia penal militar conoce de las infracciones*

resuelve la discusión relativa a la noción de acto relacionado con el servicio, para entender que cuando ocurre la comisión de uno de los delitos mencionados anteriormente de manera específica, la investigación y juzgamiento pertenecerán de manera clara a la jurisdicción ordinaria.// Explicó que la adición al texto constitucional pretendía que la justicia penal militar fuere la competente para conocer de las infracciones al DIH cometidas por miembros de la Fuerza Pública. Así, cuando se incurriera en extralimitaciones de la Fuerza Pública en actuaciones legítimas en el contexto del conflicto armado, la determinación de la responsabilidad penal requeriría de una evaluación técnica por parte de jueces especializados, y salvo *“los delitos mencionados”* mediante lista cerrada, las infracciones al DIH debían ser conocidas por la justicia penal militar, por ser la ley especial que regula las situaciones del conflicto armado interno. De allí que *“los miembros de la Fuerza Pública al estar inmersos en la conducción de las hostilidades se les debe aplicar las reglas provenientes del Derecho Internacional Humanitario, puesto que esa es la única forma de proteger a las eventuales víctimas de tales hostilidades”* (GC 070, página 4). Dicha exposición de motivos también definió que el marco legal sustantivo que debía regir el juzgamiento de los miembros de la Fuerza Pública, es el DIH. En ese sentido, indicó que los operadores jurídicos debían, al interpretar y aplicar las normas caso a caso en el contexto de conflicto armado interno, tener en cuenta el DIH para juzgar las conductas reprochables a los miembros de la Fuerza Pública con ocasión de la conducción de hostilidades, por cuanto *“se ha detectado la ausencia de aplicación del Derecho Internacional Humanitario en providencias en que se determina la responsabilidad penal de miembros de la Fuerza Pública. Esto ocurre tanto en la jurisdicción ordinaria como en la Justicia Penal Militar (...)”*²⁷. Por esa razón, precisó que no era suficiente la incorporación automática del DIH a través del bloque de constitucionalidad, sino que era necesario incluir en la estructura normativa una integración específica del derecho penal con el DIH, para que sin importar la jurisdicción –penal militar u ordinaria- el DIH se aplicara al investigar y juzgar la conducta de los miembros de la Fuerza Pública en el marco del conflicto armado interno (GC 070 del 16 de marzo de 2012, página 7). El Acto Legislativo 02 de 2012, fue declarado inexecutable por esta Corte, por vicios de procedimiento en la sentencia C-740 de 2013.

al derecho internacional humanitario, salvo que el delito haya sido expresamente atribuido a la justicia ordinaria por la primera frase del inciso”.

Indicó que de acuerdo con el inciso 1° del artículo 221 Superior, existen dos condiciones para fijar la competencia de la justicia penal militar: el factor subjetivo que refiere a que la persona procesada sea miembro de la Fuerza Pública en servicio activo, y el factor objetivo que exige que el delito en cuestión tenga relación directa con el servicio. Sobre este último, adujo que la noción de relación con el servicio excluye dos clases de delitos de la competencia de la justicia penal militar: (i) toda conducta que no haya tenido una relación próxima y directa con la actividad del servicio; y, (ii) los delitos de *gravedad inusitada* como los crímenes de lesa humanidad. Como tales delitos no estaban definidos por la Constitución ni por la ley, señaló como necesario definir qué conductas contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que comprometen derechos humanos, no pueden ser conocidas en ningún caso por la justicia penal castrense porque rompen *ipso jure* el vínculo con el servicio.

35. De esa forma, el proyecto acogió la lista cerrada de delitos de gravedad inusitada que el Congreso de la República estableció en el Acto Legislativo 02 de 2012, es decir, los crímenes de lesa humanidad y los delitos de genocidio, desaparición forzada, tortura, ejecución extrajudicial, desplazamiento forzado y violencia sexual, cometidos por miembros de la Fuerza Pública, los cuales se adscribirían por competencia a la justicia ordinaria. Además, la exposición de motivos insistió en que salvo los anteriores delitos, *“las infracciones al DIH cometidas por miembros de la Fuerza Pública deben ser conocidas por la justicia penal militar, para brindar seguridad jurídica y certeza sobre las competencias”.*

36. Respecto al inciso 3° del proyecto de enmienda, la exposición de motivos precisó que *“se ocupa del referente normativo material para investigar y juzgar las conductas realizadas en el contexto de un conflicto armado. En estas situaciones, tanto la justicia penal ordinaria como la justicia penal militar siempre deben aplicar el derecho internacional humanitario. Este es el marco jurídico que debe ser aplicado por ambas jurisdicciones a los miembros de la fuerza pública cuando las conductas investigadas y juzgadas guarden relación con un conflicto armado”.*

La exposición de motivos del Acto legislativo 01 de 2015 indicó que los operados de justicia no aplican el DIH al momento de juzgar la responsabilidad penal de los militares, por eso estimó necesario hacer explícita esa obligación en el texto constitucional predicable tanto para la justicia ordinaria como para la justicia penal militar, ya que de esa forma se pondera el principio humanitario y la necesidad militar.

37. Finalmente, frente al párrafo transitorio propuesto, la exposición de motivos explicó que los denominados “falsos positivos” o ejecuciones extrajudiciales continuarían bajo el conocimiento de la justicia penal ordinaria, pero que aquellas investigaciones y juzgamientos de conductas punibles relacionadas con el servicio que no correspondan a la lista cerrada de delitos de gravedad inusitada, deben pasar a la competencia de la justicia penal militar.

38. Este proyecto de enmienda constitucional comenzó su trámite legislativo reforzado, en la Comisión Primera Constitucional Permanente del Senado de la República. Allí se citó a una audiencia pública donde participaron varios sectores con opiniones diversas²⁸, e inmediatamente el Senador Manuel Enríquez Rosero rindió ponencia positiva para primer debate al proyecto de Acto Legislativo No. 22 de 2014 Senado. En opinión del ponente, el punto medular de la enmienda es la definición de competencias entre las jurisdicciones ordinaria y penal militar para “*solucionar la incertidumbre jurídica (...) y definir quién es el juez natural*”, ya que además de los factores subjetivo y objetivo, se introduce un *factor normativo* al decir que las infracciones al DIH serán de conocimiento de la justicia penal militar, siempre que no se trate de alguna de las siete conductas de la lista cerrada, excluidas expresamente de la justicia castrense mediante precepto elevado a rango constitucional.

Así mismo, en criterio del Senador ponente, existe una necesidad de utilizar el DIH como marco normativo de juzgamiento de las conductas de los miembros de la Fuerza Pública en relación con su participación en hostilidades, sin importar en qué jurisdicción estén siendo conocidos los casos, por cuanto deben ser analizadas un conjunto de reglas que regulan el uso legítimo de la fuerza por parte del Estado en situaciones de conflicto armado. De allí que señalara como indispensable armonizar el derecho penal interno con el DIH “*para permitirle a la Fuerza Pública cumplir mejor con su deber*”²⁹.

39. Durante el primer debate del proyecto de Acto legislativo 022 de 2014 Senado, no se presentaron proposiciones para modificar su texto porque se consideró, mayoritariamente, la necesidad de brindar seguridad jurídica a la Fuerza Pública, y a la vez generar la certeza de que la reforma no afectaría los avances ya logrados por el Estado en materia de protección y respeto de los Derechos Humanos. En ese debate la bancada del Centro Democrático lamentó el carácter limitado de la enmienda constitucional, porque en su

²⁸ El 14 de octubre de 2014 tuvo lugar la audiencia pública que contó con la participación de varios miembros de la Fuerza Pública, del Presidente del Tribunal de Justicia Penal Militar y de un Fiscal Penal Militar, así como con la intervención de la ONG Verde Oliva, quienes defendieron el proyecto de reforma constitucional. Por su parte, manifestaron su oposición a la misma Gustavo Gallón, director de la Comisión Colombiana de Juristas, señalando que “*(...) la propuesta gubernamental de reforma a la justicia penal militar es una falsa idea de que se necesita armonizar el derecho penal con el Derecho Internacional Humanitario*”. Agregó que ninguna violación de Derechos Humanos puede ser de competencia de la jurisdicción penal militar. GC No. 617 del 14 de octubre de 2014, págs. 2 y 3.

²⁹ El informe de ponencia se puede consultar en la GC No. 617 del 14 de octubre de 2014, págs. 1 a 7.

sentir el fuero penal militar debería cubrir todos los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública, es decir, los delitos cometidos en contexto de paz como de guerra. Por su parte, la bancada del partido Alianza Verde resaltó que las violaciones al DIH deben ser competencia de la justicia ordinaria, por lo que estuvo en desacuerdo con la propuesta de enmienda comoquiera que implicaría un grave retroceso en materia de protección de Derechos Humanos al volver excepcional la competencia de la justicia ordinaria para conocer de infracciones al DIH. Debido a las posiciones divididas, la iniciativa fue votada de forma nominal, siendo aprobada en su integridad por la mayoría³⁰.

40. Para el segundo debate ante la Plenaria del Senado de la República, el informe de ponencia presentado por el Senador Manuel Enríquez Rosero, además de contener otros puntos, precisó frente a la aplicación del DIH lo siguiente:

“La realidad del conflicto armado colombiano requiere que se de aplicación al Derecho Internacional Humanitario y, en consecuencia, todas las conductas que ocurran en el marco de las hostilidades deben ser juzgadas bajo este criterio.

El Derecho Internacional Humanitario (DIH) es el derecho que internacionalmente se aplica cuando existe un conflicto armado y en reconocimiento a esa situación su objetivo principal es la protección de los derechos de la población civil, de las personas protegidas y la humanización del conflicto.

La reforma se encuentra íntimamente ligada al derecho internacional en todos sus aspectos, pues como se anotó, de lo que se trata es de garantizar el cumplimiento del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en nuestro país.

La reforma plantea el amparo legal de las actuaciones de la Fuerza Pública, siempre que se enmarquen en el respeto y la vigilancia de los DD. HH. y el DIH.

Para concluir, es importante recalcar, que con la reforma propuesta, no se retrocede ni un paso en los importantes avances que ha tenido el país en la protección de los Derechos Humanos y con este nuevo esquema constitucional, se da la garantía que no habrá impunidad, cuando actúen por fuera de este marco legal.

Existe claridad en el acto legislativo con respecto a que en ningún caso un delito cometido que se encuentre en la lista definida en el texto será conocido por la Justicia Penal Militar, pues nunca se podrán entender

³⁰ Acta No. 18 del 15 de octubre de 2014 correspondiente a la Comisión Primera del Senado de la República.

como actos asociados al servicio o enmarcados en operaciones legítimas”³¹.

De esa forma, propuso a la Plenaria del Senado de la República dar segundo debate al proyecto de Acto Legislativo 022 de 2014 Senado, conforme al texto original y que fue aprobado por la Comisión Primera de esa célula legislativa.

41. En sesión Plenaria del 28 de octubre de 2014, empezó el debate de esta iniciativa de reforma constitucional. En las intervenciones el Senador Armando Benedetti manifestó no estar de acuerdo con la ampliación el fuero penal militar porque, según expuso, de acuerdo con las sentencias C-533 de 2008 y C-878 de 2000 de la Corte Constitucional, nunca la justicia penal militar podrá conocer sobre las infracciones al DIH.

Así mismo, el Senador Iván Cepeda indicó que la ampliación del fuero como se pretende, lesiona el DIDH porque transgrede el derecho de las víctimas, sumado a que deja incluidas las graves violaciones a los Derechos Humanos, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el genocidio para ser investigados y juzgados por la jurisdicción castrense. Explicó que en Colombia no está tipificado el crimen de lesa humanidad, al igual que el Código Penal no tiene el tipo penal de ejecución extrajudicial, pero sí está el homicidio en persona protegida que es en últimas el denominado falso positivo, el cual por cuenta de esa reforma podría llegar a la justicia penal militar ya que la mayoría de casos se juzgan bajo el tipo penal de homicidio en persona protegida que no está en la lista cerrada de exclusiones que presenta el proyecto de Acto Legislativo. Finalmente, calificó como grave el hecho de que el marco jurídico de juzgamiento de los miembros de la Fuerza Pública refiera exclusivamente al DIH, pues implica un retroceso en materia de Derechos Humanos³².

42. El debate continuó el 29 de octubre de 2014, sesión en la cual la Senadora Vivian Morales indicó que la propuesta de enmienda constitucional, al extender el fuero penal militar, “(...) *está disminuyendo una obligación del Estado colombiano de investigar y juzgar las violaciones de los derechos humanos, por parte de autoridades independientes e imparciales*”³³, sumado a que desconoce la división y control de los poderes entre sí, la autonomía e independencia de la Rama Judicial porque les señala a los jueces previamente que solo pueden aplicar las normas del DIH, y la obligación del Estado de garantizar el derecho del acceso a la justicia independiente e imparcial de las víctimas. También advirtió que la redacción del parágrafo transitorio permite concluir que las investigaciones por los denominados falsos positivos pasarían a la justicia penal militar. Estos argumentos fueron apoyados por la Senadora Claudia López del Partido Alianza Verde.

³¹ GC No. 643 del 21 de octubre de 2014, pág. 27.

³² GC No. 021 del 16 de febrero de 2015, págs. 14 a 32.

³³ GC No. 022 del 16 de febrero de 2015, pág. 27.

En ese punto del debate, los Senadores Paloma Valencia y Álvaro Uribe Vélez presentaron una proposición modificatoria al inciso 3° del artículo 1° del proyecto de Acto Legislativo 022 de 2014 Senado, en el siguiente sentido: “*Cuando la conducta de los miembros de la Fuerza Pública en relación con el conflicto armado o que derive en un enfrentamiento de una estructura criminal en los términos que señale el DIH sea investigada y juzgada por las autoridades judiciales, se aplicará siempre el Derecho Internacional Humanitario. Los jueces y fiscales de la justicia ordinaria que conozcan de las conductas de los miembros de la Fuerza Pública deberán tener formación y conocimiento adecuado del Derecho Internacional Humanitario*”. Esa proposición fue acogida por la mayoría de los Senadores y después al ser votado el artículo 1° del proyecto de reforma constitucional, con la modificación introducida, se aprobó por 60 votos por el SI y 6 votos por el NO³⁴.

43. En el curso del tercer debate del proyecto de enmienda constitucional, la Comisión Primera Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes, citó a una audiencia pública en la cual representantes de diferentes organizaciones de la sociedad civil, manifestaron su preocupación por la exclusión del DIDH de ese marco normativo, dado que varios instrumentos y organismos internacionales han reconocido la complementariedad que existe entre los dos cuerpos normativos (DIDH y DIH). Por ello, llamaron la atención para que la reforma al fuero penal militar tuviera en cuenta el DIDH y las garantías de verdad, justicia, reparación y no repetición para las víctimas. Agregaron que las infracciones al DIH rompen toda conexidad con el servicio castrense y, por ende, no pueden estar amparadas por el fuero militar³⁵.

A pesar de lo anterior, el informe de ponencia mantuvo el texto aprobado por el Senado de la República y emitió concepto positivo indicando que (i) al fuero penal militar se le agrega el criterio normativo, según el cual, las infracciones al DIH son de competencia de la justicia penal militar, salvo los delitos expresamente excluidos; y, (ii) el marco jurídico aplicable al conflicto armado es el DIH y por ello las conductas que se deriven del contexto de las hostilidades se deben entender relacionadas con el servicio³⁶. Con esos parámetros y sin mediar modificación alguna, el proyecto de enmienda constitucional fue aprobado en tercer debate³⁷.

³⁴ GC No. 022 del 16 de febrero de 2015, pág. 16 a 57. El texto que finalmente aprobó la Plenaria del Senado de la República en primera vuelta puede ser consultado en la GC No. 680 del 5 de noviembre de 2014.

³⁵ GC No. 711 del 18 de noviembre de 2014, págs. 1 a 3.

³⁶ GC No. 711 del 18 de noviembre de 2014, págs. 4 a 6.

³⁷ Fue aprobado el 25 de noviembre de 2014 por votación nominal de 30 votos por el SI y 2 votos por el NO. En el debate manifestaron su oposición Germán Navas Talero, Angélica Lozano y Juan Carlos Lozada, además de los representantes Ángela María Robledo y Alirio Uribe que siendo de otras comisiones de la Cámara, fueron escuchados. Todos ellos presentaron informes y casos en donde se puede presentar ambigüedad en la determinación de la jurisdicción a la que le corresponde investigar y juzgar los procesos de militares o policías que incurran en conductas delictivas. Además, indicaron que ante la falta de tipificación de los delitos de ejecución extrajudicial y violencia sexual, se podía incurrir en impunidad. GC No. 071 del 25 de febrero de 2015.

44. Durante el cuarto debate llevado a cabo en la Plenaria de la Cámara de Representantes, la discusión giró en torno a la exclusión del delito de ejecución extrajudicial por cuanto no se encuentra tipificado en el ordenamiento penal interno. Debido a ello, se aprobó una modificación al inciso 2° del proyecto de Acto Legislativo, el cual quedaría así: *“En ninguna caso la Justicia Penal Militar o Policial conocerá de los crímenes de lesa humanidad, ni de los delitos de genocidio, desaparición forzada, violencia sexual, tortura y desplazamiento forzado. Tampoco será competente para conocer de las ejecuciones extrajudiciales en las condiciones que señale la ley. Las infracciones al Derecho Internacional Humanitario, salvo los delitos anteriores, serán conocidas exclusivamente por las cortes marciales o tribunales militares o policiales”*³⁸.

45. Ante la discrepancia existente entre los textos aprobados en el Senado de la República y en la Cámara de Representantes, la Comisión de Conciliación³⁹ acogió el texto avalado por la Plenaria de la Cámara de Representantes, respecto del cual cabe resaltar que (i) mantuvo la regla de exclusión de la justicia penal militar para los crímenes de lesa humanidad y los delitos de genocidio, desaparición forzada, violencia sexual, tortura y desplazamiento forzado; (ii) indicó que la justicia penal militar tampoco conocerá de las ejecuciones extrajudiciales en los términos que defina la ley; y, (iii) señaló que cuando las conductas de los miembros de la Fuerza Pública en relación con el conflicto armado o que deriven de un enfrentamiento con una estructura criminal en los términos del DIH, sean investigadas y juzgadas por las autoridades judiciales, siempre se deberá aplicar el DIH. Con esos tres puntos claves, fue aprobado por las Plenarios del Senado y de la Cámara de Representantes, la conciliación del texto de enmienda constitucional.

46. Comenzando la segunda vuelta, en el quinto debate en la Comisión Primera Constitucional Permanente del Senado de la República, el informe de ponencia que presentó el Senador Ponente Manuel Enríquez Rosero incluyó una propuesta de modificación en los siguientes aspectos: (i) como el delito de ejecución extrajudicial no se encuentra tipificado en nuestro ordenamiento penal y la idea es excluirlo de la competencia de la justicia penal militar, el texto propuesto delimita las conductas relacionadas con tal delito como *homicidio cometido contra personas puestas fuera de combate y homicidio cometido en situaciones de indefensión*, las cuales siempre serán de conocimiento de la justicia ordinaria; (ii) incluye un inciso al párrafo transitorio indicando que si el delito de ejecución extrajudicial no es tipificado por el legislador al 31 de diciembre de 2015, para efectos de definir la competencia se consideraran como tal los homicidios cometidos en personas fuera de combate o en situación de indefensión; (iii) como existen varias conductas de la *regla de exclusión*⁴⁰ que no corresponden a delitos tipificados,

³⁸ GC No. 873 de 2014.

³⁹ El informe completo de la Comisión de Conciliación correspondiente a la primera vuelta de este Acto Legislativo, se puede consultar en la GC 853 de 2014.

⁴⁰ Esta regla corresponde a los delitos que el texto propone como de competencia de la justicia ordinaria y excluidos de la justicia penal militar.

la modificación propone cambiar la palabra “delitos” por “conductas” mientras el legislador crea los tipos penales correspondientes, como es el caso de los crímenes de lesa humanidad y de ejecución extrajudicial; y (iv) la aplicación del DIH exige verificar el cumplimiento de dos circunstancias objetivas como son la intensidad del conflicto y el nivel de organización de las partes. En ese sentido, partiendo de dichas circunstancias, el texto propuesto modificó el inciso 3° del proyecto de Acto Legislativo, para que el DIH se aplique a las conductas cometidas por miembros de la Fuerza Pública en relación con un conflicto armado “o con un enfrentamiento que reúna las condiciones objetivas establecidas por el DIH”, que sean investigadas y juzgadas por las autoridades judiciales; además de otras propuestas de modificación⁴¹. De esta forma, propuso a la Comisión adelantar el quinto debate.⁴²

47. No obstante, el 14 de abril de 2015, según documenta el Acta 042 de la Comisión Primera del Senado de la República⁴³, el Ministro de Defensa (e) General Juan Pablo Rodríguez Barragán, con el aval del senador ponente, presentó la siguiente proposición modificatoria para que el proyecto de reforma constitucional del artículo 221 Superior quedara así:

“De las conductas 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 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”.

El Alto Militar encargado para las funciones del Ministro de Defensa, explicó que esa propuesta mantiene la autonomía del fuero penal militar y brinda la seguridad jurídica que reclaman los miembros de la Fuerza Pública porque el

⁴¹ Ejemplo de ellas es la inclusión de un párrafo en el cual se indica que “[c]ualquier mecanismo de justicia transicional que se cree en el marco de la terminación del conflicto armado, tendrá competencia prevalente respecto de la Justicia Penal Militar. En ningún caso podrán aplicarse mecanismos de Justicia Transicional en la Justicia Penal Militar”. Dicho párrafo fue eliminado posteriormente.

⁴² El informe de ponencia completo y un cuadro de la norma conciliada en primera vuelta y el pliego de modificaciones propuesto para el quinto debate, se pueden consultar en la GC No. 145 del 26 de marzo de 2015.

⁴³ GC No. 325 del 25 de mayo de 2015.

marco aplicable a la investigación y juzgamiento de sus conductas, es el DIH. Indicó que se mantiene el principio de juez natural, pero a la vez se garantiza que se pueda trabar el conflicto de competencias por parte de cualquier jurisdicción cuando se considere del caso.

Además, precisó que *“los delitos que se cometan por miembros de la Fuerza Pública que constituyan graves violaciones al Derecho Internacional Humanitario o a los Derechos Humanos, continuarán siendo de conocimiento de la justicia ordinaria, como lo dispone el artículo 221 de la Constitución Nacional, la Sentencia C-358 de 1997 de la Corte Constitucional y el artículo 3° del Código Penal Militar que muy claramente lo expuso el Senador Ponente”*. Recalcó que el DIH debe ser aplicado en Colombia dada la complejidad de la realidad operacional y de las formas de delinquir de los diferentes actores armados al margen de la ley que en sus hostilidades afectan permanentemente a la población civil y, por ende, adujo que la Fuerza Pública debe tener las herramientas contundentes y suficientes para cumplir con su función constitucional. Finalizó indicando que el texto propuesto no significa un *“retroceso en los avances que ha logrado el país y especialmente la Fuerza Pública en materia de protección a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario”*⁴⁴.

48. Con algunas dudas frente a la redacción por el contenido amplio y genérico de la palabra “conductas”, fue votado y aprobado el texto tal como fue propuesto por el Gobierno Nacional a través del Ministro de Defensa y el Senador Manuel Enríquez Rosero. Allí se recalcó que el marco jurídico de referencia para investigar y juzgar a los miembros de la Fuerza Pública, tanto en la justicia ordinaria como en la penal militar, era el DIH. Algunos Senadores dejaron constancia respecto a que el DIH no regula un catálogo de delitos ni de procedimientos para llevar a cabo el juzgamiento⁴⁵.

49. Por su parte, el informe de ponencia para el sexto debate ante la Plenaria del Senado de la República, recogió una de las inquietudes de los senadores, proponiendo que la palabra “conductas” fuese complementada con la expresión “punibles” con el fin de delimitar el campo de acción del denominado fuero penal militar.

Allí se indicó que el proyecto de acto legislativo en su nuevo texto mantiene la esencia del fuero penal militar por cuanto el *inciso 1°* conserva los criterios objetivo y subjetivo como siempre han sido entendidos, y el *inciso 2°* se enfoca en adicionar la aplicación del DIH como marco jurídico que deben aplicar los operadores judiciales a la hora de investigar y juzgar a los miembros de la Fuerza Pública por conductas punibles que ocurran en el contexto del conflicto armado, resaltando que ello *“(…) en nada debilita el respeto y garantía permanente de los Derechos Humanos en nuestro país,*

⁴⁴ GC No. 327 del 25 de mayo de 2015, pág. 10.

⁴⁵ Obtuvo 15 votos por el SI y uno por el NO. Se retiraron las proposiciones modificatorias por parte del Centro Democrático y otra de la Alianza Verde.

por el contrario, refleja el respeto y compromiso del estado colombiano frente a los derechos y garantías de los ciudadanos”⁴⁶. Precisó que el inciso 3° fortalece la independencia de la justicia penal militar al elevarla a rango constitucional.

Sostuvo categóricamente que la redacción encaminada a fijar reglas para la distribución de competencias entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción penal militar, fue eliminada por completo porque abría la puerta para que conductas como las ejecuciones extrajudiciales, generaran confusión respecto a la jurisdicción competente para investigarlas y juzgarlas, más aún frente a delitos no tipificados en el ordenamiento penal interno. Adujo que establecer una lista cerrada de delitos excluidos de la justicia penal militar, implicaba un debilitamiento del fuero penal militar y, por esa razón, “*se mantiene en ese punto sobre jurisdicción el estado actual sin modificación alguna*”. Además, indicó que los límites de competencia de la justicia penal militar frente a tipologías como genocidio, tortura, lesa humanidad y desaparición forzada, ya han sido señalados por la Corte Constitucional y por el legislador al establecer los delitos exceptuados de la competencia de dicha justicia, de acuerdo con el artículo 3° de la Ley 1407 de 2010.

De esa forma, el proyecto de Acto Legislativo se focalizó en determinar el marco jurídico aplicable a la investigación y juzgamiento de conductas punibles cometidas por miembros de la Fuerza Pública en el contexto del conflicto armado o de enfrentamientos que reúnan las condiciones objetivas del DIH, y en establecer la independencia de la justicia penal militar.

Con esa explicación previa, el informe de ponencia y el texto del proyecto de enmienda constitucional correspondiente a tres incisos, fue votado y aprobado por 68 votos en la Plenaria del Senado. Durante el debate la Senadora Vivian Morales nuevamente señaló que limitar el marco jurídico aplicable a los miembros de la Fuerza Pública solamente a las normas y principios del DIH, generaba confusiones por cuanto parecía un mandato expreso y limitado para los operadores judiciales que desplazaba otras normas relevantes como el derecho penal interno⁴⁷.

⁴⁶ GC No. 246 del 28 de abril de 2015, pág. 2.

⁴⁷ Al respecto, la Senadora Vivian Morales indicó: “*es claro que se busca que el Derecho Internacional Humanitario sea conocido por los operadores judiciales que van a juzgar conductas punibles de la Fuerza Pública dentro del conflicto armado. Es claro que el Derecho Internacional Humanitario es el que se aplica al conflicto, pero lo que no es claro, es decir, que se investigará y se juzgará aplicando las normas y principios del Derecho Internacional Humanitario, porque a mi entender en el Derecho Internacional Humanitario no es donde se configuran los delitos ni las penas. Cómo un Juez va a actuar diciendo que aplican normas y principios de este, ¿es solo esas normas? o ¿las normas del derecho ordinario, el derecho interno, penal y procesal?, porque es que el Derecho Internacional Humanitario va a dirigido es a los actores del conflicto, para proteger a la población no metida en el conflicto, no combatiente y no es dirigida a los operadores judiciales. // Yo les dejé planteada esa pregunta y nadie me la contestó en la Comisión, y yo sí quiero que haya claridad porque si no el artículo no queda bien redactado como un mandato a los Jueces. Si van aplicar el Derecho Internacional Humanitario y no van aplicar el derecho penal de dónde van a sacar las sanciones que van aplicar, de dónde van a sacar los procedimientos que van a seguir dentro de los procesos de investigación y juzgamiento. Yo pedí una claridad, no me han contestado, le pido señor ponente o señor Ministro de Defensa, que me explique jurídicamente qué significa que sólo se aplicarán las normas y principios del Derecho Internacional Humanitario, porque una cosa es que las conozcan y que se*

50. Al pasar el proyecto de acto legislativo a la Comisión Primera Constitucional Permanente de la Cámara (segunda vuelta), el informe de ponencia que radicó el Representante Oscar Fernando Bravo Realpe indicó lo siguiente: (i) la aplicación del DIH no genera interferencia alguna con la aplicación de las normas de derecho penal y demás normas correspondientes a la investigación y juzgamiento de conductas punibles; y, (ii) el DIH es una ley especial que se encuentra incorporada de forma automática a la legislación colombiana, pero lo que pretende la enmienda es constitucionalizar su aplicación para que sirva de referente normativo imperativo.

Posteriormente, dicho informe de ponencia, citando varias sentencias de la Corte Constitucional⁴⁸, adujo que la Carta Política de 1991 confirma y refuerza tanto la obligatoriedad del DIDH como del DIH, al punto que frente a éste último la legislación penal previó un título específico sobre infracciones al DIH que refuerza su aplicación, por lo cual los jueces en sus providencias y los sujetos de derecho en sus comportamientos oficiales o privados, deben atenerse a las prescripciones del DIH. Por consiguiente, más adelante recalcó que el objeto principal del proyecto de Acto Legislativo es constitucionalizar la aplicación del DIH como ley especial para las partes en conflicto y para aquellas situaciones que superen el umbral de violencia común en un Estado⁴⁹, independientemente de la jurisdicción que investigue y juzgue.

Así las cosas, “es claro que en Colombia es aplicable el DIH conforme al cumplimiento de los factores objetivos que determinan su aplicación. De ahí la relevancia que todas las conductas que se den en el marco de esta normatividad sean investigadas y juzgadas conforme a los principios y normas que la componen. Especialmente, dada la realidad colombiana, se requiere generar la certeza constitucional y legal (sic) las conductas punibles de los miembros de la Fuerza Pública, puedan ser investigadas y juzgadas con apego al mismo en las condiciones que el DIH señala”⁵⁰.

Por último, este mismo informe reiteró que ante la incertidumbre que generó la lista cerrada de delitos de gravedad inusitada que serían competencia

entiende que en el conflicto se aplica el Derecho Internacional Humanitario pero el juzgamiento y el procesamiento y las sanciones no están dentro del Derecho Internacional Humanitario. Con esta norma el juez no puede condenar porque el Derecho Internacional Humanitario no trae penas cuantificables para esos delitos y, por lo tanto, eso necesita una incorporación en el Derecho interno”. Acta de Plenaria del Senado 052 del 29 de abril de 2015.

⁴⁸ Las sentencias C-574 de 1994 y C-225 de 1995.

⁴⁹ Al respecto indicó que “[e]n Colombia las reglas del DIH han sido incorporadas por el ordenamiento jurídico colombiano: (i) los artículos 93 y 221 de la Constitución incorporan estas normas al bloque de constitucionalidad; (ii) el artículo 214 constitucional introduce de manera expresa su aplicación a situaciones de excepcionalidad; y, (iii) el Código Penal expresamente tipifica las conductas violatorias del DIH. Sin embargo, no existe un precepto constitucional que establezca de manera directa su aplicación, y de ahí la necesidad de continuar impulsando la reforma”. GC No. 285 de 2015.

⁵⁰ GC No. 285 del 12 de mayo de 2015, pág. 9.

exclusiva de la justicia ordinaria, se apoyó la supresión del inciso 2° que había sido aprobado por la Comisión durante la primera vuelta.

51. Ahora bien, en el debate que se dio en la Comisión Primera Constitucional Permanente el día 19 de mayo de 2015, los Representantes Alirio Uribe Muñoz, Angélica Lozano Correa, Germán Navas Talero y Ángela María Robledo Gómez, formularon una serie de observaciones a la redacción del nuevo inciso 2°, así:

(i) El DIH no es un mecanismo para generar investigaciones o para hacer interpretaciones jurídicas, ya que se encarga de legitimar el uso de la fuerza en los conflictos armados para proteger a los civiles y humanizar el trato entre las partes, es decir, no busca “dar carta blanca” a los militares en sus operaciones para que terminen violando derechos humanos; (ii) permitir que el DIH se aplique a los enfrentamientos que reúnan las condiciones objetivas de esa normatividad, es abrir la puerta y extenderlo a operaciones militares diferentes a las del conflicto armado interno, como por ejemplo, a las operaciones contra las BACRIM o delincuencia común organizada; (iii) la redacción deja entrever la idea de que la aplicación del DIH excluye la aplicación del DIDH en estos casos, “*y nosotros creemos que a este tipo de enfrentamientos o a otro tipo de operaciones que haga el Ejército o la Policía, lo que se debe aplicar es el sistema del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y no el sistema del DIH*”; (iv) en concepto de aquellos, la norma presenta “una trampa” porque facilitaría que violaciones de derecho humanos cuya competencia corresponde a la justicia ordinaria, terminen siendo conocidas por la justicia penal militar que conocería de infracciones al DIH en algunos casos, lo cual tampoco es permitido en el plano internacional; y, (v) se corre el riesgo de que el DIH que es una normatividad que protege a la población civil, se convierta en una herramienta procedimental que termine protegiendo a los combatientes, como por ejemplo generar ventajas a militares investigados por presuntamente haber cometido delitos de lesa humanidad, o aplicar el DIH a conductas delictivas relacionadas con violencia sexual o con homicidio en persona protegida.

De esta forma, solicitaron que el DIH no fuera utilizado con una interpretación incorrecta para dar ventajas a los militares y propiciar por esa vía las graves afectaciones a los derechos humanos. Por lo anterior, propusieron eliminar la totalidad del inciso 2°, lo cual no fue acogido por las mayorías⁵¹.

Por su parte, en defensa de la iniciativa participaron varios representantes. Entre ellos la Representante María Fernanda Cabal, quien insistió en que la enmienda pretende armonizar el derecho penal con el DIH, sin que por ello se admitan conductas violatorias del DIDH.

⁵¹ Al votarse la proposición que buscaba eliminar el inciso 2° del artículo 1° del proyecto de reforma constitucional, se obtuvieron 27 votos por el NO y 2 por el SI. GC No. 479 del 15 de julio de 2015.

Finalmente, en el séptimo debate fue acogido el informe de ponencia y aprobado el articulado como venía de la Cámara de Representantes⁵².

53. Para el octavo debate en la Plenaria de la Cámara de Representantes, el informe de ponencia no incluyó modificación alguna al texto de proyecto de reforma constitucional⁵³. Sin embargo, en el desarrollo del debate los Representantes Ángela María Robledo, Alirio Uribe, Germán Navas, Raúl Asprilla y Víctor Correa presentaron la siguiente proposición para modificar el inciso 2° del artículo 1° del proyecto de enmienda:

“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 **el Derecho Internacional de los Derechos Humanos**. 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 y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos” (Se destaca).

Al explicar dicha propuesta que buscaba introducir la aplicación del DIDH en la investigación y juzgamiento de las conductas punibles cometidas por miembros de la Fuerza Pública, se indicó que la reforma distorsiona la naturaleza del DIH que se creó como un código de guerra para proteger a la población civil, pero en este caso lo que se pretende es proteger a los guerreros, puntualmente a los militares y policías. De esa forma, plantearon que se violarían convenios y tratados internacionales al permitir que las llamadas acciones, que pueden ser crímenes o delitos que atenten contra los derechos humanos, terminen siendo investigados y juzgados única y exclusivamente por la justicia penal militar.

En ese sentido, la representante Robledo alertó en el sentido que la reforma constitucional sería una ampliación del fuero penal militar, en tanto pretendería que las infracciones al DIH que a su vez pueden configurar violaciones al DIDH, fuesen investigadas y juzgadas por la justicia penal militar teniendo en cuenta solo el marco jurídico del DIH. Sin embargo, los representantes María Fernanda Cabal y Óscar Fernando Bravo insistieron ante la Plenaria de la Cámara en que el DIH permite la humanización de la guerra para combatientes, por lo cual es viable que sea aplicado a los miembros de la Fuerza Pública.

⁵² Al respecto se puede consultar la GC No. 479 del 15 de julio de 2015.

⁵³ El informe completo se encuentra en la GC No. 335 de 2015, con nota aclaratoria en la GC No. 366 de 2015.

La proposición modificatoria fue votada negativamente, con 88 votos por el NO y 7 votos por el SI⁵⁴, y por ende, fue acogido por mayoría el informe de ponencia, el texto del articulado que refiere solo al DIH, el título de la enmienda y además la Plenaria expresó su voluntad de que el proyecto reformara el artículo 221 de la Constitución Política. De allí la sanción del Acto Legislativo 01 de 2015, que incluye el aparte objeto de la presente censura.

54. Del anterior recuento legislativo se puede concluir que la reforma propuesta al artículo 221 de la Constitución, mediante el A.L. 01 de 2015 estuvo originariamente encaminada a modificar el alcance del fuero penal militar, en el sentido de atribuir, como norma general, a las cortes marciales o tribunales militares o policiales el conocimiento de las infracciones al Derecho Internacional Humanitario, salvo algunas consideradas de especial gravedad. Esta pretensión estuvo presente en la propuesta de reforma constitucional (parte final del inciso segundo de la propuesta original⁵⁵, y en su párrafo transitorio⁵⁶), hasta el cuarto debate. A partir del quinto debate la redacción y el alcance del Acto Legislativo, cambió sustancialmente al punto que fueron suprimidos los dos enunciados normativos mencionados, en los que de manera explícita se proponía una ampliación del fuero penal militar a las infracciones al derecho internacional humanitario. La proposición modificatoria introducida a la altura del quinto debate fue la que obtuvo aprobación final y es objeto del actual control de constitucionalidad. En ella se establece como marco jurídico aplicable a la investigación y juzgamiento de conductas atribuibles a miembros de la Fuerza Pública, relacionadas con el conflicto armado, el derecho internacional humanitario.

Destaca la Corte que el acto legislativo que se examina no modificó el inciso primero del artículo 221 de la Constitución, precepto del cual se derivan los criterios subjetivo y funcional, que delimitan la determinación del fuero penal militar, los cuales han sido objeto de interpretación por parte de esta corporación en los términos que se expondrá a continuación.

El fuero penal militar: Análisis desde una perspectiva conceptual, normativa y jurisprudencial.

⁵⁴ El debate se encuentra consignado en la GC No. 927 del 13 de noviembre de 2015. Además de esa proposición, el Centro Democrático presentó otra en la cual solicitaba incluir como marco jurídico para investigar y juzgar a miembros de la Fuerza Pública, no solo el DIH sino también el derecho operacional, pero finalmente fue retirada durante el debate.

⁵⁵ “En ningún caso la Justicia Penal Militar o Policial conocerá de los crímenes de lesa humanidad, ni de los delitos de genocidio, desaparición forzada, ejecución extrajudicial, violencia sexual, tortura y desplazamiento forzado. **Las infracciones al Derecho Internacional Humanitario cometidas por miembros de la Fuerza Pública, salvo los delitos anteriores, serán conocidas exclusivamente por las cortes marciales o tribunales militares o policiales**”. (Se destaca).

⁵⁶Parágrafo transitorio. (...) La Fiscalía General de la Nación, en coordinación con la Justicia Penal Militar, contará con un periodo de hasta un (1) año para identificar todos los procesos que se adelantan contra los miembros de la Fuerza Pública, y trasladar a la Justicia Penal Militar aquellos donde no se cumplan los supuestos para la competencia de la jurisdicción ordinaria. En el marco de esa coordinación, se podrá verificar si algún proceso específico que cursa en la Justicia Penal Militar podría ser de competencia de la Justicia Ordinaria.

Concepto y características

55. En el sistema jurídico colombiano, el «*fuero penal militar*» es una prerrogativa en virtud de la cual los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en servicio activo no son investigados y juzgados por los fiscales y jueces a los cuales están sometidos la generalidad de los ciudadanos, sino por jueces y tribunales militares, con arreglo al Código y leyes penales militares, en aquellos eventos en los que incurren en conductas punibles al ejecutar o desarrollar sus funciones legales y constitucionales.

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

55.2. Este trato particularizado se ha justificado en las diferencias existentes entre los deberes y responsabilidades que tienen los ciudadanos y los que están llamados a asumir los miembros de la fuerza pública, pues a estos últimos la Constitución les asigna una función especial, exclusiva y excluyente: el monopolio del ejercicio coactivo del Estado, que implica el uso y disposición de la fuerza legítima y el sometimiento a una reglas especiales propias de la actividad militar, opuestas por naturaleza a las que son aplicables en la vida civil⁵⁷. El fuero reclamaría, así, justificación en la necesidad de proporcionar un régimen jurídico especial que se ajuste a la especificidad de las funciones que el ordenamiento jurídico les ha asignado a las Fuerzas Militares y a la Policía Nacional, y que resulte coherente y armónico con su particular sistema de organización y de formación castrense⁵⁸.

