



EN LA INVESTIGACIÓN Y JUZGAMIENTO DE CONDUCTAS PUNIBLES DE LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA EN RELACIÓN CON UN CONFLICTO ARMADO, SE DEBE APLICAR TANTO EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO, COMO EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. LA REFORMA CONSTITUCIONAL INTRODUCIDA AL ARTÍCULO 221 DE LA CONSTITUCIÓN, NO EXCLUYE LA APLICACIÓN CONCURRENTES Y COMPLEMENTARIA DE AMBOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS.

I. EXPEDIENTE D-10903 - SENTENCIA C-084/16 (Febrero 24)  
M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

## 1. Norma acusada

### ACTO LEGISLATIVO 1 DE 2015 (Junio 25)

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

**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.

## 2. Decisión

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 1º del Acto Legislativo 01 de 2015 "*Por el cual se reforma el artículo 221 de la Constitución Política de Colombia*".

## 3. Síntesis de los fundamentos

La demanda planteó tres cargos contra el inciso segundo del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2015. A partir de una interpretación según la cual el segmento normativo acusado excluía del ámbito regulado la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos, los demandantes propusieron tres cargos que implicaban a su juicio, sustitución de la Constitución a saber: (i) sustitución del deber estatal de investigar y juzgar las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al derecho internacional humanitario; (ii) sustitución del elemento definitorio constitucional independencia y autonomía judicial, adscrito al principio de separación de poderes; (iii) sustitución del principio según el cual la ley tiene prohibido establecer privilegios injustificados.

Como cuestión previa, la Corte analizó la aptitud sustantiva de la demanda con base en las reglas establecidas en la jurisprudencia para juzgar la idoneidad de un cargo por sustitución de la Constitución y llegó a la conclusión que el único cargo que reunía los requisitos de claridad, certeza, pertinencia, especificidad y suficiencia para provocar un pronunciamiento de mérito era el relativo a la presunta sustitución del eje definitorio deber del Estado de respetar y proteger los derechos humanos, en el que se inserta la obligación de investigar y juzgar las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al derecho internacional humanitario.

Por consiguiente Sala se inhibió de emitir pronunciamiento de fondo en relación con el cargo fundado en la "*sustitución del elemento definitorio constitucional de independencia y autonomía judicial*", por ausencia de pertinencia y de certeza en su formulación. Similar

tratamiento dio al 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 reforma constitucional, por ausencia de suficiencia. Así las cosas, la Sala procedió a abordar el estudio de fondo de la demanda contra el inciso 2º del artículo 1º 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"*.

Teniendo en cuenta la ambigüedad que presentaba el contenido normativo acusado, la Corte procedió a efectuar un minucioso examen del alcance del precepto, del contexto legislativo en que fue expedido, de los antecedentes de la reforma y las actas y gacetas en que se plasmó el debate parlamentario y concluyó que era factible adjudicar a la norma un sentido según el cual se excluía del ámbito regulado por la norma, la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos. Sometido a escrutinio este sentido de la norma, en el marco del test propio del juicio de sustitución, la Corte concluyó que una reforma constitucional que admita dentro de sus contenidos, sustraer del imperio de los derechos humanos un determinado segmento de la administración de justicia, esto es, las actuaciones judiciales en las que se investiguen y juzguen conductas atribuibles a los miembros de la fuerza pública relacionadas con el conflicto armado, reformula un pilar fundamental del orden constitucional como es el respeto universal, permanente e indisponible de los derechos humanos y se proyecta en una mutación de la identidad misma de la Constitución.

No obstante la Corte consideró que con base en el principio de complementariedad y convergencia que rige las relaciones entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, y a partir de una interpretación de la reforma apoyada en el principio de armonización constitucional, era factible adscribir a la norma acusada un sentido compatible con el pilar fundamental identificado, esto es, el deber del Estado de respetar y proteger los derechos humanos, y su derivado la obligación de investigar y juzgar de manera seria e independiente las graves violaciones a esas normatividades, y con base en ello declaró la exequibilidad del fragmento normativo demandado.

Con fundamento en lo señalado, la Corte declaró la exequibilidad 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, fijando en el fallo unos lineamientos interpretativos que armonizan su contenido con el deber internacional del Estado colombiano de respetar y proteger los derechos humanos.

Consideró la Corte 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 fundamentales de todos los asociados. Este imperativo se encuentra consignado en tratados internacionales sobre derechos humanos aprobados por el Estado colombiano y en varios preceptos de la Constitución, dentro de los cuales se hace especial énfasis en los artículos 1, 2, 5, 93, 94, 214 y 215-2. Estimó así mismo la corporación, que del mencionado imperativo, forma parte el deber de investigar y juzgar de manera auténtica e imparcial las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al derecho internacional humanitario.

En consecuencia, una interpretación de la norma examinada que implique sustraer del ámbito normativo aplicable a las investigaciones y juicios que se adelanten contra miembros de la fuerza pública por conductas relacionadas con el conflicto armado, los mandatos y principios del derecho internacional de los derechos humanos, produciría una mutación en este eje definitorio de la Constitución capaz de alterar su propia identidad.