55.3. En los diferentes sistemas jurídicos contemporáneos se han adoptado fundamentalmente tres modelos de investigación y procesamiento penal para los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública: (i) aquellos que incorporan y confunden la justicia penal militar con la estructura militar de mando, aunque con garantías propias de la administración de justicia ordinaria; (ii) otros que separan y distinguen el esquema jerarquizado propio del mando militar de los órganos jurisdiccionales de la justicia penal militar y vinculan estos últimos ya sea a la rama ejecutiva o a la rama judicial; y, (iii) los modelos en los cuales todos los delitos cometidos por militares y policía, en desarrollo de sus funciones, son juzgados por la justicia ordinaria y

⁵⁷ Sentencia T-737 de 2006, M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

⁵⁸ Sentencias C-399 de 1995, M. P.: Alejandro Martínez Caballero, T-806 de 2000, M. P.: Alfredo Beltrán Sierra; T-1001 de 2001, M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

suponen, en consecuencia, inexistencia de una jurisdicción penal militar propiamente dicha⁵⁹.

55.4 En Colombia, tradicionalmente se ha acogido el modelo que podría denominarse intermedio (ii), pues la jurisdicción penal militar ha sido diferenciada del mando militar y de la jurisdicción ordinaria, sobre la base del reconocimiento del fuero penal militar, de la existencia de jueces y tribunales penales militares que se ocupan de juzgar única y exclusivamente miembros de la fuerza pública en servicio activo y por actos relacionados con el servicio, y a partir de la sujeción de esa justicia a un Código específico y, en general, a reglas especiales de derecho penal militar⁶⁰.

Regulación positiva y elementos del fuero penal militar

56. A nivel normativo, la Constitución actual y la anterior, así como diversidad de cuerpos normativos legales han consagrado y desarrollado la figura del fuero penal militar. El artículo 170 de la Constitución de 1886 establecía: “[d]e los delitos cometidos por los militares 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”. Por su parte, el artículo 221 de la Constitución Política de 1991 indicaba en su versión original: «De los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar», texto que el Acto Legislativo 2 de 1995 adicionó en cuanto a la integración de dichos órganos jurisdiccionales por miembros de las fuerza pública en servicio activo o en retiro, y que, así mismo, en esencia, se mantiene hoy como primer inciso de la norma introducida por el Acto Legislativo 01 de 2015 que aquí se examina.

57. Por otro lado, en la historia legislativa reciente, mientras estuvo en vigencia la Constitución de 1886, el Decreto Legislativo 0250 de 1958, emitido por la Junta Militar y adoptado como permanente mediante la Ley 141 de 1961, constituyó el Código de Justicia Penal Militar por casi tres décadas. Este estatuto rigió hasta la expedición del Decreto 2550 de 1988, a través del cual se dictó un nuevo Código Penal Militar. Esta normatividad fue aplicada incluso luego de que entrara en vigencia la Constitución de 1991 y fue derogada mediante la Ley 522 de 1999, a través de la cual se expidió un nuevo estatuto. A su vez, esta legislación se aplicó por espacio de más de diez años, cuando fue reemplazada por la Ley 1407 de 2010, que corresponde al actual Código Penal Militar.

⁵⁹ Cfr. C-141 de 1995, M. P.: Antonio Barrera Carbonell.

⁶⁰ Ibíd. Se ha aclarado, así mismo, que la jurisdicción penal militar, no obstante administra justicia, no hace parte de la rama judicial. Al respecto, ver sentencias C-737 de 2006, M. P.: Rodrigo Escobar Gil; C-361 de 2001, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra; C-676 de 2001, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra; C-1149 de 2001, M. P.: Jaime Araujo Rentería; C-1261 de 2001, M. P.: Jaime Araujo Rentería; C-457 de 2002, M. P.: Jaime Córdoba Triviño; C-1262 de 2001, M. P.: Alfredo Beltrán Sierra.

58. En armonía con la redacción y concepción del fuero penal militar acogidas por la Constitución - tanto en la Carta de 1886 como en la de 1991- el artículo 14 del Decreto 2550 de 1988 establecía la figura en los siguientes términos: «*las disposiciones de este Código se aplicarán a los militares en servicio activo que cometan hecho punible militar o común relacionado con el mismo servicio...*». De manera similar, el artículo 1° de la Ley 522 de 1999 señalaba: «*De los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes marciales y tribunales militares, con arreglo a las disposiciones de este Código*», redacción retomada literalmente en el artículo 1° de la Ley 1407 de 2010. Los tres enunciados legales, sustancialmente con el mismo contenido normativo, coinciden, así, con el artículo 170 de la Constitución anterior y el artículo 221 de la Constitución de 1991, este último no solo en su previsión original sino, incluso, luego de las reformas de 1995 y de la introducida por el Acto Legislativo objeto de revisión.

El modelo de fuero tradicionalmente acogido en el sistema jurídico nacional parece adquirir, por lo tanto, contornos muy determinados, que reflejan fines y propósitos claros, perseguidos a través del tiempo con su consagración. Conforme a la norma básica derivable de los enunciados normativos mencionados, los jueces, tribunales o cortes marciales conocerán de los delitos o conductas punibles en que incurran los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio.

59. De acuerdo con lo anterior, el fuero posee tres características necesarias. En primer lugar, está destinado a ser aplicado frente a injustos cometidos únicamente por integrantes de la fuerza pública, ya sean de la Policía Nacional, Ejército Nacional, Fuerza Aérea Colombiana o de la Armada Nacional. En segundo lugar, los sujetos pasivos de la acción penal militar deben estar en servicio activo, lo que quiere decir que ese específico juez natural no cobija a quienes, pese a haber sido militares o policías, han cometido delitos encontrándose en uso de retiro. Y, en tercer lugar, los únicos delitos susceptibles de ser investigados y juzgados por la justicia penal militar son aquellos realizados «en relación con el servicio», no los que se apartan de las funciones o misiones que en su calidad deben llevar a cabo de conformidad con ordenamiento jurídico⁶¹.

El fuero penal militar, por lo tanto, no supone la vaga idea de que todo delito cometido por militares o policías debe ser juzgado por la jurisdicción penal militar, pues sino concurren cualquiera de las tres circunstancias anteriores, tampoco se activará la jurisdicción especial y las conductas punibles serán de conocimiento de la jurisdicción ordinaria. El fuero no ha sido concebido, en efecto, como un privilegio, prerrogativa, prebenda o gracia estamental para todos los miembros de las fuerzas militares y la policía, cuando incurran en

⁶¹ Sentencias C-1149 de 2001, M. P.: Jaime Araujo Rentería; C-407 de 2003, M. P.: Jaime Araujo Rentería; T-1001 de 2001, M. P.: Rodrigo Escobar Gil; T-806 de 2000, M. P.: Alfredo Beltrán Sierra.

cualquier delito y bajo circunstancias indeterminadas⁶². Puesto que solamente se funda en la especialidad de la labor que realiza la fuerza pública, basada en el uso legítimo y monopolizado de la violencia física oficial, dicha protección solo se justifica en relación con esa situación particularísima, no de forma abstracta, en cuyo caso solo introduciría un trato desigual inaceptable frente a los demás ciudadanos.

60. Lo anterior lleva a afirmar que la figura del fuero, como lo ha reconocido de forma unánime la jurisprudencia constitucional, tiene un carácter absolutamente excepcional y restringido, al abrir la puerta de la competencia funcional a la justicia castrense para conocer y juzgar los delitos de policías y militares, solamente en servicio activo y exclusivamente por conductas punibles realizadas en relación con el mismo servicio⁶³. De tal manera era comprendido ya por la justicia constitucional colombiana hace más de cuarenta años, en vigencia de la Constitución Política anterior y del Decreto 0250 de 1958 (Código de Justicia Penal Militar):

«1. Un principio fundamental preside y orienta la administración de justicia en Colombia: el de la jurisdicción ordinaria. O sea que todos los habitantes del territorio nacional están sometidos a unos mismos jueces, a un mismo procedimiento y a la aplicación inexorable de unos mismos preceptos civiles, penales o administrativos. Es la regla general que configura la ordenación del Estado como una entidad de estirpe democrática y fisionomía civil. Mas por razones de diversa índole, esa regla general sufre excepciones, a las que por serlo, la misma Constitución y la doctrina otorgan un carácter restringido.

2. Una de ellas es la consagrada en el artículo 170 que dice: ‘De los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar’.

3. El precepto es claro y preciso. Y como está dicho, siendo una excepción a la regla general de la jurisdicción ordinaria, el legislador no puede ampliarla sin menoscabo de ésta»⁶⁴.

En particular, interesa destacar que el fuero no supone una inmunidad frente a la jurisdicción ordinaria para los encargados de mantener el orden público, en aquellos eventos en que, genéricamente, aquellos cometan delitos y se hallen en servicio activo. El elemento fundamental y más relevante exigido para el fuero viene dado por la circunstancia de que la conducta punible en cuestión haya sido realizada en relación o en desarrollo del servicio.

⁶² Sentencias C-141 de 1995, M. P.: Antonio Barrera Carbonell; C- 1140 de 2001, M. P.: Jaime Araujo Rentería.

⁶³ Sentencia T-1001 de 2001, M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

⁶⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia de 4 de octubre de 1971, M. P. Eustorgio Sarria, Gaceta Judicial CXXXVIII, p. 412, reiterada en Sentencia C-399 de 1995, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

Este elemento esencial del fuero merece, sin embargo, un análisis más detenido. El presupuesto consiste en que la conducta punible tenga una conexión directa con el cumplimiento de una función legítima. Si el comportamiento típico es consecuencia del desarrollo de una tarea propia del servicio, pero la misma es cumplida de forma distorsionada o desviada, la acción perderá cualquier relación con la labor legal y será, como cualquier delito común, objeto de conocimiento de la jurisdicción ordinaria.

La exigencia de que el delito tenga una relación con las tareas institucionales encomendadas al respectivo cuerpo armado, no quiere decir que se sancione en algún punto la realización de las funciones propias de la fuerza pública, pues ningún cumplimiento del deber ajustado a los límites constitucionales y legales puede ser objeto de persecución y castigo. Se ha dicho, por otra parte, que lo que se halla cobijado por el fuero son aquellos delitos cometidos, en relación con la función policial o militar, punibles al constituir extralimitaciones o excesos en su cumplimiento. Esto, sin embargo, lleva a la dificultad de establecer cuándo la referida extralimitación, exceso o desviación arrastra consigo la simple idea de un servicio irregularmente cumplido y, entonces, se está en presencia del delito militar, y en qué eventos ingresa en el ámbito del crimen común, desconectado por completo del servicio castrense.

La jurisprudencia ha trabajado en el análisis de este problema y de los aspectos que permiten dilucidarlo. Esta Corte, principalmente en sede de constitucionalidad, ha examinado y proporcionado los rasgos de la conducta punible que, conforme la Carta, puede entenderse «en relación» con el servicio policial y militar, y de los límites que esta disposición supone, particularmente en determinados casos y respecto de delitos específicos.

La jurisprudencia constitucional sobre el fuero penal militar

61. La Corte Constitucional se ocupó detalladamente sobre aquello que implica un delito *relacionado* con el servicio policial o militar, o las circunstancias en que una conducta de ese tipo se entiende vinculada con las labores castrenses, en las sentencias C-358 de 1997, C-878 de 2000 y C-533 de 2008. Estas providencias corresponden a exámenes de constitucionalidad de diversos artículos pertenecientes a los estatutos derogados, y de algunas disposiciones que conformaban el proyecto del Código Penal Militar vigente, objetado en su momento por el Presidente de la República. En ellas, la Corte profundizó también, de manera especial, en los alcances y límites de lo que puede ser considerado un delito en relación con el servicio militar.

61.1. La Sentencia C-358 de 1997⁶⁵, providencia especialmente relevante y reiterada sobre el fuero militar⁶⁶, resolvió una demanda de

⁶⁵ M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁶⁶ Reiterada en Sentencias C-561 de 1997, M. P.: Carlos Gaviria Díaz; SU-1184 de 2001, M. P.: Eduardo Montealegre Lynett; T-806 de 2000, M. P.: Alfredo Beltrán Sierra; T-1001 de 2001, M. P.: Rodrigo Escobar

inconstitucionalidad contra varios artículos del Decreto 2550 de 1988, Código Penal Militar en vigor desde antes de la Constitución de 1991. La doctrina constitucional que se decanta en este fallo surgió de la acusación contra los preceptos que sancionaban el delito de homicidio. No obstante que el artículo 14 de ese Decreto, según se indicó atrás, establecía que el estatuto se aplicaría «*a los militares en servicio activo que cometan hecho punible militar o común relacionado con el mismo servicio...*», el artículo 259 del mismo indicaba como elementos normativos del tipo penal de homicidio que el resultado fuera producido «con ocasión» o «por causa» del servicio o «en funciones inherentes al cargo», expresiones sustancialmente diferentes a la frase «en relación con el servicio», prevista en la Constitución, que ampliaban notablemente el anotado carácter limitado y restringido del fuero penal militar.

La Corte Constitucional se pronunció entonces sobre los vocablos impugnados, extendiendo además su pronunciamiento a otros artículos que utilizaban expresiones similares y que contradecían la regulación de la norma superior. El punto central fue, así, el significado e implicaciones del estándar consignado en la Constitución en materia de fuero penal militar y, específicamente la precisión en torno a las conductas que comportaba un delito llevado a cabo «en relación con el servicio». Dijo, entonces, la Corte:

3. La expresión "relación con el mismo servicio", a la vez que describe el campo de la jurisdicción penal militar, lo acota de manera inequívoca. Los delitos que se investigan y sancionan a través de esta jurisdicción no pueden ser ajenos a la esfera funcional de la fuerza pública. Los justiciables son únicamente los miembros de la fuerza pública en servicio activo, cuando cometan delitos que tengan "relación con el mismo servicio".

(...)

El término "servicio" alude a las actividades concretas que se orienten a cumplir o realizar las finalidades propias de las fuerzas militares - defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional - y de la policía nacional - mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y la convivencia pacífica.

(...)

6. El concepto de servicio corresponde a la sumatoria de las misiones que la Constitución y la ley le asignan a la fuerza pública, las cuales se

Gil; T-737 de 2006, M. P.: Rodrigo Escobar Gil; C-591 de 2005, M. P.: Clara Inés Vargas Hernández; T-932 de 2002, M. P.: Jaime Araujo Rentería; T-806 de 2002, M. P.: Clara Inés Vargas Hernández; T-445 de 1998, M. P.: Fabio Morón Díaz; T-368 de 2000, M. P.: Carlos Gaviria Díaz; C-361 de 2001, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra; T-298 de 2000, M. P.: Carlos Gaviria Díaz; C-1149 de 2001, M. P.: Jaime Araujo Rentería.

materializan a través de decisiones y acciones que en últimas se encuentran ligadas a dicho fundamento jurídico.

Conforme lo anterior, la idea de la realización del servicio que acompaña inescindiblemente el fuero penal militar está circunscrita u orientada a las misiones institucionales de las fuerzas militares y de la Policía, legal y constitucionalmente definidas, pero, por supuesto, también a las órdenes dictadas con estricta sujeción a esos propósitos previstos por el ordenamiento jurídico. Es decir, el servicio está fundado de manera mediata en los mandatos generales de las leyes y la Constitución y de forma inmediata o directa en las órdenes y misiones emanadas de los mandos militares y policiales, siempre que estos respondan precisamente al cumplimiento de los fines superiores asignados a esas instituciones armadas.

Esto supone, a su vez, que siempre es necesario un elemento funcional o, en otros términos, *material*, que permita identificar la actividad de la cual se siguió el delito, como perteneciente a las labores propias de la fuerza pública. Correlativamente, no son suficientes ingredientes que *eventualmente, normalmente o casi siempre* concurren cuando se desarrolla el servicio de carácter militar o policial, como el uso de indumentaria personal, herramientas o armas, equipos de comunicación, instalaciones, vehículos estatales, etc., que, aunque generalmente usados en tareas institucionales, pueden estar por completo desconectados de ellas en un caso concreto y, de hecho, mostrar el uso arbitrario e ilícito de la posición oficial. La Corte destacó en el fallo:

La sola circunstancia de que el delito sea cometido dentro del tiempo de servicio por un miembro de la fuerza pública, haciendo o no uso de prendas distintivas de la misma o utilizando instrumentos de dotación oficial o, en fin, aprovechándose de su investidura, no es suficiente para que su conocimiento corresponda a la justicia penal militar. En efecto, la noción de servicio militar o policial tiene una entidad material y jurídica propia, puesto que se patentiza en las tareas, objetivos, menesteres y acciones que resulta necesario emprender con miras a cumplir la función constitucional y legal que justifica la existencia de la fuerza pública. El uniforme del militar, por sí sólo, no es indicativo de que lo que hace la persona que lo lleva sea en sí mismo delito militar; por lo tanto, deberá examinarse si su acción o abstención guarda relación con una específica misión militar.

De otro lado, el miembro de la fuerza pública, así se encuentre en servicio activo, ha podido cometer el crimen al margen de la misión castrense encomendada: en este caso, el solo hecho de estar en servicio activo no lo exime de ser sometido al derecho penal común. Las prerrogativas y la investidura que ostentan los miembros de la fuerza pública pierden toda relación con el servicio cuando deliberadamente son utilizadas para cometer delitos comunes, los cuales no dejan de serlo porque el agente se

haya aprovechado de las mencionadas prerrogativas e investidura, ya que ellas no equivalen a servicio ni, de otro lado, tienen la virtud de mutar el delito común en un acto relacionado con el mismo.

Un entendimiento distinto del que se concede a estas hipótesis en esta sentencia, conduciría a desvirtuar la esencia del fuero militar y policial, que de otro modo terminaría por convertirse en privilegio estamental. Repárese que si se aceptara que fueran juzgadas por la justicia penal militar todas las personas a las que se imputa un delito, que haya sido perpetrado haciendo uso de las prendas distintivas de la fuerza pública o utilizando armas de dotación oficial, se estaría admitiendo que el fuero se discierne por la mera circunstancia de que el sujeto activo tenga el carácter de miembro de la fuerza pública sin parar mientes en la relación de su proceder con el servicio castrense objetivamente considerado. El simple hecho de que una persona esté vinculada a la fuerza pública no dota a sus propósitos delictivos de la naturaleza de misión de la fuerza pública. Ellos continúan siendo simplemente la voluntad delincencial imputable a la persona, desconectada del servicio público de la defensa y de la seguridad públicas, la cual en un plano de estricta igualdad deberá ser investigada y sancionada según las normas penales ordinarias.

De esta manera, pese a que existan elementos como los mencionados en las circunstancias en que se consumó el delito, si sustancialmente la actividad en concreto se halla desarticulada de una función legítimamente considerada, el resultado punible, producto de esa conducta, ya no será un delito de competencia de la jurisdicción penal militar, sino que tendrá carácter común y será objeto de investigación y juzgamiento por las autoridades ordinarias.

Considerar las cosas de otro modo, es decir, que las meras armas, los uniformes oficiales o la vinculación legal a la institución dota al sujeto activo del delito del derecho al fuero, convertiría a este en un exclusivo privilegio de casta. La actividad ha de tener obligatoriamente una relación directa, próxima y evidente con la función militar o policiva, pues no puede extenderse a todo aquello que el servidor realice. El aspecto material o el contenido de la actividad que despliega el agente es el único factor decisivo que convierte la acción en el estricto cumplimiento de una función, aunque eventualmente con tintes delictivos, o que la aleja de las tareas oficiales y hace del delito cometido un crimen común.

El denominado delito militar se realiza, así, en general, en todos aquellos casos en que el oficial o el suboficial, si bien desempeña sus funciones legales, en algún momento incurren en errores o dolosamente comienza a hacerlo de forma defectuosa o irregular. A este respecto, afirma la sentencia:

No obstante que la misión o la tarea cuya realización asume o decide un miembro de la fuerza pública se inserte en el cuadro funcional propio de ésta, es posible que en un momento dado, aquél, voluntaria o

culposamente, la altere radicalmente o incurra en excesos o defectos de acción que pongan de presente una desviación de poder que, por serlo, sea capaz de desvirtuar el uso legítimo de la fuerza. Justamente a este tipo de conductas se orienta el Código Penal Militar y se aplica el denominado fuero militar. La legislación penal militar, y el correspondiente fuero, captan conductas que reflejan aspectos altamente reprochables de la función militar y policial, pero que no obstante tienen como referente tareas y misiones que, en sí mismas, son las que de ordinario integran el concepto constitucional y legal de servicio militar o policial.

A la luz de lo anterior, las consecuencias punibles de una conducta son objeto de la jurisdicción especial en mención siempre que en desarrollo de las funciones misionales, el agente del orden ejecute el servicio de manera distorsionada, excesiva, defectuosa o inconsulta y de ellos se sigan resultados típicos. El aspecto fundamental aquí es que, pese a haberse incurrido en el terreno del delito, esto tuvo lugar con ocasión del uso legítimo de la fuerza. En otras palabras, el policía o el militar de ninguna manera hubiese cambiado su actividad para pasar a desarrollar un delito común, sino que se mantuvo en el ámbito funcional correspondiente, aunque haya llevado a cabo su labor de forma antijurídica en algún punto.

Considerado todo lo anterior y los estrictos términos, relativos a la función o el servicio prestado por la fuerza pública, en que la Constitución consagra el fuero penal militar, el fallo en cita concluye que la relación del delito con «el servicio» o con el cumplimiento de la función comporta tres aspectos fundamentales:

a)... [E]l hecho punible debe surgir como una extralimitación o un abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado. Pero aún más, el vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio debe ser próximo y directo, y no puramente hipotético y abstracto... si desde el inicio el agente tiene propósitos criminales, y utiliza entonces su investidura para realizar el hecho punible, el caso corresponde a la justicia ordinaria, incluso en aquellos eventos en que pudiera existir una cierta relación abstracta entre los fines de la Fuerza Pública y el hecho punible del actor... en tales eventos ...sus comportamientos fueron ab initio criminales.

b.... el vínculo entre el hecho delictivo y la actividad relacionada con el servicio se rompe cuando el delito adquiere una gravedad inusitada, tal como ocurre con los llamados delitos de lesa humanidad. En estas circunstancias, el caso debe ser atribuido a la justicia ordinaria, dada la total contradicción entre el delito y los cometidos constitucionales de la Fuerza Pública... la sola comisión de esos hechos delictivos disuelve cualquier vínculo entre la conducta del agente y la disciplina y la

función propiamente militar o policial, por lo cual su conocimiento corresponde a la justicia ordinaria.

c... la relación con el servicio debe surgir claramente de las pruebas que obran dentro del proceso. Puesto que la justicia penal militar constituye la excepción a la norma ordinaria, ella será competente solamente en los casos en los que aparezca nítidamente que la excepción al principio del juez natural general debe aplicarse. Ello significa que en las situaciones en las que exista duda acerca de cuál es la jurisdicción competente para conocer sobre un proceso determinado, la decisión deberá recaer en favor de la jurisdicción ordinaria, en razón de que no se pudo demostrar plenamente que se configuraba la excepción.

De acuerdo con la Corte, por un lado, la conducta punible con connotaciones militares, a ser juzgada por las autoridades penales militares, debe tener la denominada relación directa, estrecha o vinculada con actos propios del servicio, conforme las normas legales y constitucionales correspondientes y las órdenes militares dictadas con arreglo a estas. Por otro lado, como exclusión de lo anterior, el delito en cuestión no puede configurar un crimen de lesa humanidad, por cuanto su extrema gravedad y atrocidad comportan una contradicción tan ostensible y flagrante con las misiones que el orden jurídico asigna a la fuerza pública, que el rompimiento del injusto con la realización del servicio resulta evidente. Y, por último, la íntima conexión entre delito y función debe estar suficientemente acreditada a partir de las evidencias, pues de lo contrario, si persisten dudas, dado que la justicia especial constituye una excepción, el asunto debe ser conocido por la jurisdicción ordinaria⁶⁷.

A partir de las consideraciones precedentes, la providencia declara inexecutable las expresiones «con ocasión del servicio o por causa de éste o de funciones inherentes a su cargo» pues con ellas, según la decisión, el legislador extendió el ámbito de competencia de la justicia castrense más allá de lo constitucionalmente admisible. En consecuencia, declara que aquella sólo se aplicará a los delitos cometidos en relación con el servicio, de acuerdo con los términos del fallo.

⁶⁷ Aunque sin esta conceptualización, similar doctrina, vinculada al carácter estrictamente limitado del fuero penal militar, ha sido ratificada desde hace varios decenios por la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Ver, al respecto, las sentencias de 6 de octubre 2004, radicado 5.904, M. P.: Edgar Lombana Trujillo; de 15 de abril de 2004, radicado 13.742 y de 2 de junio de 2004, radicado 13.813, MM. PP. Marina Pulido de Barón y Edgar Lombana Trujillo; de 31 de marzo de 2004, radicado 18.174, M. P. Herman Galán Castellanos; de 2 de octubre de 2003, radicado 18.643, M. P.: Jorge Aníbal Gómez Gallego; de 24 de julio de 2003, radicado 16.295 y de 2 de octubre de 2003, radicado 18.729 M. P. Marina Pulido de Barón; de 13 de febrero de 2013, radicado 15.705, M. P.: Herman Galán Castellanos; de 21 de febrero del 2001, radicado 12.308, M. P.: Jorge Aníbal Gómez Gallego; de 18 de julio del 2001, radicado 11660, M. P. Carlos Augusto Gálvez Argote; de 26 de marzo de 1996, radicado 8827, M.P. Jorge Córdoba Poveda; de 7 de julio de 1993, radicado 7187, M. P.: Gustavo Gómez Velásquez; de 14 de diciembre de 1992, radicado 6750, M. P. Dídimo Páez. Así mismo, ver los Autos de 22 de septiembre de 1989, radicado 6750, M. P.: Edgar Saavedra y de 23 de agosto de 1989, M. P.: Gustavo Gómez Velásquez.

61.2. La sentencia C-878 de 2000⁶⁸, segunda decisión central sobre el fuero penal militar, examinó la constitucionalidad de varias disposiciones de la Ley 522 de 1999, es decir, del anterior Código Penal Militar. Interesa destacar las consideraciones en lo que hace relación particularmente a dos de los enunciados impugnados. Se acusó por inconstitucional el artículo 2 del referido estatuto en la parte en que señalaba como delitos relacionados con el servicio aquellos «*derivados del ejercicio de la función militar o policial que les es propia*», pues, según la demanda, en modo alguno esta expresión comportaba una definición clara y precisa de lo que había de entenderse por delitos relacionados con el servicio.

Luego de retomar varios apartes *in extenso* y de reiterar el fallo C-358 de 1997, ilustrado en precedencia, la Corte afirma que a fin de mantener la especialidad de la jurisdicción militar y no desnaturalizar su carácter excepcional fijado por el Constituyente, las expresiones demandadas pueden ser consideradas exequibles solo si el fuero penal militar es interpretado con carácter restrictivo, en el sentido de entender que los delitos relacionados con el servicio son aquellos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, cuando los mismos se deriven *directamente* y *sustancialmente* del ejercicio de la función militar o policial que la Constitución les ha asignado.

Advierte, así mismo, que si se permitiera que la justicia penal militar asumiera el conocimiento de delitos comunes *per se*, no solo se desconocería el principio del juez natural ordinario, sino también el derecho a la igualdad puesto que, en razón a la pertenencia a una organización determinada, en este caso a la fuerza pública, se estaría generando una diferencia en cuanto al órgano llamado a ejercer el juzgamiento de conductas punibles que no requieren de una cualificación específica del sujeto que las realiza.

En relación con el segundo cargo, el artículo acusado de inconstitucional indicaba que en ningún caso podrían considerarse como relacionados con el servicio los «*delitos de tortura, el genocidio y la desaparición forzada*», enunciación que, a juicio del demandante, debía declararse condicionalmente exequible, a efectos de que se entendiera que dichos injustos punibles no eran los únicos que tenían que considerarse como no relacionados con el servicio, pues los delitos de lesa humanidad tampoco podían serlo, dado que su comisión en nada se relacionaba con las funciones de la fuerza pública.

61.3. Al respecto, la Corte, una vez más retoma la Sentencia C-359 de 1997, específicamente en el aparte en que establece como presupuesto de los delitos «en relación» con el servicio, la circunstancia de que la conducta no sea constitutiva de crímenes de extremadamente graves, como aquellos de lesa humanidad, y sostiene que los delitos incorporados en la disposición demandada no son claramente los únicos que se hallan excluidos del

⁶⁸ M. P.: Alfredo Beltrán Sierra, reiterada en C-932 de 2002, M. P.: Jaime Araujo Rentería; y T-590A de 2014, M. P.: Martha Victoria SÁCHICA Méndez.

conocimiento de la justicia castrense, sino que existen otros que, por ser abiertamente contrarios a la función constitucional de la *Fuerza Pública*, hacen desaparecer *todo nexo funcional del agente con el servicio y, por lo tanto*, escapan de la competencia de esta jurisdicción especial.

De este modo, resuelve que la lista de conductas punibles mencionadas en el artículo demandado es meramente enunciativa y, por lo tanto, ha de entenderse que, también, todos aquellos actos no enunciados allí, pero que, por su misma naturaleza, no pueden ser considerados “*relacionados con el servicio*”, están excluidos expresamente de la justicia castrense.

61.4. La tercera providencia relevante sobre el problema del fuero es la decisión C-533 de 2008⁶⁹, la cual se ocupó de analizar un conjunto de objeciones presidenciales al proyecto de lo que luego se convertiría en el actual Código Penal Militar. El texto aprobado por el Congreso contenía algunos artículos muy similares al anterior y, en consecuencia, adolecía de similares problemas, puestos de presente oportunamente por la Corte en el fallo. La objeción que interesa examinar discutía el artículo 3° del proyecto de Ley, de contenido normativo idéntico al mismo artículo acusado de la Ley 522 de 1999. Su texto era el siguiente: «*Delitos no relacionados con el servicio. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, en ningún caso podrán relacionarse con el servicio los delitos de tortura, el genocidio y la desaparición forzada, entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia*».

En opinión del Presidente, el artículo debía referirse a todas las violaciones de derechos humanos y no solamente a los delitos de tortura, genocidio y desaparición forzada. Argumentó que las violaciones de derechos humanos y las infracciones del derecho internacional humanitario eran contrarias a la misión constitucional y legal de la fuerza pública, razón por la cual debían estar expresamente excluidas del fuero penal militar. Como se observa, la crítica a la disposición era también muy similar a la formulada por el demandante contra el artículo del Código anterior, salvo en cuanto explícitamente ahora se ponía de manifiesto que también las infracciones al derecho internacional humanitario debían estar excluidas de la prerrogativa del fuero.

Al analizar el punto de vista presidencial, la Corte cita las sentencias C-878 de 2000 y C-358 de 1997 acerca de los límites que le son impuestos al fuero penal militar en términos de delitos graves y reitera que, conforme la doctrina constitucional elaborada en esas dos decisiones, una norma como aquella que se deriva de las disposiciones analizadas en los dos Códigos Penales Militares anteriores y en el proyecto analizado, solo puede ser exequible en cuanto se agregue a su texto que además de los delitos expresamente mencionados por el legislador, quedan excluidos de la competencia de la jurisdicción penal militar los delitos de lesa humanidad, los que signifiquen atentado contra el

⁶⁹ M. P.: Clara Inés Vargas Hernández.

Derecho Internacional Humanitario y las conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio. En este sentido, la Corte encuentra fundada la objeción y remite el proyecto al Congreso para que se lleva a cabo el ajuste correspondiente, de modo que el texto aprobado pueda resultar compatible con la Constitución.

62. Los fallos reseñados representan los principales pronunciamientos de la Corte sobre las condiciones y presupuestos del fuero penal militar. La idea más general que subyace a todo el análisis jurisprudencial consiste en que la figura del fuero penal militar es una institución por completo restringida en cuanto a las conductas susceptibles de ser conocidas por cortes militares o jueces del ámbito castrense. Como excepción que es a la regla general de que los individuos se someten al mismo juez natural y, por lo tanto, en cuanto supone una efectiva desigualdad procesal con la mayoría de ciudadanos, la jurisprudencia ha entendido que la legislación y el Constituyente han creado esta figura, atendida la especial condición en que se hallan los encargados del uso legítimo de la fuerza física del Estado, para situaciones excepcionales en que aquellos, al cumplir estrictamente con sus funciones constitucionales y legales, incurrir en delitos.

Además de poseer la calidad de militar o policía y hallarse en servicio activo, para que el fuero cobije el sujeto activo del delito y, por lo tanto, sea investigado y juzgado por la jurisdicción penal militar se requiere, como aspecto esencial, que la conducta punible sea el resultado de una actuación defectuosa, excesiva o irregular, en todo caso de la función que legal o constitucionalmente le corresponda desarrollar o de la operación, misión u orden que, en correspondencia con dichos mandatos, ha recibido de un superior.

Sin importar si se usaron insignias, uniformes, armas, medios de transporte, instrumentos, edificaciones, equipos o cualquier otro elemento material de carácter oficial, lo único que permite determinar que el delito fue llevado a cabo *en relación* con el servicio o en desarrollo de funciones propias de la fuerza pública, es la actividad en sí misma y objetivamente considerada. Según la Corte, se requiere que haya una relación directa, inmediata o estrecha entre el comportamiento que desarrollaba el agente y el delito que se derivó de este. O, en otros términos, es necesario que el comportamiento antijurídico sea evidentemente u ostensiblemente un exceso o desfiguración del cumplimiento de misiones institucionales legítimas.

Sobre esto último, sin embargo, debe prestarse especial atención pues, de acuerdo con la Corte, delitos de lesa humanidad, infracciones del derecho internacional humanitario y conductas abiertamente contrarias a la función constitucional de la fuerza pública, tal como aparece también en el artículo 3° del Código Penal militar, en ningún caso pueden ser comprendidos como desviaciones o irregularidades de la función oficial, dada su particular

crueldad, sino que constituyen crímenes comunes que deben ser conocidos por la justicia ordinaria. Así lo reiteró la sentencia C-533 de 2008⁷⁰:

“La Corte reitera que la jurisdicción penal militar no es competente para conocer de conductas que correspondan a delitos de lesa humanidad, actos violatorios del Derecho Internacional Humanitario, como tampoco de aquellas conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio”.

63. Recapitulando, se puede sostener que el delito de connotación propiamente militar tiene una entidad material y jurídica propia, está drásticamente limitado a aquellas conductas que guardan una relación *directa, próxima y evidente* con la función militar o policial. Se trata de actos realizados en el marco de las misiones institucionales adscritas constitucional y legalmente a las Fuerzas Militares y a la Policía Nacional, y en desarrollo de órdenes proferidas con estricta sujeción a los fines superiores asignados a esas instituciones. Pese a que el agente ha incursionado en un terreno delictivo, esto tuvo lugar con ocasión del uso legítimo de la fuerza. El policial o militar se mantuvo en el ámbito funcional correspondiente, aunque en algún punto haya llevado a cabo su labor en forma antijurídica.

Así, el hecho punible debe surgir como una extralimitación o abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado. El vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio debe ser próximo y directo y no puramente hipotético y abstracto. Mientras tanto, el delito común comporta que el agente se aparta, genera una ruptura con el servicio que le corresponde prestar, al adoptar un tipo de comportamiento *distinto* del que aquél se le impone y por ello el juzgamiento de los resultados antijurídicos no pueden en modo alguno ser objeto de conocimiento de la jurisdicción penal militar, sino de la justicia ordinaria.

Por consiguiente, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corte⁷¹, la jurisdicción penal militar carece de competencia para investigar y juzgar conductas punibles que entrañen un grave abuso del poder o un grave quebrantamiento de las leyes y costumbres de la guerra. En este sentido, ha reconocido que existen comportamientos que siempre son ajenos al servicio, como ocurre con las graves violaciones a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario, comoquiera que en tales eventos no puede afirmarse que la fuerza pública esté realizando un fin constitucionalmente legítimo⁷².

⁷⁰ Fundamento jurídico 8.8. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁷¹ Sentencias C-878 de 2000 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra); C-533 de 2008 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández); y SU-1184 de 2001 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett).

⁷² Cfr. Sentencia SU-1184 de 2001.

Puesto que la justicia penal militar constituye la excepción a la norma ordinaria, ella será competente en los casos en que aparezca nítidamente que la excepción al principio del juez natural general debe aplicarse. Ello significa que en las situaciones en que exista duda acerca de cuál es la jurisdicción competente para conocer sobre un proceso determinado, la decisión deberá recaer en la jurisdicción ordinaria.

El control constitucional de los actos reformativos de la Constitución. Reiteración de jurisprudencia⁷³

64. Como ha explicado la jurisprudencia constitucional, la Constitución prevé que (arts. 374 a 379 C.N.) en el juicio de control de constitucionalidad de los actos legislativos solo se podrá declarar su inconstitucionalidad cuando se violen las reglas previstas en el título XIII de la Constitución.⁷⁴ De manera específica, el artículo 241-1 de la Carta señala que la Corte constitucional es competente para decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, solo por vicios de procedimiento en su formación.

Sobre este aspecto, la jurisprudencia⁷⁵ ha precisado que el control judicial de los actos legislativos, al estar circunscrito a los asuntos de procedimiento, incluye el análisis del ámbito competencial del órgano reformador de la Constitución —el Congreso—, para expedir la reforma. Bajo esta premisa, la doctrina constitucional ha decantado un método especial para valorar si el Congreso excede o no la competencia que la Constitución le ha otorgado para enmendar la Constitución sin reemplazarla por otra diferente: el denominado *juicio de sustitución*.

En el presente acápite la Corte realizará un recuento jurisprudencial en el que se explicarán los fundamentos del control constitucional de los actos reformativos de la Constitución. Efectuará una aproximación conceptual al fenómeno de la sustitución de la Constitución y se referirá a la metodología (test o juicio de sustitución) que ha desarrollado la Corte para verificar cuándo una modificación de la Constitución deriva en una sustitución de la misma.

Fundamento constitucional del control de los actos reformativos de la Constitución mediante el juicio de sustitución

65. La Corte Constitucional tiene el mandato de conocer de las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución en relación con los vicios de procedimiento

⁷³ En el presente apartado se reiterarán varios de los lineamientos sentados por esta Corte en la sentencia C-288 de 2012 (M.P. Luís Ernesto Vargas Silva). Igualmente, se seguirá, en parte, la exposición realizada en las sentencias C-303 de 2010 y C-574 de 2011.

⁷⁴ *Cfr.* Sentencia C-288 de 2012.

⁷⁵ Al respecto consultar, entre otras, las sentencias C-551 de 2003, C-1200 de 2003, C-970 de 2004, C-1040 de 2005, C-153 de 2007, C-293 de 2007, C-757 de 2008, C-588 de 2009 y C-141 de 2010.

(art. 241.1 C.N.). Como ha señalado este Tribunal Constitucional⁷⁶ la premisa básica del juicio de sustitución radica en el hecho de que la competencia del órgano es uno de los presupuestos del procedimiento de reforma.

Como señala el artículo 374 superior, la Constitución Política *podrá ser reformada* por el Congreso, por una Asamblea Nacional Constituyente o por el Pueblo mediante referendo. Este mandato constitucional supone que los órganos destinatarios de la potestad de reforma tienen ciertas limitaciones, y que la Constitución ha delimitado las hipótesis de modificación, excluyendo otras modalidades como su derogatoria, la sustitución en su integridad, o su suspensión y desconocimiento.⁷⁷

Esta idea –ha sostenido la Corte– se explica porque, como sucede con toda actuación del Estado, el poder de reforma de la Constitución está sometido a límites: unos de carácter *procedimental*, que se refieren a las reglas de deliberación democrática que anteceden a la reforma; y otros, de índole *competencial*, dirigidos a evitar el exceso en el poder de reforma, de modo que el texto modificado se identifique con el concepto esencial de la Constitución.

66. En la primera sentencia que abordó el tema (C-551 de 2003⁷⁸), la Corte explicó la relevancia de la determinación de la competencia como elemento fundamental del procedimiento de reforma constitucional. En términos de la Corte:

“[T]anto la doctrina como la jurisprudencia han señalado, de manera reiterada, que la competencia es un presupuesto ineludible del procedimiento, a tal punto que el procedimiento está siempre viciado si el órgano que dicta un acto jurídico carece de competencia, por más de que su actuación, en lo que al trámite se refiere, haya sido impecable. En tales circunstancias, no tendría sentido que la Constitución atribuyera a la Corte el control de los vicios de procedimiento de las reformas constitucionales, pero la excluyera de verificar si los órganos que adelantaron esa reforma tenían o no competencia para hacerlo, pues esa regulación lleva a una situación inaceptable: así, ¿qué ocurriría si un órgano incompetente adelanta una reforma constitucional, pero con un trámite impecable? ¿Debería la Corte Constitucional limitarse a considerar los trámites de la reforma, a pesar de la absoluta invalidez de la reforma por carencia de competencia? ¿En qué quedaría su función de velar por ‘la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución’ que le asigna el artículo 241 de la Carta? Esto muestra entonces que si esta Corte no verifica la competencia del órgano que adelanta la reforma, no estaría verdaderamente controlando que el procedimiento de aprobación de la reforma se hubiera hecho en debida forma. (...) El

⁷⁶ Cfr. Sentencia C-288 de 2012 (M.P. Luís Ernesto Vargas Silva).

⁷⁷ Cfr. Sentencia C-551 de 2003 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett).

⁷⁸ M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

anterior examen muestra que cuando la Constitución adjudica a la Corte el control de los vicios de procedimiento en la formación de una reforma constitucional en general, y de una ley que convoca un referendo en particular, no sólo le atribuye el conocimiento de la regularidad del trámite como tal, sino que también le confiere competencia para que examine si el Constituyente derivado, al ejercer el poder de reforma, incurrió o no en un vicio de competencia.”

Igualmente, en dicha decisión, la Corte precisó el alcance del análisis por posible sustitución de la Constitución. Sobre el tema explicó que “*en un vicio de competencia, el juez constitucional no efectúa un control de fondo semejante al que realiza cuando juzga la exequibilidad de una norma legal, sino que se circunscribe a analizar si la Carta fue o no sustituida por otra, para lo cual es necesario tener en cuenta los principios que la Constitución contiene, y aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad*”.

67. En síntesis, la Corte Constitucional como guardiana de la integridad de la Constitución (artículo 241 C.P.) tiene la facultad para controlar el procedimiento de las modificaciones constitucionales, el cual tiene un carácter limitado y está sometida a las condiciones que prevé la misma Carta. Dicho control incluye la determinación del órgano competente para efectuar la enmienda, el cual, en el caso del Congreso de la República, no tiene la potestad de sustituir el ordenamiento constitucional por uno distinto, pues los actos legislativos deben conservar la identidad constitucional.

A su vez, el establecimiento de límites al poder de reforma remite, en criterio del mismo precedente, a cuestiones de teoría política, como es la distinción entre el poder Constituyente y los poderes constituidos, también denominados como constituyentes derivados. De acuerdo con esta diferenciación, cuando se adelantan reformas constitucionales por parte de poderes constituidos, como en el caso del Congreso, es evidente que el presupuesto para la validez de esa actuación está, precisamente, en la Carta Política, pues es este documento jurídico en el que (i) se fijan las reglas, calidades y condiciones para la conformación del Congreso; y (ii) se le asigna la competencia al órgano de representación popular para adelantar la reforma constitucional. Esta clara relación de subordinación entre el poder constituido y la norma que le confiere las potestades tanto para su conformación como para modificar la Carta, implica que la competencia para reformar la Constitución no puede extenderse al punto de subvertir el orden superior que le otorga justificación, pues un cambio de esta índole estaría reservado exclusivamente a un poder político de mayor entidad que el Estatuto Superior, el cual no es otro que el Poder Constituyente radicado en el Pueblo soberano.⁷⁹

⁷⁹ Cfr. Sentencia C-288 de 2012 (M.P. Luís Ernesto Vargas Silva).

68. Con todo, la misma jurisprudencia ha contemplado que incluso las reformas constitucionales en las que interviene el poder Constituyente no están del todo excluidas de condicionamientos normativos, pues precisamente se dan en un marco institucional reglado por la Carta Política. Incluso, esta delimitación normativa del ejercicio del poder originario llevaría a aceptar que su condición ilimitada o soberana carecería de los atributos que originalmente le han adscrito la teoría del constitucionalismo liberal, al menos en su versión más tradicional.⁸⁰

Así las cosas, la jurisprudencia constitucional ha precisado que el poder de reforma constitucional del que es titular el Congreso de la República es reglado, y que sus límites se encuentran en la Constitución misma. Esto quiere decir que los actos reformativos son actuaciones enmarcadas en la juridicidad, lo que, a su vez, implica que puedan ser objeto de control judicial, siempre dentro de los límites que la Carta Política impone a la Corte, a los cuales se hizo referencia anteriormente.⁸¹

Para definir el parámetro de control de un acto reformativo de la Constitución y precisar la manera en que la Corte debe ejercer ese control, es preciso considerar dos asuntos, que han sido desarrollados por la jurisprudencia. En primer lugar es necesario hacer una aproximación conceptual al fenómeno de la sustitución de la Carta. Y seguidamente es preciso referir a la metodología para determinar si ella fue sustituida (el test de sustitución). A continuación la Corte se refiere a cada uno de esos aspectos.

El concepto de sustitución de la Constitución.

⁸⁰ En la sentencia C-141 de 2010 la Corte explicó que “(...) *el pueblo también está atado a la Constitución de 1991 y por lo tanto no puede modificar sus elementos definitorios cuando actúa en el ejercicio del poder de reforma (...). La misma mediación del Congreso y la participación final del pueblo que se reduce a aprobar o improbar el texto normativo sometido a su votación, deja serias dudas sobre su actuación en este caso como constituyente originario, pues las estrictas regulaciones procedimentales a las que está sujeta la participación popular riñen con la esencia misma de este concepto el cual doctrinalmente siempre ha sido caracterizado como ilimitado y no sometido a cauces procesales. Con base en lo anterior, y teniendo en cuenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es posible aseverar que existe una regla común según la cual todos los órganos constituidos tienen un poder de reforma limitado*”.

⁸¹ Como se señaló en la sentencia C-551 de 2003: “(...) [en] *el mundo contemporáneo, en desarrollo de los principios democráticos y de la soberanía popular, el poder constituyente está radicado en el pueblo, quien tiene y conserva la potestad de darse una Constitución. Este poder constituyente originario no está entonces sujeto a límites jurídicos, y comporta, por encima de todo, un ejercicio pleno del poder político de los asociados. (...) Por su parte, el poder de reforma, o poder constituyente derivado, se refiere a la capacidad que tienen ciertos órganos del Estado, en ocasiones con la consulta a la ciudadanía, de modificar una Constitución existente, pero dentro de los cauces determinados por la Constitución misma. Ello implica que se trata de un poder establecido por la Constitución, y que se ejerce bajo las condiciones fijadas por ella misma. Tales condiciones comprenden asuntos de competencia, procedimientos, etc. Se trata por lo tanto, de un poder de reforma de la propia Constitución, y en ese sentido es constituyente; pero se encuentra instituido por la Constitución existente, y es por ello derivado y limitado. || Por ser un poder instituido, el poder de reforma tiene límites y está sujeto a controles. Así, en el caso colombiano, los artículos 374 y siguientes de la Constitución establecen e instituyen ese poder de reforma, pues regulan los modos de reforma de la Carta, que son: acto legislativo, referendo y Asamblea Constituyente. Esas normas fijan además las reglas y los procedimientos a los cuales están sometidos tales mecanismos de reforma constitucional. Así las cosas, no duda la Corte que en tales eventos se está frente al ejercicio de un poder derivado y, por lo mismo, limitado por la propia Constitución.*”

69. El aspecto nodal del precedente expuesto radica en definir cuándo se verifica una sustitución de la Constitución que exceda el poder de reforma de los poderes constituidos, en este caso el Congreso de la República. A este respecto, se han considerado varias reglas que permiten identificar en qué casos opera este fenómeno y que, a su vez, restringen la competencia de la Corte para analizar estas materias. Así, es posible identificar en la jurisprudencia analizada los siguientes planos del juicio de sustitución:

69.1. La competencia de un órgano es el presupuesto para analizar el procedimiento que dicho órgano ha de seguir para expedir una norma. En ese orden de ideas, *“el análisis de si el reformador de la constitución actuó dentro de su órbita de competencia es una cuestión diferente y previa a la de juzgar si el procedimiento se llevó a cabo respetando las formas establecidas. También es una cuestión distinta a juzgar si el contenido material del acto acusado contradice la Constitución, lo cual escapa al control constitucional que ejerce la Corte sobre las reformas constitucionales.”*⁸²

69.2. La Corte insiste en que el juicio de sustitución tiene carácter particular, pues se centra en la evaluación acerca de si el poder constituido que modifica la Carta se circunscribió a los límites de su poder de reforma o, antes bien, los desconoció a través de un cambio de tal entidad que desnaturaliza la Carta. Existe un especial énfasis, por parte de la jurisprudencia, en la necesidad de evitar que, a partir de una errónea comprensión del juicio de sustitución se confunda o torne en un control material del acto legislativo. Ello por dos razones simples: (i) toda reforma constitucional, por definición, contradice el texto que modifica, de modo que resultaría un contrasentido afirmar que el texto reformado tiene índole ultraactiva, para efectos del control de constitucionalidad; y (ii) tanto el texto reformado, comprendido como disposición, como la modificación tienen el mismo carácter de normas superiores, razón por la cual no es viable considerar que el primero sirva de parámetro para el control del segundo. Es decir, no existe una relación jerárquico-normativa entre el contenido de las distintas disposiciones que hacen parte de la Constitución originalmente promulgada y el texto de la reforma constitucional.⁸³

Esta especificidad del juicio de sustitución, de acuerdo con el precedente analizado, significa que la actividad de la Corte *“se circunscribe a estudiar si el reformador sustituyó la Constitución, sin que por ello efectúe un control*

⁸² Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-1040/05.

⁸³ En la sentencia C-1200 de 2003 la Corte indicó que *“(…) en efecto, la diferencia entre violación de la Constitución y sustitución de la Constitución no es de grado sino de naturaleza. La violación de la Constitución consiste en la contradicción entre la norma superior y otra norma considerada inferior y sujeta a lo dispuesto por la norma superior. Si se aplicara el concepto de violación al control de las modificaciones a la Constitución, toda reforma constitucional al contradecir lo que dice la norma constitucional por ella reformada sería violatoria de la Constitución, lo cual tornaría en inmodificable la Constitución y supondría degradar al rango de norma inferior toda reforma constitucional por el hecho de ser reforma del texto original. Esta conclusión es inadmisibles no solo en teoría sino en virtud de lo dispuesto por el artículo 374 de la Carta.”*

material ordinario del acto acusado. Es decir, en el juicio de sustitución no hay una comparación entre la reforma y la Constitución con miras a establecer si la primera contradice la segunda, dado que, por definición, una reforma constitucional contradice la Constitución por ella reformada.”⁸⁴

69.3. La jurisprudencia ha denotado que el juicio para determinar si el poder constituido ha incurrido en sustitución de la Carta no es de grado, sino de naturaleza. Por ende, bien puede el reformador modificar la Constitución de forma profunda y sustantiva, sin que ello signifique que se ha sustituido por otra distinta. Así, la Corte ha insistido en la necesidad de distinguir con la claridad suficiente la reforma y la sustitución constitucional:

“(…) La reforma proviene de una decisión del Congreso que puede contradecir normas constitucionales preexistentes. Incluso, puede llegar a tratarse de una contradicción radical que directamente derogue mandatos o principios constitucionales fundamentales y que suponga la transformación dramática de algunas instituciones constitucionales o que contradiga la tradición constitucional. Todo esto es normal en procesos de reforma constitucional. En efecto, toda reforma supone un cambio y si este se predica de la Constitución, supone entonces un cambio sustancial o radical de instituciones jurídico-políticas fundamentales pues son estas las que se encuentran en la Carta. Lo que no puede ocurrir, es que una tal modificación suponga la sustitución del modelo constitucional vigente, es decir, la sustitución de la opción política fundamental consagrada en la fórmula política de la Constitución. Todo lo demás, por grave, importante, definitivo que resulte, puede ser objeto de reforma constitucional sin que la Corte pueda oponer límite competencial alguno.”⁸⁵

70. A fin de otorgar herramientas interpretativas que sirvan para dilucidar si, en cada caso concreto, se está ante el fenómeno de la reforma o la sustitución, la jurisprudencia ha diferenciado entre las figuras de la *intangibilidad* y la *insustituibilidad*.

70.1. El primer fenómeno se presenta cuando en un ordenamiento dado el Constituyente decide excluir determinadas normas o materias de la posibilidad de ser reformadas, configurándose lo que comúnmente se ha denominado como *cláusulas pétreas*.⁸⁶ Para el caso colombiano, se ha

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ Corte Constitucional, sentencia C-153/07.

⁸⁶ En la sentencia C-1200 de 2003 la Corte determinó que “[l]os alcances de la intangibilidad establecida por el propio constituyente difieren en el derecho constitucional comparado. Dichos alcances obedecen a varios elementos⁸⁶, dentro de los cuales cabe destacar brevemente tres: la definición por el propio constituyente del criterio de intangibilidad, la enunciación constitucional de las normas intangibles y la interpretación expansiva o restrictiva de los textos de los cuales se deduce lo intangible por el juez constitucional. El mayor alcance de la intangibilidad se presenta cuando la definición del criterio de intangibilidad es amplio, las normas intangibles cubren no solo principios básicos sino derechos específicos y aspectos puntuales de la organización y distribución del poder público y el juez constitucional interpreta de manera expansiva las normas relevantes.”

aclarado que el criterio de intangibilidad no es aplicable puesto el Constituyente no excluyó ninguna norma de la Carta del poder de reforma, de modo que cualquiera de sus contenidos puede ser objeto de válida afectación por parte de los mecanismos de modificación constitucional que el mismo Texto Superior prevé.⁸⁷ La afirmación acerca de la inexistencia de cláusulas pétreas ha sido una constante en la jurisprudencia analizada, la cual ha reconocido que a pesar que no existen tales previsiones, ello no es incompatible con el reconocimiento de límites materiales al poder de reforma, sujetos en cualquier caso al criterio de *insustituibilidad*.⁸⁸

70.2. 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.⁸⁹

⁸⁷ En derecho comparado, ver las sentencias de la Corte Suprema de India sobre el tema, como las siguientes: caso *Kesavanand Bharati v. Keral A.I.R.* 1973 S.C. 1461, *Indira Gandhi v. Raj Narain.*, A.I.R. 1975 S.C. 2299. A nivel doctrinal, ver Karl Lowenstein. *Teoría de la Constitución*. Barcelona, Ariel, 1986, pp. 192 y ss.; Alf Ross. “Sobre la autorreferencia y un difícil problema de derecho constitucional” en *El concepto de validez y otros ensayos*. México: Fontanamara, 1993, pp. 49 y ss.; Carl Schmitt. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1934, Punto 3, pp. 27 y ss., y punto 11, pp. 119 y ss.; Georges Burdeau. *Traité de Science Politique*. Paris: LGDJ, 1969, Tomo IV, pp. 250 y ss. Pedro de Vega. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos, 1999, pp. 267 y ss. Germán Bidart Campos. *Historia e ideología de la Constitución argentina*. Buenos Aires, Ediar, 1969, pp. 148 y ss.

⁸⁸ En la sentencia C-551 de 2003 se puso de presente cómo “(...) importantes sectores de la doctrina y la jurisprudencia, tanto nacionales como comparadas, sostienen que toda Constitución democrática, aunque no contenga expresamente cláusulas pétreas, impone límites materiales al poder de reforma del constituyente derivado, por ser éste un poder constituido y no el poder constituyente originario.” Por otra parte, En la sentencia C-1040 de 2005 al sintetizar los criterios básicos que gobiernan el juicio de sustitución, este Tribunal constitucional pudo precisar el alcance de la insustituibilidad y la inexistencia de las cláusulas pétreas en la Constitución. En dicho fallo la Corte señaló que (i) el poder de reforma definido por la Constitución colombiana está sujeto a límites competenciales; (ii) por virtud de esos límites competenciales el poder de reforma puede modificar la Constitución, pero no puede sustituirla por otra integralmente distinta u opuesta; (iii) para establecer si una determinada reforma a la Constitución es, en realidad, una sustitución de la misma, es preciso tener en cuenta los principios y valores del ordenamiento constitucional que en su conjunto le dan su identidad; (iv) la Constitución **no contiene cláusulas pétreas ni principios intangibles** y, por consiguiente, todos sus preceptos son susceptibles de reforma por el procedimiento previsto para ello; el poder de reforma no puede, sin embargo, derogar, subvertir o sustituir en su integridad la Constitución; y (v) solo el Constituyente primario tendría la posibilidad de producir una tal sustitución.

⁸⁹ Como se señaló en la sentencia C-1200 de 2003 “[l]a 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 remplazada 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

71. Ahora bien, para diferenciar una de otra, la Corte ha explicado⁹⁰ que el criterio de *insustituibilidad* parte de reconocer que el juicio de sustitución apela a una diferencia de naturaleza y no de grado. En efecto, los ejes definitorios de la Constitución pueden ser objeto de afectación, incluso de carácter sustancial, sin que ello acarree la sustitución de la Constitución. Lo anterior debido a que la sustitución solo se predica cuando el texto resultante de la Carta difiere en su identidad, de modo que no puede sostenerse válidamente que se esté ante el mismo ordenamiento constitucional.

En ese sentido, si se aceptara que el juicio de sustitución refiere al grado de intensidad de la reforma, el parámetro para el control de constitucionalidad no sería la Constitución, vista como una unidad sistémica con sentido propio, sino una de sus reglas, principios y valores, lo que equivaldría a que (i) la regla, principio o valor en cuestión tomaría la forma de una cláusula intangible; y (ii) el Tribunal Constitucional adelanta un juicio material de la reforma constitucional, lo que claramente escapa de su competencia. Es así que la Corte ha resaltado que *“el concepto de sustitución refiere a una transformación de tal magnitud y trascendencia, que la Constitución anterior a la reforma aparece opuesta o integralmente diferente a la que resultó después de la reforma, al punto que ambas resultan incompatibles.”*⁹¹

72. De otro lado, es importante resaltar que la jurisprudencia constitucional no ha previsto un catálogo taxativo de aquellos aspectos definitorios de la Constitución. Es por ello que se ha concluido que la identificación de esos ejes está precedida de un razonamiento inductivo, en el que en cada caso se determina, a partir de una interpretación sistemática de la Constitución, cuáles son esos asuntos transversales que hacen parte de su identidad y que, al ser subvertidos, ocasionan la sustitución de la Carta. En consecuencia, ese proceso de identificación se construye paulatinamente en las distintas sentencias de la Corte que, basadas en un análisis con las condiciones señaladas, determina cuáles son los mencionados aspectos estructurales.⁹²

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 originario”.

⁹⁰ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-288 de 2012 (M.P. Luís Ernesto Vargas Silva).

⁹¹ Corte Constitucional, sentencia C-1040/05.

⁹² Como expuso la Corte en la sentencia C-588 de 2009 “[I]a sustitución de la Constitución no es un concepto completo, acabado o definitivamente agotado que permita identificar el conjunto total de hipótesis que lo caracterizan, puesto que las situaciones concretas estudiadas por la Corte sólo le han permitido a la Corporación sentar unas premisas a partir de las cuales, deberá avanzar en la difícil tarea de precisar los contornos de ese límite competencial al poder de reforma constitucional. Como concepto, la sustitución es un reemplazo de la Constitución en términos materiales e implica franca oposición entre lo nuevo y lo anterior, en la medida en que, so pretexto de la reforma, la Constitución es transformada en otra completamente distinta, y cuando se produce la sustitución se incorpora a la Constitución un nuevo elemento que reemplaza al originalmente adoptado por el Constituyente. Para establecer si hay o no sustitución, es necesario tener en cuenta los principios y valores que la Constitución contiene, y aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad, no para revisar el contenido mismo de la reforma comparando un artículo del texto reformatorio con una regla, norma o principio constitucional, sino para determinar si los principios anteriores y los introducidos son opuestos o integralmente diferentes, al punto que resulten incompatibles. La sustitución puede ser total cuando la Constitución como un todo, es reemplazada por otra; o parcial, caso este último en el cual un eje definitorio de la identidad de la Constitución es reemplazado

Modalidades de sustitución de la Constitución

73. La jurisprudencia constitucional ha explicado que la sustitución puede ser total o parcial, bien se trate de la reformulación de toda la Constitución o de una norma que, al tratarse de un eje definitorio de la Carta, su total reformulación signifique la mutación en la identidad misma del Texto Superior. Al distinguir las distintas modalidades de cambio de la Constitución, la Corte ha identificado cuáles de ellas son susceptibles de control por parte de este Tribunal, al tomar la forma de sustitución de la Carta.

La sustitución parcial opera, en criterio de la jurisprudencia constitucional, a condición de que *“la parte de la Constitución transformada debe ser de tal trascendencia y magnitud que pueda afirmarse que la modificación parcial no fue reforma sino sustitución.”*⁹³ Igualmente, ha señalado que no representan sustituciones parciales los cambios que reforman la Constitución y que, si bien refieren a asuntos importantes, no transforman la forma de organización política –en todo o en alguno de sus componentes definitorios esenciales– en otra opuesta (monarquía parlamentaria) o integralmente diferente (república parlamentaria).⁹⁴

74. En relación con las modalidades de cambio de la Constitución que son susceptibles de control por parte de este Tribunal constitucional, en la sentencia C-588 de 2009 se diferenció entre la destrucción, la supresión, el quebrantamiento y la suspensión de la Constitución. En cuanto a la *destrucción* se explicó que se deriva de la actuación de un nuevo poder constituyente generado de un acto revolucionario,⁹⁵ razón de índole fáctica

por otro opuesto o integralmente diferente que torna imposible la armonización de la pretendida reforma con el resto de normas constitucionales que no fueron modificadas por ella y que reflejan aspectos claves de lo insustituible”.

⁹³ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-1200 de 2003.

⁹⁴ Como se advirtió en la sentencia C-1200 de 2003: *“(...) no constituyen sustituciones parciales, por ejemplo, las reformulaciones positivas, es decir, el cambio en la redacción de una norma sin modificar su contenido esencial (i.e. “estado de derecho, social y democrático” por “estado democrático y social de derecho”); las reconceptualizaciones, es decir, el cambio en la conceptualización de un valor protegido por la Constitución (i.e. “el pueblo es el único titular de la soberanía” por “la soberanía reside exclusiva e indivisiblemente en el pueblo”); las excepciones específicas, es decir, la adición de una salvedad a la aplicación de una norma constitucional que se mantiene en su alcance general (i.e. establecer la inhabilidad indefinida por pérdida de investidura como excepción a la regla general que prohíbe las penas perpetuas), las limitaciones o restricciones, es decir, la introducción por el propio poder de reforma de límites y restricciones para armonizar valores e intereses enfrentados (i.e. introducir como límite a la libertad de prensa el respeto a la honra o permitir la suspensión de la ciudadanía para los condenados a pena de prisión en los casos que señale la ley).”*

⁹⁵ Es evidente que este modo de cambio constitucional tiene relación intrínseca con la concepción positivista de la transformación del parámetro de validez del ordenamiento jurídico, comprendido por Hans Kelsen como la hipótesis de la *norma fundamental* o por H.L.A. Hart como la práctica social que deriva en la identificación de una *regla de reconocimiento*. La modificación de tanto una como otra se logra a partir de un acto revolucionario, que sustituya el poder constituyente por otro. Vid. Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Porrúa, México D.F., 2009 y Hart, H.L.A. *El Concepto de Derecho*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000.

que hace inoperante toda forma de control judicial por parte de un Tribunal institucionalizado.⁹⁶

74.1. Respecto al fenómeno de la *supresión*, la misma decisión sostuvo que “... *la conservación de la referencia al poder constituyente en que se basaba la Constitución suprimida aproxima esta noción al concepto de sustitución de la Carta operada mediante reforma, pero en la modalidad de sustitución total. Así pues, la supresión encuadra en el concepto de sustitución que tradicionalmente ha manejado la Corte Constitucional, aún cuando procede aclarar que la jurisprudencia colombiana ha introducido matices en el concepto de sustitución al aludir a la posibilidad de sustituciones parciales o de sustituciones transitorias que no parecen encuadrar del todo en la categoría de la supresión, tal como la ha delineado la doctrina.*”

74.2. En lo que tiene que ver con la sustitución derivada del *quebrantamiento* de la Carta, la decisión en comento partió de considerar que la existencia de instrumentos reglados para la reforma constitucional involucraba la posibilidad que se configurara un quebrantamiento legítimo de los postulados superiores precedentes a través del ejercicio del poder de reforma. Estas modificaciones, empero, podrían tornarse en sustituciones de la Carta, incompatibles con el ejercicio del poder de reforma por parte de poderes constituidos, siempre y cuando se cumplieran con determinadas condiciones. Para la Corte, “*el quebrantamiento o “rotura” de la Constitución puede, en las circunstancias de una situación específica, conducir a la sustitución de la Carta, trátase de sustitución parcial o total, como, incluso, lo ha admitido la Corte Constitucional al precisar que para que se produzca la sustitución no basta “limitarse a señalar la inclusión de excepciones o restricciones introducidas por la reforma a la Constitución” puesto que, además, se debe analizar si esas excepciones o restricciones constituyen, en su conjunto, “una modificación de tal magnitud y trascendencia que resulta manifiesto que la Constitución original ha sido reemplazada por una completamente diferente dado que las enmiendas representan una sustitución total o parcial de la misma.*”⁹⁷

Es en este ámbito que la jurisprudencia constitucional ha planteado una metodología para la identificación del ejercicio del poder de reforma que, en realidad, encubre un quebrantamiento de la Carta que incorpora una sustitución, generalmente con el fin de instituir tratamientos diferenciados *ad hoc*, que buscan excluir determinadas personas o supuestos de hecho de la vigencia de los postulados constitucionales.

⁹⁶ En términos de la propia sentencia C-588 de 2009: “(...) *ciertamente se trata de un fenómeno distinto del de reforma, pero que tampoco encaja dentro del concepto de sustitución acuñado por nuestra jurisprudencia, por la sencilla razón de que la destrucción de la Carta implica también la del poder constituyente que le dio origen, mientras que la sustitución se refiere, fundamentalmente, a un cambio constitucional de gran magnitud, pero realizado por el Constituyente derivado y que no necesariamente desconoce el origen de la Carta sustituida emanada del Constituyente originario que la estableció, aún cuando lo usurpa*”.

⁹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-1200 de 2003.

A juicio de la Corte, mediante el *test de efectividad de la reforma*, se logra distinguir “...entre la reforma de la Constitución y su quiebre por medio de la utilización ritual de los mecanismos de reforma constitucional. Y es que en ciertos casos, las autoridades recurren a las formas de la reforma constitucional, pero no para modificar, de manera general, las cláusulas constitucionales, sino exclusivamente para adoptar una decisión política singular y puntual, contraria a los preceptos constitucionales. Para determinar si existe o no ese quebrantamiento de la Carta, ciertos sectores de la doctrina han propuesto un “test de efectividad de la reforma”, que se realiza verificando si las normas constitucionales a reformar siguen siendo las mismas antes y después del referendo o de la reforma. Si las normas siguen siendo las mismas, entonces no ha existido reforma constitucional sino que se ha encubierto, con el ropaje de la reforma constitucional, una decisión política singular de tipo plebiscitario.”⁹⁸

74.3. Por último, en lo que respecta a la *suspensión* de la Constitución, la sentencia C-588 de 2009 estableció que tal fenómeno ocurre cuando la reforma va dirigida no a modificar aspectos estructurales o definitorios de la Carta, sino a establecer fórmulas exceptivas que los dejan en suspenso para un caso determinado. En estos casos, existe sustitución cuando la suspensión planteada por la reforma no se avenga a los supuestos que la misma Constitución prevea para ello y sus consecuencias hagan que en ese ámbito particular y concreto no se apliquen los ejes definitorios mencionados. Fue precisamente a partir de esa modalidad de sustitución que la Corte concluyó que el acto legislativo analizado en esa oportunidad, era inexecutable en tanto suspendía el principio de mérito para el acceso a la función pública, eje definitorio de la Constitución, para el caso particular y concreto de un grupo de servidores que ejercían sus cargos en provisionalidad.

La naturaleza y estructura del juicio de sustitución.

75. La delimitación del concepto de *sustitución* de la Constitución ha dado paso a que la jurisprudencia establezca un método de análisis orientado a fijar unos pasos para el examen de sustitución, que guíen a la Corte en la tarea de determinar cuándo una variación de la Carta tiene dicho alcance.

El juicio de sustitución obedece a parámetros estrictos, lo cual no puede ser de otro modo, puesto que un uso extensivo y carente del rigor suficiente de ese instrumento llevaría a la petrificación de la Carta a través de la virtual inoperancia de los mecanismos de reforma que la misma Constitución ha previsto.

El ejercicio de esa competencia, en tales términos, exige de la Corte una actividad cuidadosa, guiada en todo caso por la auto-restricción judicial, que

⁹⁸ Corte Constitucional, sentencia C-551 de 2003.

permita cumplir simultáneamente con tres objetivos: (i) salvaguardar la identidad de la Constitución de ejercicios arbitrarios del poder de reforma que transformen sus ejes definitorios; (ii) permitir que la Carta se adapte a los cambios sociopolíticos más trascendentales mediante el uso de los mecanismos de reforma que prevé el título XIII de la Constitución, esto como condición para la supervivencia del ordenamiento constitucional ante la dinámica propia de las sociedades contemporáneas; y (iii) evitar, de forma estricta, que el juicio de sustitución se confunda con un control material de las reformas constitucionales, tarea que en modo alguno hace parte de las competencias de la Corte.⁹⁹

76. Con base en el análisis de la jurisprudencia acerca del juicio de sustitución, la Corte ha decantado¹⁰⁰ la existencia de tres tipos de mecanismos destinados a restringir ese análisis, de modo que no se incurra en un desbordamiento de las competencias de este Tribunal: (i) la cualificación de la acción pública de inconstitucionalidad, (ii) la necesidad de conservar la precisión conceptual sobre la materia y (iii) la sujeción a una metodología particular para adelantar el juicio de sustitución.

76.1. En cuanto a la cualificación de la acción de inconstitucionalidad, la jurisprudencia insiste en que sin perjuicio del carácter público de la acción de inconstitucionalidad, para el caso de las demandas contra actos reformativos de la Constitución, fundadas en el reproche por la presunta sustitución de la Carta Política, el actor o actora debe cumplir con una carga argumentativa mínima, la cual esté dirigida a demostrar cómo (i) el parámetro de control está conformado por un eje definitorio de la Constitución, construido a partir de diversos preceptos del bloque de constitucionalidad, y no por una norma superior particular y específica, pues en este caso lo que se buscaría es que la Corte ejerza un control material; y que (ii) la norma acusada subvierte, de forma integral, esa característica que otorga identidad de la Carta Política, de modo que el texto resultante deba comprenderse como un nuevo orden constitucional, que sustituye al reformado.¹⁰¹

⁹⁹ Sobre este último punto en la sentencia C-1200 de 2003 la Corte advirtió sobre los riesgos de la aplicación inadecuada, o con pretensión extensiva del juicio de sustitución: “(...) el control constitucional del poder de reforma o de revisión comporta dos graves peligros: la petrificación de la Constitución y el subjetivismo del juez constitucional. El primero consiste en que la misión del juez constitucional de defender la Constitución termine por impedir que ésta sea reformada inclusive en temas importantes y significativos para la vida cambiante de un país. Esto sucede cuando las reformas constitucionales - debido al impacto que tiene el ejercicio cotidiano de la función de guardar la integridad del texto original sobre el juez constitucional - son percibidas como atentados contra el diseño original, en lugar de ser vistos como adaptaciones o alteraciones que buscan asegurar la continuidad, con modificaciones, de la Constitución en un contexto cambiante. El segundo peligro radica en que la indeterminación de los principios constitucionales más básicos puede conducir, ante un cambio importante de la Constitución, a que el juez constitucional aplique sus propias concepciones y le reste valor a otras ideas, también legítimas, que no son opuestas al diseño original, así lo reformen.”

¹⁰⁰ Corte Constitucional, sentencia C-288 de 2012 (M.P. Luís Ernesto Vargas Silva).

¹⁰¹ En la sentencia C-888 de 2004 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) la Corte manifestó que: “el ciudadano que instaure una acción pública de inconstitucionalidad contra la totalidad de un Acto Legislativo, o una parte del mismo, no puede plantearle a la Corte que realice un examen material sobre las disposiciones constitucionales por violar otras normas de la Constitución. Es posible entonces demandar Actos Legislativos aduciendo que el legislador ha incurrido en vicios en el procedimiento de formación del acto legislativo respectivo, lo que incluye el presupuesto mismo de la competencia del Congreso solo para

De manera que existe una carga argumentativa particular para las demandas de inconstitucionalidad contra los actos reformativos de la Carta, fundadas en la presunta sustitución de la misma. Contrario a como sucede con la acción de inconstitucionalidad contra normas con fuerza de ley, no basta con que el demandante demuestre la oposición entre el precepto acusado y la Constitución, sino que es imprescindible que se determine adecuada y suficientemente la índole del eje estructural que se estima subvertido y el modo como el acto reformativo genera esa sustitución.¹⁰²

76.2. Como se ha insistido, la necesidad de precisión conceptual sobre el juicio de sustitución radica en que dicho juicio difiere de un control material de los actos legislativos. Esta precisión es importante debido a que una visión desinformada, o incluso simplemente inadvertida del tema, puede llegar a confundir ambos planos, desnaturalizando por completo la función de este Tribunal frente al estudio en sede judicial de los actos reformativos. Concorre, en ese orden de ideas, la obligación de la Corte de exponer en las sentencias que abordan el juicio de sustitución, un mínimo argumentativo que demuestre, bajo condiciones de suficiencia, si se ha o no subvertido un eje definitorio del ordenamiento constitucional en razón de la reforma objeto de escrutinio.¹⁰³

reformular las normas constitucionales. En este caso, la carga para el demandante consiste en plantear cargos de inconstitucionalidad relacionados con el desbordamiento del poder de reforma del Congreso. En otras palabras, el actor debe demostrar de manera concreta, clara, específica y suficiente que la modificación introducida al texto de la Constitución de 1991 no es una reforma sino que se está ante una sustitución de la misma. (...) La exigencia que la Corte le hace al ciudadano de estructurar al menos un verdadero cargo de inconstitucionalidad en los casos en que éste considere que el Congreso de la República se extralimitó en el ejercicio de sus competencias al reformar la Constitución, es consonante no sólo con el carácter rogado que tiene la jurisdicción constitucional en estos casos, sino con los mínimos requisitos exigidos por el artículo 2º del Decreto 2067 de 1991 a fin de que la Corte pueda centrar adecuadamente el examen constitucional correspondiente, permitiendo también a los intervinientes y al Procurador General de la Nación, el pronunciamiento sobre problemas jurídicos concretos. En otras palabras, el carácter público que desde siempre ha caracterizado a la acción de inconstitucionalidad, de manera alguna riñe con la exigencia de un mínimo de rigor en la acusación que el ciudadano dirige contra una norma jurídica de rango constitucional.”

¹⁰² Para explicar esta obligación, en la sentencia C-1200 de 2003 la Corte indicó que: “...cuando un ciudadano demanda una reforma constitucional por considerarla inconstitucional tiene la carga argumental de demostrar que la magnitud y trascendencia de dicha reforma conducen a que la Constitución haya sido sustituida por otra. No basta con argumentar que se violó una cláusula constitucional preexistente, ni con mostrar que la reforma creó una excepción a una norma superior o que estableció una limitación o restricción frente al orden constitucional anterior. El actor no puede pedirle a la Corte Constitucional que ejerza un control material ordinario de la reforma como si ésta fuera inferior a la Constitución. Esto es fundamental para delimitar el alcance del control atribuido al juez constitucional”.

¹⁰³ Como señaló la Corte en la sentencia C-1200 de 2003: “[e]l problema que afronta el juez constitucional es el de delinear un método para determinar cuándo se presenta una sustitución de la Constitución y, al mismo tiempo, evitar que al responder a esa pregunta termine efectuando un control de violación de la Constitución como el control de fondo ordinario que ejerce sobre las leyes inferiores a la Carta. (...) Desfiguraría dicho control de sustitución (i) tratar la reforma constitucional como una ley de rango infraconstitucional que carece de fuerza jurídica para modificar la Constitución, (ii) elevar principios o reglas a normas intangibles que el órgano constituido titular del poder de revisión no puede tocar o reformar como si la prohibición de sustituir la Constitución equivaliera a la petrificación de una parte de la Constitución, (iii) anteponer al poder de revisión supuestos contenidos normativos supraconstitucionales intocables, (iv) efectuar una comparación entre contenidos específicos de la Constitución original y el contenido de la reforma como si el segundo no pudiera contradecir los primeros al reformarlos, (v) limitarse a señalar la inclusión de excepciones o restricciones introducidas por la reforma a la Constitución original sin analizar si las enmiendas en su conjunto constituyen una modificación de tal magnitud y

Estructura del juicio –o test– de sustitución.

77. De forma correlativa con los presupuestos anteriores, la jurisprudencia ha determinado que los límites al juicio de sustitución son acatados a partir de la adopción de un método particular para su aplicación.¹⁰⁴ Para efectuar el denominado juicio –o test– de sustitución es necesario agotar un razonamiento lógico en el cual se establece (i) una premisa mayor, (ii) una premisa menor y (iii) una conclusión.

77.1. La **premis**a mayor consiste en la identificación del elemento definitorio, axial o esencial que le da identidad de la Constitución¹⁰⁵ y que se supone ha sido sustituido por el acto reformativo. Ello permite a la Corte establecer los parámetros normativos aplicables al examen de constitucionalidad del acto acusado. Para la Corte, la premisa mayor es un enunciado específico, que no se limita a plantear los aspectos que de manera general tiene una determinada institución en el constitucionalismo contemporáneo, sino la manera particular como un elemento definitorio ha sido configurado en la Constitución colombiana y que, por consiguiente, hace parte de su identidad. Esto con base en un proceso interpretativo que tome en consideración las diferentes normas integrantes del bloque de constitucionalidad, cuyos contenidos concurrentes estructuran el eje definitorio de que se trate.

La construcción de la premisa mayor, conforme al mismo precedente, responde a un mínimo argumentativo que debe desarrollar la Corte en el fallo correspondiente, el cual dé suficiente cuenta que se está ante un aspecto estructural, que define la identidad de la Constitución. Respecto a la construcción de la premisa mayor, en la sentencia C-1040 de 2005 esta Corte aclaró que se debe:

“(i) enunciar con suma claridad cuál es dicho elemento, (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. Solo así se habrá precisado la premisa mayor del juicio de sustitución, lo cual es crucial para evitar caer en el subjetivismo judicial. Luego, se habrá de verificar si (iv) ese elemento esencial definitorio de la Constitución de 1991 es irreductible a un artículo de la Constitución, - para así evitar que éste sea transformado por la propia Corte en cláusula pétrea a partir de la cual efectúe un juicio de contradicción material- y si (v) la enunciación analítica de dicho elemento esencial definitorio no equivale a fijar límites materiales intocables por el poder de reforma, para así evitar que

trascendencia que resulta manifiesto que la Constitución original ha sido remplazada por una completamente diferente dado que las enmiendas representan una sustitución total o parcial de la misma.”

¹⁰⁴ Corte Constitucional, sentencia C-970 de 2004.

¹⁰⁵ Corte Constitucional, sentencia C- 577 de 2014 (M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez).

el juicio derive en un control de violación de algo supuestamente intangible, lo cual no le compete a la Corte. Una vez cumplida esta carga argumentativa por la Corte, procede determinar si dicho elemento esencial definitorio ha sido (vi) reemplazado por otro –no simplemente modificado, afectado, vulnerado o contrariado- y (vii) si el nuevo elemento esencial definitorio es opuesto o integralmente diferente, al punto que resulte incompatible con los elementos definitorios de la identidad de la Constitución anterior”.¹⁰⁶

77.2. Una **premisa menor**, la cual se obtiene de la definición del alcance de la norma acusada frente al eje definitorio de la Constitución que el cargo considera sustituido, que supone el examen del contenido normativo introducido en el régimen constitucional a partir de la reforma. Con base en esta premisa se debe demostrar que el nuevo elemento normativo elimina absoluta o parcialmente un elemento esencial de la estructura constitucional y lo reemplaza por otro radicalmente distinto, de manera que desde una perspectiva sustancial no sería posible reconocer el resultado de la modificación realizada como la misma Constitución, sino como una distinta, ahora integrada por un elemento definitorio contrario al existente con anterioridad.¹⁰⁷

77.3. Finalmente, una **conclusión**, la cual versará, conforme a las condiciones explicadas en precedencia, en torno a si el precepto demandado ha sustituido la Carta Política, razón por la que se estaría ante un exceso de la competencia de reforma constitucional que se adscribe a los poderes constituidos, como sucede con el Congreso al proferir actos legislativos. En este tercer momento del juicio se cotejan la premisa mayor y la premisa menor, con el fin de determinar si la modificación introducida por el constituyente derivado adquiere o no la connotación de cambio o reemplazo transitorio o definitivo del pilar fundamental y definitorio de la Constitución, descrito en la aludida premisa mayor.¹⁰⁸

El test de la eficacia.