En cumplimiento de su función de garantizar la identidad de la Constitución, esto es, los ejes esenciales que la fundamentan y le proveen su esencia, la Corte sentó el único sentido de la norma que resulta compatible con el deber estatal de respetar y proteger los derechos humanos, y sobre esa comprensión declaró la exequibilidad de la norma. Consideró la Corte, que el inciso segundo del Acto Legislativo 01 de 2015, debía ser armonizado 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. Debía ser concordado también con aquellos preceptos que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción; con los que establecen garantías judiciales en todos los ámbitos de la administración; al igual que con aquellos que proscriben la suspensión de *los derechos fundamentales*, y prescriben que en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario.

Una interpretación del segmento normativo examinado, acorde y armónica con dichos preceptos superiores conduce a que la explícita referencia al derecho internacional humanitario como marco normativo aplicable en las investigaciones que se adelanten contra miembros de la fuerza pública por hechos relacionados con el conflicto armado, no puede excluir la aplicación convergente y complementaria del derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, al poner en contacto el precepto acusado con los principios y preceptos de la Carta que integran el eje definitorio frente al cual se realiza el examen de constitucionalidad, la Sala fijó 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

se excluya la aplicación complementaria de los mandatos del derecho internacional de los derechos humanos.

Para la Corte 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 su jurisprudencia (C-574 de 1992 y C-225 de 1995) 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"*

Con base en los lineamientos trazados en la sentencia, la Corte concluyó que 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 1º del A.L. 01 de 2015, no vulnera ninguno de los ejes definitorios de la Constitución.

#### **4. Salvamento y aclaraciones de voto**

El magistrado **Jorge Iván Palacio Palacio** se apartó la decisión anterior, al considerar que **la ampliación del fuero penal militar constituye un riesgo para la efectividad de los derechos humanos y un mecanismo de conducción a la impunidad.**

La decisión mayoritaria adoptada por la Sala Plena de la Corte Constitucional determinó que el Acto Legislativo 01 de 2015 no sustituía la Constitución, siempre y cuando al momento de investigar y juzgar las conductas punibles de los miembros de la Fuerza Pública complementariamente fuese aplicado el DIDH.

El magistrado Jorge Iván Palacio Palacio salvó el voto al 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 su concepto la Corte ha debido declarar la inexecutable de la norma demandada, aplicar la figura de reviviscencia al texto derogado y otorgar efecto retroactivo a la decisión adoptada.



Las razones que fundamentaron su postura se relacionan a continuación:

1. Explicó, primero, que es clara la intención de la reforma constitucional de excluir la aplicación complementaria del DIDH en los casos en los cuales se investiguen y juzguen las conductas punibles de los miembros de la Fuerza Pública. Sostuvo que dicho Acto Legislativo 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.

El magistrado consideró que la postura acogida en el fallo es errónea, por cuanto la Corte validó sin mayor análisis que las infracciones al DIH vinculadas con el servicio activo fueren conocidas por la justicia castrense. Señaló que la modificación incluida en el Acto Legislativo sustituyó un eje definitorio de la Carta, ya que el Constituyente de 1991 estableció para los miembros de la Fuerza Pública una justicia de carácter restringida, excluyendo así de su conocimiento los delitos de "*gravedad inusitada*", como lo son precisamente por su naturaleza los crímenes contra el Derecho Internacional Humanitario.

Con la reforma constitucional, explica el magistrado, se mutó el carácter excepcional y restringido de la justicia castrense al ampliarle la competencia para conocer ahora de crímenes particularmente graves, que por sí mismos están desligados del servicio. Señaló que con esta decisión la Sala Plena terminó avalando que la competencia de la justicia penal militar solo se establezca en virtud del "*vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio*" y no la gravedad del delito autónomamente considerado, como lo ha contemplado la jurisprudencia desde la sentencia C-358 de 1997.

Reconoce que el DIH es la norma que debe ser aplicada a los conflictos armados, bien sea que estos sean de carácter regular o irregular. Sin embargo considera que la Sala Plena se equivocó al equiparar los principios de este con los tipos penales que nacen del Derecho Internacional Humanitario.

2. El Magistrado se 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 y el DIDH debía ser empleado solo complementariamente en lo que no es regulado por el primero. En su 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 máximos. Afirmó que bajo el principio *pro homine* debe aplicarse la norma que mejor proteja a las personas, esto es, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.



Aclaró que aunque en el ordenamiento jurídico colombiano formalmente no existen delitos contra el DIDH sino contra el DIH, este limitante normativo podía ser superado determinando que los tipos penales contemplados en la ley 599 del 2000, al momento de su aplicación, debían ser interpretados por el juez ordinario bajo los postulados del primero. No haber precisado esa distinción tácitamente estaría avalando la teoría del "daño colateral", lo cual consideró incompatible con el deber de garantizar la protección de los Derechos Humanos.

3. Finalmente, el magistrado Palacio Palacio destacó que la justicia penal militar, dada su naturaleza excepcional, debe tender a desaparecer del ámbito penal de los Estados. En este sentido, aseveró que resultaba ilógico que estando ejecutando mecanismos jurídicos para la consolidación de la paz, mediante una reforma constitucional haya extendido aún más las normas propias que rigen situaciones del conflicto armado. Afirmó que 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.

Las magistradas **María Victoria Calle Correa** y **Gloria Stella Ortiz Delgado** y los magistrados **Luis Guillermo Guerrero Pérez**, **Gabriel Eduardo Mendoza Martelo**, **Jorge Ignacio Pretelt Chaljub** y **Alberto Rojas Ríos** anunciaron la presentación de aclaraciones de voto sobre distintos aspectos de la fundamentación. Por su parte, el magistrado **Alejandro Linares Cantillo** se reservó una eventual aclaración de voto.