78. Fue sugerido en la sentencia C-551 de 2003 con el fin de “*distinguir entre la reforma de la Constitución y su quiebre por medio de la utilización ritual de los mecanismos de reforma constitucional*”¹⁰⁹. Ello con el fin de evitar “*una decisión política singular y puntual, contraria a los preceptos constitucionales*”¹¹⁰.

El concepto fue retomado en la sentencia C-588 de 2009 caracterizándolo como un mecanismo para determinar la ocurrencia de un artificio que a pesar de llamarse reforma, no implicaba modificación de las normas constitucionales. El test buscó “*verificar si las normas constitucionales a*

¹⁰⁶ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-1040 de 2005.

¹⁰⁷ Corte Constitucional, sentencia C- 577 de 2014 (M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez).

¹⁰⁸ Ídem.

¹⁰⁹ Sentencia C-551 de 2003.

¹¹⁰ Ibíd.

reformar siguen siendo las mismas antes y después de la reforma, porque si las normas después de la revisión resultan ser idénticas, ‘...entonces no ha existido reforma constitucional, sino que se ha encubierto con el ropaje de la reforma una decisión política singular’¹¹¹.

En la sentencia C-249 de 2012, la Corte estableció que *“el test de efectividad tiene como finalidad verificar en primer lugar (i) si las normas constitucionales a reformar siguen siendo las mismas antes y después de la reforma; en segundo término (ii) de impedir normas ad-hoc de carácter particular o singular que se aplicará a determinados sujetos o grupos de personas, y en tercer término (iii) que debido a la finalidad de la Constitución de tener una compilación en un cuerpo completo de normas, se prohíben las reformas indirectas a la Constitución que conlleven modificaciones de dudoso, difícil o imposible conocimiento que hayan reformado principios estructurales de la Constitución de manera tácita, dando lugar al ‘fraude de la Constitución’”*.

Frente a su aplicación, se ha establecido que *“el hallazgo de que las nuevas normas superiores carecen de ese sentido de generalidad constituye un indicio de su posible carácter sustitutivo de los textos constitucionales”¹¹²*, lo mismo que ocurriría en el caso de las llamadas modificaciones tácitas¹¹³.

Síntesis.

79. De la reseña jurisprudencial anterior se puede concluir que desde sus primeras decisiones relativas al juicio de sustitución¹¹⁴, la Corte se ha ocupado en llenar de contenido los requisitos para esta modalidad de control de constitucionalidad. De esta manera, la jurisprudencia de la Corte¹¹⁵ ha decantado una serie de reglas jurisprudenciales encaminadas a establecer unos presupuestos metodológicos que deben orientar el mencionado juicio, y que se pueden sintetizar de la siguiente manera:

¹¹¹ Sentencia C-574 de 2011, citando la sentencia C-588 de 2009.

¹¹² Sentencia C-2056 de 2012.

¹¹³ Cfr. Sentencia C-249 de 2012. En la misma sentencia se dijo, frente al incumplimiento del test de eficacia lo siguiente: *“En **conclusión** sobre este punto la Corte estima que con la reforma constitucional contenida en el Acto Legislativo No 4 de 2011 se presenta la violación de los postulados del “test de la eficacia”, ya que se está presentando una reforma temporal de carácter ad-hoc o particular que beneficiaría de manera injustificada a un grupo de personas, los empleados en provisionalidad o en encargo, a quienes se les otorga un puntaje adicional que homologarán para el concurso. Al mismo tiempo comprueba la Corte que se estaría presentando una reforma que tácitamente anularía de manera temporal artículos constitucionales como los artículos 125, 209, 130 y numeral décimo del artículo 268 de la C.P. en donde se encuentra reflejado el principio estructural de la carrera administrativa, del concurso, del mérito y de la igualdad. Finalmente se constata que con el Acto Legislativo No 4 de 2011 el Congreso de la República quebrantó un principio axial de la Constitución, sustituyéndolo temporalmente por uno integralmente diferente, con el único propósito de imponer una decisión particular que desnaturaliza el poder de reforma constitucional dando lugar a una ruptura o quiebre temporal o incidental de la Constitución de 199 que produce un fraude a la Constitución”*.

¹¹⁴ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-551 de 2003.

¹¹⁵ Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-574 de 2011, C-288 de 2011 (M.P. Luís Ernesto Vargas Silva) y C-577 de 2014 (M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez).

79.1. Por tratarse de una demanda por un vicio formal relacionado con la competencia, la Corte tiene que verificar que no se haya sobrepasado el término de caducidad de un año establecido en los artículos 242-3 C.P. e inciso final del artículo 379 C.P., y que la competencia en el análisis de la demanda estará únicamente determinada por los cargos establecidos en ella.

79.2. El juicio de sustitución no es un juicio de *intangibilidad* ni tampoco un juicio sobre un contenido material de la Constitución, ya que el juicio de sustitución no tiene por objeto constatar una contradicción entre normas, como sucede típicamente en el control material ordinario, ni verificar si se presenta la violación de un principio o regla intocable, como sucede en el juicio de intangibilidad. Por tal razón, la Corte debe comprobar que este elemento esencial es irreductible a un artículo de la Constitución o un límite material intocable por el poder de reforma, lo cual supone evitar que el juicio derive en un control de violación de algo supuestamente intangible, lo cual no le compete a la Corte.

79.3. El concepto de sustitución no es un tema completo, acabado o definitivamente agotado que permita identificar el conjunto total de hipótesis que lo caracterizan, puesto que las situaciones concretas estudiadas por la Corte solo le han permitido sentar unas premisas para avanzar en la difícil tarea de precisar los contornos de ese límite competencial al poder de reforma constitucional. En este sentido se trata de un control de tipo inductivo y no deductivo, porque la Corte analizará en cada caso concreto si el principio estructural fue sustituido, pero al mismo tiempo el precedente en torno a la definición del principio servirá para resolver si se presentó o no la sustitución de la Constitución en casos posteriores.

79.4. La sustitución de la Constitución puede ser total, parcial, temporal o definitiva. En todos los casos se debe analizar si la sustitución es de tal magnitud que se ha producido un cambio o reemplazo de la Constitución existente.

79.5. Para determinar si la Constitución fue sustituida por otra, parcial, total, transitoria o permanentemente, se debe desarrollar el juicio de sustitución, el cual se encuentra compuesto por tres etapas básicas (dos premisas y una conclusión), cada una de las cuales impone exigencias argumentativas específicas. La premisa mayor (i) tiene por objeto determinar si el eje presuntamente sustituido es, en efecto, definitorio de la Carta. Para llegar a una conclusión al respecto es preciso, a partir de una interpretación sistemática enunciarlo con claridad, demostrar su proyección en la Constitución Política y formular las razones por las cuales el eje invocado es esencial y definitorio de la Constitución. La premisa menor (ii) exige determinar la forma en que el acto reformativo impactó el eje definitorio ya identificado, a fin de establecer si fue reemplazado o eliminado lo que supone el examen del contenido normativo introducido en el régimen constitucional a partir de la reforma. En la tercera etapa (síntesis) - una vez establecida la

existencia de un eje definitorio y su reemplazo por otro o su eliminación-debe establecerse (iii) si el nuevo eje se opone o es integralmente diferente al anterior, de manera que sea incompatible con la integridad de la Carta, a tal punto que después de la reforma, ella resulta irreconocible.

79.6. Para la verificación del cumplimiento de la premisa mayor la Corte debe comprobar, a través de una lectura transversal e integral de la Constitución, si dicho elemento que se establece como sustituido es un elemento estructural o axial de la Constitución. Este elemento estructural puede estar reflejado o contenido en varios artículos de la Constitución o en elementos del bloque de constitucionalidad, que se pueden determinar a través del análisis histórico o sistemático de la Constitución. Para construir dicha premisa es necesario para el demandante en su acción y para la Corte en su estudio: (i) enunciar con suma claridad cuál es dicho elemento, (ii) señalar a partir de múltiples referentes normativos cuáles son sus especificidades en la Carta Política y (iii) mostrar por qué es esencial y definitorio de la identidad de la Constitución integralmente considerada.

La Corte ha establecido, igualmente, un test de efectividad de la reforma que busca evitar modificaciones constitucionales contrarias al carácter universal de la Constitución –de aplicación particular o singular-, tácitas o falsas reformas cobijadas por un ropaje de validez.

80. Teniendo en cuenta lo anterior se puede afirmar que dentro de la clasificación de los límites al poder de reforma constitucional, la Corte Constitucional, a través de la teoría de la inconstitucionalidad por sustitución, ha reconocido que existen unos límites intrínsecos al poder de reforma, ya que estos se encuentran reflejados en la Constitución misma o en los elementos del bloque de constitucionalidad. Sin embargo, estos límites intrínsecos al poder de reforma no deben confundirse con elementos intangibles ni inmanentes, como ocurre en las Constituciones que establecen cláusulas de intangibilidad expresas o cláusulas pétreas, ya que el análisis de sustitución que se realiza a través de la metodología planteada tiene como finalidad comprobar que se produjo evidentemente una sustitución de la Constitución so pretexto de la reforma. Esta sustitución como se ha dicho, puede ser total, parcial, temporal o permanente y se refiere a principios estructurales o axiales que hacen parte de la arquitectura constitucional de la Carta Política.

Análisis del cargo: sustitución parcial de la Constitución por el reemplazo del eje definitorio: *deber estatal de investigar y juzgar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al DIH, aplicando complementariamente el DIDH y el DIH*”.

Alcance del cargo

81. Consideran los demandantes que existe un vicio competencial en la aprobación del inciso segundo del Acto legislativo 01 de 2015, por sustitución parcial de la Constitución debido al reemplazo del eje *definitorio* “*deber estatal de investigar y juzgar las violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al DIH aplicando complementariamente el DIH y el DIDH*”, comoquiera que la modificación normativa lo contradice y subvierte al excluir la aplicación del DIDH como *corpus iuris* en la investigación y juzgamiento de las conductas punibles atribuidas a los miembros de la fuerza pública, en el marco del conflicto armado o en enfrentamientos que reúnan las condiciones objetivas del DIH. Advierten que la enmienda constitucional conlleva a que el Estado colombiano renuncie a la aplicación del DIDH de manera simultánea y complementaria cuando se produzcan afectaciones a la vida, la integridad y la libertad de los civiles en el contexto del conflicto armado y aún fuera del mismo.

Identificación de la premisa mayor

El parámetro de control: la obligación de respetar, garantizar y proteger los derechos humanos, como pilar esencial de la Constitución.

Consideraciones generales.

82. La jurisprudencia de este Tribunal constitucional¹¹⁶ ha señalado que uno de los pilares esenciales de nuestra Constitución¹¹⁷, y del Estado social y democrático de derecho, es la obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos de todos los asociados. La fuente de este eje definitorio se encuentra en varios artículos de la Carta, dentro de los cuales se hace especial énfasis en los artículos 1, 2, 5, 93, 94, 214 y 215-2.

Desde el Preámbulo y sus primeros artículos la Constitución señala su compromiso esencial con el respeto, protección y garantía de los derechos humanos, como piedra angular de la cláusula de Estado Social y Democrático de Derecho (art. 1º C.P.), como fórmula para fortalecer y asegurar a sus integrantes (Preámbulo) la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz.

Así, dentro de los fines esenciales del Estado la Carta (art. 2º C.P.) resalta que se debe “*promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los*

¹¹⁶ Cfr. Sentencias C-577 de 2014 y C-579 de 2013.

¹¹⁷ Como se explicó en la sentencia C-579 de 2013, desde los debates de la Asamblea Nacional Constituyente que dieron origen a la Constitución Política de 1991, se hizo alusión a la necesidad de adoptar una carta de derechos humanos para darles una protección inmediata. Igualmente, las Actas de la Asamblea Nacional Constituyente dan cuenta de la discusión de la protección de los derechos humanos – “*El legislativo, los derechos humanos y la constitución*” – por la importancia de resaltar la defensa de los derechos humanos como contenido ético y político en el Estado. Así por ejemplo se expuso: “*La contemporaneidad ha estimado que el contenido ético de la política y del Estado es la defensa de los derechos humanos y que como la violación de estos obedece tanto a la violencia estructural como a la violencia institucional, la praxis política debe orientarse a su defensa dialéctica en los dos frentes, este es el papel de un auténtico poder legislativo como órgano vertebral de un orden jurídico democrático*”. Cfr. Gaceta de la Asamblea Nacional Constituyente.

principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”, y que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas en sus “(...) *derechos y libertades.*” Adicionalmente, se señala (art. 5° C.P.) que se garantiza la primacía de los derechos inalienables de las personas.

De la misma manera, la Constitución consagra en su Título II un amplio catálogo de derechos¹¹⁸, así como un conjunto de garantías judiciales (arts. 86, 87, 88 y 241-1) que permiten la exigibilidad inmediata de dichos derechos. Dentro de estos mecanismos se resaltan la acción de tutela, creada por la propia Constitución, y la acción pública de inconstitucionalidad. La primera, constituye el mecanismo judicial a disposición de todas las personas para exigir ante cualquier juez la protección inmediata de sus derechos fundamentales. La segunda permite que cualquier ciudadano pueda solicitar la exclusión del ordenamiento de aquellas normas de rango legal que sean contrarias a la Constitución, y por tanto a los derechos fundamentales.

Por otra parte, otro conjunto de artículos complementan este catálogo de derechos previsto en la Constitución, e incluyen una referencia expresa a los derechos humanos reconocidos internacionalmente. Así por ejemplo, a través del artículo 93 se incorpora a nuestro ordenamiento constitucional los derechos reconocidos en los “*tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción*”, y establece que los derechos y deberes reconocidos por la Constitución deben ser interpretados de conformidad con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Bloque de constitucionalidad). En un sentido similar, el artículo 215-2, dispone que durante los estados de excepción “*no podrán suspenderse los derechos fundamentales*” y que “*en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario*”.

Finalmente, el artículo 94 señala que los derechos previstos en el Título II y los tratados sobre Derechos Humanos no agotan el catálogo de los derechos fundamentales, pues “[I]a *enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.*”

83. La jurisprudencia constitucional¹¹⁹ también ha explicado que la obligación de respeto, garantía y protección de los derechos humanos se encuentra consagrada en diversos instrumentos y tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad (art. 93 C.N.) razón por la que, a

¹¹⁸ Es importante precisar que en otros artículos a lo largo de la Constitución se reconocen otros derechos constitucionales. Así por ejemplo, el artículo 229 consagra el derecho de todas las personas a acceder a la administración de justicia, mientras el artículo 333 dispone: “*La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades*”.

¹¹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-579 de 2013.

continuación, se hace una breve reseña de los principales instrumentos de derechos humanos en la materia.

83.1. La Declaración Universal de los Derechos Humanos señala que los derechos humanos deben ser protegidos *“por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión”* pero además señala en su artículo 28 que *“toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos.”*

83.2. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el cual hace parte del bloque de constitucionalidad¹²⁰, dispone en su artículo 2.1 las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos al señalar que los Estados parte se comprometen a *“respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”*. En este sentido el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, órgano autorizado para interpretar y hacer seguimiento a las obligaciones derivadas del PIDCP, ha indicado que en virtud de los compromisos adquiridos por los Estados para garantizar los derechos humanos (Arts. 2.1 y 3 del PIDCP), estos deben realizar actividades concretas para que las personas puedan disfrutar de sus derechos, y por tanto garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos¹²¹.

83.3. A nivel regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹²² (CADH), que hace parte del bloque de constitucionalidad¹²³, también consagra claramente las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos (art. 1.1) al señalar que *“[l]os Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”*.

84. La Corte IDH¹²⁴, intérprete autorizada de los contenidos de la CADH, ha señalado que en virtud del deber de garantía los Estados deben organizar todo

¹²⁰ Cfr. sentencias C-1001 de 2005 y C-820 de 2005.

¹²¹ ONU. Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 3, Aplicación del Pacto a nivel nacional (artículo 2), 13º período de sesiones, Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 140 (1981).

¹²² Aprobada en Colombia mediante la Ley 16 de 1972.

¹²³ Cfr. sentencias C- 774 de 2001, C- 802 de 2002 y T- 786 de 2003 y C-028 de 2006.

¹²⁴ Este Tribunal Constitucional ha señalado que tanto la jurisprudencia de las Cortes Internacionales de Derechos Humanos, como las recomendaciones de los organismos internacionales que tienen funciones de

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 humanos¹²⁵.

85. Adicionalmente, la normatividad y la jurisprudencia tanto nacional como internacional¹²⁶ ha establecido que los derechos humanos se realizan plenamente –es decir, se asegura su goce efectivo– cuando los Estados cumplen ciertas obligaciones particulares:¹²⁷ (i) prevenir su vulneración; (ii) tutelarlos de manera efectiva; (iii) garantizar la reparación y la verdad; e (iv) investigar, juzgar y en su caso sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario. Por tal motivo, una de las principales manifestaciones del pilar fundamental que ordena el cumplimiento de las obligaciones de respeto, garantía y protección de los derechos humanos, está constituida por las **obligaciones de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario**. Al respecto, la jurisprudencia constitucional¹²⁸ ha indicado que esta obligación se cumple cuando el Estado:

85.1. Realiza todos los esfuerzos posibles para investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario. Dicha investigación debe ser seria, imparcial, efectiva, surtida en un plazo razonable y con la participación de las víctimas y cuya sanción debe consistir en una pena proporcional y efectiva.

85.2. Investiga, juzga y sanciona las principales y más graves violaciones a los DDHH: a) las ejecuciones extrajudiciales, b) las desapariciones forzadas, c) la tortura; d) el genocidio; e) el establecimiento o mantenimiento de personas en estado de esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso; f) la

monitoreo, seguimiento o control respecto del cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, también tienen fuerza vinculante al momento de interpretar el alcance de los derechos fundamentales. Al respecto, consultar las sentencias T-568 de 1999 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), C-010-00 (MP: Alejandro Martínez Caballero), T-1319 de 2001 (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes), C-067 de 2003 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) y C-038 de 2004 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett).

¹²⁵ Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia del 29 de julio de 1988, Fondo, párrs. 166, y Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Sentencia del 27 de junio de 2012, Fondo y Reparaciones, párr. 166 y Caso Vélez Restrepo contra Colombia, sentencia del 3 de septiembre de 2012 párr. 126.

¹²⁶ La Corte Constitucional ha desarrollado las obligaciones de respeto, protección y garantía de los derechos fundamentales en algunos de sus fallos. Por ejemplo, en la Sentencia T-077 de 2013 M.P. Alexei Julio Estrada, la Corte ordenó entre otras medidas, el suministro inmediato, continuo y permanente de agua potable al Establecimiento Carcelario *Peñas Blancas* de Calarcá, ya que algunos de sus pabellones no contaban con el servicio permanente del agua. Para lograr este razonamiento, reiteró lo señalado en la Sentencia T-148 de 2010 en la que se estableció que “[a]l haber adoptado Colombia como modelo constitucional un estado social y democrático de derecho, fundado en la defensa de la dignidad de toda persona y en el **respeto, la protección y la garantía** de sus derechos fundamentales, en especial, su derecho a una vida digna, Colombia adoptaba a la vez, tutelar el derecho fundamental al agua a todas las personas” (negritas fuera del texto). Al respecto también se puede consultar la Sentencia T-283 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹²⁷ Cfr. Sentencias C-579 de 2013 y C-577 de 2014.

¹²⁸ Cfr. Sentencias C-579 de 2013.

detención arbitraria y prolongada; g) el desplazamiento forzado; h) la violencia sexual contra las mujeres y i) el reclutamiento forzado de menores.

85.3 Investiga, juzga y sanciona los delitos que tipifican graves violaciones a los DDHH y graves infracciones al DIH a nivel internacional tales como: los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el genocidio.

Consideraciones especiales en torno al principio de complementariedad entre el DIH y el DIDH.

86. Uno de los aspectos medulares de la obligación de respeto, garantía y protección de los derechos humanos radica en la complementariedad y convergencia que existe en la aplicación del Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Este principio de complementariedad implica que tanto el DIDH como el DIH deben ser aplicados y reconocidos de manera concurrente en aquellos eventos de conflicto armado –internacional, o no internacional–, pues a pesar que puedan ser considerados como dos sistemas normativos independientes y autónomos¹²⁹, se encuentran en íntima inter-relación e interacción.

86.1. El principio de complementariedad fue consagrado, principalmente, en el artículo 72 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra relativo a la Protección de las Víctimas de Conflictos Armados Internacionales, según el cual “*las disposiciones de esta Sección [se refiere a la Sección III del Protocolo I¹³⁰] completan las normas relativas a la protección humanitaria de las personas civiles y de los bienes de carácter civil en poder de una Parte en conflicto enunciadas en el IV Convenio, en particular en sus Títulos I y III, así como las demás normas aplicables de derecho internacional referentes a la protección de los derechos humanos fundamentales durante los conflictos armados de carácter internacional.*” Adicionalmente, este principio también se encuentra consagrado en diversos tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos¹³¹ que establecen, entre

¹²⁹ Según Mario Madrid-Malo Garizábal, en la doctrina han existido tres tendencias en relación con la complementariedad entre el DIH y el DIDH. En primer lugar, la tendencia *integracionista* según la cual el DIH es el conjunto –corpus– de normas que sirvieron de fundamento para el desarrollo del DIDH, razón por la que se trata de un solo ordenamiento. Por otra parte, está la tendencia *separatista* sostiene que el DIDH y DIH son dos ramas del derecho totalmente distintas, cuya mezcla puede generar peligrosas confusiones en su aplicación, debido a sus finalidades distintas. Finalmente, se encuentran los *complementaristas* quienes argumentan que el DIDH y el DIH guardan una relación en virtud de la cual el segundo se apoya en el primero para tornarse más universal y eficaz en relación con la aplicabilidad de sus normas. Igualmente, los dos ordenamientos tienen varias interacciones y perspectivas en común. Al respecto consultar: Cfr. Madrid-Malo Garizábal, Mario, “*Convergencia y complementariedad del Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*”, en: et. al. Angarita Ricardo y otros, “*Conflicto Armado y Derecho Humanitario*”, ed. Tercer Mundo editores, Bogotá, 1997, Pp. 125-140. Igualmente, Swinarski, Cristophe, “*Introducción al derecho internacional humanitario*”, Instituto de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1984.

¹³⁰ Sección III: Trato a las personas en poder de una parte en conflicto.

¹³¹ Así por ejemplo, el Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) señala en su preámbulo que “*los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos ofrecen a la persona humana una protección fundamental*”. Igualmente, se puede consultar el artículo 4º del Pacto Internacional

otras disposiciones: la prohibición de suspender el respeto de los derechos humanos, la existencia de conductas ilícitas y prohibidas en todo tiempo y lugar, y el carácter de protección doble y complementaria al ser humano.

86.2. A pesar de haber sido considerados en algún momento¹³² como dos conjuntos normativos con diferentes objetivos, lo cierto es que es innegable su estrecha relación y complementariedad. Así, dentro de las diferencias se señala que el DIH regula los conflictos armados internacionales, así como los no internacionales –o internos–, y el DIDH el desarrollo integral de la dignidad de la persona humana bajo el ámbito de los distintos derechos humanos; el DIDH ha sido entendido como un sistema jurídico que debe ser aplicado en cualquier tiempo, en tanto el DIH es aplicable a aquellos momentos en los que se hace necesario humanizar el empleo de la fuerza en situaciones de conflicto y confrontación armada, y por tanto es de carácter excepcional.

86.3. De la misma manera, y con base en el artículo 3° común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 se puede afirmar que el DIH es un cuerpo normativo que imponen la obligación de respetar unos parámetros mínimos en relación con la protección que merecen las víctimas y la conducta de los combatientes, mientras que el DIDH, concebido a través del conjunto de los convenios y demás normas internacionales existentes, plantea la obligación de los Estados de lograr los máximos de satisfacción de los derechos humanos. En igual sentido, se podría argumentar que existe una diferencia porque el DIDH protege a las personas contra las arbitrariedades de los ordenamientos jurídicos internos, en tanto el DIH las protege en situaciones de excepcionalidad –guerra– en las que los órdenes jurídicos nacionales ya no pueden brindar una protección eficaz¹³³.

86.4. Aún con todo lo anterior, es innegable que entre ambos cuerpos normativos –DIH y DIDH–, existe una concurrencia en su ámbito de aplicación material y personal, que hace que guarden la misma naturaleza en relación con los derechos que protegen, y que cuenten con similares mecanismos instituidos para garantizar dichos derechos, e inclusive en relación con las organizaciones internacionales que los promueven. Así, dentro de los múltiples pronunciamientos –nacionales e internacionales– que señalan el carácter complementario y concurrente de ambos *corpus* de derechos humanos, a continuación se realiza una breve selección de los más representativos y relevantes para el asunto que interesa en la presente oportunidad.

de los Derechos Civiles y Políticos –PIDCP– y el artículo 27° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –CADH–.

¹³² *Op. Cit.* Madrid-Malo Garizábal, Mario, P. 136.

¹³³ Al respecto, Swinarski, Cristophe, “*Principales nociones e institutos del derecho internacional humanitario como sistema de protección de la persona humana*”, Instituto de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1984.

86.5. En la sentencia C-574 de 1992¹³⁴ este Tribunal Constitucional afirmó que “*el derecho internacional humanitario constituye uno de los más eficaces instrumentos de protección del núcleo común que comparte con los derechos humanos*”, y por lo tanto constituye “*uno de los desarrollos más positivos de este principio*” esencial del Estado colombiano, el respeto por la dignidad humana. Posteriormente, en la sentencia C-225 de 1995¹³⁵ esta Corte señaló que se trataba de dos “*normatividades complementarias que, bajo la idea común de la protección de principios de humanidad, hacen parte de un mismo género: el régimen internacional de protección de los derechos de la persona humana.*”

86.6. En relación con los pronunciamientos de organismos internacionales, vale la pena destacar la sentencia del 17 de abril de 2015 en la que la Corte IDH¹³⁶ indicó que “*resulta incuestionable que las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativas al derecho a la vida mantienen su vigencia y aplicabilidad en situaciones de conflicto armado (...). Este derecho pertenece al núcleo de derechos convencionales no susceptibles de suspensión en ninguna circunstancia, ni aún en aquellas consideradas como las más apremiantes para la independencia o seguridad de un Estado parte (...). El derecho internacional humanitario no desplaza la aplicabilidad del artículo 4º de la Convención, sino que nutre la interpretación de la cláusula convencional que prohíbe la privación arbitraria de la vida en razón de que los hechos sucedieron en el marco de un conflicto armado y con ocasión del mismo.*”

86.7. En similar sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha advertido¹³⁷ que “*en situaciones de conflicto armado se aplica el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario*”, y que “*en situaciones de conflicto armado, el derecho internacional humanitario puede servir como lex specialis para interpretar y aplicar los instrumentos internacionales de derechos humanos. (...) En tales circunstancias, es imprescindible examinar y aplicar los estándares definatorios y las normas relevantes del derecho internacional humanitario como fuente de orientación autorizada para evaluar el respeto de los instrumentos interamericanos en situaciones de combate.*” Adicionalmente, dicho organismo interamericano ha señalado¹³⁸ 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. (...) Es precisamente en*

¹³⁴ M.P. Ciro Angarita Barón.

¹³⁵ M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹³⁶ Corte IDH, *Caso Cruz Sánchez y Otros vs. Perú*, párrafos 271 y 272.

¹³⁷ OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 de 22 de octubre de 2002, Documentos de la Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “*Informe sobre terrorismo y derechos humanos*”.

¹³⁸ Informe del caso 11.137 “*Juan Carlos Abella contra Argentina*”, N° 55/97, Documentos de la Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

situaciones de conflicto armado interno que esas dos ramas del Derecho internacional convergen de manera más precisa y se refuerzan recíprocamente.”

86.8. Otros organismos como el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha señalado¹³⁹ que “*si bien, en lo que atañe a ciertos derechos reconocidos en el Pacto, es posible que normas más específicas del derecho humanitario internacional sean pertinentes a los efectos de la interpretación de los derechos reconocidas en el Pacto, ambas esferas del ámbito jurídico son complementarias, no mutuamente excluyentes.*” Y para el Comité Internacional de las Cruz Roja “*aunque siguen siendo ramas separadas del derecho internacional, el derecho de los derechos humano y el derecho internacional humanitario se han influido mutuamente de manera directa, y continúan haciéndolo.*”

87. En suma, tanto el DIDH como el DIH se encargan de proteger un conjunto de derechos humanos que deben ser respetados en todo momento y lugar frente a cualquier tipo de agresión violenta, sea ésta producto de una confrontación bélica o no. El derecho a la vida, a la integridad personal, a la honra, la libertad individual y el debido proceso, son contenidos jurídicos esenciales protegidos por ambos cuerpos jurídicos, y constituyen un conjunto irreductible de bienes jurídicos que no pueden ser objeto de vulneración o de amenaza, ni siquiera bajo las condiciones extremas del *casus belli*.¹⁴⁰

Por tal motivo, no son admisibles, ni ante la comunidad internacional, ni en el ordenamiento jurídico interno colombiano, las graves violaciones a los derechos humanos, ni los crímenes de guerra como los homicidios en persona protegida, la tortura, los tratos crueles, inhumanos o degradantes, los ataques contra la dignidad de la persona, la toma de rehenes, los juicios sin garantías y las penas sin apego el principio de legalidad. Además, en ambos casos se trata de ordenamientos supranacionales que hacen parte del *ius cogens*, esto es, del conjunto de normas imperativas de derecho internacional, y por tanto han sido entendidos como intangibles¹⁴¹.

La aplicación del eje definitorio en la jurisprudencia constitucional relativa al juicio de sustitución.

88. Esta Corporación se ha pronunciado en anteriores oportunidades sobre demandas en las que se acusa el desconocimiento de las obligaciones del Estado de respetar, garantizar y proteger los derechos humanos, en el marco del análisis del juicio de sustitución de la Constitución.

¹³⁹ Observación General N° 31 de 26 de mayo de 2004 sobre la Naturaleza de la obligación jurídica genera impuesta a los Estados Partes en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

¹⁴⁰ Cfr. Madrid-Malo Garizábal, Mario, “*Convergencia y complementariedad del Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*”, en: et. al. Angarita Ricardo y otros, “*Conflicto Armado y Derecho Humanitario*”, ed. Tercer Mundo editores, Bogotá, 1997, P. 137.

¹⁴¹ Según el principio de intangibilidad en el derecho internacional las normas de *ius cogens* no pueden ser modificadas sino por normas de la misma categoría.

88.1. Así por ejemplo, en la sentencia C-579 de 2013 la Corte examinó si las expresiones “*máximos*”, “*cometidos de manera sistemática*” y “*todos los*” contenidas en el artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2012 sustituían el pilar fundamental de la Constitución relativo al deber del Estado Colombiano de garantizar los derechos humanos. Adicionalmente, la Corte consideró que las normas demandadas estaban estrechamente vinculadas a un sistema integral de justicia transicional, por lo cual era necesario pronunciarse sobre la totalidad del inciso al que se refería la norma.

En términos generales, en dicho pronunciamiento se determinó el alcance de la aplicación de los criterios de priorización y selección de los delitos contra los derechos humanos. Al analizar el asunto, la Corte concluyó que la obligación de investigar, juzgar y en su caso sancionar, implicaba la realización de todos los esfuerzos posibles para investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los DDHH y al DIH. En este sentido, determinó que la investigación debía ser seria, imparcial, efectiva, cumplida en un plazo razonable y con la participación de las víctimas, y la pena debía ser proporcional y efectiva. Dentro de sus consideraciones de la Corte se indicó:

“En conclusión, descendiendo al análisis que ocupa a esta Corporación actualmente, es claro que en tiempos ordinarios y de paz, las obligaciones de los Estados deben ir dirigidas a proteger los derechos humanos que exige el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sin embargo en tiempos de un conflicto armado estas obligaciones internacionales deben atender, además, a lo exigido por el Derecho Internacional Humanitario convencional como norma especial. Lo anterior implica, por una parte, que ambos ordenamientos prestan una protección conjunta a las víctimas, atendiendo al principio “*pro homine*” y al de ley especial, en el caso del DIH, y por otra parte, son ordenamientos que presentan convergencias a través del artículo 3 Común de los Convenios de Ginebra, prevalentemente.

(...) La Corte determinó que existe un pilar fundamental de la Constitución que consiste en el compromiso del Estado social y democrático de derecho de respetar, proteger y garantizar los derechos de la sociedad y de las víctimas. En virtud de este mandato, existe la obligación de: **(i)** prevenir su vulneración; **(ii)** tutelarlos de manera efectiva; **(iii)** garantizar la reparación y la verdad; e **(iv)** investigar, juzgar y en su caso sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario.

(...) La Sala examinó si la posibilidad de centrar esfuerzos en la investigación penal de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, garantiza el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por Colombia. Concluyó que en virtud de los instrumentos de Derechos

Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, y los pronunciamientos de sus intérpretes, es legítimo que se dé una aplicación especial a las reglas de juzgamiento, siempre y cuando se asegure que, como mínimo, se enjuiciarán aquellos delitos.

En cuanto a imputar los delitos solo a sus máximos responsables, la Corte consideró que el Estado no renuncia a sus obligaciones por las siguientes razones: **(i)** la concentración de la responsabilidad en los máximos responsables no implica que se dejen de investigar todos los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, sino que permite que sean imputados solo a quienes cumplieron un rol esencial en su comisión; y **(ii)** se contribuye eficazmente a desvertebrar macroestructuras de criminalidad y revelar patrones de violaciones masivas de derechos humanos, asegurando en últimas la no repetición.

(...) La Corte determinó que los mecanismos de suspensión condicional de ejecución de la pena, sanciones extrajudiciales, penas alternativas y las modalidades especiales de cumplimiento, no implican, por sí solos una sustitución de los pilares esenciales de la Carta, siempre que se encuentren orientados a satisfacer los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición, con observancia de los deberes estatales de investigación y sanción de las graves violaciones de los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario.

El pilar esencial que impone al Estado el deber de respetar, proteger y garantizar los derechos de la sociedad y de las víctimas, exige que todas ellas tengan, como mínimo, las siguientes garantías: **(i)** transparencia del proceso de selección y priorización; **(ii)** una investigación seria, imparcial, efectiva, cumplida en un plazo razonable y con su participación; **(iii)** la existencia de un recurso para impugnar la decisión sobre la selección y priorización de su caso; **(iv)** asesoría especializada; **(v)** el derecho a la verdad, de modo que cuando un caso no haya sido seleccionado o priorizado, se garantice a través (de) mecanismos judiciales no penales y extrajudiciales; **(vi)** el derecho a la reparación integral y; **(vii)** el derecho a conocer dónde se encuentran los restos de sus familiares.

(...) Tal como se señala en la Constitución, sin perjuicio del deber de investigar y sancionar todas las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, la ley estatutaria podrá determinar criterios de selección que permitan centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, objetivo dentro del cual, para la selección de los casos, se

tendrán en cuenta tanto la gravedad como la representatividad de los mismos.

(...) El articulado de la Ley Estatutaria deberá ser respetuoso de los compromisos internacionales contemplados en los tratados que hacen parte del bloque de constitucionalidad, en cuanto a la obligación de investigar, juzgar y en su caso sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario.

(...) Se debe garantizar la verdad y la revelación de todos los hechos constitutivos de graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, a través de mecanismos judiciales o extrajudiciales como la Comisión de la Verdad.”

88.2. Posteriormente, en la sentencia C-577 de 2014 este Tribunal Constitucional estudió una demanda contra el inciso 4° del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2012 en la que se discutía si la no inclusión de los crímenes de guerra, los delitos transnacionales, el narcotráfico y los actos de terrorismo como límites al legislador al momento de determinar qué delitos son conexos al delito político, para efectos de participar en política, sustituía el marco democrático participativo de la Constitución, y las obligaciones de, respeto, garantía y protección de los derechos humanos.

Al analizar la demanda la Corte estableció que existía cosa juzgada constitucional en relación con el inciso 4° del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2012, el cual fue declarado exequible por medio de sentencia C-579 de 2013. Adicionalmente, la Corte Constitucional determinó que el artículo 3° del mismo Acto Legislativo no sustituía el elemento estructural definitorio de la Constitución aducido por el actor.

La Corte explicó que la participación política como principio fundante y transversal al régimen constitucional colombiano, resulta esencial en la conformación, ejercicio y control del poder en un Estado democrático como el establecido a partir de la Constitución de 1991. Al analizar la norma demandada el Tribunal Constitucional, estimó que la atribución conferida al Congreso para que, mediante ley estatutaria, definiera qué delitos debían ser considerados conexos al delito político para efectos de la posibilidad de participar en política, no desconocía el marco democrático participativo establecido en el orden constitucional colombiano.

Al analizar la posible sustitución del eje axial de la Constitución relativo a las obligaciones de respeto, garantía y protección de los derechos humanos, la Corte concluyó que existía plena identidad entre la premisa mayor del juicio de sustitución realizado con ocasión de la sentencia C-579 de 2013 y la formulada por el demandante, razón por la que existía cosa juzgada en la materia. Sin embargo, con ocasión de dicho análisis el Tribunal reiteró los

aspectos medulares de este parámetro de control en juicios de sustitución. Razón por la que a continuación se citan los apartados pertinentes:

“En la sentencia C-579 de 2012, se identificó como parámetro de análisis y premisa mayor: el compromiso del Estado Social y Democrático de Derecho de respetar, proteger y garantizar los derechos de la sociedad y de las víctimas.

En concreto, la sentencia indica “La Corte determinó que existe un pilar fundamental de la Constitución que consiste en el compromiso del Estado social y democrático de derecho de respetar, proteger y garantizar los derechos de la sociedad y de las víctimas. En virtud de este mandato, existe la obligación de: (i) prevenir su vulneración; (ii) tutelarlos de manera efectiva; (iii) garantizar la reparación y la verdad; y (iv) investigar, juzgar y en su caso sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario”.

(...) Cabe señalar, que la incorporación en la premisa mayor construida por el ciudadano del deber de investigar y sancionar a los responsables de delitos transnacionales, como el narcotráfico, y el terrorismo, en nada altera su identidad con aquella que hizo parte del juicio de sustitución realizado en la sentencia C-579 de 2013.

Esto por cuanto, el terrorismo hace parte de aquellas conductas que afectan en manera grave los derechos humanos y frente a las cuales se aplican los criterios de priorización y selección del inciso cuarto demandado, en los términos referidos en la citada sentencia. Que el demandante haya señalado de manera puntual dos tipos penales cuya investigación y sanción considera un elemento definitorio de la Constitución, no transforma al delito de terrorismo en una categoría especial y diferente de las graves infracciones a los derechos humanos.

Por esta razón, en criterio de la Sala, el análisis del deber de investigar el terrorismo ya fue abordado por la Corte Constitucional en la sentencia C-579 de 2013, cuando examinó y determinó el alcance de la aplicación de los criterios de priorización y selección de los delitos contra los derechos humanos. Así mismo, la sentencia C-579 de 2013 se refirió al delito de narcotráfico y precisó que su persecución se impone conforme a los criterios antes mencionados, en cabeza de quienes sean considerados como “máximos responsables”, en la medida que se deben incluir en esta categoría, no solamente los líderes que hayan ordenado la comisión de delitos de lesa humanidad y genocidio, sino también, conductas a través de las cuales se haya financiado como el narcotráfico.”

Síntesis sobre el eje definitorio respetar, garantizar y proteger los derechos humanos.

89. Uno de los ejes definitorios de la Constitución de 1991, radica en la obligación del Estado de respetar, garantizar y proteger los derechos humanos de los asociados, lo que incluye el deber de investigar y juzgar de manera seria e imparcial las graves violaciones a los Derechos Humanos y las infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario. El fundamento de este pilar esencial se encuentra en varios de los artículos de la Carta (Preámbulo, artículos 1, 2, 5, 93, 94, 214 y 215-2), en los cuales se señala el compromiso esencial de las autoridades por asegurar a los integrantes de la Nación un conjunto de derechos y libertades básicas y esenciales. Además de lo anterior, la obligación de respeto, garantía y protección de los derechos humanos se encuentra consagrada en diversos instrumentos y tratados internacionales, e incorporada a nuestro ordenamiento jurídico a través de la figura del bloque de constitucionalidad, razón por la que se trata de normas de la más alta relevancia constitucional.

90. Los derechos humanos se realizan plenamente cuando los Estados cumplen una serie de obligaciones particulares: *(i)* prevenir su vulneración; *(ii)* tutelarlos de manera efectiva; *(iii)* garantizar la reparación y la verdad a las víctimas; e *(iv)* investigar, juzgar y en su caso sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario.

Ahora bien, la obligación concreta de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos, como parte del pilar esencial del respeto, garantía y protección de los derechos humanos, se cumple cuando el Estado: *(i)* realiza todos los esfuerzos posibles para investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario; *(ii)* investiga, juzga y sanciona las principales y más graves violaciones a los DDHH; *(iii)* investiga, juzga y sanciona los delitos que tipifican graves violaciones a los DDHH y graves infracciones al DIH a nivel internacional tales como: los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el genocidio.

91. El DIDH y el DIH operan bajo el principio de complementariedad con base en el cual es necesario proteger un conjunto de derechos humanos esenciales que deben ser respetados en todo momento y lugar, frente a cualquier tipo de agresión violenta, sea ésta producto de una confrontación bélica o no. El principio de complementariedad entre el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos señala que el DIDH y el DIH se aplican de manera concurrente, pues pese a que son dos sistemas normativos independientes y autónomos, son complementarios y convergentes. Este principio también se encuentra consagrado en diversos tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos que establecen: *(i)* la prohibición de suspender el respeto de los derechos humanos, *(ii)* la existencia de conductas ilícitas y prohibidas en todo

tiempo y lugar, y (iii) el carácter de protección doble y complementaria al ser humano.

La premisa menor del juicio de sustitución.

La segunda de las etapas del juicio de sustitución obliga a establecer si el eje definitorio previamente identificado fue reemplazado por otro o eliminado por la reforma examinada. A continuación la Corte abordará este examen, y para el efecto se referirá al contenido de la reforma a efecto de compararla con las disposiciones constitucionales preexistentes y establecer el impacto de la modificación en el eje definitorio

El contenido de la reforma

92. A continuación se identificarán los cambios introducidos por el acto reformativo, a efecto de establecer el impacto que la reforma al artículo 221 de la Carta tendría sobre el eje definitorio *“deber del Estado de proteger y respetar los derechos humanos, en su vertiente: deber de investigar y juzgar seria e imparcialmente las graves violaciones a los derechos humanos y las infracciones graves al derecho internacional humanitario”*.

93. El Acto legislativo 01 de 2015 modificó el artículo 221 de la Constitución Política introduciendo dos nuevos incisos a la regulación constitucional del fuero penal militar, así:

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.”

El contenido del precepto reformado era del siguiente tenor¹⁴²:

Artículo 221. De los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro.

94. Observa la Corte que el inciso primero del artículo 221, el cual contiene los criterios – subjetivo y funcional - bajo los cuales se determina el alcance del fuero penal militar, no fue objeto de modificación alguna por la reforma introducida por el A.L. 01 de 2015. En consecuencia, la Corte reafirma la interpretación que ha efectuado sobre el alcance de esta institución a través de diferentes pronunciamientos, tal como quedó plasmado en los fundamentos 55 a 63 de esta sentencia.

95. Ahora bien, el enunciado que introduce la reforma, y que es objeto del cuestionamiento de los demandantes, es el imperativo de aplicar las normas y principios del derecho internacional humanitario en la investigación y juzgamiento de las conductas punibles relacionadas con el conflicto armado o con un enfrentamiento que reúna las condiciones objetivas del Derecho Internacional Humanitario, atribuibles a los miembros de la Fuerza Pública. Por consiguiente, corresponde a la Corte establecer si la mención explícita del inciso segundo del A.L. 01 de 2015 a las normas y principios del derecho internacional humanitario, como referente normativo aplicable a la investigación y juzgamiento de las conductas punibles de los miembros de la fuerza pública relacionadas con el conflicto armado, excluye la aplicación de otros imperativos normativos como el derecho internacional de los derechos humanos o el derecho penal.

95. Una primera aproximación a esta cuestión impone a la Sala la tarea de efectuar una precisión sobre dos ámbitos en los que resulta imperativa la aplicación de las normas y principios del derecho internacional humanitario, cada uno de los cuales plantea obligaciones y destinatarios distintos. De una parte, su aplicación resulta insoslayable en el desarrollo de las hostilidades en los conflictos armados internacionales y no internacionales, como ordenamiento jurídico unitario y sistemático orientado a la protección de las víctimas de estos conflictos, y que establece obligaciones para el Estado y las partes en conflicto. Y de otra parte, las autoridades judiciales deben aplicar las normas y principios del derecho internacional humanitario en el desarrollo de las investigaciones y juzgamientos que adelanten como consecuencia de las presuntas infracciones a este bloque normativo, cuando son erigidas por el legislador en crímenes de guerra, en tanto aquellas constituyen la fuente de estos. A este último ámbito se refiere el enunciado normativo examinado.

¹⁴² Este texto corresponde al que regía luego del Acto legislativo No. 2 de 1995, que le introdujo algunas modificaciones a la versión original de 1991.

95.1. En relación con el primer ámbito de aplicación mencionado, la jurisprudencia de esta Corte¹⁴³ ha señalado que el derecho internacional humanitario ha sido incorporado de manera automática al ordenamiento constitucional colombiano (Art. 214.2 C.P.)¹⁴⁴, y que sus principios esenciales *“tienen el rango cierto de normas de ius cogens, dado que la comunidad internacional como un todo les ha reconocido carácter perentorio e imperativo, en la misma medida en que se lo ha reconocido a disposiciones cardinales tales como la prohibición del genocidio, la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la tortura o la prohibición del apartheid”*¹⁴⁵.

Corresponde en consecuencia al Estado, en su conjunto, respetar y hacer respetar las normas y principios del derecho internacional humanitario, como parte de su deber de honrar los compromisos internacionales. Sobre las obligaciones que se derivan de este ámbito de aplicación y sus destinatarios ha precisado la jurisprudencia:

“La obligatoriedad del derecho internacional humanitario se impone a todas las partes que participen en un conflicto armado, y no sólo a las Fuerzas Armadas de aquellos Estados que hayan ratificado los respectivos tratados. No es pues legítimo que un actor armado irregular, o una fuerza armada estatal, consideren que no tienen que respetar en un conflicto armado las normas mínimas de humanidad, por no haber suscrito estos actores los convenios internacionales respectivos, puesto que la fuerza normativa del derecho internacional humanitario deriva de la universal aceptación de sus contenidos normativos por los pueblos civilizados y de la evidencia de los valores de humanidad que estos instrumentos internacionales recogen. Todos los actores armados, estatales o no estatales, están entonces obligados a respetar estas normas que consagran aquellos principios mínimos de humanidad que no pueden ser derogados ni siquiera en las peores situaciones de conflicto armado.

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

Como es obvio, la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden

¹⁴³ Sentencias C-225 de 1995, C-574 de 1992 y C-291 de 2007.

¹⁴⁴ Sentencia C-225 de 1995.

¹⁴⁵ Sentencia C-291 de 2007.

jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores.”¹⁴⁶

La importancia de las normas y principios del Derecho Internacional Humanitario contemporáneo es tal, que en sí mismos proveen el fundamento para la responsabilidad penal individual de quienes cometen graves infracciones a esta normatividad, esto es, crímenes de guerra. Ello implica que tanto la actividad del legislador cuando, en desarrollo de su potestad de configuración normativa en materia penal¹⁴⁷, erige en delitos las más serias infracciones al derecho internacional humanitario¹⁴⁸, como la de las autoridades judiciales cuando investigan y juzgan dichas conductas, estén condicionadas por las normas y principios que integran dicho cuerpo normativo (el DIH).

95.2. En lo que concierne al deber de aplicación de las normas y principios del derecho internacional humanitario, en el ámbito de la actividad judicial, la jurisprudencia de esta Corte ha destacado que en virtud de su pertenencia al bloque de constitucionalidad¹⁴⁹, dichas normas y principios cumplen una doble función (interpretativa e integradora)¹⁵⁰ que contribuye a proveer de coherencia y unidad al orden jurídico. Por ser el DIH el entorno jurídico en el cual se han proferido las normas que tipifican como delito ciertas infracciones a esa normatividad, esto es, los denominados crímenes de guerra, es apenas natural que para su interpretación y aplicación los operadores jurídicos deban recurrir con frecuencia a las normas y principios que orientan y configuran el derecho de los conflictos armados.

¹⁴⁶ Sentencia C-225 de 1995.

¹⁴⁷ En la sentencia C-291 de 2007, la Corte señaló que: “(A)l momento de diseñar la política criminal del país y, como parte de esta tarea, establecer los tipos penales con su correspondiente sanción, el Legislador cuenta con un margen de configuración amplio pero no ilimitado, puesto que debe ser respetuoso de los límites establecidos en la Constitución Política interpretada a la luz de las normas que conforman el bloque de constitucionalidad -sea para determinar el contenido de las cláusulas constitucionales existentes, o para proveer parámetros específicos en ausencia de disposiciones constitucionales expresas y por remisión específica de los artículos 93, 94 y 44 Superiores-”.

¹⁴⁸ Como en efecto ocurrió al configurar en el título II del Código Penal (Ley 599 de 2000) los “Delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario”.

¹⁴⁹ Así lo ha reconocido explícitamente en las sentencias C-574 de 1992, C-225 de 1995 y C-291 de 2007. En la sentencia C-225 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) la Corte señaló que “*la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores*”.

¹⁵⁰ En la sentencia C-291 de 2007, la Corte explicó: “Las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad cumplen diversas funciones dentro del ordenamiento jurídico colombiano; en relación con el establecimiento de límites al margen de configuración del Legislador en materia penal, el bloque de constitucionalidad cumple dos funciones distintas: una función *interpretativa* –sirve de parámetro guía en la interpretación del contenido de las cláusulas constitucionales y en la identificación de las limitaciones admisibles a los derechos fundamentales-, y una función *integradora* -provisión de parámetros específicos de constitucionalidad en ausencia de disposiciones constitucionales expresas, por remisión directa de los artículos 93, 94, 44 y 53 Superiores-. Ambas funciones han sido aplicadas por la Corte Constitucional en su jurisprudencia sobre los límites del margen de configuración del legislador en materia penal, sea para identificar un desconocimiento de la Constitución con la ayuda interpretativa de las normas incluidas en el bloque, o para aplicar directamente los parámetros establecidos por tales normas en ausencia de una cláusula constitucional específica.”

La Corte ha subrayado que los preceptos que integran el bloque de constitucionalidad, dada su jerarquía de norma superior y su poder de irradiación sobre la interpretación de las leyes, tienen el carácter de verdaderas fuentes del derecho para los jueces y los demás sujetos de derecho:

“[E]l hecho de que las normas que integran el bloque de constitucionalidad tengan jerarquía constitucional hace de ellas verdaderas fuentes de derecho, lo que significa que los jueces en sus providencias y los sujetos de derecho en sus comportamientos oficiales o privados deben atenerse a sus prescripciones. Así como el preámbulo, los principios, valores y reglas constitucionales son obligatorios y de forzoso cumplimiento en el orden interno, las normas del bloque de constitucionalidad son fuente de derecho obligatoria para todos los asociados. (...) El hecho de compartir la jerarquía del texto formal de la Carta convierte a los dispositivos del bloque en “eje y factor de unidad y cohesión de la sociedad”¹⁵¹, y la condición de ocupar con ellos el máximo peldaño en la escala normativa obliga a que toda la legislación interna acondicione su contenido y ajuste sus preceptos a los estatutos por aquellas adoptados, pues éstos irradian su potestad sobre todo el ordenamiento normativo¹⁵².”

De ahí que las autoridades judiciales, en el desarrollo de las investigaciones y juzgamientos que adelanten respecto de las conductas punibles atribuibles a los miembros de la fuerza pública en relación con el conflicto armado, estén sujetas a las normas y principios del derecho internacional humanitario, como fuente normativa que da origen a la configuración de los delitos contra las leyes y costumbres de la guerra. Como pautas orientadoras de su labor hermenéutica, cobran particular relevancia principios humanitarios nucleares, que a su vez constituyen normas de *ius cogens* como son los de distinción¹⁵³, precaución¹⁵⁴, trato humanitario y respeto de las garantías fundamentales de las personas¹⁵⁵. Es a este ámbito de aplicación del derecho internacional humanitario al que refiere la reforma examinada.

¹⁵¹ Cfr. Sentencia C-531/93.

¹⁵² Según se precisó con claridad en la sentencia C-067 de 2003 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra): “Esta Corporación reitera que conforme a su jurisprudencia, la Carta Política tiene una capacidad de irradiación sobre la interpretación de las leyes y de los contratos celebrados por los particulares, pues la educación y los derechos fundamentales de los ciudadanos constituye un marco valorativo que impregna y condiciona todos los actos jurídicos celebrados por los coasociados.” (Sentencia T-202 de 2000, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz).

¹⁵³ El principio de distinción busca “*la protección de la población civil y de objetos civiles, y establece la distinción entre combatientes y no combatientes; 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 militares*”¹⁵³. Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva sobre la Legalidad de la Amenaza o el Uso de Armas Nucleares, 1996. Cita y traducción tomada de la Sentencia C-291 de 2007.

¹⁵⁴ “*Las operaciones militares se realizarán con un cuidado constante de preservar a la población civil, a las personas civiles y los bienes de carácter civil. Se tomarán todas las precauciones factibles para evitar, o reducir en todo caso a un mínimo, el número de muertos y heridos entre la población civil, así como los daños a bienes de carácter civil, que pudieran causar incidentalmente.*” (Sistematización del CICR, Norma 15).

¹⁵⁵ De acuerdo la Sistematización del CICR, Norma 87: “Las personas civiles y las personas fuera de combate serán tratadas con humanidad”, Este principio es aplicable a conflictos armados tanto internos como

96. Continuando con la fijación del alcance de la reforma constitucional sometida a control, resulta pertinente responder a una inquietud formulada, en su intervención, por el señor Representante de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia. Pone de presente el interviniente que la norma acusada, al usar la expresión “*o enfrentamiento que reúna las condiciones del derecho internacional humanitario*” como ámbito en el que también regirían las normas y principios este cuerpo normativo, distorsiona los mandatos esenciales del DIH pues incorpora una reinterpretación extensiva de las normas del DIH que excede el criterio definitorio de un conflicto armado no internacional, contenido en el protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra, el cual está delimitado con precisión en su ámbito espacial, temporal y material.

Al respecto observa la Corte que aunque en efecto, la expresión parece ambigua y podría dar lugar a interpretaciones expansivas e inapropiadas, ella misma reconduce a su adecuada interpretación comoquiera que exige que el enfrentamiento “*reúna las condiciones del derecho internacional humanitario*”. Algunos instrumentos de derecho internacional humanitario, y más recientemente, de derecho penal internacional, cuando hacen referencia a los conflictos armados no internacionales, exigen que el conflicto armado reúna determinadas características para que pueda ser aplicado el instrumento correspondiente.

En este sentido el artículo 3º común a los Convenios de Ginebra de 1949 establece como única exigencia que el conflicto armado “*surja en el territorio de una de las Altas partes contratantes*”, esto es, que se libere al interior del territorio de un Estado. Por su parte, el artículo 8.2 f del Estatuto de la Corte Penal Internacional señala que los crímenes de guerra en conflictos armados no internacionales son aquellos que “*tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos*”. En tanto que el artículo 1º del Protocolo II de 1977 exige que uno de los actores armados sea las fuerzas armadas del Estado y requiere además que la otra parte en el conflicto posea control territorial, organización y mando responsable, que pueda realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y que esté en capacidad de aplicar ese Protocolo.

De otra parte, la jurisprudencia penal internacional también ha tratado de dar alcance a este concepto al señalar que “*existe un conflicto armado siempre*

internacionales. De este principio, que protege el bien jurídico de la dignidad humana en situaciones de conflicto armado, se deriva una serie de garantías fundamentales y salvaguardas humanitarias que son inherentes a la persona y deben ser respetadas en todo caso, así como la prohibición de generar males superfluos o sufrimientos innecesarios. El principio humanitario no sólo es el fundamento último del Derecho Internacional Humanitario como un todo, sino que en sí mismo es una norma de carácter convencional y consuetudinario. (Sentencia C-291 de 2007).

que se recurra a la fuerza armada entre los Estados o violencia armada prolongada entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados, o entre tales grupos de un Estado”¹⁵⁶.

Retomando estos criterios orientadores la jurisprudencia de nuestro Tribunal constitucional ha indicado que la existencia de un conflicto armado debe ser examinada en concreto, y que para el efecto resultan relevantes elementos como la intensidad del conflicto y el nivel de organización de las partes:

“En consecuencia, la determinación de la existencia de un conflicto armado debe realizarse no en abstracto, sino en atención a las características de cada caso particular¹⁵⁷. Para efectos de establecer en casos concretos si un determinado conflicto ha trascendido el umbral de gravedad necesario para ser clasificado como un conflicto armado interno, la jurisprudencia internacional ha recurrido principalmente a dos criterios: (i) la intensidad del conflicto, y (ii) el nivel de organización de las partes.¹⁵⁸ Al apreciar la intensidad de un determinado conflicto, las Cortes internacionales han aplicado, por

¹⁵⁶ Tribunal Penal Internacional de Yugoslavia, sentencia de octubre 2 de 1995 (caso Tadic), párag.70

¹⁵⁷ Así, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda ha explicado que “la definición de un conflicto armado *per se* se formula en abstracto; el que una situación pueda o no ser descrita como un “conflicto armado” que satisface los criterios del Artículo 3 Común, ha de decidirse en cada caso concreto”. [Traducción informal: “*The definition of an armed conflict per se is termed in the abstract, and whether or not a situation can be described as an “armed conflict”, meeting the criteria of Common Article 3, is to be decided upon on a case-by-case basis.*”] Tribunal Penal Internacional para Ruanda, caso del **Fiscal vs. Rutaganda**, sentencia del 6 de diciembre de 1999.

¹⁵⁸ El Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia ha explicado en este sentido: “Bajo este test, al establecer la existencia de un conflicto armado de carácter interno la Sala debe apreciar dos criterios: (i) la intensidad del conflicto y (ii) la organización de las partes [ver sentencia del caso Tadic, par. 562]. Estos criterios se utilizan ‘solamente para el propósito, como mínimo, de distinguir un conflicto armado de actos de delincuencia, insurrecciones desorganizadas y de corta duración, o actividades terroristas, que no están sujetas al Derecho Internacional Humanitario’ [sentencia del caso Tadic, par. 562]. (...) En consecuencia, *un cierto* grado de organización de las partes será suficiente para establecer la existencia de un conflicto armado. (...) Esta posición es consistente con otros comentarios autorizados sobre el tema. Un estudio por el CICR sometido como documento de referencia a la Comisión Preparatoria para el establecimiento de los Elementos de los Crímenes para la CPI notó que: ‘La determinación de si existe un conflicto armado no internacional no depende del juicio subjetivo de las partes a ese conflicto; debe ser determinado con base en criterios objetivos; el término ‘conflicto armado’ presupone la existencia de hostilidades entre fuerzas armadas organizadas en mayor o menor medida; debe haber oposición por las fuerzas armadas, y una cierta intensidad de los combates.(...)’”. [Traducción informal: “*Under this test, in establishing the existence of an armed conflict of an internal character the Chamber must assess two criteria: (i) the intensity of the conflict and (ii) the organisation of the parties.[See Tadic Trial Judgement, para 562.]These criteria are used “solely for the purpose, as a minimum, of distinguishing an armed conflict from banditry, unorganized and short-lived insurrections, or terrorist activities, which are not subject to international humanitarian law.” [Tadic Trial Judgement, para 562.] (...) Therefore, some degree of organisation by the parties will suffice to establish the existence of an armed conflict. (...)This position is consistent with other persuasive commentaries on the matter. A study by the ICRC submitted as a reference document to the Preparatory Commission for the establishment of the elements of crimes for the ICC noted that: The ascertainment whether there is a non-international armed conflict does not depend on the subjective judgment of the parties to the conflict; it must be determined on the basis of objective criteria; the term ‘armed conflict’ presupposes the existence of hostilities between armed forces organised to a greater or lesser extent; there must be the opposition of armed forces and a certain intensity of the fighting.(...)”]. Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia, **caso del Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros**, sentencia del 30 de noviembre de 2005.*

ejemplo, factores tales como la seriedad de los ataques y si ha habido un incremento en las confrontaciones armadas¹⁵⁹, la extensión de las hostilidades a lo largo de un territorio y de un período de tiempo¹⁶⁰, el aumento en las fuerzas armadas estatales y en su movilización, así como la movilidad y distribución de armas de las distintas partes enfrentadas¹⁶¹. En cuanto a la organización de los grupos enfrentados, las cortes internacionales la han apreciado de conformidad con criterios tales como la existencia de cuarteles, zonas designadas de operación, y la capacidad de procurar, transportar y distribuir armas.^{162»163}

De las anteriores referencias se puede concluir que tanto desde el punto de vista de los instrumentos internacionales, de la jurisprudencia y de la doctrina especializada, los elementos comunes que caracterizan el ámbito de aplicación del DIH es el nivel de organización de los actores armados enfrentados y el carácter prolongado de la confrontación. Ello reviste relevancia para excluir de dicho ámbito conceptual los actos de violencia individual, la utilización de la fuerza que no constituya una acción típica militar, o los hechos delincuenciales o criminales ordinarios¹⁶⁴. Sobre el particular cabe destacar que el artículo 1º del Protocolo II establece que los actos aislados y esporádicos de violencia definidos por esa norma como *tensiones internas y disturbios interiores*, no constituyen conflicto armado.

En consecuencia la alusión que el segundo inciso del artículo 1º del A.L. 01 de 2015 hace a “*un enfrentamiento que reúna las condiciones objetivas del derecho internacional humanitario*” debe ser interpretado conforme al desarrollo normativo y conceptual que los instrumentos internacionales y la jurisprudencia nacional e internacional le han dado al ámbito material de aplicación del derecho internacional humanitario, esto es, que se trate de situaciones que objetivamente reúnan la condiciones de un conflicto armado, en los términos ya indicados.

97. El cargo que es objeto de este análisis de constitucionalidad se basa en la supuesta ambigüedad que surge de la norma, en tanto que ella admitiría dos posibles interpretaciones. Así lo sostienen los actores:

¹⁵⁹ Ver, entre otros, los casos **Fiscal v. Dusko Tadic**, No. IT-94-1-AR72, decisión de la Sala de Apelaciones sobre su propia jurisdicción, 2 de octubre de 1995; **Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros**, sentencia del 30 de noviembre de 2005; **Fiscal vs. Zejnil Delalic y otros (caso Celebici)**, sentencia del 16 de noviembre de 1998.

¹⁶⁰ Ver, entre otros, los casos **Fiscal v. Dusko Tadic**, No. IT-94-1-AR72, decisión de la Sala de Apelaciones sobre su propia jurisdicción, 2 de octubre de 1995; **Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros**, sentencia del 30 de noviembre de 2005

¹⁶¹ Ver, entre otros, los casos **Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros**, sentencia del 30 de noviembre de 2005; **Fiscal vs. Zejnil Delalic y otros (caso Celebici)**, sentencia del 16 de noviembre de 1998.

¹⁶² Ver, entre otros, el caso **Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros**, sentencia del 30 de noviembre de 2005.

¹⁶³ Sentencia C-291 de 2007.

¹⁶⁴ Sobre el particular el Comité Internacional de la Cruz Roja ha precisado que “El hecho de que personas y grupos puedan ahora dirigir su violencia traspasando fronteras internacionales o crear redes transnacionales no justifica, en sí mismo, el calificar este fenómeno criminal como conflicto armado”. Comité Internacional de la Cruz Roja, XXVIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, diciembre de 2003. “El derecho internacional humanitario y los retos de los conflictos armados contemporáneos. Informe preparado por el Comité Internacional de la Cruz Roja”, septiembre de 2003, pág. 20.

“(…) 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 artículos 93 y 214 inciso 2º, de tal forma que al incluir en el artículo 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 la investigación y el juzgamiento de las conductas cometidas por los 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.

98. Para la Corte el enunciado normativo que impone a los jueces y fiscales la obligación de aplicar las normas y principios del derecho internacional humanitario en las investigaciones y juicios que adelanten por conductas punibles de los miembros de la fuerza pública relacionadas con el conflicto armado, entraña en efecto, una reafirmación de los imperativos que se derivan de los artículos 214.2 de la Constitución, según el cual “*en todo caso se aplicarán la reglas del derecho internacional humanitario*”, y 93 ib. en virtud del cual las normas y principios del DIH son fuente de derecho para los jueces y otros operadores judiciales, e irradian la aplicación e interpretación de las normas legales, dada su integración al bloque de constitucionalidad.

99. No obstante, la mención explícita que el precepto examinado realiza a las normas y principios del derecho internacional humanitario como fuentes normativas e interpretativas vinculantes para los operadores jurídicos que investigan y juzgan conductas punibles acaecidas en contexto de conflicto armado, no puede interpretarse como la exclusión de otras fuentes que también deben guiar la labor de estas autoridades en la selección y

adjudicación de sentido a los enunciados normativos que, al amparo de su autonomía, habrán de elegir para la resolución de cada caso.

100. Por consiguiente la referencia explícita al derecho internacional humanitario como marco jurídico aplicable en las investigaciones y juzgamientos de las conductas punibles de los miembros de la fuerza pública relacionadas con el conflicto armado, no excluye la eventual aplicación de otras fuentes del derecho como las normas y principios del derecho internacional de los derechos humanos, o el mismo derecho penal, en tanto la autoridad judicial, en ejercicio de su autonomía y atendidas las circunstancias particulares del caso, considere que deben regir su resolución.

A esta conclusión se llega a partir de dos argumentos fundamentales. En primer lugar, (i) la interpretación del segmento normativo sometido a control debe efectuarse mediante un método de armonización que lo ponga en contacto con otros principios y preceptos constitucionales, con el fin de favorecer la coherencia y racionalidad al sistema del cual forma parte. Y en segundo lugar, (ii) dada la interacción y convergencia que caracteriza las relaciones entre el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos (F.J. 86 y 87) no es admisible pretender que en un determinado ámbito de la actividad judicial, se acuda únicamente al primero de esos parámetros, con exclusión predeterminada del otro.

(i) Una opción hermenéutica basada en el principio de armonización constitucional.

101. En cumplimiento de su función de preservar la integridad e identidad de la Constitución, corresponde a la Corte interpretar sus normas, y fijar el sentido que mejor desarrolle los postulados superiores en el momento de su aplicación¹⁶⁵. Y al hacerlo, la Corte entiende que todas las disposiciones superiores deben ser tenidas en cuenta en su integridad, eludiendo la hermenéutica descontextualizada de normas aisladamente consideradas. Debe, por lo tanto, hacer una lectura de la preceptiva superior que integre todas las disposiciones, a fin de obtener un entendimiento sistemático y coherente del estatuto fundamental¹⁶⁶.

Los valores y principios fundamentales son normas que orientan la producción, aplicación e interpretación de las demás normas, determinan criterios interpretativos del resto del ordenamiento constitucional, y en caso

¹⁶⁵ Así ha ocurrido, entre otras, en las Sentencias C-225 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-444 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-1287 de 2001, Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁶⁶ Sentencia C- C-1287 de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

de conflicto entre los distintos valores o principios superiores, el intérprete debe acudir a la ponderación de los mismos a fin de lograr su máxima efectividad.

102. Conforme a ello, estima la Corte necesario llevar a cabo una labor de interpretación, aplicando el criterio de armonización, que ponderando los distintos principios constitucionales implicados en el presente asunto, maximice su efectividad a la hora de aplicar las normas acusadas, a fin de fijar cuál es la interpretación que permita que al ser aplicadas se equilibre y armonice la aplicación de todos los principios constitucionales implicados en ellas.

Como se ha indicado en aparte anterior de esta sentencia, en especial al identificar el eje definitorio que se acusa como sustituido por el segmento de la reforma examinado, este Tribunal constitucional ha señalado que uno de los pilares esenciales de nuestra Constitución, y del Estado social y democrático de derecho, es la obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos de los asociados. Imperativo que se encuentra consignado en varios artículos de la Constitución, dentro de los cuales se hace especial énfasis en los artículos 1, 2, 5, 93, 94, 214 y 215-2.

En efecto, desde el Preámbulo mismo y en sus primeros artículos la Constitución señala su compromiso esencial con el respeto, protección y garantía de los derechos humanos, como piedra angular de la cláusula de Estado Social y Democrático de Derecho (art. 1º C.P.), como fórmula para fortalecer y asegurar a los integrantes de la Nación (Preámbulo) la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz.

Así mismo, dentro de los fines esenciales del Estado (art. 2º C.P.) se encuentra el de “*promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución*”. En pro de ese propósito, las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas en sus “*(...) derechos y libertades.*” Adicionalmente, se señala en la Carta (art. 5º C.P.) que se garantiza la primacía de los derechos inalienables de las personas.

La Constitución consagra, igualmente, en su Título II un amplio catálogo de derechos¹⁶⁷, así como un conjunto de garantías judiciales (arts. 86, 87, 88 y 241-1) que permiten la exigibilidad inmediata de dichos derechos. Contempla a su vez el derecho de acceso a una administración de justicia independiente y autónoma (Arts. 228, 229 y 230 C.P.), como mecanismo de protección de los derechos fundamentales.

¹⁶⁷ Es importante precisar que en otros artículos a lo largo de la Constitución se reconocen otros derechos constitucionales. Así por ejemplo, el artículo 229 consagra el derecho de todas las personas a acceder a la administración de justicia, mientras el artículo 333 dispone: “*La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades*”.

Otros preceptos complementan este catálogo de derechos previsto en la Constitución, e incluyen una referencia expresa a los derechos humanos reconocidos internacionalmente. Así por ejemplo, a través del artículo 93 se incorpora a nuestro ordenamiento constitucional los derechos reconocidos en los *“tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción”*, y establece que los derechos y deberes reconocidos por la Constitución deben ser interpretados de conformidad con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Bloque de constitucionalidad). En un sentido similar, el artículo 215-2, dispone que durante los estados de excepción *“no podrán suspenderse los derechos fundamentales”* y que *“en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”*.

Finalmente, el artículo 94 señala que los derechos previstos en el Título II y los tratados sobre Derechos Humanos no agotan el catálogo de los derechos fundamentales, pues *“[l]a enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.”*

103. Una interpretación de la expresión *“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”*, del inciso segundo del artículo 1º del A. L. 01 de 2015, que ponga en relación este contenido con los principios y normas de la Constitución que exigen el respeto, garantía y protección de los derechos humanos en todos los ámbitos de la configuración del Estado y de la vida de los individuos, debe conducir a un sentido de la norma que incorpore en su contenido este referente normativo.

En efecto, la armonización del inciso segundo del acto legislativo 01 de 2015, con los mandatos de la Carta y del bloque de constitucionalidad que establecen la obligación del Estado de garantizar la efectividad de los principios, derechos y libertades consagrados en la Constitución; con los preceptos que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción; con las normas que establecen garantías judiciales en todos los ámbitos de la administración; con aquellas disposiciones que proscriben la suspensión de *los derechos fundamentales* y que prescriben que en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario, lleva a concluir que la explícita referencia al derecho internacional humanitario como marco normativo aplicable en las investigaciones a que se refiere la norma acusada, no puede excluir la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos.

Una comprensión armónica y coherente de la norma examinada con los principios y preceptos enunciados que constituyen el fundamento del Estado social y democrático de derecho y se alinean en torno al principio de la dignidad humana, elimina la posibilidad de que un ámbito de la administración de justicia se excluya del imperio de las normas y principios del derecho internacional de los derechos humanos.

De manera que una hermenéutica basada en el principio de armonización que ponga en contacto el precepto acusado con los principios y preceptos de la Carta que ordenan el respeto, garantía y protección de los derechos humanos, conduce a fijar un sentido de la norma, según el cual *“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”*, sin que ello excluya la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos.

(ii) La interpretación de la norma en el marco de los principios de complementariedad y convergencia entre el DIH y el DIDH

104. En cuanto al segundo argumento anunciado, esto es, la complementariedad y convergencia que rigen las relaciones entre el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, cabe recordar que, como lo ha indicado esta Corte:

“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.

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”¹⁶⁸.

¹⁶⁸ Sentencia C-291 de 2007.

105. Esta concepción teórica tiene repercusiones en el ámbito de la aplicación judicial, en el que estos ordenamientos jurídicos complementarios y convergentes también interactúan. El hecho de que el derecho internacional humanitario pueda ser considerado, en investigaciones de conductas punibles relacionadas con el conflicto armado, *lex specialis*, ello en modo alguno implica prescindir de la aplicación de otros imperativos como los derivados de los principios y normas del derecho internacional de los derechos humanos; esto sería contrario al reconocido carácter complementario de estos *corpus iuris*. En tales eventos lo que ocurre es que el DIH puede servir como *lex specialis* para interpretar y aplicar los instrumentos internacionales de derechos humanos, como bien lo ha advertido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: “*en situaciones de conflicto armado se aplica el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario*”, y que “*en situaciones de conflicto armado, el derecho internacional humanitario puede servir como lex specialis para interpretar y aplicar los instrumentos internacionales de derechos humanos (...)*¹⁶⁹”.

De tal manera que la interacción de estos dos órdenes normativos no solamente tiene implicaciones en el plano teórico sino también en el campo de la actividad judicial, durante el proceso de adecuación que en el marco de su autonomía, deben adelantar las autoridades judiciales cuando examinan las fuentes aplicables y el sentido de los textos bajo los cuales resuelven los casos.

La identificación en los dos cuerpos normativos (DIH y DIDH) de garantías inderogables comunes y las implicaciones que ello tiene en el proceso de selección del derecho aplicable, fue objeto de ilustración por la jurisprudencia de la Corte en los siguientes términos:

“La prohibición del homicidio de personas civiles y fuera de combate es una norma de *ius cogens* en sí misma. **A este respecto debe recordarse que esta prohibición del Derecho Internacional Humanitario corresponde a una de las garantías no derogables del Derecho Internacional de los Derechos Humanos** –el derecho a la vida¹⁷⁰– circunstancia que según se indicó más arriba, es una prueba de su carácter imperativo o perentorio. Así mismo, en el marco de los conflictos armados internos la privación del derecho a la vida de las personas civiles o fuera de combate, equivale igualmente a la violación de prohibiciones imperativas, como lo son el principio de distinción, la

¹⁶⁹ OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 de 22 de octubre de 2002, Documentos de la Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “*Informe sobre terrorismo y derechos humanos*”.

¹⁷⁰ El derecho a la vida y la prohibición de su privación arbitraria están consagrados, entre otras, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 6) y la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 4). El carácter no derogable del derecho a la vida y la prohibición de su suspensión en estados de emergencia están consagradas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 4-2) y la Convención Americana de Derechos Humanos (Art. 27-2), entre otras.

prohibición de atacar a la población civil o la prohibición de ataques indiscriminados y armas de efectos indiscriminados.

La violación de esta prohibición conlleva responsabilidad penal en tanto crimen de guerra, si están dados los elementos constitutivos del delito, tal y como los ha precisado la jurisprudencia internacional. El Estatuto de Roma tipifica como crimen de guerra en conflictos armados internacionales, en su artículo 8(2)(c)(i), el “homicidio en todas sus formas” en tanto manifestación de los “actos de violencia contra la vida y la persona”¹⁷¹. También lo tipifican el Estatuto del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia¹⁷², el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda¹⁷³ y la Carta de la Corte Especial para Sierra Leona¹⁷⁴. Según ha demostrado minuciosamente el CICR en su trabajo de Sistematización, la prohibición del homicidio de civiles y personas fuera de combate ha sido reafirmada de manera extensa por la jurisprudencia internacional y comparada, y en general por la práctica de la comunidad internacional.

Ahora bien, independientemente de la posible configuración del crimen de guerra de homicidio en persona civil o en persona fuera de combate, observa la Corte Constitucional que el acto material subyacente, v.g. el de tomar la vida de una persona amparada por el principio de distinción, puede dar lugar a la configuración de otros tipos de delitos bajo el Derecho Internacional Humanitario, entre los cuales se cuentan el genocidio y los crímenes de lesa humanidad de exterminio, persecución, ataques contra civiles o violencia contra la persona; depende en cada caso del contexto en el cual se cometió el acto y de la presencia de las distintas condiciones específicas para la configuración de estas figuras delictivas¹⁷⁵. Todas ellas comparten un núcleo común de elementos con

¹⁷¹ Artículo 8. “Crímenes de guerra. (...) 2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por ‘crímenes de guerra’: (...) (c) En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y los que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, lesiones, detención o por cualquier otra causa: (i) Actos de violencia contra la vida y la persona, en particular el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura (...)”.

¹⁷² Art. 2(a).

¹⁷³ Art. 4(a).

¹⁷⁴ Art. 3(a).

¹⁷⁵ Así, en la jurisprudencia del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, los elementos del homicidio como crimen de guerra y del homicidio como crimen de lesa humanidad, son los mismos, como también son similares los elementos del crimen de exterminio, diferenciándose en cada caso por la escala en la que se cometen los hechos y el contexto en el que se realizan (y teniendo en cuenta que el conflicto armado no es un elemento de los crímenes de lesa humanidad, aunque éstos se pueden cometer en su curso). En este sentido, en el caso *Blagojevic* el Tribunal explicó que “los elementos del delito de homicidio como crimen de lesa humanidad y como violación de las leyes o costumbres de la guerra es la misma. (...) La jurisprudencia de este Tribunal y del Tribunal Penal Internacional para Ruanda han establecido en varias oportunidades que los elementos principales del exterminio son esencialmente similares a los requeridos para el homicidio deliberado bajo el Artículo 2 y para el homicidio bajo los Artículos 3 y 5 del Estatuto. La escala de los crímenes es, sin embargo, específica: el exterminio ‘debe interpretarse como homicidio a una escala mayor – homicidio en masa’.” [Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Blagojevic y Jokic**, sentencia del 17 de enero de 2005]. En igual sentido, ver el caso *Brdjanin*: “Es claro en

la definición del delito de homicidio como crimen de guerra, a saber, “la muerte de la víctima que resulta de un acto u omisión del acusado, cometido con la intención de matar o de causar daño corporal serio, con el conocimiento razonable de que probablemente causaría la muerte”^{176,177}.

De manera que la complejidad fáctica de los asuntos que dan lugar a investigaciones y juzgamientos por conductas punibles ocurridas en el contexto de un conflicto armado, exige una amplia libertad para que los operadores jurídicos, en ejercicio de su autonomía funcional, efectúen el proceso de adecuación de los hechos puestos bajo su conocimiento, al amparo de las fuentes normativas que traduzcan de mejor manera el desvalor de la acción objeto de su pronunciamiento, la efectiva protección de los derechos de las víctimas, y garanticen, a su vez, un juicio justo a los implicados.

103. En el ámbito del derecho penal internacional¹⁷⁸ la cuestión de la interacción entre el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, con implicaciones en el proceso de adecuación normativa de los crímenes internacionales ha sido objeto de desarrollo por la jurisprudencia y la doctrina especializada:

“680. Por lo que refiere a la relación entre los crímenes de derecho internacional hay que destacar que los crímenes contra la humanidad pueden coincidir tanto con los crímenes de guerra¹⁷⁹ como con el

la jurisprudencia del Tribunal que los elementos del crimen subyacente de homicidio voluntario bajo el Artículo 2 del Estatuto son idénticos a los que se requieren para el homicidio bajo el Artículo 3 y el Artículo 5 del Estatuto. (...) La jurisprudencia de este Tribunal y del Tribunal Penal Internacional para Ruanda ha sostenido consistentemente que, aparte de la cuestión de la escala, los elementos centrales del homicidio voluntario (Artículo 2) y del homicidio (Artículo 3 y Artículo 5) por una parte, y del exterminio (Artículo 5) por otra parte, son los mismos” [Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Radoslav Brdjanin**, sentencia del 1º de septiembre de 2004]. Ver en idéntico sentido los casos del **Fiscal vs. Radoslav Brdjanin**, sentencia del 1º de septiembre de 2004; **Fiscal vs. Dario Kordic y Mario Cerkez**, sentencia del 26 de febrero de 2001; y **Fiscal vs. Momcilo Krajisnik**, sentencia del 27 de septiembre de 2006.

¹⁷⁶ Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Blagojevic y Jokic**, sentencia del 17 de enero de 2005. Ver en igual sentido los casos del **Fiscal vs. Radoslav Brdjanin**, sentencia del 1º de septiembre de 2004, **Fiscal vs. Enver Hadzihanovic y Amir Kubura**, sentencia del 15 de marzo de 2006, **Fiscal vs. Sefer Halilovic**, sentencia del 16 de noviembre de 2005.

¹⁷⁷ Sentencia C-291 de 2007.

¹⁷⁸ Cabe precisar que uno de los escenarios en que se aplica, de manera prevalente y prioritaria, el derecho penal internacional es en los tribunales nacionales de justicia. En efecto, “el principio de complementariedad en que se basa el modelo de justicia previsto en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, ofrece a los Estados la posibilidad de perseguir un caso por sí mismos, evitando de este modo la intervención de la Corte Penal Internacional. De este modo permite garantizar la soberanía de los Estados, a la vez que aprovecha las ventajas de los beneficios de una persecución penal descentralizada por parte de los Estados que están más próximos al crimen y que se ven afectados de forma directa por éste. El principio de complementariedad concede a la Corte, al mismo tiempo, una competencia de vigilancia y control *de iure*, que se extiende ampliamente hasta los ámbitos centrales del derecho penal nacional”. (Werle, Gerhard. Tratado de Derecho Penal Internacional. 2ª. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2011. Pág. 165.166).

¹⁷⁹ Tribunal Penal Internacional de Yugoslavia (TPY), sentencia del 12 de junio de 2002 (Caso Kunarac), parág. 176 (...). También TPY, sentencia del 3 de mayo de 2006 (Caso Naletilic´ y Matinovic´), parág. 719. En el mismo sentido, Tribunal Penal Internacional de Ruanda (TPIR), sentencia de 12 de junio de 2007 (caso Martić, AC), parág. 496 (...).

genocidio. La pregunta tanto tiempo discutida¹⁸⁰, de si el genocidio debía ser considerado *lex specialis* respecto de los crímenes contra la humanidad, ha sido contestada de forma negativa por los Tribunales *ad-hoc*¹⁸¹. Con base en esta jurisprudencia los crímenes de guerra y el genocidio pueden aplicarse conjuntamente.

681. En el supuesto de que se cometan diversos hechos individuales en el marco del mismo hecho global hay que tener en cuenta lo siguiente: la tortura y la violación como crímenes contra la humanidad pueden concurrir¹⁸², al igual que la tortura y la violación como crímenes de guerra¹⁸³ y la violación y la esclavitud como crímenes contra la humanidad¹⁸⁴. Por el contrario, el exterminio como crimen contra la humanidad desplaza al homicidio doloso¹⁸⁵. El crimen contra la humanidad de tratos inhumanos es subsidiario respecto del resto de crímenes contra la humanidad¹⁸⁶. Si el crimen de persecución se comete mediante homicidio, tortura, privación de la libertad u otros tratos inhumanos, no se eliminan los correspondientes crímenes contra la humanidad (el homicidio, la tortura, la privación de la libertad, el tratamiento inhumano)¹⁸⁷; en caso contrario, no se tendría en cuenta el completo desvalor de los hechos”.¹⁸⁸

La imposibilidad de partir de una predeterminada selección que privilegie *a priori* la aplicación del derecho internacional humanitario como marco para la investigación y juzgamiento de las conductas relacionadas con el conflicto armado, atribuibles a los miembros de la fuerza pública, con exclusión de otros *corpus iuris*, también imperativos, como el derecho internacional de los derechos humanos, deriva no solamente de la factible concurrencia, a partir de un mismo acto, de infracciones a las leyes y costumbres de la guerra y a los derechos humanos, sino, especialmente de la vocación de tutela integral al ser humano, particularmente en situaciones de confrontación armada, que cumple el principio de convergencia y complementariedad entre el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos.

¹⁸⁰ A favor de la subsidiariedad de los crímenes contra la humanidad frente al genocidio, TPIY, sentencia de 2 de agosto de 2001 (Caso Krstić, TC) parág. 682 y ss.; TPIR, sentencia de 21 de mayo de 1999 (Caso Kayishema y Ruzindana), parág. 648. (...).

¹⁸¹ TPIY, sentencia del 19 de abril de 2004 (caso Krstić, AC), parág. 366 y ss.; TPIR, sentencia del 16 de noviembre de 2001 (caso Musema, AC), parág. 366 y ss.; TPIR, sentencia del 21 de febrero de 2003, (caso Ntakirutima, TC), parág. 864 (...).

¹⁸² TPIY, sentencia del 12 de junio de 2002 (caso Kunarac et al, AC), parág. 179.

¹⁸³ TPIY, sentencia del 12 de junio de 2002 (caso Kunarac et al, AC), parág. 181 y ss.

¹⁸⁴ TPIY, sentencia del 12 de junio de 2002 (caso Kunarac et al, AC), parág. 186 y ss.

¹⁸⁵ TPIY, sentencia de 22 de marzo de 2006 (caso Stakić AC) parág. 366; TPIY, sentencia de 13 de diciembre de 2004 (caso Ntakirutimana, AC), parág. 542; TPIR, sentencia de 15 de mayo de 2003 (Semanza, TC), parág. 500 y ss.; TPIR, sentencia de 13 de abril de 2006 (caso Bisengimana, TC), parág. 96 y ss. (...).

¹⁸⁶ TPIY, sentencia del 19 de abril de 2004 (Caso Krstić, AC), parág. 231; TPIY, sentencia del 2 de noviembre de 2001 (Caso Kuvo`cka et al, TC), parág. 217.

¹⁸⁷ Así, correctamente, TPIY, sentencia de 17 de diciembre de 2004 (caso Kordić und Čerkez, AC), parág. 1039 y ss.; TPIY, sentencia de 22 de marzo de 2006 (Caso Stakić, AC), parág. 350 y ss.; TPIY, sentencia de 3 de mayo de 2006 (caso Naletilić y Martinović, AC) parág. 589 y ss. (...).

¹⁸⁸ Werle, Gerhard. Tratado de Derecho Penal Internacional. 2ª. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2011. Pág. 398. (Traducción de Claudia Cárdenas Aravena, Jaime Couso Salas y María Gutiérrez Rodríguez).

La complejidad y multiplicidad de situaciones, con sus diversos matices y particularidades, que pueden presentar las conductas punibles desarrolladas en contexto de un conflicto armado, exige la reafirmación, en este ámbito, de la autonomía de las autoridades judiciales para la selección de las fuentes aplicables y su interpretación, la cual debe estar condicionada e irradiada por las normas y principios de la mayor jerarquía como son aquellas que integran el bloque de constitucionalidad.

104. El núcleo común de protección al ser humano que comparten el DIH y el DIDH, “*normatividades complementarias que, bajo la idea común de la protección de principios de humanidad, hacen parte de un mismo género: el régimen internacional de protección de los derechos de la persona humana*”¹⁸⁹ se vería drásticamente menoscabado por una configuración normativa que prescindiera de uno de esos referentes insoslayables para la salvaguarda integral del ser humano, especialmente cuando se somete a escrutinio judicial la conducta de los agentes del Estado a quienes se ha confiado misiones de altísima responsabilidad como el uso y disposición de la fuerza legítima, y el monopolio en el ejercicio del poder coactivo del Estado.

105. Con base en las consideraciones precedentes, la interpretación de la cual parten los demandantes para estimar sustituido el eje definitorio “*Deber del Estado de respetar, garantizar y proteger los derechos humanos*”, según la cual el inciso segundo del A.L. 01 de 2015 plasma una decisión del constituyente de excluir deliberadamente la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos de las investigaciones y juicios que se adelanten contra los miembros de la fuerza pública por conductas relacionadas con el conflicto armado, no resulta admisible a la luz del principio de armonización constitucional, al cual se debe acudir para interpretar la Constitución como sistema, y resulta incompatible, así mismo, con los principios de complementariedad y convergencia que rigen las relaciones entre el derecho de los conflictos armados y los derechos humanos, conforme al cual existe una interacción entre estos dos *corpus iuris*, que descarta la posibilidad de excluir, *a priori*, uno de ellos de un determinado ámbito de la administración.

Como lo ha recalcado la jurisprudencia de la Corte IDH y también la de esta corporación (C-225 de 1995), en contextos de conflicto armado el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos comparten un núcleo común de derechos no suspendibles y persiguen el objetivo común de proteger de manera recíproca y reforzada la integridad física y la dignidad del ser humano en un escenario en que se encuentra particularmente expuesto. Esta interacción se proyecta también al ámbito de la selección, interpretación y aplicación de las fuentes del derecho por parte

¹⁸⁹ Cfr. Sentencia 225 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

de las autoridades judiciales cuando desarrollan su labor institucional de proveer justicia respecto de conductas desarrolladas en contexto de conflicto armado.

108. Considera la Corte que el debido proceso de las personas investigadas, los derechos de las víctimas y de sus familiares, así como el orden justo, solo pueden ser asegurados mediante el acatamiento integrado, armónico y convergente de los mandatos constitucionales y los imperativos de respeto, garantía y protección del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos, deber erigido en pilar fundamental del ordenamiento constitucional vigente. Esta es la única interpretación compatible con el deber del Estado de garantizar y proteger el núcleo común que comparten el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, que como lo ha subrayado la jurisprudencia de esta Corte son *“normatividades complementarias que, bajo la idea común de la protección de principios de humanidad, hacen parte de un mismo género: el régimen internacional de protección de los derechos de la persona humana”*.¹⁹⁰

En conclusión, resulta imprescindible que la previsión contenida en el inciso segundo del Acto legislativo 01 de 2015 deba ser comprendida en el sentido de incluir dentro del marco normativo aplicable a la investigación y juzgamiento de los miembros de la fuerza pública por conductas cometidas en relación con el conflicto armado, los principios y normas del derecho internacional humanitario, sin exclusión del derecho internacional de los derechos humanos. Esta es la interpretación que resulta coherente y compatible con el modelo de organización política y jurídica del Estado colombiano, basado en el respeto, garantía y protección universal y permanente de los derechos humanos.

Síntesis del juicio de sustitución

109. Uno de los pilares esenciales de nuestra Constitución, y del Estado social y democrático de derecho, es la obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos a todos los asociados. La fuente de este eje definitorio se encuentra en varias disposiciones de la Carta, dentro de las cuales se pueden mencionar con especial énfasis el Preámbulo y los artículos 1, 2, 5, 93, 94, 214 y 215-2 de la Carta. Además, ha sido reconocido por la jurisprudencia de esta Corte (sentencias C-579 de 2013 y C-577 de 2014) como un eje definitorio de nuestra organización constitucional. Una de las dimensiones a través de la cual se realiza dicho imperativo es la obligación estatal de investigar, juzgar y sancionar de manera seria e imparcial las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al derecho internacional humanitario.

¹⁹⁰ C-574 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.

La aplicación complementaria y convergente del derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, en particular en aquellas situaciones relacionadas con el conflicto armado constituye uno de los dispositivos más eficaces para proveer una protección integral a la persona. Se trata, como lo ha subrayado la Corte, de normatividades complementarias que, bajo la idea común de la protección de principios de humanidad, hacen parte del régimen internacional de protección de los derechos de la persona humana.

Este principio de complementariedad implica que tanto el DIDH como el DIH deben ser aplicados y reconocidos de manera convergente en el contexto de un conflicto armado –internacional, o no internacional–, pues a pesar de que puedan ser considerados como dos sistemas normativos independientes y autónomos, se encuentran en íntima inter-conexión e interacción.

Esta manera de entender la relación entre los mencionados cuerpos normativos tiene implicaciones en el ámbito de la aplicación del derecho, comoquiera que dada la complejidad fáctica de los asuntos que dan lugar a investigaciones y juzgamientos por conductas punibles ocurridas en el contexto de un conflicto armado, los operadores jurídicos en virtud de su autonomía funcional, gozan de una amplia libertad para efectuar el proceso de adecuación de los hechos puestos bajo su conocimiento a las fuentes normativas que traduzcan de mejor manera el desvalor de la acción objeto de su pronunciamiento, la efectiva protección de los derechos de las víctimas, y garanticen, a su vez, un juicio justo a los implicados. En desarrollo de este proceso pueden acudir a disposiciones que integren el bloque normativo derecho internacional humanitario o derechos humanos por cuanto, uno y otro, forman parte del bloque de constitucionalidad y en tal medida, condicionan e irradian la actuación de los operadores jurídicos.

110. El inciso segundo del Acto Legislativo 01 de 2015, estableció que *“En la investigación y juzgamiento de las conductas punibles de los miembros de la fuerza pública, en relación con un conflicto armado o enfrentamiento que reúna las condiciones objetivas del derecho internacional humanitario, se aplicarán las normas y principios de este”*. Luego de una interpretación de la norma, apoyada en el método hermenéutico de armonización constitucional y tomando en consideración el principio de complementariedad que rige las relaciones entre el DIH y el DIDH, la Sala fijó un sentido al precepto constitucional examinado según el cual la explícita referencia que este hace al derecho internacional humanitario como fuente aplicable a las investigaciones y juzgamientos de los miembros de la fuerza pública por conductas punibles relacionadas con el conflicto armado, no excluye la aplicación de otras fuentes como el derecho internacional de los derechos humanos.

111. Este entendimiento de la norma reformativa de la Constitución no sustituye, ni subvierte el deber del Estado de respetar, hacer respetar, garantizar y proteger los derechos humanos, mediante la investigación y

juzgamiento de las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al derecho internacional humanitario. Por el contrario, su interpretación armónica con los principios y valores que orientan el modelo de Estado social y democrático de derecho y los demás preceptos constitucionales y del bloque de constitucionalidad, reafirma, desarrolla y contribuye a la realización del eje definitorio identificado como parámetro del control en el presente juicio.

111.1. En efecto, la sujeción de las investigaciones y juzgamientos que se adelanten contra los miembros de la fuerza pública por conductas relacionadas con el conflicto armado a los imperativos tanto del derecho internacional humanitario, como de los derechos humanos, armoniza con los mandatos de la Carta y del bloque de constitucionalidad que establecen la obligación del Estado de garantizar la efectividad de los principios, derechos y libertades consagrados en la Constitución. Concuera así mismo, con los preceptos que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción. Desarrolla las normas que establecen la exigencia de garantías judiciales en todos los ámbitos de la administración, y es compatible con aquellas disposiciones que proscriben la suspensión de *los derechos fundamentales* y que prescriben que en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario.

111.2. La comprensión armónica y coherente de la norma examinada con los principios y preceptos enunciados que constituyen el fundamento del Estado social y democrático de derecho y se alinean en torno al principio de la dignidad humana, excluye la posibilidad de que un ámbito de la administración de justicia se sustraiga del imperio de las normas y principios del derecho internacional de los derechos humanos.

111.3. La inclusión de los mandatos del derecho internacional de los derechos humanos en el marco jurídico que debe regir la investigación y juzgamiento de los miembros de la fuerza pública por conductas punibles relacionadas con el conflicto armado, desarrolla el imperativo previsto en el artículo 93 de la Carta, por virtud del cual los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, son normativamente incorporados en el orden jurídico interno con estatus de norma constitucional. Es también una manifestación de la prohibición de suspensión de los derechos fundamentales, aún en los estados de excepción (Art. 214.2 C.P.), conforme a la cual resulta inadmisibles concebir espacios vedados al poder protector y a la vigencia de los derechos humanos.

111.4. La aplicación complementaria de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario en la investigación y el juzgamiento de las conductas punibles relacionadas con el conflicto armado atribuidas a los miembros de la fuerza pública, reafirma el carácter universal que los artículos 2.1 y 1.1. del PIDCP y la CADH, respectivamente, atribuyen a estas garantías

cuando establecen el imperativo para los Estados parte de esos instrumentos de respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y bajo su jurisdicción, sin distinción de ninguna naturaleza, los derechos en ellos consagrados.

111.4. El núcleo común de protección que comparten el DIH y el DIDH, referentes inescindibles para la salvaguarda integral del ser humano, cobra particular relevancia cuando se somete a escrutinio judicial la conducta de los agentes del Estado a quienes se ha confiado misiones de altísima responsabilidad como el uso y disposición de la fuerza legítima, y el monopolio en el ejercicio del poder coactivo del Estado.

111.5. El acatamiento integrado, armónico y convergente de los mandatos constitucionales y de los imperativos del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos en la investigación y el juzgamiento de las conductas punibles relacionadas con el conflicto armado, atribuidas a los miembros de la fuerza pública, enfatiza el deber universal y permanente de respeto, garantía y protección de los derechos humanos que asiste a los Estados, poniendo el énfasis en que no pueden existir esferas de la actividad institucional o privada en las que se prescinda de su imperio.

112. A partir de las consideraciones precedentes encuentra la Corte que el aparte del A.L. 01 de 2015 según el cual “*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*”, sin que ello excluya la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos u otras fuentes del derecho, no reformula, muta o subvierte el eje definitorio de la Constitución “*deber de respeto, garantía y protección de los derechos humanos*”; por el contrario reafirma y enfatiza los mandatos de los artículos 1, 2, 5, 93, 94, 214 y 215.2 de la Carta de los cuales se deriva el compromiso esencial de las autoridades por asegurar a los integrantes de la Nación un conjunto de derechos y libertades esenciales.

La aplicación complementaria y convergente del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos, en las investigaciones y juicios que se sigan en contra de miembros de la fuerza pública por conductas punibles relacionadas con el conflicto armado, desarrolla las facetas relativas al deber de investigar y juzgar las graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario; la tutela judicial efectiva frente a estas violaciones; así como la garantía de verdad y reparación a las víctimas, todas ellas adscritas al eje definitorio “*deber del Estado de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos*”, identificado como parámetro de control en este juicio de constitucionalidad.

113. Agotado el test de sustitución, la Sala pudo constatar que el Congreso de la República al ejercer el poder de reforma a través del Acto Legislativo 01

de 2015, específicamente en lo que concierne al segmento normativo examinado en el presente juicio, no incurrió en un desbordamiento de sus competencias constitucionales. Como quedó establecido en los fundamentos 92 a 108 de esta sentencia en los que se analiza el alcance de la reforma (premisa menor), la aplicación del derecho internacional humanitario en las investigaciones y juzgamientos que se adelanten contra miembros de la fuerza pública por conductas punibles relacionadas con el conflicto armado, no excluye la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos, en virtud del poder irradiador que tienen los principios y preceptos del bloque de constitucionalidad sobre la aplicación e interpretación de los textos legales, y del carácter complementario y convergente que caracteriza a estos dos cuerpos normativos.

114. En síntesis, un plexo importante de normas constitucionales contiene el mandato de respetar, proteger y garantizar, con carácter universal y permanente, los derechos humanos. Dentro de este imperativo se encuentra la obligación de investigar y juzgar de manera seria e imparcial las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al derecho internacional humanitario, a fin de brindar a los asociados tutela judicial efectiva. Este mandato constituye un pilar esencial del modelo constitucional en cuanto se proyecta de manera transversal en todo el texto fundamental, al punto que lo identifica y define, tal como ya ha sido reconocido por esta corporación en decisiones anteriores¹⁹¹.

La reforma constitucional introducida por el A.L. 01 de 2015, prevé 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”*. Bajo una interpretación armónica de este enunciado con otros principios, valores y preceptos de la Constitución y del bloque de constitucionalidad, la aplicación del derecho internacional humanitario en este ámbito de la administración de justicia, no puede excluir otras fuentes del derecho como las normas y principios del derecho internacional de los derechos humanos, dado el carácter complementario y convergente de estos cuerpos normativos que participan de un núcleo común de protección, en tanto que bajo el principio de humanidad, uno y otro forman parte del régimen internacional de protección de los derechos de la persona. Por integrar el bloque de constitucionalidad sus normas y principios irradian la actuación de las autoridades judiciales.

Por consiguiente, el enunciado de una reforma constitucional que establece que en las investigaciones y juzgamientos que se adelanten contra los miembros de la fuerza pública por conductas relacionadas con el conflicto armado se aplicaran las normas y principios del derecho internacional humanitario, sin que ello excluya la aplicación de otras fuentes del derecho

¹⁹¹ Sentencias C-579 de 2013 y C-577 de 2014.

como el derecho internacional de los derechos humanos, no tiene la entidad para subvertir el eje definitorio *deber de respetar, garantizar y proteger los derechos humanos*, por cuanto dicho ámbito judicial, será justamente el escenario en el que se pueden efectivizar algunas dimensiones del pilar fundamental mencionado, esto es, la obligación de investigar y juzgar de manera seria e imparcial las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al derecho internacional humanitario, bajo el principio de complementariedad y convergencia que orienta la aplicación de estos cuerpos normativos.

115. Conforme a los lineamientos trazados en esta sentencia, la expresión “*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*”, contenida en el inciso segundo del artículo primero del Acto legislativo 01 de 2015 “*Por el cual se reforma el artículo 221 de la Constitución Política de Colombia*”, no vulnera el eje definitorio de la Constitución identificado como *deber de respeto, protección y garantía de los derechos humanos*, ni el elemento que concurre a integrarlo, esto es, *la obligación de investigar y juzgar de manera seria e imparcial las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al derecho internacional humanitario*.

En consecuencia, la Corte declarará la exequibilidad, por el cargo analizado, de la expresión “*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*”, contenida en el inciso segundo del artículo primero del Acto legislativo 01 de 2015 “*Por el cual se reforma el artículo 221 de la Constitución Política de Colombia*”, por haberse constatado, a través del juicio de sustitución, que el Congreso de la República no incurrió en un exceso en el ejercicio del poder de reforma que la Constitución le otorga en los artículos 374 y 379 de la Constitución.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Declarar EXEQUIBLE, por el cargo analizado, la expresión “*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”, contenida en el inciso segundo del artículo primero del Acto legislativo 01 de 2015 “Por el cual se reforma el artículo 221 de la Constitución Política de Colombia”.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase, e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, y archívese el expediente.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
Presidenta
Con aclaración de voto

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado
Con aclaración de voto

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado
Con aclaración de voto

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado
Con aclaración de voto

GLORIA STELLA ORTÍZ DELGADO
Magistrada
Con aclaración de voto

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado
Con salvamento de voto

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Con aclaración de voto

ALBERTO ROJAS RIOS

Magistrado

Con aclaración de voto

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

**ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO
ALEJANDRO LINARES CANTILLO
A LA SENTENCIA C-084/16**

CONSTITUCION POLITICA-Respeto por los Derechos Humanos, y por las normas del Derecho Internacional Humanitario, los cuales no pueden suspenderse aun en los estados de excepción (Aclaración de voto)

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y DERECHO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS-Principio de concurrencia (Aclaración de voto)

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y DERECHO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS-Concepto (Aclaración de voto)

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-Conforme la jurisprudencia de esta Corporación debe ser considerado como *ius cogens* (Aclaración de voto)

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-Debe ser aplicado, por el juez natural, como *lex specialis* en relación con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, frente a los mismos hechos relevantes relacionados con el conflicto armado interno (Aclaración de voto)

NORMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-Actúan como *lex specialis* en cuanto regulan situaciones específicas relativas a las confrontaciones bélicas (Aclaración de voto)

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA ACTOS REFORMATARIOS DE LA CONSTITUCION-Reitera aclaración de voto de la sentencia C-053/16 en relación con el uso excepcionalísimo de la teoría de la sustitución como parámetro de control de los actos reformatorios de la Constitución

Expedientes D-10903 Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1° (parcial) del Acto Legislativo 01 de 2015 “*por el cual se reforma el artículo 221 de la Constitución Política.*”

En la parte resolutive de la sentencia C-084 de 2016 la Corte decidió declarar exequible el inciso segundo del artículo 1° (parcial) del Acto Legislativo 01 de 2015 “*por el cual se reforma el artículo 221 de la Constitución Política*”. Si bien comparto plenamente el sentido de la decisión, con el debido respeto por las decisiones de la Sala Plena, estimo necesario aclarar mi voto a fin de precisar algunos aspectos relacionados (i) con la aplicación del Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y (ii) con el control judicial de actos reformativos de la Constitución como el examinado en esta oportunidad.

1. La Constitución Política en sus artículos 93 y 214.2, entre muchas otras normas, contiene un mandato expreso de respeto por los Derechos Humanos, y por las normas del Derecho Internacional Humanitario, los cuales no pueden ser suspendidos aun en los estados de excepción. En este aspecto, debe citarse la referencia, plasmada en el texto constitucional, en el sentido de que en los estados de excepción “*en todo caso se respetarán las reglas del Derecho Internacional Humanitario*”. Estas normas son una expresión clara y expresa del constituyente que le corresponde a todos los órganos del Estado aplicar y respetar.
2. La jurisprudencia de esta Corporación, en desarrollo de los anteriores artículos, ha señalado la existencia de un principio de concurrencia entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario¹⁹², identificando el primero como un sistema internacional que propende por el respeto de los hombres y las mujeres y de su dignidad, buscando la maximización de garantías inherentes al ser humano -por su condición de tal¹⁹³-, tanto negativas (garantías de libertad), como positivas (derechos sociales, económicos y culturales) durante los tiempos en que el Estado se encuentre en paz. Por su parte, el segundo se erige como un sistema que busca proteger el núcleo esencial (mínimo) de los Derechos Humanos en situaciones de conflicto armado interno o de confrontaciones bélicas de carácter internacional, estableciendo reglas detalladas que las partes en conflicto deben respetar¹⁹⁴, en aras de salvaguardar el ser humano y su dignidad¹⁹⁵, aun en las situaciones extremas que plantean las confrontaciones bélicas.

¹⁹² En tal sentido las sentencias: C-574 de 1992, C-225 de 1995, C-579 de 2013 y C-577 de 2014.

¹⁹³ Acogiendo principios que vienen desde el Bill of Rights (1689), la Declaración de Derechos del buen pueblo de Virginia (1776), la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) y que vienen a ser profundizados, expandidos desarrollados en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948) como reacción mundial a los desmanes de la Segunda Guerra Mundial, erigiendo no sólo una barrera a la actuación del Estado, sino también demandando de éste acciones positivas para su efectiva realización y garantía.

¹⁹⁴ Aun cuando los Convenios de Ginebra datan de 1949 y sus protocolos adicionales de 1977, su evolución se remonta al siglo XIX, con la aparición de la primera Convención de Ginebra de 1864. De otra parte, la búsqueda por establecer reglas que intenten humanizar los conflictos armados existen en nuestra historia constitucional desde la época de la lucha por la independencia, especialmente con el “*Tratado de Armisticio y Regularización de la Guerra*” firmado por Bolívar y Morillo en 1820.

¹⁹⁵ *Caso Corfu Channel* (Reino Unido v. Albania). Decisión del 15 de Diciembre de 1949. Reporte de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), p. 4 y 22.; *Caso sobre actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (Nicaragua v. Estados Unidos). Decisión del 27 de Junio de 1986. Reporte de la CIJ, p. 14 y 114.

3. En desarrollo de lo anterior, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que el Derecho Internacional Humanitario debe ser considerado como *ius cogens*¹⁹⁶, mientras que, dando cumplimiento al mandato constitucional (artículo 93), ha recurrido a los tratados internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Colombia a la hora de interpretar y dar alcance a los Derechos y Deberes consagrados en la Carta Política.
4. Sin embargo, frente al problema jurídico abordado en esta sentencia, que busca desentrañar la relación entre Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en situaciones de conflicto, considero oportuno afirmar que el primero debe ser aplicado, por el juez natural, como *lex specialis* en relación con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, frente a los mismos hechos relevantes relacionados con el conflicto armado interno. Por consiguiente, no se pretende afirmar con esta aclaración el sentido absoluto del criterio *Lex specialis derogat legi generali*, sino brindar un criterio interpretativo a los operadores jurídicos¹⁹⁷ quienes al verificar una situación de conflicto respecto de las normas aplicables a un caso concreto, teniendo en cuenta el principio de concurrencia, den prevalencia al Derecho Internacional Humanitario en aquellas materias estricta y detalladamente reguladas por éste, de manera que, sin suspender o derogar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se entienda a aquel como el conjunto normativo especializado, más específico y ajustado a la situación fáctica que regula¹⁹⁸.
5. Lo anterior, en la medida que el Derecho Internacional Humanitario tiene como destinatario concreto las situaciones de conflictos armados (internacionales y no internacionales) y que su artículo 3° común a los Convenios de Ginebra establece unos mínimos para las partes en conflicto. Por definición, el DIH debe tenerse como un conjunto de reglas internacionales, específicamente destinadas a regular los problemas humanitarios propios de las confrontaciones bélicas. Esta realidad ha sido reconocida por la Corte Internacional de Justicia que en varias opiniones consultivas ha reconocido que si bien el Derecho

¹⁹⁶ Sentencia C-225 de 1995 y C-291 de 2007.

¹⁹⁷ En este sentido señala la doctrina que el criterio *lex specialis* puede ser “entendido no como un principio para resolver conflictos de normas sino como un principio de interpretación más específico, el principio de *lex specialis* incorpora el enfoque de la complementariedad antes mencionado. Se asemeja mucho al principio del artículo 31(3)(c) de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, según el cual los tratados deben interpretarse a la luz unos de otros.” Cordula Droege, ¿Afinidades electivas? Los derechos humanos y el derecho humanitario, *International Review of the Red Cross*, Septiembre de 2008, N.º 871 de la versión original. P. 25.

¹⁹⁸ Podría de la misma forma argumentarse que en nuestro ordenamiento jurídico interno, se puede reconocer la concurrencia de normas generales y especiales, tal como son los casos de regímenes jurídicos aplicables a sectores de servicios públicos domiciliarios (Leyes 142 y 143 de 1994), normas aplicables a actos de comercio (Código de Comercio), y en estas materias el operador jurídico puede dar aplicación al criterio hermenéutico de especialidad, conforme al cual la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general, criterio previsto, entre otros, en los artículos 5º de la Ley 57 de 1887 y 3º de Ley 153 de 1887.

Internacional de los Derechos Humanos –caracterizado por su generalidad- no se suspende por la existencia de un conflicto bélico, las normas de Derecho Internacional Humanitario actúan como *lex specialis* en cuanto regulan situaciones específicas relativas a las confrontaciones bélicas¹⁹⁹.

6. Considero que esta posición, además de ser respetuosa con la reforma adelantada por el Congreso de la República, no riñe con la jurisprudencia de esta Corporación, en la medida que reconoce el principio de concurrencia entre ambos sistemas, y que reafirma lo recogido en la sentencia C-579 de 2013 al señalar que *“es claro que en tiempos ordinarios y de paz, las obligaciones de los Estados deben ir dirigidas a proteger los derechos humanos que exige el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sin embargo en tiempos de un conflicto armado estas obligaciones internacionales deben atender, además a lo exigido por el Derecho Internacional Humanitario convencional como **norma especial**”*²⁰⁰. (se subraya)

7. Finalmente, en la medida que en los considerandos de la providencia que aclaro se hace referencia a la teoría de la sustitución, como parámetro de control de los actos reformativos de la Constitución, considero pertinente reafirmar mi aclaración de voto a la sentencia C-053 de 2016, en el sentido de que si bien he seguido la aplicación de este control -en acatamiento al precedente establecido por la Corte-, debo reiterar que considero que el uso de éste debe ser excepcionalísimo y exige una alta dosis de auto restricción (*self-restraint*) por parte del juez constitucional en su aplicación, en la medida en que que la teoría actual, en materia de control constitucional de los actos reformativos de la Constitución (i) adolece de problemas de fundamentación²⁰¹ (ii) afecta de manera

¹⁹⁹ *Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*. Pronunciamiento del 8 de julio de 1996. CIJ, p. 25; Reiterado en la *Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*. Pronunciamiento del 9 de julio de 2004. CIJ, p. 105-107 y en el *Informe de la Corte Internacional de Justicia: Actividades armadas en el territorio del Congo (Nueva demanda: 2002) (la República Democrática del Congo contra Rwanda)*. p. 168, 242-5. En este mismo sentido la doctrina especializada ha señalado que: *“La Corte Internacional ha escrito los estándares básicos del derecho humanitario como ‘consideraciones elementales de humanidad, aún más precisa durante la paz que durante la guerra’ y ha considerado las reglas del Artículo 3 común a las cuatro Convenciones de Ginebra del 12 de agosto de 1949 como una ‘medida mínima’ de tratamiento en todos los conflictos armados internacionales y no internacionales. En Nuclear Weapons, la Corte estableció que en principio las obligaciones derivadas de los derechos humanos no cesan en los tiempos de conflicto armado (salvo que las derogaciones sean permitidas expresamente por el tratado), pero que a su vez el derecho internacional humanitario puede operar como lex specialis excluyendo estándares más generales de derechos humanos. En otros contextos, por ejemplo de ocupación beligerante puede ocurrir que el derecho internacional de los derechos humanos constituya un estándar más especializado.”* Crawford, James. *Brownlie’s principles of Public International Law*, Oxford University Press, 2012. p. 654. (traducción libre del autor)

²⁰⁰ En consonancia además con instrumentos internacionales que se recogen en la parte motiva de la sentencia citada: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Cruz Sánchez y Otros vs. Perú*, párrafos 271 y 272; *OEA/Ser.LV/II.116, Doc. 5 rev. 1 de 22 de octubre de 2002. Documentos de la Organización de Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Informe sobre terrorismo y derechos humanos”*.

²⁰¹ Derivados, principalmente, (i) de la inexistencia en la Carta de cláusulas expresas de intangibilidad; (ii) de las aporías derivadas de las distinciones teóricas acogidas por este Tribunal entre el “poder constituyente

importante el principio democrático, (iii) limita indebidamente la competencia expresa asignada al Congreso para reformar la Constitución, (iv) desconoce que la aprobación de los actos legislativos está revestida de un trámite que tiene por finalidad asegurar procesos de deliberación y consenso adecuados y (v) atribuye a la Corte Constitucional un poder excesivo²⁰² que no se desprende del artículo 241 de la Constitución y que la convierte en una instancia adicional del procedimiento de reforma. Lo anterior resulta problemático, pues esta Corte carece de un control inter orgánico (*checks and balances*), por lo que con el uso excesivo de esta teoría se corre el riesgo de convertir un órgano con un poder limitado, que surge de una constitución democrática y deliberativa, en uno absoluto.

Con el debido respeto,

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado

originario” y el “derivado” así como (iii) de la ausencia de cláusulas expresas, en el texto constitucional, que señalen diferencias claras en el alcance y la competencia de cada uno de los titulares del poder de reforma de la Constitución. Estas cláusulas existieron en nuestra historia constitucional en la Constitución de 1830 que establecía en su artículo 164: “*El poder que tiene el Congreso para reformar la Constitución no se extiende a la forma de Gobierno que será siempre republicana, popular, representativa, alternativa y responsable.*” y en la Constitución de 1886 que establecía en su artículo 218: “*La Constitución, salvo lo que en materia de votación ella dispone en otros artículos, sólo podrá ser reformada por un Acto Legislativo, discutido primeramente y aprobado por el Congreso en sus sesiones ordinarias; publicado por el Gobierno, para su examen definitivo en la siguiente legislatura ordinaria; por ésta nuevamente debatido, y, últimamente, aprobado por la mayoría absoluta de los individuos que componen cada Cámara. Si el Gobierno no publicare oportunamente el proyecto de Acto Legislativo, lo hará el Presidente del Congreso*”.

²⁰² En razón a que puede devenir en el ejercicio de un control material de los actos reformativos de la Constitución, el cual no le es dable adelantar a esta Corporación, cuya competencia le fue dada por el constituyente, en el artículo 241, en “*estrictos y precisos términos*” –imponiendo así una talanquera que no se incluye en ningún otro de los artículos que reparten competencias a los órganos del Estado–, limitando el control de los actos reformativos de la Constitución, que debe adelantar esta Corte, únicamente a los “*vicios de procedimiento en su formación*”.

**ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA
MARÍA VICTORIA CALLE CORREA A LA
SENTENCIA C-084/16**

COMPETENCIA DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA PARA REFORMA CONSTITUCIONAL-Amplio margen, siempre y cuando no sustituya alguno de sus ejes estructurales (Aclaración de voto)

INVESTIGACION Y JUZGAMIENTO POR CONDUCTAS PUNIBLES DE MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA EN EL CONFLICTO ARMADO-Interpretación armónica e integral de la Constitución (Aclaración de voto)

ESTADO SOCIAL Y DEMOCRATICO DE DERECHO-Derechos fundamentales de todo ser humano digno no son enemigos de la fuerza pública, son su fuente de legitimidad y su razón para la acción (Aclaración de voto)

Referencia: Expediente D-10903

Magistrado Sustanciador:
Luis Ernesto Vargas Silva

Comparto la decisión adoptada en la Sala Plena de la Corporación en la sentencia C-084 de 2016, en la cual se resolvió declarar constitucional, por el cargo analizado, las expresiones: “*En la investigación y juzgamiento de las conductas punibles de los miembros de la Fuerza Pública, en relación con un conflicto armado a un enfrentamiento que reúna las condiciones objetivas del Derecho Internacional Humanitario, se aplicarán las normas y principios de éste*”, contenidas en el artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2015, que reformó el artículo 221 de la Constitución Política.²⁰³ Estoy de acuerdo en que esta regla constitucional en modo alguno implica una sustitución de la Constitución, pues una interpretación del texto normativo demandado acorde y armónica al resto del orden constitucional vigente no puede leerse como una exclusión de los derechos humanos, en especial de los derechos fundamentales reconocidos expresamente por la Constitución Política.

Dada la importancia y la trascendencia del debate planteado ante la Corte Constitucional y su efecto en la comprensión del orden constitucional vigente, considero preciso resaltar algunos aspectos de la decisión adoptada

²⁰³ Corte Constitucional, sentencia C-084 de 2016 (MP Luis Ernesto Vargas Silva; SV Jorge Iván Palacio Palacio; AV María Victoria Calle Correa, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Gloria Stella Ortiz Delgado, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Alberto Rojas Ríos).

por la sentencia C-084 de 2016 que, a mi juicio, muestran el significado y alcance de lo dicho por la Sala Plena en esta oportunidad.

1. *El Congreso tiene un amplio margen de competencia para reformar la Constitución, siempre y cuando no sustituya alguno de sus ejes estructurales.* La Sala Plena de la Corte Constitucional respaldó el juicio de sustitución desarrollado por la jurisprudencia, como un control propio del orden constitucional vigente, que exige un especial rigor, tanto de las personas que sea accionantes como de las que ejerzan como jueces constitucionales.²⁰⁴ Pero sostuvo que la carga de argumentación de una acción de inconstitucionalidad de este tipo de es alta y el juez, por su parte, debe exigirla y hacerla efectiva. En el presente caso ello ocurrió. De los tres cargos presentados por la acción, la Sala Plena consideró que sólo en uno de ellos se cumplía con la argumentación exigida. De esta forma la jurisprudencia sigue sosteniendo que un juicio de sustitución a la Constitución es un caso excepcional que debe ser adecuada y suficientemente sustentado.

2. *Se consolida una interpretación armónica e integral de la Constitución.* La Sala Plena de la Corte Constitucional reitera en esta ocasión que la lectura de la Constitución Política de Colombia de 1991 debe hacerse en conjunto, de forma armónica e integral.

Que sea integral implica que la interpretación tenga en cuenta todo el orden constitucional vigente y no sólo una parte de éste. Todas sus reglas, principios y valores están interrelacionados, no pueden ser comprendidos de forma aislada. Las lecturas textuales de apartes normativos, como herramienta de interpretación principal, son cuestionables incluso cuando se trata de leyes del Congreso, pues en tales eventos se deben considerar y tener presentes los principios, objetivos y conceptos básicos que la respectiva ley haya fijado. Una adecuada lectura exegética del derecho, no deja de lado una integral del texto; de hecho cuestiona una aislada de apartes de la misma. Este deber de interpretación integral es aún mayor cuando de la Constitución se trata, pues el uso de expresiones amplias e indeterminadas, hace de los textos constitucionales documentos jurídicos más complejos de interpretar que el común de las leyes o reglamentos.

Que sea armónica implica que la interpretación defienda lecturas que pongan en sintonía las diferentes partes que integran la Constitución. Esto es, se ha de optar por aquellas interpretaciones que eviten contradicciones, tensiones irresolubles o enfrentamientos. Deben construirse sentidos y significados en los que los diferentes aspectos de la Constitución se encuentren balanceados.

²⁰⁴ El único salvamento de voto a la sentencia C-084 de 2016 (Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio) considera que sí se ha debido declarar inexecutable la reforma por ser una sustitución de la Constitución, lo que el Congreso no tiene competencia para hacer. Es decir, el Magistrado Palacio Palacio también respalda el juicio de sustitución reconocido por la jurisprudencia.

Reiterar esta posición jurisprudencial mantenida por la Corte Constitucional desde su inicio, impidió en este caso que se aceptara que el sentido de la Constitución debía ser el que surgía de una lectura (i) aislada del texto de la reforma constitucional y (ii) aclarada por la opinión expresa de algunos de los parlamentarios que habían apoyado decididamente o atacado decididamente la misma. Se trata de un debate de vieja data en el derecho, a saber: ¿cuál es el valor y el peso que deben tener las ponencias de los proyectos y de las opiniones y los discursos de los y las parlamentarias durante los trámites legislativos? Aunque en muchas ocasiones pueden defender interpretaciones, empleando con rigor las herramientas del derecho, también pueden obedecer a posiciones estratégicas. En un debate político público en el cual hay que defender ciertas tesis, por ejemplo, se puede asumir legítimamente una interpretación de un texto normativo para mostrar cómo podría ser leído, alertar sobre los efectos adversos que podría generar y así, luchar en contra de su aprobación. También, por ejemplo, una Senadora podría apoyar una norma por razones diferentes a las que los ponentes presenten como justificación, y no decirlo nunca. No apoyar lo dicho por los ponentes ni contradecirlo, simplemente acompañar la norma por las razones que le hará saber a sus copartidarios y públicamente a sus representados, un año después de aprobada la norma. Así, recurrir a los debates y textos preparatorios de una norma con el objeto de establecer cuál es su significado dentro del orden constitucional y legal vigente, demanda prudencia del intérprete constitucional.

De haberse aceptado la tesis según la cual la reforma constitucional acusada excluía por completo la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos y de los derechos fundamentales, se hubiera tenido que aceptar que se puede leer una aparte del texto constitucional de forma aislada, sin tener en cuenta el resto de la Carta Política y sin armonizarlo con todas las partes y elementos de ésta.

3. En un estado social y democrático de derecho, los derechos fundamentales de todo ser humano digno no son enemigos de la fuerza pública, son su fuente de legitimidad y su razón para la acción. Tal vez uno de los aspectos más importantes de la presente decisión es que implica un paso más en la construcción y consolidación de fuerzas armadas fundadas en los derechos humanos y fundamentales de toda persona. La razón de existencia de las fuerzas armadas, su justificación y su misión a la vez, es la protección y garantía del goce efectivo de los derechos fundamentales. Además, la carta de derechos también establece parámetros y límites a los medios que la fuerza pública puede emplear. Esta posición, de hecho, fue la sostenida por las fuerzas armadas dentro del presente proceso. Si bien en su intervención al Ministerio de Defensa le interesó aclarar el carácter de ‘ley especial’ de protección de derechos que la Constitución le otorga al derecho internacional humanitario, también resaltó que la reforma en modo alguno desprotege, limita o restringe la aplicación de los derechos humanos o los derechos fundamentales, que son la razón de ser de la fuerza pública.

Los derechos fundamentales en un estado social y democrático de derecho legitiman al menos en tres sentidos el ejercicio de la fuerza pública: (i) justifican que sea usada; (ii) establecen cuál es su correcto uso y (iii) fijan las finalidades y objetivos que se deben buscar, en último término, cuando es proporcionada y excepcionalmente se emplea.

Las acciones de las fuerzas armadas en situaciones de conflicto armado, por supuesto, deben someterse a reglas, principios y estándares de conducta especiales. Las dramáticas condiciones de una guerra y la grave amenaza y afectación sobre los derechos fundamentales de las personas, así lo demandan. Como lo reconoce la decisión de la Sala Plena de la Corte Constitucional, el derecho internacional humanitario y los derechos humanos y fundamentales son sistemas complementarios de protección de la dignidad humana de toda persona, en condiciones y formas diferentes. Este propósito común de garantizar la protección efectiva de dignidad humana en todo momento, incluso en los contextos de guerra, es el punto de contacto que establece una relación inescindible entre ambos sistemas de protección jurídica.

Resaltar estos tres aspectos de la decisión es el motivo por el que aclaró mi voto a la sentencia C-084 de 2016.

Fecha ut supra,

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada

**SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO
JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
A LA SENTENCIA C-084/16**

INVESTIGACION Y JUZGAMIENTO POR CONDUCTAS PUNIBLES DE MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA EN EL CONFLICTO ARMADO Y APLICACION DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-Reforma al artículo 221 de la Constitución vulnera eje definitorio de la Carta (Salvamento de voto)

ESTADO SOCIAL DE DERECHO-Debe asegurar el goce efectivo de los derechos (Salvamento de voto)/**DEBER DE GARANTIZAR DERECHOS FUNDAMENTALES**-Fin esencial del Estado Social de Derecho (Salvamento de voto)/**DEBER DE GARANTIZAR DERECHOS FUNDAMENTALES**-Obligación consagrada en documentos y tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad (Salvamento de voto)

DEBER DE GARANTIZAR EL GOCE EFECTIVO DE LOS DERECHOS-Instrumentos en el ordenamiento jurídico colombiano (Salvamento de voto)

DEBER DE INVESTIGAR Y JUZGAR CONDUCTAS PUNIBLES DE MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA-Competencia de cortes marciales o tribunales militares bajo el Código Penal Militar sobre delitos cometidos en servicio activo (Salvamento de voto)

JUSTICIA PENAL MILITAR-No toda actuación delictiva cometida por integrantes de la Fuerza Pública puede considerarse delito “relacionado con el servicio” (Salvamento de voto)

JUSTICIA PENAL MILITAR-Ambito restringido (Salvamento de voto)/**JUSTICIA PENAL MILITAR**-Conductas punibles relacionadas con el deber de garantizar la defensa de la soberanía, independencia, integridad del territorio nacional y orden constitucional (Salvamento de voto)

JUSTICIA PENAL MILITAR-Vínculo entre conducta punible y servicio se rompe cuando delito adquiere gravedad inusitada (Salvamento de voto)/**CODIGO PENAL MILITAR**-Delitos no relacionados con el servicio y conductas contrarias a la función de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio (Salvamento de voto)

DELITOS CONTRA EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-Comisión rompe automáticamente nexo funcional del agente con el servicio (Salvamento de voto)

DELITOS CONTRA EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-Desligados de las funciones institucionales de las fuerzas armadas por sus características (Salvamento de voto)/**CODIGO PENAL**-Delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario (Salvamento de voto)

ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2015-Reforma amplió competencia a delitos en servicio activo de conocimiento de jueces y magistrados de la justicia penal militar para incluir infracciones contra el Derecho Internacional Humanitario (Salvamento de voto)

JUSTICIA PENAL MILITAR-Carácter restrictivo y excepcional (Salvamento de voto)/**JUSTICIA PENAL MILITAR**-Competencia del vínculo entre delito y actividad propia del servicio que atenta contra deber de garantizar protección efectiva de Derechos Humanos (Salvamento de voto)

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-Principios (Salvamento de voto)

NATURALEZA DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-Jurisprudencia constitucional (Salvamento de voto)

DESTINATARIOS Y DIRECTOS RESPONSABLES DE MATERIALIZAR LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-Jurisprudencia constitucional (Salvamento de voto)

RELACION ENTRE DELITOS CONTRA EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y LA MISION DE LAS FUERZAS ARMADAS-Jurisprudencia constitucional (Salvamento de voto)

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-Protección debe ser garantizada por sujetos que conducen las hostilidades (Salvamento de voto)

JUSTICIA PENAL MILITAR-Incompetencia para conocer delitos de gravedad inusitada (Salvamento de voto)/**DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO**-Debe aplicarse concurrentemente y no complementariamente (Salvamento de voto)

DERECHO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-Mecanismos de protección recíprocos y concurrentes (Salvamento de voto)

DERECHO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS-No consagra tipos penales a diferencia del Derecho Internacional Humanitario (Salvamento de voto)

CODIGO PENAL-Aplicación de tipos penales debían ser interpretados por juez ordinario bajo postulados del Derecho Internacional de Derechos Humanos (Salvamento de voto)

JUSTICIA PENAL MILITAR-Debe tender a desaparecer del ámbito penal de los Estados dada su naturaleza excepcional (Salvamento de voto)/**DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN PROCESO DE JUSTICIA TRANSICIONAL**-Ampliación de regulaciones a enfrentamiento en condiciones objetivas es un contrasentido y sustituiría deber de garantizar el respeto y protección de derechos humanos (Salvamento de voto)

Referencia: expediente D-10903

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1° (parcial) del Acto Legislativo 01 de 2015 “*Por el cual se reforma el artículo 221 de la Constitución Política*”.

Con el debido respeto por las decisiones de esta Corporación, presento salvamento parcial de voto al fallo adoptado por la Sala Plena dentro de la sentencia C-084 de 2016, mediante la cual se analizó la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1° (parcial) del Acto Legislativo 1 de 2015.

La decisión mayoritaria determinó que la disposición demandada no sustituía la Constitución, siempre y cuando “*en las investigaciones y juzgamientos que se adelanten contra miembros de la fuerza pública por conductas punibles relacionadas con el conflicto armado, no se excluyera la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos*”.

Salvo el voto por considerar que la reforma al artículo 221 de la Constitución vulneró un eje definitorio de la Carta, consistente en el deber de garantizar el respeto y protección de los derechos humanos y la obligación de investigar y juzgar de manera genuina e imparcial las graves violaciones e infracciones al DIH y al DIDH. En mi concepto la Corte ha debido declarar inexecutable la norma demandada y otorgar efecto retroactivo a dicha decisión.

Las razones que sustentan el desacuerdo se exponen a continuación:

1) Tal y como esta Corporación lo manifestó en sentencia C-579 de 2013, asegurar el goce efectivo de los derechos es uno de los compromisos principales del Estado Social y Democrático de Derecho, así como uno de sus ejes definitorios, ya que dentro de sus fines esenciales se encuentra el deber de garantizar los derechos fundamentales de todos los seres humanos. Esta obligación se halla consagrada en diversos documentos y tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, tal y como lo son: (i) la Declaración Universal de los Derechos Humanos, (ii) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y (iii) la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁰⁵.

Para cumplir el cometido de garantizar el goce efectivo de los derechos, nuestro ordenamiento jurídico cuenta con diversos instrumentos que van desde la consagración de disposiciones penales, disciplinarias y administrativas, hasta la creación de un aparato jurisdiccional, encargado de garantizar la investigación, sanción y juzgamiento de las graves infracciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario.

Ahora bien, en lo que concierne al deber de investigar y juzgar las conductas punibles de los miembros de la Fuerza Pública, el diseño institucional contemplado en la Carta de 1991, reconoció que de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y *“en relación con el mismo”*, serían competencia de las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. (Artículo 221 C.P)

Sin embargo, la existencia de la justicia penal militar parte del supuesto de que no toda actuación delictiva que se cometa por parte de los integrantes de la Fuerza Pública puede conferírsele el estatus de delito *“relacionado con el servicio”*. Como lo manifestó esta Corporación en sentencia C-358 de 1997, *“el concepto de servicio corresponde a la sumatoria de las misiones que la Constitución y la ley le asignan a la fuerza pública, las cuales se materializan a través de decisiones y acciones que en últimas se encuentran ligadas a dicho fundamento jurídico”*.

El ámbito restringido sobre el cual opera la justicia penal militar, conforme a la pacífica y reiterada jurisprudencia de esta Corporación²⁰⁶, ha entendido que ni los delitos comunes, ni las conductas punibles privadas de todo tipo de relación con el servicio, pueden llevarse ante tales tribunales militares, así unos y otros exhiban algunos nexos. Es decir, que conforme al artículo 217 de la Constitución, solo las conductas punibles relacionadas con el deber de garantizar la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del

²⁰⁵ Sentencia C-579 de 2013

²⁰⁶ Sentencias C-385 de 2014, C-740 de 2013, C-373 de 2011, C-1149 de 2011 y C-358 de 1997.

territorio nacional y el orden constitucional pueden entrar en la órbita de la justicia penal militar.

En este orden de ideas es claro que el vínculo entre la conducta punible y el servicio se rompe cuando el delito adquiere una gravedad inusitada, como ocurre con las infracciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Es más, el actual Código Penal Militar (Ley 1407 de 2010) expresamente reconoce esta circunstancia, en su artículo 3º, en los siguientes términos:

“Artículo 3: Delitos no relacionados con el servicio. (...) en ningún caso podrán relacionarse con el servicio los delitos de tortura, genocidio, desaparición forzada, de lesa humanidad o aquellos que atenten contra el Derecho Internacional Humanitario entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia, ni las conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio”. (Subraya fuera de texto)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado similares consideraciones respecto a la existencia de ciertos delitos que escapan a la competencia de la justicia penal militar²⁰⁷. En este sentido dicha instancia internacional en el caso Masacre de La Rochela Vs. Colombia afirmó lo siguiente:

“Este Tribunal ha establecido que la jurisdicción penal militar debe tener un alcance restrictivo y excepcional, teniendo en cuenta que solo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar. En este sentido, cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural. Esta garantía del debido proceso debe analizarse de acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de la persona humana. Por estas razones y por la naturaleza del crimen y el bien jurídico lesionado, la jurisdicción penal militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores”.

Los delitos contra el Derecho Internacional Humanitario, por su sola comisión, automáticamente rompen el nexo funcional del agente con el servicio. Sobre el particular es importante destacar que, incluso desde el siglo pasado, existía consenso internacional respecto al deber de sancionar penalmente a los

²⁰⁷ Cfr. Caso La Cantuta, supra nota 8, párr. 142; Caso Almonacid Arellano y otros, supra nota 16, párr. 131; Caso de la Masacre de Pueblo Bello, supra nota 12, párr. 189. En lo que respecta al caso colombiano la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia Sentencia de 11 de Mayo de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas) expresó la incompetencia de la justicia penal militar para conocer de las violaciones a los derechos humanos. En este orden de ideas, es claro que exactas consideraciones pueden recaer sobre los delitos contra el DIH.

combatientes que cometieran conductas particularmente atroces, las cuales escapaban al desarrollo misional de los ejércitos.

A modo ilustrativo vale la pena traer a colación el I Convenio de Ginebra, del 12 de agosto de 1949, instrumento medular del DIH, en el cual las Altas Partes Contratantes se comprometieron, a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer crímenes contra el Derecho Internacional Humanitario. En este sentido los artículos 49 y 50 del citado Convenio establecen:

“Artículo 49 - Sanciones penales: I. Generalidades

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

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

Cada Parte Contratante tomará las oportunas medidas para que cesen, aparte de las infracciones graves definidas en el artículo siguiente, los actos contrarios a las disposiciones del presente Convenio.

Los inculcados se beneficiarán, en todas las circunstancias, de garantías de procedimiento y de libre defensa, que no podrán ser inferiores a las previstas en los artículos 105 y siguientes del Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra.

Artículo 50 - II. Infracciones graves

Las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la destrucción y la apropiación de bienes, no justificada por

necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente”.

Los delitos contra el Derecho Internacional Humanitario debido a sus características, especial crueldad, gravedad y naturaleza, desde antaño han estado absolutamente desligados de las funciones institucionales de las fuerzas armadas. Con solo observar los delitos que regula el capítulo II de la ley 599 del año 2000, “*contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario*”, es claro que: (i) la tortura en persona protegida, (ii) el acceso carnal violento en persona protegida, (iii) la prostitución forzada en persona protegida, (iv) la esclavitud sexual en persona protegida, (v) la trata de personas en persona protegida con fines de explotación sexual, (vi) la esterilización forzada en persona protegida, (vii) el embarazo forzado en persona protegida, (viii) el aborto forzado en persona protegida, (ix) la utilización de medios y métodos de guerra ilícitos, (x) los actos de terrorismo, (xi) los actos de barbarie, (xii) el homicidio en persona protegida, (xiii) las lesiones en persona protegida, (xiv) los tratos inhumanos y degradantes y experimentos biológicos en persona protegida, (xv) los actos de discriminación racial, (xvi) la toma de rehenes, y los demás que establece el Código Penal, son conductas absolutamente ajenas a la misión constitucional de la fuerza pública.

Teniendo en cuenta lo anterior, no comprendo cómo para la postura mayoritaria de la Corte, no se sustituyó un eje fundante de la Constitución de 1991 con el Acto Legislativo 01 de 2015, si es claro que esta reforma tácitamente amplió la competencia de los delitos que serían de conocimiento por parte los jueces y magistrados de la justicia penal militar (cuando se cometieran en servicio activo y en relación con el mismo) para incluir las infracciones contra el Derecho Internacional Humanitario en su esfera de conocimiento.

Considero que la postura acogida en el fallo es errónea y careció de motivación suficiente, por cuanto la Corte validó, sin mayor análisis, que las infracciones al DIH vinculadas con el servicio activo pudiesen ser conocidas por la justicia castrense, sin tener en cuenta el carácter restrictivo y excepcional de la misma. Con esta decisión la Sala Plena terminó avalando que la competencia de la justicia penal militar exclusivamente se establezca en virtud del “*vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio*”, y no la gravedad del delito autónomamente considerado. Esta situación atenta contra el eje definitorio de la carta consistente en el deber de garantizar la protección efectiva de los Derechos Humanos.

2) Considero que en algunos espacios jurídicos el Derecho Internacional Humanitario ha sido malinterpretado. De las discusiones en el Congreso de la República se evidenció que la lógica de la reforma fue ampliar la competencia de la justicia penal militar a los delitos del DIH, invocando que al ser la *norma especial* de los conflictos armados no existiría nadie más capacitado que los

militares (que son quienes aplican las normas de la guerra) para ser los naturales intérpretes del mismo.

Este razonamiento comete el error de equiparar los principios del Derecho Internacional Humanitario, (i) limitación en el uso de la fuerza en el desarrollo de las hostilidades y (ii) distinción entre combatientes y no combatientes, con los delitos que nacen de este²⁰⁸.

Así las cosas, sobre la naturaleza del DIH la jurisprudencia constitucional ha manifestado que *“el derecho internacional humanitario constituye la aplicación esencial, mínima e inderogable de los principios consagrados en los textos jurídicos sobre derechos humanos en las situaciones extremas de los conflictos armados. De ahí su carácter de legislación civilizadora y humanizadora, aplicable en los conflictos armados tanto nacionales como internacionales”*²⁰⁹. En efecto, esta Corporación en sentencia C-225 de 1995, precisó que el Derecho Internacional Humanitario contiene normas que limitan el derecho de las partes en conflicto a elegir libremente los medios y métodos utilizados en combate, así como disposiciones encaminadas a proteger a las víctimas y a los bienes susceptibles de verse afectados por un conflicto armado.

Respecto a los destinatarios y directos responsables de materializar los principios del Derecho Internacional Humanitario la Corte Constitucional en sentencia C-291 de 2007, precisó que eran los miembros de la fuerza pública en el marco de sus operaciones los llamados a cumplir estos postulados. En este sentido afirmó:

“La obligación general de respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario se manifiesta en varios deberes específicos. Entre ellos se cuentan el deber de impartir las órdenes e instrucciones necesarias a los miembros de las fuerzas armadas para garantizar que éstos respeten y cumplan el Derecho Internacional Humanitario, así como de impartir los cursos de formación y asignar los asesores jurídicos que sean requeridos en cada caso”.

²⁰⁸ Por su parte la Corte en sentencia C-291 de 2007, señaló: *“El Derecho Internacional Humanitario se aplica a los conflictos armados internos o internacionales. En tanto ordenamiento jurídico unitario y sistemático, el Derecho Internacional Humanitario regula tanto el desarrollo de las hostilidades –limitando la posibilidad de las partes de recurrir a los métodos y medios bélicos a su disposición- como la protección de las personas víctimas de los conflictos armados. La jurisprudencia internacional -en particular la de los tribunales penales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda, así como la de la Corte Internacional de Justicia- ha sido clara y prolija al explicar, entre otras, los siguientes postulados básicos sobre la aplicación del Derecho Internacional Humanitario: (1) su definición, en particular la de los conflictos armados internos, (2) las condiciones de tipo temporal, geográfico y material que delimitan su ámbito de aplicación, (3) su carácter vinculante para todas las partes en conflicto, y (4) su independencia del reconocimiento de la legitimidad de las razones de fondo del conflicto, así como del status de los grupos enfrentados ante el Derecho Internacional Público”*.

²⁰⁹ Sentencia C-358 de 1997

Por su parte, los delitos contra el Derecho Internacional Humanitario, no tienen ningún tipo de relación con la misión constitucional de las fuerzas armadas, tal y como lo manifestó esta Corporación en sentencia C-533 de 2008 en los siguientes términos: *“La Corte reitera que la jurisdicción penal militar no es competente para conocer de conductas que correspondan a delitos de lesa humanidad, actos violatorios del Derecho Internacional Humanitario, como tampoco de aquellas conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio.”*

Así las cosas, es claro que la jurisprudencia constitucional desde antaño, ha distinguido que la protección al DIH debe ser garantizada por los sujetos que conducen las hostilidades (principalmente las fuerzas armadas), al ser los directos destinatarios de las normas que humanizan la guerra. Sin embargo, este razonamiento no puede traerse *in extenso* a los tipos penales del Derecho Internacional Humanitario, ya que como se precisó anteriormente los delitos contra el DIH por su sola comisión, escapan a la órbita de competencia de estos.

Creo que la anterior confusión teórica no solo se presentó en el Congreso sino también en la Sala Plena, ya que la sentencia C-084 de 2016 equiparó erradamente los principios del Derecho Internacional Humanitario con los tipos penales que surgen por su vulneración.

3. Más allá de la absoluta incompetencia de la justicia penal militar para conocer de delitos de gravedad inusitada (como lo son los tipos penales del DIH), también me apartó de la postura mayoritaria según la cual el Derecho Internacional Humanitario debe aplicarse de manera principal a los conflictos armados por ser la *“ley especial”* de las hostilidades, de manera que el DIDH debe ser empleado solo complementariamente en lo que no es regulado por el primero. En mi entender, el DIH no debe aplicarse complementariamente sino concurrentemente, toda vez que es el derecho de los mínimos en tanto que el DIDH es el derecho de los máximos²¹⁰.

La publicación de las Naciones Unidas (2011), titulada *“Protección jurídica internacional de los derechos humanos durante los conflictos armados”*, explicó al respecto lo siguiente:

“La aplicación concurrente del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho humanitario solo puede suceder cuando se cumplen varias condiciones objetivas. Dado que el derecho internacional humanitario es esencialmente un conjunto normativo aplicable a los conflictos armados, es necesario que exista una situación

²¹⁰ Bajo el principio *pro homine* debe aplicarse la norma que mejor proteja a las personas, esto es, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

de conflicto armado para poder activar su aplicabilidad de manera concomitante con el derecho internacional de los derechos humanos...

El derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario comparten diversas salvaguardias y normas destinadas a proteger a los civiles de los efectos de la guerra. Sin embargo, dado que el derecho internacional humanitario da más margen de maniobra a los Estados cuando utilizan la fuerza armada (por ejemplo, en cuanto al uso de la fuerza letal) y, según algunos Estados, cuando detienen a enemigos sin necesidad de un procedimiento judicial (como prisioneros de guerra, en los conflictos armados internacionales), puede surgir la tentación de invocar las normas del derecho internacional humanitario en una situación en la cual no se ha alcanzado el umbral de fuerza armada necesario. En esos casos poco claros, es esencial considerar que el derecho internacional de los derechos humanos es el único régimen jurídico aplicable hasta que se hayan cumplido las condiciones que permiten determinar que se ha alcanzado el umbral propio de un conflicto armado²¹¹”.

En este orden de ideas es claro que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario son mecanismos de protección recíprocos y concurrentes, sin embargo, el primero está integrado por normas que son mucho más adecuados para hipótesis de conflicto armado que los mandatos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En concordancia con lo anterior el informe publicado por el Comité Internacional de la Cruz Roja titulado “*Estudio de Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario*” expresó lo siguiente:

“La aplicabilidad ininterrumpida del derecho de los derechos humanos durante los conflictos armados la han confirmado, en numerosas ocasiones, tanto la práctica de los Estados como los organismos de defensa de los derechos humanos y la Corte Internacional de Justicia. Recientemente, la Corte, en su opinión consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en los territorios palestinos ocupados, confirmó que la protección que ofrecen los convenios y convenciones de derechos humanos no cesa en caso de conflicto armado y que, si bien algunos derechos pueden estar contemplados exclusivamente en el derecho internacional humanitario, otros pueden estar contemplados exclusivamente en el derecho de los derechos humanos y otros pueden estar contemplados en ambas ramas del derecho internacional²¹².”

²¹¹ Protección Jurídica Internacional de los Derechos Humanos Durante los Conflictos Armados, Nueva York y Ginebra, 2011.

²¹² Comité Internacional de la Cruz Roja - Estudio de Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario.

Así las cosas, no puede afirmarse *prima facie* que en las situaciones de conflicto armado el DIH adquiere un rango de norma especial en desmedro de las garantías que consagra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ya que tal y como lo manifiesta el CICR, en caso de hostilidades existen muchas garantías que se encuentran reguladas por el DIDH, y en consecuencia deben ser aplicadas concurrentemente con el primero.

Teniendo en cuenta que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no consagra tipos penales a diferencia del Derecho Internacional Humanitario, cabría hacerse la siguiente pregunta: ¿Cómo puede el DIDH aplicarse en materia penal de forma concurrente con el DIH?

En mi entender, esta limitante normativa podía ser superado garantizando que los tipos penales contemplados en la ley 599 del 2000, al momento de su aplicación (investigación y juzgamiento), debían ser interpretados por el juez ordinario bajo los postulados del primero. Estos dos cuerpos normativos tal y como lo manifestó el juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Augusto Cançado Trindade en el voto concurrente de la sentencia Barrios Altos vs Perú, son dos caras de la misma moneda, en la lucha contra las atrocidades, la impunidad y la injusticia. Sobre el particular afirmó:

“La responsabilidad internacional del Estado por violaciones de los derechos humanos internacionalmente consagrados, y la responsabilidad penal individual de agentes perpetradores de violaciones graves de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario, son dos fases de la misma medalla, en la lucha contra las atrocidades, la impunidad y la injusticia. Fue necesario esperar muchos años para poder llegar a esta constatación, la cual, si hoy es posible, también se debe, - me permito insistir en un punto que me es muy caro, - al despertar de la conciencia jurídica universal, como fuente material par excellence del propio Derecho Internacional²¹³”.

4. Finalmente, considero oportuno aclarar que la justicia penal militar, dada su naturaleza excepcional, debe tender a desaparecer del ámbito penal de los Estados. En este sentido, resulta ilógico que estando ejecutando mecanismos jurídicos para la consolidación de la paz, mediante una reforma constitucional se haya extendido aún más las normas propias que rigen situaciones del conflicto armado. Ampliar las regulaciones del Derecho Internacional Humanitario a un *“enfrentamiento que reúna las condiciones objetivas”* es un contrasentido en el marco de un proceso de justicia transicional y en igual medida sustituiría al deber de garantizar el respeto y protección de los derechos humanos.

²¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Barrios Altos Vs. Perú Sentencia de 14 de marzo de 2001, (*Fondo*), Voto Concurrente Del Juez A. A. Cançado Trindade.

De esta manera dejo expuestas las razones que me llevan a apartarme de la decisión adoptada en la sentencia C-084 de 2016.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado

**ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO
JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB
FRENTE A LA SENTENCIA C-084/16**

CON PONENCIA DEL MAGISTRADO LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, QUE RESUELVE LA DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA EL ARTÍCULO 1º (PARCIAL) DEL ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2015, INSTAURADA POR EL SEÑOR GUSTAVO GALLÓN GIRALDO Y OTROS.

INVESTIGACION Y JUZGAMIENTO POR CONDUCTAS PUNIBLES DE MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA EN EL CONFLICTO ARMADO Y APLICACION DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-Corte debió proferir fallo inhibitorio por falta de aptitud de la demanda (Aclaración de voto)/**DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD**-Concepto de violación (Aclaración de voto)/**DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD**-Razones claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes (Aclaración de voto)

DEMANDA SOBRE INVESTIGACION Y JUZGAMIENTO POR CONDUCTAS PUNIBLES DE MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA EN EL CONFLICTO ARMADO Y APLICACION DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-Falta de certeza, especialidad y pertinencia (Aclaración de voto)/**DEBER DEL ESTADO DE INVESTIGAR Y JUZGAR VIOLACIONES A DERECHOS HUMANOS Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO APLICANDO EL DIH Y EL DIDH**-No existe norma constitucional ni tratado internacional ratificado por Colombia que consagre el supuesto principio argumentado (Aclaración de voto)

DERECHO INTERNO-Aplicación de las normas de derechos humanos y no del Derecho Internacional de Derechos Humanos que solo refiere la responsabilidad internacional de los Estados (Aclaración de voto)

INVESTIGACION Y JUZGAMIENTO POR CONDUCTAS PUNIBLES DE MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA EN EL CONFLICTO ARMADO Y APLICACION DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-Errores conceptuales en la decisión (Aclaración de voto)

INVESTIGACION Y JUZGAMIENTO POR CONDUCTAS PUNIBLES DE MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA EN EL CONFLICTO ARMADO Y APLICACION DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-Decisión aborda equívocamente el concepto de Derecho Internacional de Derechos

Humanos confundiéndolo con el concepto de Derechos Humanos (Aclaración de voto)/**INVESTIGACION Y JUZGAMIENTO POR CONDUCTAS PUNIBLES DE MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA EN EL CONFLICTO ARMADO Y APLICACION DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO**-Decisión desconoce el ámbito de aplicación y la diferencia fundamental entre un juicio por responsabilidad internacional del Estado y un juicio por responsabilidad penal individual (Aclaración de voto)

DERECHO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS-Alcance (Aclaración de voto)

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS-Complementariedad entre el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de Derechos Humanos (Aclaración de voto)

TRATADOS EN MATERIA DE DERECHO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS-Objetivo primordial (Aclaración de voto)

NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS-No son aplicables a los particulares, no regulan la responsabilidad penal de los individuos (Aclaración de voto)/**NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS**-Interpretación progresiva a la luz del Bloque de Constitucionalidad (Aclaración de voto)

NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS-Aplicación frente a un juicio por responsabilidad penal individual resulta anti técnico e inadecuado (Aclaración de voto)

NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS-Aplicación resulta violatoria del principio de legalidad penal (Aclaración de voto)

DEMANDA SOBRE INVESTIGACION Y JUZGAMIENTO POR CONDUCTAS PUNIBLES DE MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA EN EL CONFLICTO ARMADO Y APLICACION DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-Decisión comete graves yerros sobre la supuesta vulneración a un eje definitorio de la Constitución (Aclaración de voto)

DERECHOS HUMANOS Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-Existencia de un eje definitorio relacionado con el respeto y garantía (Aclaración de voto)/**DERECHOS HUMANOS Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO**-Obligación del

Estado investigar, juzgar y condenar a los responsables de violaciones (Aclaración de voto)/**INVESTIGACION Y JUZGAMIENTO DE LOS HECHOS EN MATERIA PENAL**-Se debe hacer con base en las normas punitivas y no con fundamento en obligaciones genéricas (Aclaración de voto)

CODIGO PENAL COLOMBIANO-Consagración de conductas punibles relacionadas con violaciones a Derechos Humanos y reglas de la guerra o el Derecho Internacional Humanitario (Aclaración de voto)

INVESTIGACION Y JUZGAMIENTO POR CONDUCTAS PUNIBLES DE MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA EN EL CONFLICTO ARMADO Y APLICACION DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-Norma demanda pretende que juez aplique la ley más pertinente, incluso más gravosa (Aclaración de voto)

NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-Aplicación para determinar la responsabilidad penal dadas las condiciones objetivas es ajustado a la Constitución (Aclaración de voto)

Referencia: Expediente D-10903

Problema jurídico planteado en la sentencia: ¿Desconoció el Congreso de la República su competencia para reformar la Constitución y por tanto vulneró sus artículos 374 y 379, debido a la sustitución parcial de la Carta por el reemplazo del eje definitorio "*deber estatal de investigar y juzgar las violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al DIH, aplicando complementariamente el DIH y DIDH*" al aprobar la norma que establece 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 DIH, se aplicarán las normas y principios de esta normatividad, sin hacer referencia explícita al Derecho Internacional de los Derechos Humanos?

Motivos de la Aclaración: (i) la Corte debió declararse inhibida para emitir un pronunciamiento (ii) la ponencia comete yerros en cuanto a la construcción y examen de la supuesta vulneración a un eje definitorio

Aclaro el voto en la Sentencia **C - 084 de 2016**, pues la corte debió declararse inhibida para adoptar una decisión y además se incurrió en errores conceptuales.

1. ANTECEDENTES DE LA SENTENCIA C - 084 DE 2016

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad se presentó demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1º. (parcial) del Acto Legislativo 01 de 2015, por el cual se reforma el artículo 221 de la Constitución Política. Los demandantes consideran que el aparte demandado sustituye al menos tres pilares esenciales de la Constitución: 1º. Sustitución del deber estatal de investigar y juzgar las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al derecho internacional humanitario. 2º. Sustitución del elemento definitorio constitucional de independencia y autonomía judicial, adscrito al principio de separación de poderes y, 3º. Sustitución del principio según el cual la ley tiene prohibido establecer privilegios injustificados. La Corte declaró exequible el artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2015 por el Cargo analizado.

2. FUNDAMENTO DE LA ACLARACIÓN

2.1. La Corte debió proferir un fallo inhibitorio

La Corte Constitucional Se debió declarar inhibida por no cumplir con los requisitos de aptitud de la demanda así: En relación con "*el concepto de la violación*", la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que las razones presentadas por el actor deben ser "*claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes*"²¹⁴

Bajo este entendido, la demanda presentada padece de defectos sustantivos en cuanto a la falta de certeza, la especialidad y la pertinencia, bajo los criterios de la jurisprudencia constitucional²¹⁵, así:

- (i) La exigencia de certeza requiere que *la demanda recaiga sobre una proposición jurídica real y existente y no simplemente deducida por el actor, así, el ejercicio de la acción supone la confrontación del texto constitucional con una norma legal que tiene un contenido verificable a partir de la interpretación de su propio texto, técnica de control que difiere de aquella encaminada a establecer proposiciones inexistentes que no han sido suministradas por el*

²¹⁴ Cfr, entre varios, los Autos de Sala Plena 244 de 2001 y de 2001. En dichas oportunidades la Corte, al resolver el recurso de súplica presentados por los actores, confirmó los autos en los que se inadmitió la demanda por no presentar razones "específicas, claras, pertinentes y suficientes.

2. Sentencia C-1052 de 2001 M.P. Eduardo Montealegre Lynett

legislador para pretender deducir la inconstitucionalidad de las mismas cuando del texto normativo no se desprenden; Al respecto, el demandante se limita a sostener que con la reforma "se sustituye el deber estatal de investigar y juzgar las violaciones a los derechos humanos e infracción al DIH aplicando complementariamente el DIH y el DIDH" y sostiene que ese "principio" se encuentra en distintas disposiciones de la Constitución y en tratados ratificados por Colombia.

Lo cierto es que ninguna norma constitucional consagra un principio semejante, o al menos asimilable. De hecho no existe ninguna norma constitucional que se refiera al DIDH. Tampoco existe hasta el momento ningún tratado internacional ratificado por Colombia que consagre el supuesto principio argumentado.

Lejos de ello, 230 de la Constitución se refiere a las fuentes formales en Colombia que debe aplicar un Juez, y en cualquier caso, las normas aplicables en el derecho interno son las de Derechos Humanos y no las del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que solo se refiere a la responsabilidad internacional de los Estados.

En Conclusión la demanda padece evidentemente de falta de certeza en el cargo.

- (i) La Jurisprudencia de la Corte exige que los cargos sean *Específicos* en la medida de establecer si realmente existe una oposición objetiva y verificable entre el contenido de la ley y el texto de la Constitución Política, resultando inadmisibles que se deba resolver sobre su inexecutable a partir de argumentos vagos, indeterminados, indirectos, abstractos y globales que no se relacionan concreta y directamente con las disposiciones que se acusan; la norma demandada se refiere a la investigación y juzgamiento de hechos punibles cometidos en el marco de hechos objetivamente considerados como objeto del DIH.

Los argumentos vagos del demandante confunden los lineamientos de los tribunales internacionales en decisiones sobre responsabilidad del Estado por violaciones de derechos humanos en situaciones de conflicto, con las normas aplicables a un juicio penal, por parte de un tribunal interno y respecto de miembros de la fuerza pública.

Es justamente la abstracción y vaguedad de los argumentos los que permiten que el demandante confunda un proceso penal y las normas aplicables al mismo con un proceso internacional de responsabilidad del Estado. Las normas aplicables al proceso penal interno son la Constitución y el Código Penal, la utilización de otras normas podría ir en perjuicio del principio de

legalidad, pero como los cargos de la demanda se hacen en abstracto y generalizando, llevan a confundir un marco jurídico con otro.

En consecuencia, la demanda padece de falta de especificidad.

- (iii) Además la jurisprudencia exige que los cargos sean *Pertinentes* lo que quiere decir que el reproche formulado debe ser de naturaleza constitucional, es decir, fundado en la apreciación del contenido de una norma Superior que se expone y se enfrenta al precepto demandado, por lo que son inaceptables los argumentos que se limitan a expresar puntos de vista subjetivos en los que en realidad no está acusando el contenido de la norma sino que está utilizando la acción para resolver un problema particular como podría ser la indebida aplicación de la disposición en un caso específico, tampoco prosperan las acusaciones que fundan el reparo en un análisis de conveniencia, calificándola de innecesaria o reiterativa a partir de una valoración parcial de sus efectos.

En el caso concreto las objeciones presentadas surgen únicamente de la interpretación subjetiva del autor, que supone que la norma va a limitar el ámbito de decisión del juez, o que en aquellos casos en que los hechos punibles no estén considerados en las normas del DIH el juez se va a abstener de aplicar el derecho penal ordinario (que equivocadamente confunde con el DIDH). Esas suposiciones no surgen de la norma demandada sino de la interpretación caprichosa del demandante sin ningún sustento.

2.2. La sentencia tiene errores conceptuales

La sentencia aborda equívocamente el concepto de Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), lo confunde con el concepto de Derechos Humanos, desconoce su ámbito de aplicación y la diferencia fundamental entre un juicio por responsabilidad internacional del Estado y un juicio por responsabilidad penal individual.

El DIDH es una rama del derecho internacional público, que a través de tratados internacionales y órganos de control, se encarga de fomentar el respeto de los Derechos Humanos por parte de los Estados.

Como lo explica el Alto Comisionado de las Naciones Unidas:

*"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, en virtud del derecho internacional, 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 básicos"*²¹⁶

Las normas del DIDH están diseñadas para generar obligaciones y responsabilidad a los Estados desde una perspectiva internacional. No son normas que implementen obligaciones a particulares, y mucho menos están diseñadas para generar algún tipo de responsabilidad penal.

Las normas de DIDH establecen obligaciones genéricas de protección y garantía a los Estados, que implican desarrollar normas, estructurar administrativamente y adaptar las entidades del Estado para garantizar el goce efectivo de derechos. También implican respetar, lo cual incumbe principalmente ejercer la jurisdicción sin afectar los derechos de los ciudadanos.

La razón por la cual, en casos como *"Masacre de Santo Domingo"*²¹⁷ la Corte Interamericana de Derechos Humanos se refiere a la complementariedad entre DIH y DIDH, es porque se trata de un examen de la responsabilidad del Estado en una Corte Interamericana que se regula por el derecho internacional. En dichos casos, la Corte Interamericana, a fin de abrogarse competencia, estudia la responsabilidad internacional del Estado por hechos ocurridos en el marco de operaciones militares, sin que, de ninguna manera, pueda establecer algún tipo de responsabilidad individual.

Al respecto sostiene la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

*"134. En efecto, la protección internacional de los derechos humanos no debe confundirse con la justicia penal. Los Estados no comparecen ante la Corte como sujetos de acción penal. El Derecho internacional de los derechos humanos no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados responsables de tales acciones."*²¹⁸

El objetivo primordial de los tratados en materia de DIDH es que cada Estado, en su legislación, implemente las normas internas que resulten adecuadas para generar el respeto de los derechos humanos. Ello implica para

²¹⁶ Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, 10 de Diciembre, Asamblea General de las Naciones Unidas.

²¹⁷ Caso Masacre de Santo Domingo Vs Colombia, sentencia del 30 de noviembre de 2012, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

²¹⁸ Caso Velásquez Rodríguez Vs Honduras, Sentencia de 21 de julio de 1989, la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Párrafo 134.

el Estado desarrollar un aparato administrativo y judicial que responda a los derechos de los ciudadanos.

En conclusión, las normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos no son aplicables a los particulares, en particular no regulan la responsabilidad penal de los individuos. De hecho, en Colombia, la forma en que se implementan las normas e interpretaciones del DIDH es a través de la interpretación progresiva de los derechos humanos a la luz del Bloque de Constitucionalidad. Esa interpretación se usa para ampliar el ámbito de protección (pues se rige por el principio de progresividad y *pro homine*) en el examen de constitucionalidad de las leyes y en la aplicación de la acción de tutela.

Por eso, hablar de la aplicación de normas de DIDH frente a un juicio por responsabilidad penal individual no solo resulta anti técnico sino inadecuado. Es anti técnico porque dichas normas no establecen obligaciones a individuos ni pretenden regular una situación penal, y porque en cualquier caso el marco jurídico en el que se regula el juez es la constitución y el Derecho Penal, no las normas internacionales que en nuestro sistema monista moderado²¹⁹ y según el Art. 230 de la Carta no hacen parte del derecho interno. Por otra parte, resulta inadecuado, porque dado que la naturaleza de las normas no es la de regular la responsabilidad penal del individuo sino la responsabilidad internacional del Estado, la configuración y el alcance de las mismas, así como su aplicación en un proceso penal interno, podrían terminar vulnerando las garantías del procesado.

Decirle al juez penal que debe aplicar normas de un sistema jurídico totalmente diferente a un proceso, resulta violatorio del principio de legalidad penal y por consecuencia de la propia Carta.

Desde la Sentencia "Velázquez Rodríguez c. Honduras"²²⁰, la Corte Interamericana reiteró que el proceso de responsabilidad de Estados que se lleva en esa corte no es compatible con los juicios que se puedan adelantar en un proceso interno.

Totalmente distintas son las normas de DIH, creadas para generar responsabilidades para las partes de un conflicto armado, son normas diseñadas para aplicar a individuos en procesos de responsabilidad penal individual y por ello son autoaplicables o selfexecuting²²¹, (en el sentido del

²¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-400 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero, reiterado en la Sentencia C-615 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

²²⁰ Caso Velásquez Rodríguez Vs Honduras, Sentencia de 21 de julio de 1989, la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

²²¹ Para los Profesores Stefan A. Riesenfeld y Frederick Abbot, en su artículo "The scope of U.S. control over the conclusion and operation of treaties", *Parliamentary participation in the making and operation of treaties: a comparative study*, Netherlands, Ed. Nijhoff, 1994, una disposición de un tratado internacional es calificada como self-executing, cuando no requiere de una legislación interna para ser aplicada, y puede crear directamente derechos y obligaciones en cabeza de los particulares, invocables ante los tribunales nacionales. Por el contrario, algunas normas internacionales, incorporadas a los ordenamientos internos, precisan de la intermediación de una ley o de un decreto para poder ser invocadas ante los tribunales o administraciones estatales. En este último caso, nos encontraremos ante una norma

Art. 214 de la constitución) y pese a ello, el derecho colombiano ya las ha incorporado en el derecho penal, en el capítulo II título Único del Código vigente, que básicamente transcribe las normas de la guerra aplicables en conflicto armado no internacional y tipifica las conductas violatorias con penas más gravosas que las del derecho penal ordinario.

2.3. La decisión comete graves yerros en cuanto a la construcción y examen de la supuesta vulneración a un eje definitorio de la Constitución.

Ciertamente existe un eje definitorio relacionado con el respeto y garantía de los DDHH y del DIH. Incluso en materia internacional y como lo ha reiterado esta Corporación, es obligación del Estado investigar, juzgar y condenar a los responsables de violaciones a los Derechos Humanos (que no al DIDH) y al Derecho Internacional Humanitario.²²² La cuestión es que en materia penal, la investigación y juzgamiento de los hechos, se debe hacer con base en las normas punitivas y no con fundamento en obligaciones genéricas.

El código penal Colombiano consagra una serie de conductas punibles, algunas de ellas relacionadas con violaciones a derechos humanos y en un título específico, las que tienen que ver con violaciones a las reglas de la guerra o DIH. El legislador decidió darle a estas últimas (violaciones al DIH) una gravedad mayor, **imponiendo penas más altas** que las de los delitos comunes.

La norma demanda no tiene como objeto eximir al investigado de su posible responsabilidad por delitos comunes, ni privar al juez de la posibilidad de aplicar el código penal en su integridad. Antes al contrario, lo que pretende la norma es que el juez aplique la Ley más pertinente, e incluso más gravosa, teniendo en cuenta las características especiales en que sucedieron los hechos.

Cuando el artículo demandado establece que: *"en la investigación y juzgamiento de los hechos 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*

convencional not-self-executing. Sobre el contenido y alcance de la noción de self-executing, ver además, T. Buergenthal, "Self-executing and not-self-executing treaties in national and international law", R.C.A.D.I., Tome 235, 1992, pp. 235 y ss.

²²² Según la Sentencia C-579 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, "La obligación de investigar, juzgar y sancionar en la jurisprudencia de la Corte IDH, fue inicialmente interpretada con base en la obligación general de garantía establecida en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, desde su primer caso, Velásquez Rodríguez contra Honduras (1988)[470j. En esa ocasión se estableció la responsabilidad internacional del Estado por una desaparición forzada cometida por agentes del Estado. La Corte estableció que la obligación dispuesta en el artículo 1.1 según la cual los Estados deben "garantizar" el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención, implica el deber 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". A continuación precisó que, como consecuencia de esta obligación, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos consagrados en la Convención, y en su caso, reparar los daños producidos. "

Humanitario, se aplicarán las normas y principios de este " sencillamente está pidiendo al juez tener en cuenta las normas más adecuada, y le corresponderá al juez, luego del examen de cada caso, determinar cuál es el tipo penal que se debe aplicar, si el correspondiente al DIH o el derecho penal ordinario.

La obligación de tomar en consideración el DIH para los hechos cometidos en circunstancias que objetivamente cumplan con los requisitos de ese marco, es una garantía del cumplimiento de las obligaciones internacionales y el respeto de los derechos de las víctimas, pero de ninguna manera puede entenderse que es una limitación a las autoridades judiciales para dejar de investigar y juzgar alguna conducta o para aplicar un tipo penal incorrecto.

Si las autoridades judiciales no están correctamente preparadas en materia de DIH y si no tienen en cuenta esas normas a la hora de investigar y juzgar un juicio, tampoco podrán saber si la conducta es violatoria del Derecho Internacional Humanitario o si corresponde a una violación de derecho humano tipificada como un delito distinto.

Aplicar las normas implica, según la Real Academia "2. tr. *Emplear, administrar o poner en práctica un conocimiento, medida o principio, a fin de obtener un determinado efecto o rendimiento en alguien o algo*" Aplicar correctamente las normas del DIH para determinar la responsabilidad penal en una situación, donde, dadas las condiciones objetivas es aplicable, no puede considerarse más que ajustado a la Constitución. Suponer que ello implica desconocer el resto del derecho colombiano, incluida la Constitución y el derecho penal ordinario, no es otra cosa que un argumento deducido subjetivamente por el demandante, que no cumple siquiera con el requisito de certeza, que implica que el cargo "*tenga un contenido verificable a partir de la interpretación de su propio texto*".

En conclusión, la demanda ni siquiera cumple con los requisitos para ser admitida, pues el cargo no cumple con los requisitos exigidos por esta Corporación para ello. Pero, puesto que la Corte decidió adelantar el estudio, la decisión no puede ser otra que declarar executable la norma, sin ningún condicionamiento, pero en particular NO DEBE incluirse la frase "*en el entendido que complementariamente se aplicaran las normas y principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos* ", porque son normas que NO se puedan aplicar a un juicio penal, como ya se ha explicado.

Fecha *ut supra*,

JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB
Magistrado

**ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA
GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
A LA SENTENCIA C-084/16**

Referencia: Expediente D-10903

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1º (parcial) del Acto Legislativo 01 de 2015 *“por el cual se reforma el artículo 221 de la Constitución Política.”*

Demandantes: Gustavo Gallón Giraldo, Jomary Ortegón Osorio y otros.

Magistrado Ponente:
LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, a continuación expongo las razones que me motivan a **aclarar mi voto** en la decisión de la referencia, aprobada por la Sala Plena en sesión del 24 de febrero de 2016.

1. En la **sentencia C-084 de 2016**, la Corte Constitucional declaró exequible, por el cargo analizado, la expresión *“[e]n 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,”* contenida en el Acto Legislativo 01 de 2015²²³.

2. En esta oportunidad, la Sala Plena estudió un cargo de inconstitucionalidad fundamentado en la supuesta sustitución del deber estatal de investigar y juzgar, de manera auténtica e imparcial, las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al derecho internacional humanitario. A juicio de los actores, dicho eje definitorio constitucional resultaba subvertido por el Acto Legislativo acusado.

Para los demandantes, la modificación normativa desconocía el pilar constitucional referido, al excluir el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) de la regulación aplicable a la investigación y juzgamiento de las conductas punibles atribuidas a miembros de la Fuerza Pública, en el marco del conflicto armado. En su criterio, la reforma constitucional demandada implicaba una renuncia al deber de aplicar el DIDH en forma

²²³ *“Por el cual se reforma el artículo 221 de la Constitución Política.”*

simultánea y complementaria con el DIH, respecto de violaciones a derechos humanos ocasionadas tanto en contextos de conflicto armado como por fuera de estos.

3. En el fallo respecto del cual aclaro mi voto, esta Corporación consideró que la única interpretación constitucionalmente admisible del segmento demandado es la que establece que la referencia explícita que el Acto Legislativo 01 de 2015 hace al Derecho Internacional Humanitario, en su calidad de marco normativo aplicable a la investigación y juzgamiento que se adelanta contra miembros de la Fuerza Pública, no excluye la aplicación convergente y complementaria del DIDH²²⁴.

En tal sentido, la providencia indicó que el enunciado normativo acusado no transgrede la obligación de investigar y juzgar, de manera seria e imparcial, las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario²²⁵.

4. Estoy de acuerdo con la decisión tomada por la mayoría de la Sala Plena en esta oportunidad, pues considero que la interpretación más razonable y la que guarda mayor compatibilidad con la Carta Política es la acogida por la sentencia C-084 de 2016. En efecto, estimo que la mención expresa al Derecho Internacional Humanitario contenida en el precepto acusado en ninguna medida excluye el deber de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones a derechos humanos ni implica una renuncia a la aplicación del DIDH, en los ámbitos en los cuales ello resulta posible.

No obstante, aclaro mi voto porque, desde mi punto de vista, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario no son complementarios en todos los casos, como se desprende de la providencia de la referencia. Además, estimo que el fallo no tuvo en cuenta las implicaciones de la diferencia entre el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos sobre la estructura del proceso penal. En mi criterio, la aplicación de alguno de estos sistemas normativos influye en el desarrollo de la investigación y juzgamiento de las conductas punibles, particularmente de aquellas cometidas por miembros de la Fuerza Pública.

Cuestión previa: La decisión toma como punto de partida la interpretación de la CIDH y de la Corte IDH sobre las relaciones entre Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho

²²⁴ En relación con la complementariedad y convergencia entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, la sentencia C-084 de 2016 explicó que ambos sistemas son “*normatividades complementarias que, bajo la idea común de la protección de principios de humanidad, hacen parte de un mismo género: el régimen internacional de protección de los derechos de la persona humana.*”

²²⁵ Del mismo modo, la sentencia C-084 de 2016, estableció que una interpretación del aparte demandado que implique sustraer los mandatos y principios del Derecho Internacional de Derechos Humanos del derecho aplicable a las investigaciones y juicios que se adelanten contra miembros de la Fuerza Pública en relación con el conflicto armado, implicaría una sustitución de la Carta Política.

Internacional Humanitario. Tal postura debe entenderse en el contexto del mandato de los órganos del SIDH que no son competentes para aplicar el DIH.

5. La sentencia C-084 de 2016 parte de la premisa de una total armonía entre el DIH y el DIDH. En este sentido, pese a reconocer el carácter de *lex specialis* del Derecho Internacional Humanitario, señala que dicha circunstancia no implica que se deba “*prescindir de la aplicación de otros imperativos como los derivados de los principios y normas del derecho internacional de los derechos humanos; esto sería contrario al reconocido carácter complementario de estos corpus iuris. En tales eventos lo que ocurre es que el DIH puede servir como lex specialis para interpretar y aplicar los instrumentos internacionales de derechos humanos*”²²⁶.

Según el fundamento jurídico citado, la aplicación del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos puede ser concurrente y unirse para conformar en un mismo régimen²²⁷. No obstante, la postura expuesta por esta Corporación otorga prevalencia al DIDH sobre el DIH de forma implícita, pues concluyó que el derecho internacional de los conflictos armados pasa a ser un simple parámetro de interpretación de las obligaciones internacionales de derechos humanos.

En efecto, a partir del criterio esgrimido por la Corte Constitucional según el cual el Derecho Internacional Humanitario es un parámetro de interpretación y aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos, se colige que existe una jerarquía entre ambos sistemas de normas pues uno de ellos opera como pauta interpretativa del otro. Por ende, la reducción del DIH a una simple guía hermenéutica supone la subordinación de este cuerpo normativo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

6. Es indispensable resaltar que la Corte Constitucional se basó en los pronunciamientos la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)²²⁸ para concluir que el Derecho Internacional Humanitario debía utilizarse como *lex specialis* para interpretar y aplicar las obligaciones internacionales de derechos humanos.

Sin embargo, es necesario poner de presente que la posición de la Corte IDH y de la CIDH corresponde al mandato que tienen dichos órganos, el cual restringe su competencia a la Convención Americana sobre Derechos

²²⁶ Sentencia C-084 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Párrafo 105. (Resaltado por fuera del texto original)

²²⁷ Sentencia C-084 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Párrafo 105.

²²⁸ Al respecto, ver: Burgorgue-Larsen, Laurence; Úbeda de Torres, Amaya. *La “guerra” en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. ACIDI - Anuario Colombiano de Derecho Internacional, [S.l.], v. 3, p. 117 - 153, dic. 2010. ISSN 2145-4493.; Forrest Martin, Francisco; Schnably, Stephen J., et. al. *International Human Rights and Humanitarian Law. Treaties, Cases, and Analysis*. Cambridge University Press. New York. ISBN-13: 9780521858861 | ISBN-10: 0521858860. p.535

Humanos y a las demás normas del SIDH, en los casos respectivos. En este sentido, ambas instituciones únicamente pueden pronunciarse sobre la responsabilidad internacional del Estado por el incumplimiento de obligaciones en el marco del DIDH.

7. En contraste, los órganos judiciales nacionales son competentes para la aplicación de cualquiera de los dos sistemas normativos, por lo cual pueden enfrentar una disyuntiva acerca de la determinación del *corpus iuris* aplicable. En esta medida, los jueces nacionales no pueden limitarse a emplear el DIH como un mero parámetro de interpretación de las obligaciones consagradas por el DIDH, ya que son plenamente competentes para determinar la responsabilidad penal de los miembros de la Fuerza Pública con fundamento en aquellas normas.

Así las cosas, no puede acogerse en el ordenamiento penal interno la interpretación de la CIDH y de la Corte IDH con respecto a la complementariedad absoluta entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario desde una perspectiva jerárquica, debido a la diferencia significativa que existe entre la competencia de los órganos del SIDH y las atribuciones de los jueces colombianos, quienes tienen el deber de aplicar ambos regímenes jurídicos en lugar de sólo uno de ellos. Lo anterior se debe a la imposibilidad de establecer una jerarquía normativa entre el DIH y el DIDH en el ordenamiento interno.

El DIH y el DIDH no son cuerpos normativos complementarios en todos los casos, como se deduce de la sentencia C-084 de 2016. Ambos regímenes jurídicos se aplican en situaciones distintas y presentan diferencias en su estructura. Además, el carácter de *lex specialis* del DIH en ocasiones impide que sea utilizado, de manera concurrente, con el DIDH.

8. Para comenzar, es oportuno explicar en qué medida existe efectivamente una complementariedad entre el DIH y el DIDH. En mi concepto, se trata de dos sistemas normativos que coinciden en buena parte de sus postulados y comparten algunos de sus mandatos²²⁹. De este modo, la aplicación convergente de ambos *corpus iuris* tiene lugar en todo aspecto en el cual puedan ser compatibles y, especialmente, en aquellos casos en los cuales no existan diferencias sustanciales entre las consecuencias jurídicas previstas en uno y otro régimen jurídico²³⁰.

²²⁹ Uno de los puntos en los que se asemejan en mayor medida el DIH y el DIDH es en las prohibiciones que contemplan de las graves violaciones a los derechos humanos, de los crímenes de guerra, de la tortura, de los tratos crueles, inhumanos o degradantes, de los ataques contra la dignidad de la persona, de la toma de rehenes, de los juicios sin garantías y de las penas sin apego al principio de legalidad, tal como lo reconoce la propia sentencia C-084 de 2016 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

²³⁰ Se debe resaltar que tanto el DIH como el DIDH son cuerpos normativos de derecho internacional, que establecen mandatos y prohibiciones generales que, por regla general, no prescriben una sanción o pena específica. En tal sentido, cuando se hace referencia a las consecuencias jurídicas de estas normas, se alude al alcance del derecho o prohibición establecido y, por lo tanto, a la posibilidad de sancionar o excluir de responsabilidad una determinada conducta en el derecho penal interno.

Sin embargo, no comparto el criterio formulado por la sentencia C-084 de 2011, según el cual este Tribunal consideró que “*es innegable que entre ambos cuerpos normativos –DIH y DIDH–, existe una concurrencia en su ámbito de aplicación material y personal, que hace que guarden la misma naturaleza en relación con los derechos que protegen, y que cuenten con similares mecanismos instituidos para garantizar dichos derechos, e inclusive en relación con las organizaciones internacionales que los promueven*”²³¹.

Mi desacuerdo con esta posición mayoritaria radica en que ella asume que la complementariedad entre el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es total. Sin embargo, desde mi punto de vista la aplicación complementaria del DIH y el DIDH es únicamente parcial, como lo justificaré a continuación.

9. Establecida la anterior precisión, presentaré las razones por las cuales considero que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario no son sistemas normativos complementarios en todos los casos. En tal sentido, desarrollaré mis argumentos de acuerdo con la siguiente estructura: (i) expondré que el DIH y el DIDH tienen un ámbito de aplicación distinto, lo cual impacta en el sentido y la finalidad de cada *corpus iuris*; (ii) explicaré las diferencias entre la estructura de ambas clases de normas jurídicas, así como las condiciones bajo las cuales se puede limitar temporalmente su aplicación, y; (iii) me referiré al carácter de *lex specialis* del Derecho Internacional Humanitario, el cual desplaza, en ciertos escenarios, a las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

10. En primer lugar, **el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos son cuerpos normativos aplicables en situaciones fácticas distintas**. Mientras que las obligaciones generales de derechos humanos son vinculantes en tiempos de paz, la exigibilidad del DIH sólo tiene lugar en momentos de conflicto armado interno o internacional²³². De este modo, el DIDH es un régimen jurídico de normalidad, que opera a modo de regla general. En contraste, el DIH es un derecho de excepción, cuya aplicación se encuentra restringida a la hipótesis de la confrontación armada²³³.

Al respecto, la Corte Internacional de Justicia ha expresado que, “[e]n 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

²³¹ Sentencia C-084 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Párrafo 87.

²³² Vinuesa, Raúl Emilio. Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, diferencias y complementariedad. 26 de junio de 1998. Publicado en el sitio web del Comité Internacional de la Cruz Roja. Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdlj8.htm>

²³³ *Ibid.*

humanitario, otros pueden estar contemplados exclusivamente en el derecho de los derechos humanos, y otros pueden estar contemplados en ambas ramas del derecho internacional”²³⁴.

11. Por consiguiente, el DIH y el DIDH presentan diversos ámbitos de aplicación en tanto el primero es un régimen jurídico previsto para los conflictos armados internos o internacionales y el segundo opera en tiempos de paz, por lo cual no se puede predicar una plena complementariedad entre dos sistemas normativos que tienen lugar en situaciones fácticas diversas, aun cuando existan disposiciones iguales en ambos regímenes.

12. En segundo lugar, **las estructuras normativas de uno y otro *corpus iuris* presentan diferencias significativas.** Mientras que el DIH se encuentra compuesto, en su mayoría, por disposiciones que prohíben medios y estrategias de guerra, así como normas de protección especial a civiles y población fuera de combate (toda vez que se encuentra basado en el principio de distinción), el DIDH se caracteriza porque sus mandatos reconocen derechos subjetivos universales y promueven su garantía en condiciones de igualdad y no discriminación²³⁵.

13. Igualmente, es pertinente resaltar que las normas internacionales de derechos humanos permiten su suspensión y restricción en situaciones extraordinarias, con ciertas excepciones. Para tal efecto, los tratados de derechos humanos, tanto en los sistemas regionales como en el universal disponen de mecanismos y procedimientos especiales para imponer dichas limitaciones²³⁶.

En contraste, las normas de Derecho Internacional Humanitario son inderogables en virtud de su calidad de parámetros mínimos de conducta para los sujetos destinatarios de tales regulaciones. Por lo tanto, no se contemplan figuras como la suspensión o limitación.

14. Finalmente, **el carácter de *lex specialis* del Derecho Internacional Humanitario desplaza en ciertos eventos a las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.** Así, además de su condición de sistema normativo aplicable en escenarios de conflicto armado, el DIH es el régimen jurídico especial para dichas situaciones, por lo cual prevalece su aplicación sobre la normativa general en tales casos.

15. Así precisamente lo ha entendido la Corte Internacional de Justicia, la cual ha señalado que, a pesar de la complementariedad y convergencia que existe entre el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional

²³⁴ Corte Internacional de Justicia. *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*. Opinión Consultiva de 9 de julio del 2004. Párrafo 106.

²³⁵ *Ibíd.*

²³⁶ Veáse, por ejemplo, artículo 4° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

de los Derechos Humanos²³⁷, debe establecerse el derecho aplicable para la calificación de determinados hechos que pueden tener consecuencias jurídicas diversas en cada uno de los sistemas normativos. Así, a partir del ejemplo de la privación arbitraria de la vida, el Tribunal internacional ha sostenido que:

“[L]a protección prevista en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no cesa en tiempo de guerra, excepto cuando se aplica el artículo 4 del Pacto, según el cual algunas disposiciones pueden ser suspendidas cuando se da una situación de emergencia nacional. Sin embargo, el derecho a no ser privado de la vida arbitrariamente se aplica también en tiempo de hostilidades.

Ahora bien, el criterio para determinar si la privación de la vida es arbitraria depende de la lex specialis aplicable, a saber, el derecho aplicable en caso de conflicto armado, que tiene por objeto regir las situaciones de hostilidades. Así pues, que un caso de pérdida de vida a causa del empleo de un arma determinada en una situación de guerra se considere un caso de privación arbitraria de la vida que contraviene el artículo 6 del Pacto sólo se puede decidir por remisión al derecho aplicable en caso de conflicto armado y no por deducción de las disposiciones del Pacto²³⁸. (resaltado por fuera del texto original)

16. Así las cosas, aunque por regla general las obligaciones internacionales de derechos humanos mantienen su vigencia aún en situaciones de conflicto armado, para la calificación específica de ciertos hechos prevalece la aplicación del Derecho Internacional Humanitario, cuando existan diferencias entre las soluciones prescritas por cada uno de los *corpus iuris*.

Por lo tanto, en razón de su especialidad, la aplicación del Derecho Internacional Humanitario en ciertos casos conlleva la inaplicabilidad de las disposiciones de Derecho Internacional de los Derechos Humanos que resulten incompatibles con el régimen jurídico particular de los conflictos armados.

17. En conclusión, el DIH y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no son dos regímenes jurídicos exactamente complementarios. Si bien ambos se asemejan en su interés de proteger a la persona humana²³⁹, es claro que, en algunos casos, la aplicación simultánea de los dos sistemas jurídicos resulta incompatible e incluso excluyente. En efecto, se trata de cuerpos normativos cuya aplicación tiene lugar en supuestos fácticos distintos, presentan estructuras distintas y uno de ellos tiene carácter de norma especial.

²³⁷ Chetail, Vincent. “The contribution of the International Court of Justice to international humanitarian law.” En: *International Review of the Red Cross*. Junio de 2003. Vol. 85. No. 850. Pág. 240.

²³⁸ Corte Internacional de Justicia. *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*. Opinión Consultiva de 19 de julio de 1996. A/51/218. Párrafo 25.

²³⁹ Sentencia C-255 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Por este motivo, considero que la manera más adecuada de armonizar el DIH y el DIDH es reconocer expresamente que se trata de regímenes que no siempre son complementarios y que, dada su naturaleza, en muchos casos la aplicación de un régimen jurídico implicará que se prescinda del otro.

18. No obstante, sea cual fuere el régimen de derecho internacional aplicable, en todo caso se debe respetar la obligación de investigar, juzgar y sancionar, de manera auténtica e imparcial, las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, que se deriven de las conductas de los miembros de la Fuerza Pública.

La diferencia entre el DIH y el DIDH tiene incidencia desde el punto de vista del proceso penal, toda vez que, en algunos casos, situaciones análogas pueden tener consecuencias penales diversas de acuerdo con el régimen normativo aplicable; tal aspecto puede desconocer los principios de legalidad e igualdad. Además, el contenido de los bienes jurídicos protegidos es diverso en ambos *corpus iuris*.

19. Como se evidenció anteriormente, las diferencias que existen entre el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos impiden que se pueda hablar de una absoluta complementariedad entre ambos sistemas. Sin embargo, las consecuencias de la interpretación acogida por la Sala Plena no se agotan en el plano teórico. En la práctica, existen incompatibilidades para la aplicación convergente del DIH y el DIDH en relación con la investigación y juzgamiento de las conductas punibles cometidas por los miembros de la Fuerza Pública.

Considero que el criterio acogido por la Corte Constitucional para determinar el régimen jurídico aplicable a los miembros de la Fuerza Pública en contextos de conflicto armado, es inapropiado y confuso. A mi juicio, la inconveniencia de este parámetro proviene de su ambigüedad, pues no se define con claridad cuál es el régimen jurídico aplicable cuando la misma situación fáctica conlleva consecuencias normativas diferentes en el DIH y en el DIDH.

20. En efecto, existen varios supuestos (en los cuales se podrían configurar conductas punibles) cuya calificación jurídica varía de acuerdo con el cuerpo normativo que resulte aplicable. Por ejemplo, en el caso anteriormente expuesto del derecho humano a no ser privado de la vida arbitrariamente²⁴⁰, es claro que una misma situación fáctica (privación de la vida) puede encuadrarse en una infracción a esta obligación internacional en el marco del DIDH y, simultáneamente, se puede calificar como ataque a un objetivo

²⁴⁰ Párrafo 13 *supra*.

legítimo, de acuerdo con el principio de distinción contenido en el Derecho Internacional Humanitario²⁴¹.

En tal sentido, un mismo hecho puede resultar castigado por la legislación penal (en cumplimiento de las obligaciones internacionales de derechos humanos) y excluido de responsabilidad penal por la aplicación del DIH.

21. Igualmente, valga mencionar a manera de ejemplo la aplicación del principio de proporcionalidad y los escenarios de daño colateral para ilustrar este punto. Es pertinente señalar que en los ataques que emprenden las partes combatientes, dirigidos contra un objetivo militar legítimo y específico, “*las personas y bienes civiles pueden resultar incidentalmente afectados*”²⁴². De conformidad con el principio de proporcionalidad²⁴³, los daños incidentales o colaterales son lícitos siempre y cuando no resulten excesivos, “*en relación con la ventaja militar directa y concreta prevista*”²⁴⁴.

En este orden de ideas, los efectos adversos ocasionados a la población civil en el marco de una operación militar que observe estrictamente el principio de proporcionalidad son lícitos a la luz del Derecho Internacional Humanitario. En contraste, si se escoge como derecho aplicable el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en principio deviene ilícito cualquier uso de la fuerza que no implique una acción defensiva y que no tenga en cuenta consideraciones como la proporcionalidad en su ejercicio²⁴⁵. Por tanto, el primer escenario será atípico y el segundo podría configurarse como delito.

22. Aunado a ello, la sentencia C-084 de 2016 determina que las autoridades judiciales son autónomas “*para la selección de las fuentes aplicables y su*

²⁴¹ De acuerdo con el principio de distinción, “[e]n los conflictos armados internacionales, los combatientes tienen derecho a participar directamente en las hostilidades. En otras palabras, tienen permitido cometer actos de guerra lícitos destinados a lograr un objetivo militar de la manera más efectiva posible. Sin embargo, el principio de distinción requiere que esos actos de guerra se dirijan sólo contra combatientes del enemigo y objetivos militares...” Fuente: Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). Métodos y medios de guerra. Publicado el 29 de octubre de 2010. Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/war-and-law/conduct-hostilities/methods-means-warfare/overview-methods-and-means-of-warfare.htm>

²⁴² Quéguiner, Jean-François. “Precauciones previstas por el derecho relativo a la conducción de las hostilidades”. En: *International Review of the Red Cross*. Diciembre de 2006, N. ° 864 de la versión original. Pág. 2.

²⁴³ Es conveniente recordar que el principio de proporcionalidad es un corolario del principio de distinción. Al respecto, véase: Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). Métodos y medios de guerra. Publicado el 29 de octubre de 2010. Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/war-and-law/conduct-hostilities/methods-means-warfare/overview-methods-and-means-of-warfare.htm>

²⁴⁴ Quéguiner, Jean-François. *op. cit.* pág. 2.

²⁴⁵ Cabe anotar que el tratamiento del principio de proporcionalidad en tiempos de paz es mucho más restrictivo, toda vez que: “no habrá objetivos militares sobre los que aplicar la fuerza, sino tan sólo la búsqueda del imperio de la ley y el orden; no habrá posible Ventaja Militar para alcanzar, al no existir enemigo; no habrá operaciones ofensivas sino exclusivamente defensivas, ya que el hecho de ejecutar una operación ofensiva equivaldría a cometer una agresión sin justificación alguna, y en consecuencia, ningún uso de la fuerza por las Fuerzas Armadas, como tal, tendría justificación legal.” En tal sentido, “sería necesaria una acción previa del agresor para que hubiese una reacción, y ésta tendría que ser proporcional a aquella.” Al respecto, ver: Guisández Gómez, Javier. “El principio de proporcionalidad y los daños colaterales, un enfoque pragmático”, Prieto Sanjuan, Rafael (editor académico), En: *Conducción de hostilidades y el derecho internacional humanitario a propósito del centenario de los convenios de La Haya*, Bogotá: Ed. Biblioteca Jurídica DIKE. 2007. págs 223-238.

interpretación,” dada la complejidad y multiplicidad de situaciones que pueden presentar las conductas desarrolladas en un conflicto armado²⁴⁶. Por consiguiente, defiere a los jueces la posibilidad de seleccionar las normas aplicables, ya sea Derecho Internacional Humanitario, Derecho Internacional de los Derechos Humanos o una combinación de ambos.

Tal atribución así formulada carece de un criterio específico que permita definir, en aquellos eventos en los cuales ambos sistemas normativos presentan consecuencias disímiles, cuál debe aplicarse de forma prevalente. Lo anterior, comporta riesgos en relación con los principios de legalidad e igualdad -que deben orientar el inicio y desarrollo del proceso penal- en la medida en que los jueces pueden calificar una misma situación fáctica con base en dos cuerpos normativos distintos, lo cual deriva en consecuencias jurídico-penales sustancialmente diferentes para casos análogos.

Así las cosas, puede existir una vulneración del principio de legalidad toda vez que no resulta clara la ley preexistente que aplica a la conducta realizada. También, se evidencia un peligro para el mandato de igualdad puesto que se asignarían consecuencias diversas para supuestos fácticos idénticos, en función del régimen jurídico aplicable. En este orden de ideas, es claro que lo anterior tiene evidentes implicaciones para la seguridad jurídica.

23. Ahora bien, la distinción entre la aplicación del DIDH y el DIH en la investigación y juzgamiento de las conductas punibles cometidas por miembros de la Fuerza Pública también resulta relevante frente al contenido de los bienes jurídicos protegidos en cada uno de estos casos.

Como fue explicado anteriormente, el Derecho Internacional Humanitario tiene como propósito limitar, por razones humanitarias, los efectos de la guerra. Por tanto, su punto de partida es la existencia de un escenario de conflicto armado que implica permitir, en forma excepcional, acciones que estarían prohibidas en situación de normalidad.

De este modo, *“el DIH parte del presupuesto de la legitimidad, por decirlo de alguna manera, de los efectos colaterales que afectan la vida y los bienes de los civiles durante los conflictos armados en tanto y en cuanto estos son consecuencia del uso de fuerza que se justifica en una necesidad militar.”*²⁴⁷

24. Lo anterior tiene como consecuencia que, de acuerdo con el DIH, en escenarios de conflicto armado se presente una disminución correlativa del nivel de protección a los bienes jurídicos en comparación con momentos de normalidad. En este sentido, la protección de bienes jurídicos en tiempo de paz generalmente no se extiende en forma idéntica en condiciones bélicas.

²⁴⁶ Sentencia C-084 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Párrafo 103.

²⁴⁷ Vinuesa, Raúl Emilio. Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, diferencias y complementariedad. 26 de junio de 1998. Publicado en el sitio web del Comité Internacional de la Cruz Roja. Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdlj8.htm>

En consecuencia, el análisis de antijuridicidad de una conducta punible endilgada a un miembro de la Fuerza Pública también variará según si se aplica en su caso el DIH o el DIDH. Así, ciertas conductas que se considerarían antijurídicas en condiciones de normalidad, dejarían de tener este carácter si se aplica el derecho de los conflictos armados.

25. Por los motivos anteriormente señalados, considero que el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no son sistemas normativos complementarios en todos los casos, pues difieren en su ámbito de aplicación, en su estructura y en su carácter de generalidad o especialidad.

Aunque su utilización puede ser convergente, existen algunos eventos en los cuales ambos regímenes jurídicos regulan la misma situación fáctica de maneras disímiles, lo cual afecta los principios de legalidad, igualdad y seguridad jurídica propios del proceso penal.

Así mismo, el contenido de los bienes jurídicos que se protegen es diverso en cada uno de los sistemas normativos y este hecho incide de forma determinante en el análisis de antijuridicidad de las conductas punibles cometidas por miembros de la Fuerza Pública.

De esta manera, expongo las razones que me conducen a aclarar mi voto en relación con las consideraciones formuladas en la decisión que, en esta oportunidad, ha tomado la Sala Plena.

Fecha ut supra,

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada

**ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO
GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
A LA SENTENCIA C-084/16**

**DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA ACTO
LEGISLATIVO EN MATERIA DE CONDUCTAS PUNIBLES DE
MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA EN EL CONFLICTO
ARMADO-Deber constitucional de investigar, juzgar y sancionar
violaciones graves a derechos humanos y derecho internacional
humanitario (Aclaración de voto)**

Referencia: Expediente D-10903. Demanda de
inconstitucionalidad contra el artículo 1º
(parcial) del Acto Legislativo 01 de 2015 "
por el cual se reforma el artículo 221 de la
Constitución Política."

Magistrado ponente:
LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Mi aclaración de voto en este asunto se contrae a reiterar que no obstante que la demanda plantea que el precepto constitucional acusado sustituye un eje axial de la carta de 1991, en cuanto que excluye como referente de obligada observación en la investigación y juzgamiento de las conductas punibles cometidas por los miembros de la Fuerza Pública, en el marco de un conflicto armado, a las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH)²⁴⁸, en razón de que aquel solamente menciona, como reglas a tener en cuenta, en estos casos, las que incorpora el Derecho Internacional Humanitario (DIH)²⁴⁹, esta Corte inequívocamente concluyó en el fallo que nos ocupa que el hecho de que el artículo constitucional cuestionado expresamente no lo diga, indefectiblemente, ha de entenderse que en dichos eventos también deben considerarse y aplicarse las preceptivas de aquel

²⁴⁸ El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se caracteriza por tener aplicabilidad permanente y vigencia plena en todo momento de paz, aunque permite su suspensión y restricción en situaciones extraordinarias, excepto su núcleo básico que se aplica inclusive en los conflictos armados. Protege a todos los individuos sin distinción por su carácter universal, favoreciendo el desarrollo integral de las personas en todos los ámbitos, personales, sociales, políticos y económicos y tiene por finalidad evitar las arbitrariedades limitando el poder de dominio del Estado frente a los individuos.

²⁴⁹ Codificado por primera vez en el convenio de Ginebra de 1864 el Derecho Internacional Humanitario se aplica plenamente únicamente en situaciones de conflicto armado, y no puede ser derogado ni suspendido, protegiendo a los participantes y afectados como son los heridos, los prisioneros, el personal sanitario y religioso, procurando limitar los sufrimientos provocados por la guerra. Establece mecanismos que instituyen un tipo de control continuo de su aplicación y hace resaltar la cooperación entre las partes en conflicto y un intermediario neutral, con miras a impedir las eventuales violaciones, así mismo, prohíbe medios y estrategias de guerra, como normas de protección especial a civiles y a la población fuera de combate. Tiene por finalidad salvaguardar la integridad personal y el entorno social del individuo que esté atravesando un conflicto armado.

estatuto, esto es, las del DIDH. Tal es, según la Corte, el único sentido de la norma demandada que compatibiliza con el deber que le asiste a las autoridades de la República de propender hacia el pleno y debido respeto de los Derechos Humanos, atendiendo los expresos mandatos constitucionales que establecen la obligación a cargo de este de garantizar la efectividad de los principios, derechos y libertades consagrados en la Constitución (Art. 2.C.P.), en particular, las que otorgan expreso reconocimiento a los derechos humanos y prohíben su limitación aún en los estados de excepción, incluidos el de guerra y el de conmoción interior (Art.214 CP.) y, además, considerando, entre otras, las reglas que proscriben la suspensión de los derechos fundamentales y aluden al necesario respeto del Derecho Internacional Humanitario. (Arts. 93 y 214.2 CP.)

Según la Corte, así entendida la norma acusada, en modo alguno hay lugar a que se la interprete como lo plantea la demanda, no obstante que está, en principio, tenga razón en cuanto a que, literalmente, aquella no aluda a la aplicación del DIDH en los eventos allí regulados y concluye esta Corporación que la interpretación sistemática y finalista permite superar el impase derivado de la sola lectura gramatical del precepto.

A mi modo de ver, es lo cierto que si el examen de constitucionalidad de que aquí se trata no recayera sobre un acto legislativo (que reforma la constitución) sino sobre una ley, (que desarrolle la constitución) lo que en dicho caso se impondría, en aras de una mayor claridad y certeza sobre los efectos, era emitir un fallo de interpretación condicionada que determinara el preciso sentido de la norma con implicaciones, desde luego, en la parte resolutive de la decisión. De esta forma se reducirían las dudas que pudieran surgir en torno a los verdaderos alcances del pronunciamiento, sobre la base de la plena identificación del entendimiento inconstitucional que, por lo mismo, quedaba proscrito.

Sin embargo, como la norma examinada en esta oportunidad hace parte de un acto legislativo, su verdadero alcance se fijó no en la parte resolutive sino en las motivaciones del fallo, bajo la consideración de que se trata de la ratio decidendi del mismo, lo cual se muestra acorde con una marcada tendencia asumida por esta Corporación que claramente evidencia su reticencia a acudir a la fórmula de las sentencias modulativas cuando, por vía de la teoría de los vicios competenciales, y debido a lo limitado del control que la Corte ejerce en esta hipótesis, ha abordado el análisis de la constitucionalidad o no de determinadas reformas a la Carta del 1991.

En conclusión, independientemente de las distintas características que puedan predicarse del DIH y del DIDH, o de las particularidades que los vinculan, o complementan o de la especial finalidad de uno u otro o de su aplicación principal, coetánea, sucedánea o subsidiaria, según la situación de se trate, lo cual se dilucidará, si a ello hubiere lugar, en cada caso, lo cierto

es que, según lo que esta Corporación determinó, en esta oportunidad, con base en los precedentes sentados en las sentencias C-574 de 1992 y C-225 de 1995, las preceptivas de ambos estatutos, (y no solo las del primero) en cuanto son "normatividades complementarias que, bajo la idea común de la protección del principio de humanidad, hacen parte del mismo género: El Régimen Internacional de Protección de los derechos de la Persona Humana", se aplicarán en las investigaciones y juzgamientos de que trata la disposición acusada, sin quepa oponer hesitación alguna a este respecto.

Por lo demás, y en vista de su conexidad con el tema, estimo pertinente reiterar lo que señalé en la aclaración de voto que presenté a la sentencia C-579 de 2013 que estudió la Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1º. Del Acto Legislativo 01 de 2012 (parcial), en el siguiente sentido:

"Existe en Colombia un deber constitucional insoslayable de investigar, juzgar y sancionar las violaciones graves a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario.

1. Dicho deber se corresponde con los derechos de las víctimas de tal tipo de crímenes.
2. Este deber y su correlativo derecho colisionan en casos concretos, frente a medidas de orden penal propias de la justicia transicional.
3. En esa colisión se impone la ponderación como respuesta constitucional que permita armonizar los diferentes derechos y valores en tensión.
4. La implementación de la justicia transicional no permite declinar el deber de investigar, juzgar y sancionar las violaciones graves a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario.
5. La idea de ponderar supone no eliminar, ni excluir ninguno de los derechos en tensión. Consecuentemente, resultarían inaceptables medidas que supongan la renuncia o exclusión del deber estatal de investigar, juzgar y sancionar las violaciones graves a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario.

Visto con ese enfoque el artículo 1, inciso 4, del acto legislativo enjuiciado, es por lo que considero que no desconoce el eje axial de la Constitución de 1991 según el cual el respeto y la garantía de los derechos, en especial, de los fundamentales, de todos los ciudadanos, y en particular de todas las víctimas de esas violaciones, es la razón de ser del Estado Social de Derecho, motivo por el cual Este tiene el deber de protegerlos y de proveer los medios para su resarcimiento pleno con sanción de los responsables, mediante la impartición de una justicia efectiva".

Como puede advertirse, estas precisiones se efectuaron a propósito del deber general de las autoridades penales de investigar los delitos de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra y, aun cuando en esta ocasión el asunto involucra de manera especial a la Fuerza Pública la situación no admite distinción frente al régimen jurídico que debe orientar la respectiva investigación y juzgamiento, en todos aquellos delitos que cometan en el ámbito del conflicto armado.

Con las anteriores precisiones reitero mi aquiescencia con la decisión de mayoría.

Fecha ut supra,

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado