




---

**MEMORIAL EN DERECHO AMICUS CURIAE  
SOBRE EL ACTO LEGISLATIVO NO. 01 DE 2015 “POR EL CUAL SE REFORMA EL  
ARTÍCULO 221 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA”  
PRESENTADO POR LA COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS Y LA  
ORGANIZACIÓN MUNDIAL CONTRA LA TORTURA  
ANTE LA HONORABLE CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE  
COLOMBIA**

**I.- Introducción**

01. La Comisión Internacional de Juristas y la Organización Mundial Contra la Tortura tienen el honor de someter a consideración de la Honorable Corte Constitucional de la República de Colombia el siguiente memorial en derecho *Amicus Curiae* sobre el Acto Legislativo 01 de 25 de junio 2015, “*Por el cual se reforma el artículo 221 de la Constitución Política de Colombia*”.

02. La Comisión Internacional de Juristas es una organización no gubernamental dedicada a promover la comprensión y observancia del Imperio del Derecho y la protección de los derechos humanos en todo el mundo. La organización fue creada en 1952 y su sede central está ubicada en Ginebra (Suiza). La Comisión Internacional de Juristas está integrada por 60 eminentes juristas, representativos de diferentes sistemas jurídicos del mundo, y cuenta asimismo con 90 secciones nacionales y organizaciones jurídicas afiliadas. La Comisión Internacional de Juristas goza de estatuto consultivo ante el Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), el Consejo de Europa y la Organización de la Unidad Africana. Así mismo, la organización mantiene relaciones de cooperación con órganos de la Organización de los Estados Americanos y la Unión Interparlamentaria.

03. La Organización Mundial Contra la Tortura es una organización no gubernamental creada en 1985. La organización tiene su sede en Ginebra (Suiza) y goza de estatuto consultivo ante el Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas, la Organización Internacional del Trabajo, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, la Organización Internacional de la Francofonía y el Consejo de Europa. La Organización Mundial Contra la Tortura constituye actualmente la principal coalición internacional de organizaciones no gubernamentales que luchan contra la tortura, las ejecuciones sumarias, las desapariciones forzadas y cualquier otro tratamiento cruel, inhumano o degradante así como el campo de la

protección y la promoción de los derechos humanos en el mundo. Con 311 organizaciones distribuidas en todo el mundo, asociadas a la Red SOS-Tortura, y con miles de corresponsales en todos los países, la Organización Mundial Contra la Tortura es la red activa más importante de organizaciones no gubernamentales en el campo de la protección y la promoción de los derechos humanos en el mundo.

04. La Comisión Internacional de Juristas y la Organización Mundial Contra la Tortura trabajan para la plena vigencia de los derechos humanos, la observancia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del Derecho Internacional Humanitario y del estado de derecho y la erradicación de la impunidad de las violaciones de los derechos fundamentales. De ahí, el interés de las dos organizaciones en la el Acto Legislativo 01 de 25 de junio 2015, “*Por el cual se reforma el artículo 221 de la Constitución Política de Colombia*”.

05. La Comisión Internacional de Juristas y la Organización Mundial Contra la Tortura quieren, con la presentación de este memorial en derecho *Amicus Curiae*, demostrar la incompatibilidad del Acto Legislativo 01 de 25 de junio 2015, “*Por el cual se reforma el artículo 221 de la Constitución Política de Colombia*”: i) con las obligaciones internacionales de la República de Colombia en materia de observancia del Derecho internacional de los Derechos Humanos en tiempos de conflicto armado, de conformidad con los principios de complementariedad y doble protección del ser humano (Punto II del presente memorial en derecho *Amicus Curiae*); y ii) con las obligaciones internacionales de la República de Colombia 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 (Punto III del presente memorial en derecho *Amicus Curiae*).

06. No huelga recordar, antes de entrar en materia, que la República de Colombia ratificó, entre otros, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, en 1969; la *Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Cruelles Inhumanos y Degradantes*; la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, en 201; la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en 1973; la *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura*, en 1998; y la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*, en 2005. Asimismo, la República de Colombia ratificó en 1985 la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*. La Constitución Política de Colombia, en su, prescribe que: "Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. [...] Los deberes y derechos consagrados en esta Carta se interpretarán en conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia."

07. Asimismo, no sobra recordar que la Constitución Política de la República de Colombia prescribe que: “[l]os tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. [...] Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.”<sup>1</sup>; y que “[l]a enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación

---

<sup>1</sup> Artículo 93.

de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.”<sup>2</sup>. La Honorable Corte Constitucional ha establecido que al interpretar el alcance y contenido del bloque de constitucionalidad, resultan relevantes la jurisprudencia internacional de derechos humanos así como instrumentos internacionales como los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones* y el *Conjunto actualizado de Principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*<sup>3</sup>.

## **II.- Principio de complementariedad del Derecho internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario**

08. El párrafo 2 del artículo 1° del Acto Legislativo No. 1 de 2015, por el cual se modifica el artículo 221 de la Constitución Política de Colombia, implica un flagrante desconocimiento de los principios de complementariedad entre el Derecho internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario y de la doble protección del ser humano bajo estas dos ramas del Derecho Internacional en las situaciones de conflicto armado. En efecto, el texto del estipula que “[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” (subraya añadida), con lo cual se desconoce la aplicación de la normatividad del Derecho internacional de los Derechos Humanos

09. Durante un conflicto armado internacional así como durante un conflicto armado no internacional, los individuos gozan de doble protección legal, tanto del Derecho internacional de Derechos Humanos como del Derecho Internacional Humanitario. Si bien el Derecho Internacional Humanitario es una “ley especial” (*lex specialis*) relativa a los conflictos armados y que se aplica únicamente durante éstos, esta rama del Derecho internacional no anula la vigencia y aplicabilidad del Derecho internacional de Derechos Humanos en tiempos de conflicto armado.

10. Aunque las dos ramas del derecho se han desarrollado históricamente por diferentes caminos, comparten valores comunes y se han combinado cada vez más, en especial a partir de la Resolución XXIII respecto de los *Derechos Humanos en los Conflictos Armados* adoptada por la *Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán* en 1968. Tratados, como la *Convención sobre los Derechos del Niño*, su *Protocolo facultativo sobre la participación de niños en los conflictos armados* y el *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, incluyen disposiciones de los dos ordenamientos jurídicos. Los instrumentos internacionales de derechos humanos prohíben determinados tipos de violaciones de derechos humanos y protegen determinados derechos incluso en tiempos de guerra (derechos inderogables).

11. El principio de complementariedad está expresamente consagrado en el *Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la Protección de las Víctimas de Conflictos Armados Internacionales* (Protocolo I). En efecto, su Artículo 72 prescribe que “[l]as disposiciones de esta Sección [*Sección III: Trato a las personas en poder de una parte en*

<sup>2</sup> Artículo 94.

<sup>3</sup> Ver *inter alia*: Sentencia C- 936/10 de 23 de noviembre de 2010, Mag. Pte. Luis Ernesto Vargas Silva; Sentencia C-771/11 de 13 de octubre de 2011, Mag. Pte. Nilson Pinilla Pinilla; y Sentencia C-579/13 de 28 de agosto de 2013, Mag. Pte. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

*conflicto* ] 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” (subraya añadida). Por su parte, 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) recuerda en su preámbulo que “los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos ofrecen a la persona humana una protección fundamental”<sup>4</sup>. Asimismo, el principio de complementariedad está implícitamente consagrado en tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos. En efecto tanto las cláusulas sobre suspensión de derechos – y por ende derechos inderogables<sup>5</sup>, o sobre conductas ilícitas prohibidas en todo tiempo y circunstancias reflejan el principio de complementariedad y doble protección del ser humano<sup>6</sup>.

12. En efecto, aún en situaciones de conflicto armado – ya sea internacional o interno- son de aplicación la normatividad tanto del Derecho internacional de los Derechos Humanos como del Derecho Internacional Humanitario. Este principio del Derecho internacional ha sido reiteradamente reafirmando por el Consejo de Seguridad<sup>7</sup> y la Asamblea General<sup>8</sup> de las Naciones Unidas como por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos<sup>9</sup>. Asimismo, los órganos y cortes internacionales de derechos humanos – ya sea regionales o universales-, han reiterado la complementariedad y el refuerzo mutuo del derecho de derechos humanos y del derecho humanitario. Así, lo han hecho: el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas<sup>10</sup>; el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

<sup>4</sup> Párrafo 2º del Preámbulo.

<sup>5</sup> Ver, *inter alia*, artículo 4 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y artículo 27 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*.

<sup>6</sup> Ver, *inter alia*: *Convención sobre la Esclavitud* de 1926; *Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud*; *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*; *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*; *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*; *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados*; *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*; *Convenio No. 182 sobre las peores formas de trabajo infantil*, de la OIT (1999); *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura*; *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*; *Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales arbitrarias o sumarias*; *Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer*; *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*; *Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*. Ver igualmente: Comité de Derechos Humanos, *Observación general No. 29, Estados de emergencia (artículo 4)*, de 24 de julio de 2001, Documento de Naciones Unidas CCPR/C/21/Rev.1/Add.11.

<sup>7</sup> Ver, *inter alia*, Resolución 2122 (2013) “Las mujeres, y la paz y la seguridad”; Resolución 1577 (2004), “La situación en Burundi”; Resolución 1574 (2004), “Informes del Secretario General sobre el Sudán”; Resolución 1572 (2004), “La situación en Côte d’Ivoire”; y Resolución 1565 (2004), “La situación relativa a la República Democrática del Congo”.

<sup>8</sup> Ver, *inter alia*, las Resoluciones: 2444 (XXIII) de 19 de diciembre de 1968; 2597 (XXIV) de 16 de diciembre de 1969; y 2674 (XXV) de 9 de diciembre de 1970; Resolución 2675 (XXV) de 9 de diciembre de 1970 “*Principios básicos para la protección de las poblaciones civiles en los conflictos armados*”; y 3318 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974, “*Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado*”.

<sup>9</sup> Ver, *inter alia*, las Resoluciones AG/RES. 2030 (XXXIV-O/04), “Fortalecimiento de los Sistemas de Derechos Humanos en seguimiento del Plan de acción de la Tercera Cumbre de las Américas” de 8 de junio de 2004; y AG/RES. 2575 (XL-O/10), “Promoción y respeto del derecho internacional humanitario”, de 8 de junio de 2010.

<sup>10</sup> *Observación general No. 31: Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, párrafo 11 (CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 de 26 de mayo de 2004); y *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos a: Israel*, de 21 de agosto de 2003, CCPR/CO/78/ISR, párrafo 11 y de 18 de agosto de 1998, CCPR/C/79/Add.93, párrafo 10; *Alemania*, de 4 de mayo de 2004, CCPR/CO/80/DEU, párrafo 11; y *Bélgica*, de 12 de agosto de 2004, CCPR/CO/81/BEL, párrafo 6.

de las Naciones Unidas<sup>11</sup>; los Procedimientos Especiales de la ex Comisión de Derechos de Humanos de las Naciones Unidas; el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>12</sup>; la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>13</sup>; la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>14</sup>; y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos<sup>15</sup>.

13. La Corte Internacional de Justicia ha señalado al respecto que “la protección que ofrecen las convenciones de derechos humanos no cesa en caso de conflicto armado, salvo en caso de que se apliquen disposiciones de suspensión como las que figuran en el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En las relaciones entre derecho internacional humanitario y derechos humanos, pueden entonces presentarse tres situaciones: algunos derechos pueden estar contemplados exclusivamente en el derecho internacional humanitario, otros pueden estar contemplados exclusivamente en el derecho de los derechos humanos, y otros pueden estar contemplados en ambas ramas del derecho internacional.”<sup>16</sup>. Al respecto, el Experto independiente sobre la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Sr. Robert K. Goldman, de las Naciones Unidas precisó que “[l]as opiniones de la Corte [Internacional de Justicia] indican claramente que en situaciones de conflicto armado el principio de la *lex specialis* del derecho internacional humanitario como tal no suspende la vigencia de las normas de derechos humanos. Más bien, se debe consultar el derecho humanitario para determinar si un derecho reconocido en el Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos] ha sido violado”<sup>17</sup>.

14. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado 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 [...] [E]ste 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 [...]. [...] [L]a existencia de un conflicto armado interno al momento que sucedieron los hechos [...] en vez de exonerar al Estado de sus obligaciones de respetar y garantizar los derechos de las personas, lo obligaba a actuar en manera concordante con dichas obligaciones. [...] [E]l derecho internacional humanitario no desplaza la aplicabilidad del artículo 4 de la Convención, sino que nutre la interpretación de la

<sup>11</sup> *Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Israel*, de 28 de junio de 2003, E/C.12/1/Add.90, párrafo 15.

<sup>12</sup> Ver, inter alia: Sentencia de 23 de marzo de 1995 (*Objeciones preliminares*), Caso *Loizidou c. Turquía*, Series A No. 310, párr.60; Sentencia de 18 de septiembre de 2009, Caso *Varnava y Otros Vs. Turquía*, Nos. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 y 16073/90, párr. 185.

<sup>13</sup> *Medidas cautelares en la Bahía de Guantánamo, Cuba*, de 13 de marzo de 2002, Informe Anual de 2002, OEA/Ser.L/V/II.117 Doc. 1 rev. 1, de 7 de marzo de 2003, párrafo 80; e *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., de 22 de octubre de 2002.

<sup>14</sup> Ver, inter alia: Sentencia de 25 de noviembre de 2000, *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*, Serie C No. 70, párr. 207; y Sentencia de 17 de abril de 2015, *Caso Cruz Sánchez y Otros Vs. Perú*, Serie C No. 292, párrs. 271 y 272, párrs. 271 y ss.

<sup>15</sup> *Resolución sobre la Promoción y el Respeto del Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos y de los Pueblos*, adoptada el 10 de diciembre de 1993.

<sup>16</sup> Opinión Consultiva de 9 de julio de 2004 sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado (*Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, Avis Consultatif du 9 janvier 2004*) 2004), párr. 106 (Original en francés, traducción libre). En el mismo sentido, ver *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, Opinión Consultiva de 8 de julio de 1996, párr. 25 (Documento de las Naciones Unidas A/51/218 de 19 de julio de 1996).

<sup>17</sup> *Protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo Nota de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos - Informe del Experto independiente sobre la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Sr. Robert K. Goldman, nombrado de conformidad con la resolución 2004/87 de la Comisión*, Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2005/103 de 7 de febrero de 2005, párr. 27.

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.”<sup>18</sup>.

15. Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha señalado que “[e]n situaciones de conflicto armado se aplica el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. Sin embargo, la Convención Americana y otros instrumentos universales y regionales de derechos humanos no fueron diseñados específicamente para regular las situaciones de conflicto armado y no contienen normas específicas que rijan el uso de la fuerza y los medios y métodos de guerra en ese contexto. En consecuencia, en situaciones de conflicto armado, el derecho internacional humanitario puede servir como *lex specialis* para interpretar y aplicar los instrumentos internacionales de derechos humanos. Por ejemplo, tanto el artículo 4 de la Convención Americana como el derecho humanitario aplicable a los conflictos armados protegen el derecho a la vida y, por tanto, prohíben las ejecuciones sumarias en todas las circunstancias. Sin embargo, la referencia al artículo 4 de la Convención únicamente podría no bastar para determinar si en situaciones de conflictos armados se ha violado el derecho a la vida. Ello se debe en parte a que la Convención no incluye normas que definan o distingan a los civiles de los combatientes y de otros blancos militares. Tampoco especifica la Convención las circunstancias en las que no es ilegal, en el contexto de un conflicto armado, atacar a un combatiente o civil ni cuándo las bajas civiles como consecuencia de operativos militares no implican una violación del derecho internacional. En consecuencia, en tales circunstancias, es imprescindible examinar y aplicar los estándares definitorios 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”<sup>19</sup>. Asimismo, la CIDH ha precisado “[a]l 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. [...] [E]s precisamente en situaciones de conflicto armado interno que esas dos ramas del Derecho internacional convergen de manera más precisa y se refuerzan recíprocamente.”<sup>20</sup>.

16. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha señalado que “el Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos] es también de aplicación en las situaciones de conflicto armado a las que sean aplicables las normas del derecho humanitario internacional. 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 reconocidos en el Pacto, ambas esferas del ámbito jurídico son complementarias, no mutuamente excluyentes.”<sup>21</sup>.

17. Por su parte el Experto independiente sobre la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Sr. Robert K. Goldman, de las Naciones Unidas precisó que “[l]as normas de derechos humanos no cesan de aplicarse cuando la lucha contra el terrorismo entraña un conflicto armado. Por el contrario, éstas se aplican de manera acumulativa con el derecho internacional humanitario. [...] [C]uando un conflicto

<sup>18</sup> Sentencia de 17 de abril de 2015, *Caso Crúz Sánchez y Otros Vs, Perú*, Serie C No. 292, párrs. 271 y 272.

<sup>19</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*, Documento de la Organización de los Estados Americanos OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., de 22 de octubre de 2002, párr. 61.

<sup>20</sup> Informe No. 55/97, Caso No. 11.137, *Juan Carlos Abella (Argentina)*, de 18 de noviembre de 1997, párrs. 157 y 160.

<sup>21</sup> *Observación general No. 31: Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, párrafo 11 (CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 de 26 de mayo de 2004).

armado constituye una auténtica situación de excepción, un Estado puede limitar o incluso suspender algunos derechos humanos. Sin embargo, jamás puede suspender los derechos que en virtud de la normativa de derechos humanos no son susceptibles de suspensión inclusive cuando la situación de excepción se debe a un conflicto armado. A pesar de sus distintos orígenes, las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario tienen el propósito común de proteger la vida y la dignidad humana.”<sup>22</sup>. Asimismo, el Experto independiente señaló que “[n]o resulta sorprendente que las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario se conciben cada vez más como un régimen de salvaguardias que se complementan y se refuerzan mutuamente y que deben ser interpretadas y aplicadas en conjunto a fin de garantizar a las personas las normas de protección más favorables durante los conflictos armados.”<sup>23</sup>.

18. El Presidente del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) ha explicado la relación complementaria de los dos ordenamientos jurídicos refiriéndose a sus lógicas subyacentes: el derecho internacional humanitario y el derecho de los derechos humanos constituyen dos “cuerpos de derecho destinados a proteger la dignidad humana. La similitud del objeto de diferentes normas del derecho internacional relativas a la protección de las personas se trasluce en su contenido, aunque no sea idéntico. Por ejemplo, las garantías judiciales fundamentales son una piedra angular de la protección tanto en tiempo de paz como de conflicto armado. Esto queda confirmado en el texto del artículo 75 del Protocolo adicional I de 1977 aplicable en caso de conflicto armado internacional. La influencia del derecho de los derechos humanos en esa disposición es clara. De modo semejante, en las situaciones de conflicto armado no internacional, es necesario aplicar las normas de derechos humanos para completar las disposiciones del derecho humanitario que reglamentan el trato que han de recibir las personas privadas de libertad, las condiciones de detención y el derecho de esas personas a ser sometidas a un juicio justo.”<sup>24</sup>.

19. El CICR ha destacado que “el derecho internacional de los derechos humanos [...] sigue aplicándose durante los conflictos armados, como se indica explícitamente en los propios tratados de derechos humanos.”<sup>25</sup>. Asimismo, el CICR ha precisado que “aunque siguen siendo ramas separadas del derecho internacional, el derecho de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario se han influido mutuamente de manera directa, y continúan haciéndolo, y ello por tres razones principales. En primer lugar, una evaluación del respeto del derecho de los derechos humanos requiere a veces determinar el cumplimiento o el incumplimiento del derecho internacional humanitario. Por ejemplo, las medidas tomadas en estado de emergencia serán ilícitas, según el derecho de los derechos humanos, si violan el derecho internacional humanitario. Por el contrario, el derecho internacional humanitario contiene conceptos cuya interpretación requiere incluir una referencia al derecho de los derechos humanos, como, por ejemplo, la disposición de que nadie puede ser condenado por un delito

---

<sup>22</sup> *Protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo* Nota de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos - Informe del Experto independiente sobre la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Sr. Robert K. Goldman, nombrado de conformidad con la resolución 2004/87 de la Comisión, Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2005/103 de 7 de febrero de 2005, párr. 23.

<sup>23</sup> *Ibid.*, párr. 24

<sup>24</sup> *60º período de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas - Declaración del señor Jakob Kellenberger, Presidente del Comité Internacional de la Cruz Roja*, Ginebra, de 17 de marzo de 2004, disponible en <http://www.cicr.org/web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/5xfhc9?opendocument>.

<sup>25</sup> Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, *El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, Volumen I: Reglas*, Ed. CICR, Buenos Aires, 2007, pág. XXXV.

como no sea por un ‘tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables’. En segundo lugar, el derecho internacional humanitario ha de contener disposiciones referentes a los derechos humanos, como el artículo 75 del Protocolo adicional I y los artículos 4 y 6 del Protocolo adicional II; y el derecho de los derechos humanos debe incluir normas relacionadas con el derecho internacional humanitario, como las disposiciones referentes a los niños soldados de la Convención sobre los Derechos del Niño y su Protocolo relativo a la participación de los niños en los conflictos armados. En tercer lugar, y lo más significativo, existe una amplia práctica de comentarios de Estados y organizaciones internacionales acerca del comportamiento de los Estados durante los conflictos armados a la luz del derecho de los derechos humanos.”<sup>26</sup>.

20. No sobra recordar que el principio de complementariedad entre el Derecho internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario en las situaciones de conflicto armado ha sido igualmente reafirmado por la Honorable Corte Constitucional<sup>27</sup>. En efecto, en su Sentencia C-574/92, la Honorable Corte Constitucional señaló que los “no hay duda que el derecho internacional humanitario constituye uno de los más eficaces instrumentos de protección del núcleo común que comparte con los derechos humanos. [...] [U]no de los desarrollos más positivos de este principio [fundamental del respeto de la dignidad humana consagrado en el artículo 1o de la Constitución Nacional de 1991] lo constituye precisamente - por su naturaleza y fines- el derecho internacional humanitario.”<sup>28</sup>. Asimismo, en su Sentencia C-225/95, la Honorable Corte Constitucional señaló que el Derecho internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario 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.”<sup>29</sup>.

21. Como lo ha declarado el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, “[e]l principio general del respeto de la dignidad humana es la base del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos y es, de hecho, su razón de ser; es en lo sucesivo tan importante que impregna al derecho internacional en su conjunto”.<sup>30</sup>.

22. En conclusión, durante los conflictos armados son de aplicación tanto la normatividad internacional de derechos humanos como el Derecho Internacional Humanitario. Así, al investigar y al juzgar conductas punibles cometidas por miembros de la Fuerza Pública dentro de un conflicto armado y en relación con éste, las autoridades investigadoras y judiciales están tenidas a aplicar las normas y principios tanto del Derecho internacional de los Derechos Humanos como del Derecho Internacional Humanitario. De lo contrario, se violan los principios de complementariedad de estas dos ramas del Derecho Internacional y de la doble protección del

<sup>26</sup> *Ibíd.*,pág. XXXVI.

<sup>27</sup> Ver, *inter alia*, las Sentencias C-574/92, C-225/95, C-067/03 y C-578/02.

<sup>28</sup> Sentencia C-574/92 de 28 de octubre de 1992, *Revisión oficiosa del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)*, Mag. Pte. Ciro Angarita Barón.

<sup>29</sup> Sentencia C-225/95 de 18 de mayo de 1995, *Revisión constitucional del "Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)" hecho en Ginebra el 8 de junio de 1977, y de la Ley 171 del 16 de diciembre de 1994, por medio de la cual se aprueba dicho Protocolo*, Mag. Pte. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>30</sup> Sentencia de 10 de diciembre de 1998, *Fiscal c. Anto Furundizija*, caso No. IT/95-17/I-T, párr.183 (Original en francés, traducción libre).

ser humano en las situaciones de conflicto armado así como las obligaciones del Estado en materia de Derechos Humanos en tiempo de guerra.

23. Así, el párrafo 2 del artículo 1° del Acto Legislativo No. 1 de 2015, al limitarse a enunciar únicamente “*las normas y principios*” del Derecho Internacional Humanitario desconoce de los principios de complementariedad entre esta rama del Derecho internacional y el Derecho internacional de los Derechos Humanos y de la doble protección del ser humano en las situaciones de conflicto armado así como las obligaciones del Estado en materia de Derechos Humanos en tiempo de guerra.

### **III.- Extensión del fuero militar**

24. El párrafo 2 del artículo 1° del Acto Legislativo No. 1 de 2015, por el cual se modifica el artículo 221 de la Constitución Política de Colombia, resulta en contradicción con el carácter de fuero funcional y restrictivo que tiene la jurisdicción penal militar, de conformidad con el Derecho internacional, toda vez que 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.

#### **a.- De las restricciones al fuero militar bajo el Derecho internacional**

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

26. Tradicionalmente, varias legislaciones nacionales catalogan como delito militar toda infracción penal tipificada en el código de justicia castrense, independientemente de la naturaleza militar o no del bien jurídico protegido así como del carácter civil o militar de los sujetos activos o pasivos del delito. Este criterio formal de calificación del delito militar es producto de una obsoleta concepción del fuero militar entendido como privilegio de casta, un fuero personal atado a la condición de militar del infractor o de la víctima del delito. Esta visión formalista del delito militar ha sido superada históricamente tanto por la doctrina penal como por la jurisprudencia de los tribunales nacionales. 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. Así, la doctrina penal ha identificado varios tipos de infracciones penales: los delitos estrictamente militares o delitos militares *stricto sensu*; los delitos militares *lato sensu*; y los delitos comunes asimilados a delitos militares, también denominados “delito de función”.

27. Los delitos militares *stricto sensu*<sup>31</sup> son aquellos ilícitos penales que vulneran exclusiva y únicamente bienes jurídicos militares y los cuales sólo pueden ser cometidos por personal militar o policial (sujeto activo calificado). Estos delitos constituyen fundamentalmente una “infracción a los deberes militares” y, como lo señalan Zaffaroni y Cavallero, “como es natural, únicamente incumben a quien tiene la calidad de militar”<sup>32</sup>. Mediante la tipificación de estos comportamientos se busca amparar bienes jurídicos típica y exclusivamente militares, como lo son los deberes, la disciplina y el mando militares. En ese sentido, el Auditor general ante la Corte militar de Bélgica y Presidente de la Sociedad Internacional de Derecho penal militar y de Derecho de la Guerra, John Gilissen, anotaba en 1967 que del delito militar tiende cada vez más a concebirse de una manera limitada, como aquella que salvaguarda el mantenimiento de valores indispensables para las funciones de un Ejército<sup>33</sup>. Así por ejemplo, son típicos delitos militares *stricto sensu*: el delito de centinela, el abandono del puesto, el delito de cobardía, la insubordinación y la deserción. Estos delitos constituyen la *ratio essendi* de la jurisdicción penal militar.

28. Los delitos militares *lato sensu*<sup>34</sup> son aquellos ilícitos penales de naturaleza pluriofensiva, toda vez que vulneran tanto bienes jurídicos protegidos por la ley penal ordinaria como bienes jurídicos militares, pero en los que se considera que el bien jurídico militar es prevalente. Son ejemplo de este tipo de delitos, ciertas modalidades de hurto de material militar por personal militar.

29. Los delitos comunes asimilados a delitos militares, o “delito de función”, son ilícitos penales de derecho común cometidos por personal militar o policial en razón del ejercicio de sus funciones y que, para efectos de la jurisdicción de los tribunales militares, son asimilados a delitos militares. Según los distintos sistemas jurídicos nacionales, este tipo de delito recibe distintas denominaciones: “acto de servicio”, “delito cometido con ocasión al servicio”, “delito de misión” o “delito de ámbito castrense”. No basta para que se configure el “delito de función” que el sujeto activo del delito sea un militar o un policía, ni que el ilícito se haya cometido en una instalación militar o policial o durante el servicio, ni que se haya perpetrado con armas o material de servicio. De ser así, se consagraría un fuero personal o de casta, contrario al concepto moderno de fuero funcional de la jurisdicción penal militar, basado en el criterio de especialidad y el carácter restrictivo de esta jurisdicción. La jurisprudencia nacional y la doctrina penal han elaborado criterios, de estricta aplicación, para determinar cuándo se está ante un delito de función o de servicio y cuándo se trata de un delito de derecho común que, aunque cometido por personal militar, no guarda ninguna relación con el servicio, y por consiguiente es de competencia de la jurisdicción penal ordinaria. Tanto la jurisprudencia nacional como la doctrina penal exigen, para la configuración del delito de función, que exista un nexo causalidad entre la función militar o policial y el delito cometido; que la función o servicio en el cumplimiento del cual se cometió el delito sea en sí misma un desarrollo legítimo de la misión constitucional y legalmente encomendada al Ejército o a la Policía; y que haya una afectación a un bien jurídico militar. Así, por ejemplo, se han pronunciado: el Tribunal Constitucional de Bolivia<sup>35</sup> y el Tribunal Constitucional<sup>36</sup> y la Corte Suprema de Justicia de

<sup>31</sup> También denominados “delitos típicamente militares”, “delitos propiamente militares” “delitos puramente militares” o “delitos de ámbito estrictamente castrense”.

<sup>32</sup> Raúl Zaffaroni y Juan Ricardo Cavallero, *Derecho Penal Militar*, Editorial Jurídica Ariel, Buenos Aires, 1980., pág. 27.

<sup>33</sup> Gilissen, John, « Préface » in *Recueils de la Société Internationale de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre, IV Congrès International, Madrid 9-12 Mai 1967, Les Délits Militaires*, Strasbourg, 1969, pág. 8.

<sup>34</sup> Llamados por algunos doctrinantes “delito militar impropio” o “delitos militares mixtos o complejos”.

<sup>35</sup> Sentencia Constitucional 0664/2004-R de 6 de mayo de 2004, Expediente: 2004-08469-17-RAC.

Perú<sup>37</sup>. En ese sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos precisó que “si bien en diversas legislaciones se prevé la competencia de la jurisdicción militar sobre delitos que tengan origen en el fuero ordinario cuando son cometidos por militares en activo, es necesario que se establezca claramente la relación directa y próxima con la función militar o con la afectación de bienes jurídicos propios del orden militar”<sup>38</sup>.

30. La jurisprudencia interamericana ha ampliamente desarrollado la naturaleza, alcance y ámbito de competencia de la jurisdicción penal militar. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha constatado que “la jurisdicción militar se establece en diversas legislaciones para mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas”<sup>39</sup> y que “[i]nclusive, esta jurisdicción funcional reserva su aplicación a los militares que hayan incurrido en delito o falta dentro del ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias”<sup>40</sup>. Igualmente, la Corte ha precisado que [e]n un Estado democrático de Derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales vinculados con las funciones que la ley le asigna a las fuerzas militares. Así, [... la jurisdicción militar] sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar”<sup>41</sup>.

31. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “constituye un principio básico relativo a la independencia de la judicatura que toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos”<sup>42</sup>. Invocando los *Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura* de las Naciones Unidas, la Corte afirmó que “[e]l Estado no debe crear “tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir a la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios”<sup>43</sup>. Asimismo, la Corte Interamericana ha recordado que “[e]l derecho a ser juzgado por tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente previstos constituye un principio básico del debido proceso”<sup>44</sup>. Asimismo, la Corte Interamericana ha precisado que “[c]uando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori* el debido proceso, el cual, a su vez, encuéntrase íntimamente ligado al propio derecho

<sup>36</sup> Sentencia de 24 de agosto de 2004 Exp. N° 1154-2002-HC/TC; Sentencia de 16 de marzo de 2004, Exp. N.° 0017-2003-AI/TC; Sentencia de 19 de junio de 1998, Exp. N° 585-96-HC/TC; Sentencia de 15 de diciembre de 2006 Expediente 0012-2006-PI/TC; y Resolución de 15 de octubre de 1999, Exp. N.° 757-99-HC/TC.

<sup>37</sup> Resolución de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 14 de diciembre de 2004, Competencia N° 29-2004, Caso “*La desaparición forzada de autoridades de Chuschi*”; Resolución de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, Competencia N° 18-2004, Caso “*El homicidio de Indalecio Pomatanta Albarrán*”; y Resolución de Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 1° de julio de 2005, Competencia N° 08-2005, Caso “*Efraín Aponte Ortiz*”.

<sup>38</sup> Sentencia de 23 de noviembre de 2009, *Caso Radilla Pacheco Vs. México*, Serie C No. 209, párr. 284.

<sup>39</sup> Sentencia de 18 de agosto de 2000, *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú*, Serie C No. 69, párr. 112.

<sup>40</sup> Sentencia de 30 de mayo de 1999, *Caso Castrillo Petruzzi y Otros Vs. Perú*, Serie C No. 52, párr. 128.

<sup>41</sup> Sentencia de 16 de agosto de 2000, *Caso Durand y Ugarte c. Perú*, Serie C No. 68, párra.117. En el mismo sentido ver las Sentencias: de 22 de noviembre de 2005, *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*; de 15 de septiembre de 2005, *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*; de 5 de julio de 2004, *Caso de los 19 Comerciantes Vs. Colombia*; de 6 de diciembre de 2001, *Caso Las Palmeras Vs. Colombia*; de 18 de agosto de 2000, *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú*; de 11 de mayo de 2007, *Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia*; de 26 de septiembre de 2006, *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*; de 29 de noviembre de 2006, *Caso La Cantuta Vs. Perú*; y de 31 de enero de 2006, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*.

<sup>42</sup> Sentencia de 30 de mayo de 1999, *Caso Castrillo Petruzzi y Otros Vs. Perú*, Serie C No. 52, párr. 129.

<sup>43</sup> *Ibid.*, párr. 129.

<sup>44</sup> *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C No. 135, párr. 124.

de acceso a la justicia"<sup>45</sup>. La Corte Interamericana ha considerado que “la aplicación de la justicia militar debe estar estrictamente reservada a militares en servicio activo”<sup>46</sup>.

32. Dentro de los asuntos que son de competencia natural de la Jurisdicción Ordinaria y que no pertenecen al ámbito de los tribunales castrenses, la Corte Interamericana ha señalado el juzgamiento de militares o policías por graves violaciones de derechos humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reiteradamente considerado que la jurisdicción penal militar no es competente para conocer de graves violaciones de derechos humanos cometidas por personal militar, toda vez que el juez natural que debe conocer estos delitos es la Jurisdicción Ordinaria<sup>47</sup>. Cabe señalar que en la gran mayoría de los casos, en los cuales la Corte Interamericana se pronunció, las graves violaciones a los derechos humanos fueron cometidas por militares en el marco y en relación con conflictos armados interno.

33. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha igualmente considerado que el fuero militar es “una jurisdicción de tipo funcional cuya aplicación debe estar reservada a los militares que hayan incurrido en delitos o faltas en el ejercicio de sus funciones, bajo ciertas circunstancias”<sup>48</sup>. Reiteradamente, la Comisión Interamericana ha considerado que el ámbito de competencia de los tribunales militares debe estar restringido a las infracciones típicamente militares cometidas por personal militar<sup>49</sup>. Así, en su *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, la Comisión Interamericana resumió su jurisprudencia y doctrina en los siguientes términos: “los tribunales militares pueden en principio constituir un tribunal independiente e

<sup>45</sup> Caso *Castrillo Petruzzi y Otros c Perú*, Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C No. 52, párr. 128.

<sup>46</sup> Sentencia de 22 de noviembre de 2005, *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*, Serie C No. 135, párr. 139; y Sentencia de 20 de noviembre de 2009, *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*, Serie C No. 207, párrs. 115 y 199 (numerales 8 y 9).

<sup>47</sup> Ver entre otros: Sentencia de 16 de agosto de 2000, *Caso Durand y Ugarte Vs. Perú*, Serie C No. 68; Sentencia de 6 de diciembre de 2001, *Caso Las Palmeras Vs. Colombia*, Serie C No. 90; Sentencia de 5 de julio de 2004, *Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia*, Serie C No. 109; Sentencia de 15 de septiembre de 2005, *Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia*, Serie C No. 134; Sentencia de 22 de noviembre de 2005, *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*, Serie C No. 135; Sentencia de 31 de enero de 2006, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*, Serie C No. 140; Sentencia de 5 de julio de 2006, *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela*, Serie C No. 150; Sentencia de 26 de septiembre de 2006, *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, Serie C No. 154; Sentencia de 29 de noviembre de 2006, *Caso La Cantuta Vs. Perú*, Serie C No. 162; Sentencia de 11 de mayo de 2007, *Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia*, Serie C No. 163; Sentencia de 4 de julio de 2007, *Caso Escué Zapata Vs. Colombia*, Serie C No. 165; Sentencia de 4 de julio de 2007, *Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador*, Serie C No. 166; Sentencia de 26 de noviembre de 2008, *Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala*, Serie C No. 190; Sentencia de 23 de noviembre de 2009, *Caso Radilla Pacheco Vs. México*, Serie C No. 209; Sentencia de 30 de agosto de 2010, *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México*, Serie C No. 215; Sentencia de 31 de agosto de 2010, *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*, Serie C No. 216; Sentencia de 26 de noviembre de 2010, *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*, Serie C No. 220; Sentencia de 3 de septiembre de 2012, *Caso Vélez Restrepo y Familiares Vs. Colombia*, Serie C No. 248; Sentencia de 12 de noviembre de 2012, *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia*, Serie C No. 259; y Sentencia de 26 de noviembre de 2013, *Caso Osorio Rivera y Familiares Vs. Perú*, Serie C No. 274.

<sup>48</sup> *Segundo Informe sobre la situación de los derechos humanos en Perú*, OEA/Ser.L/V/II.106, doc. 59 rev., de 2 junio 2000, Capítulo II “Administración de justicia y estado de derecho”, párrafo 155.

<sup>49</sup> Ver entre otros: *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: 1986 - 1987*, OEA/Ser.L/V/II.71, Doc. 9 rev. 1, Capítulo IV (b); *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: 1992 - 1993*, OEA/Ser.L/V/II.83, Doc. 14, Capítulo V; *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: 1993*, OEA/Ser.L/V/II.85, Doc. 8 rev., Capítulo V; *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: 1997*, OEA/Ser.L/V/II.98, Doc. 6, Capítulo VII; *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: 1998*, OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 6, Rev., Capítulo VII; *Informe sobre la situación de derechos humanos en Brasil*, de 29 de septiembre 1997, OEA/Ser.L/V/II.97; *Segundo Informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II.84, Doc. 39 rev, de 14 de octubre de 1993; *Tercer Informe sobre la situación de derechos humanos Colombia*, OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 9 Rev. 1, de 26 de febrero de 1999; *Informe sobre la situación de derechos humanos Chile*, OEA/Ser.L/V/II.66, doc. 17 rev.1, de 9 de septiembre de 1985; *Informe sobre la situación de derechos humanos en Ecuador*, OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 Rev. 1; *Informe sobre la situación de derechos humanos en Guatemala*, OEA/Ser.L/V/II.61 Doc. 47; *Tercer Informe sobre la situación de derechos humanos en Paraguay*, OEA/Ser.L/V/II.110, 2001; y *Segundo Informe sobre la situación de derechos humanos en Perú*, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., de 2 de junio de 2000.

imparcial para los efectos del procesamiento de integrantes de las fuerzas armadas por ciertos delitos realmente relacionados con el servicio y la disciplina militares, que por su naturaleza puedan lesionar los intereses jurídicos de las fuerzas armadas, siempre que lo hagan con pleno respeto por las garantías judiciales. [...] en estos tribunales no pueden juzgarse violaciones de los derechos humanos u otros delitos que no guarden relación con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares, los que deben someterse a los tribunales ordinarios.”<sup>50</sup>.

34. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha reafirmado el carácter de fuero funcional de la jurisdicción penal militar, al prescribir que el ámbito de competencia de los tribunales castrenses debe estar limitado a los delitos estrictamente militares y cometidos por personal militar. Así, el Comité de Derechos Humanos ha considerado que “los tribunales militares no deberían estar habilitados para juzgar de los asuntos que no sean constitutivos de infracciones cometidas por miembros de las fuerzas armadas en el ejercicio de sus funciones”<sup>51</sup>. Asimismo, el Comité de Derechos Humanos aseveró que “la jurisdicción de los tribunales militares [debe estar limitada] al enjuiciamiento de personal militar solamente, acusado de delitos de carácter exclusivamente militar”<sup>52</sup>. El Comité de Derechos Humanos ha concluido reiteradamente que la práctica del juzgamiento de militares y policías responsables de violaciones de derechos humanos por tribunales militares no es compatible con las obligaciones que tienen los Estados bajo el Pacto, en particular las que dimanar de sus artículos 2 (3) (derecho a un recurso efectivo) y 14 (derecho a un juicio justo por un tribunal competente, independiente e imparcial)<sup>53</sup>.

35. Asimismo, el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas se ha pronunciado en reiteradas oportunidades recomendando que la competencia de los tribunales militares se limite a los “delitos de carácter puramente militar”<sup>54</sup>. De igual manera, el Tribunal Europeo de

<sup>50</sup> Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, Doc. Cit., párr. 231.

<sup>51</sup> Observaciones y recomendaciones del Comité de Derechos Humanos: Egipto, CCPR/C/79/Add.23, de 9 de agosto de 1993, párr. 9.

<sup>52</sup> Observaciones y recomendaciones del Comité de Derechos Humanos: Chile, CCPR/C/79/Add.104, de 30 de marzo de 1999, párr. 9. Ver igualmente Observaciones y recomendaciones del Comité de Derechos Humanos sobre: Polonia, CCPR/C/79/Add.110, de 29 de julio de 1999, párr. 21; Camerún, CCPR/C/79/Add.116, de 4 de noviembre de 1999, párr. 21; Marruecos, A/47/40, de 23 de octubre de 1991, párr. 57; Siria, CCPR/CO/71/SYR, párr. 17; Kuwait, CCPR/CO/69/KWT, párr. 10; Federación de Rusia, CCPR/C/79/Add.54, de 29 de julio de 1995, párr. 25; Eslovaquia, CCPR/C/79/Add.79, párr. 20; Uzbekistán, CCPR/CO/71/UZB, de 26 de abril de 2001, párr. 15; Colombia, CCPR/C/79/Add.2, de 25 de septiembre de 1992, párrs. 5 y 6 y CCPR/C/79/Add.76, de 5 de mayo de 1997, párr. 34; Perú, CCPR/C/79/Add.8, de 25 de septiembre de 1992, párr. 8; Venezuela, CCPR/C/79/Add.13, de 28 de diciembre de 1992, párrs. 7 y 10; Croacia, CCPR/C/79/Add.15 - A/48/40, de 28 de diciembre de 1992, párrafo 362; Brasil, CCPR/C/79/Add.66, de 24 de julio de 1996, párr. 10; Líbano, CCPR/C/79/Add.78, de 1 de abril de 1997, párr. 14; República Dominicana, CCPR/CO/71/DOM, de 26 de abril de 2001, párr. 10; y Guatemala, CCPR/CO/72/GTM, de 27 de agosto de 2001, párr. 10.

<sup>53</sup> Observaciones del Comité de Derechos Humanos a: Perú, CCPR/C/79/Add.8, 25 de septiembre de 1992, párr. 8; Bolivia, CCPR/C/79/Add.74, 1 de mayo de 1997, párr. 11; Colombia, CCPR/C/79/Add.2, 25 de septiembre de 1992, párrs. 5 y 6 y CCPR/C/79/Add.76, de 5 de mayo de 1997, párr.18; Venezuela, CCPR/C/79/Add.13, 28 de diciembre de 1992, párrs. 7 y 10; Croacia, CCPR/C/79/Add.15 - A/48/40, 28 de diciembre de 1992, párr. 362; Brasil, CCPR/C/79/Add.66, 24 de julio de 1996, párr. 10; Líbano, CCPR/C/79/Add.78, de 1 de abril de 1997, párr. 14; Chile, CCPR/C/79/Add.104, 30 de marzo de 1999, párr. 9; República Dominicana, CCPR/CO/71/DOM, 26 de abril de 2001, párr. 10; Guatemala, CCPR/CO/72/GTM, 27 de agosto de 2001, párrs. 10 y 20; El Salvador, 18 de abril de 1994, CCPR/C/79/Add.34, párr. 5; Ecuador, 18 de agosto de 1998, CCPR/C/79/Add.92, párr. 7; Egipto, 9 de agosto de 1993, CCPR/C/79/Add.23, párr. 9; Polonia, 29 de julio de 1999, CCPR/C/79/Add.110, párr. 21; Camerún, 4 de noviembre de 1999, CCPR/C/79/Add.116, párr. 21; Marruecos, 23 de octubre de 1991, A/47/40, párr. 57; Siria, 28 de mayo de 2001, CCPR/CO/71/SYR, párr. 17; Federación Rusa, 29 de julio de 1995, CCPR/C/79/Add.54, párr.25; Eslovaquia, 4 de agosto de 1997, CCPR/C/79/Add.79, párr. 20; y Uzbekistán, 26 de abril de 2001, CCPR/CO/71/UZB, párr. 15.

<sup>54</sup> Observaciones finales del Comité contra la Tortura: Camerún, CAT/C/CR/31/6, de 11 de febrero de 2004, párrafo 11. Ver igualmente las Observaciones finales del Comité contra la Tortura sobre: Perú (A/50/44, de 26 de julio de 1995, paras.62-73 y A/55/44de 15 de noviembre de 1999, paras. 59 y 62); Jordania (A/50/44, 26 de julio de 1995, paras.159-182 y

Derechos Humanos<sup>55</sup> y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos<sup>56</sup> han señalado que la jurisdicción penal militar es un fuero funcional de alcance restrictivo, limitado a infracciones estrictamente militares cometidas por personal militar.

36. La Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Gabriela Knaul, de las Naciones Unidas ha señalado igualmente que “[d]ado que tienen el objetivo especial de abordar las materias relacionadas con el servicio militar, los tribunales militares deberían tener competencia únicamente sobre el personal militar que comete delitos militares o infracciones de la disciplina militar, y en ese caso solo cuando no representen violaciones graves de los derechos humanos.”<sup>57</sup>.

37. El carácter de fuero funcional de alcance restringido y de ámbito de competencia limitado de la jurisdicción penal militar ha sido igualmente cristalizado en varios instrumentos internacionales de derechos humanos. Así cabe mencionar: la *Declaración sobre la protección de todas las personas contra la desaparición forzada*<sup>58</sup>; la *Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas*<sup>59</sup>; el *Conjunto actualizado de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*<sup>60</sup>; y el *Proyecto de Principios sobre la Administración de justicia por Tribunales Militares*<sup>61</sup>. Respecto de este último, aunque todavía se trata de un Proyecto de Principios, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que reflejan la evolución del derecho internacional de los derechos humanos en el campo de los tribunales militares y lo ha empleado como fuente jurídica<sup>62</sup>. Asimismo, la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados de las Naciones Unidas, Sra. Gabriela Knaul, ha considerado que el Proyecto de Principios refleja el desarrollo del derecho internacional en la materia<sup>63</sup>.

38. Resumiendo la jurisprudencia internacional de derechos humanos, el Relator Especial sobre la Administración de justicia por tribunales militares, Profesor Emmanuel Decaux, de las Naciones Unidas ha señalado que “[l]a 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, amparados por los artículos 14 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y 8 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, sino también el derecho de las víctimas de esas violaciones y de sus familiares a un recurso efectivo y a la protección judicial, amparados

CAT/C/JOR/CO/2, de 25 de mayo de 2010); *Chile* (A/50/44, de 26 de julio de 1995, paras.52-61; CAT/C/CR/32/5, de 14 de junio de 2004, párr. 7; y CAT/C/CHL/CO/5, de 14 de mayo de 2009, párr. 14); *Federación de Rusia* (CAT/C/RUS/CO/4, de 6 de febrero de 2007, párr. 24); y *Turquía* (CAT/C/TUR/CO/3, de 20 de enero de 2011, párr. 5).

<sup>55</sup> Sentencia de 4 de mayo de 2006, *Caso Ergin Vs. Turquía*, párrs. 46, 45 y 48; Sentencia de 10 de mayo de 2001, *Caso Chipre c. Turquía*; y Sentencia de 21 de septiembre 2006, *Caso Maszni c. Rumania*.

<sup>56</sup> Ver entre otros: *Resolución sobre el derecho a un juicio justo y a la asistencia jurídica en África*, de 15 de noviembre de 1999; Decisión de 15 de noviembre de 1999, Comunicación N° 151/96 (Nigeria); Decisión de 7 de mayo de 2001, Comunicación 218/98 (Nigeria); Decisión de 6 de noviembre de 2000, Comunicación N° 223/98 (Sierra Leona); Decisión de abril de 1997, Comunicación N° 39/90 (Camerún); y Decisión de 31 de octubre de 1998, Comunicación N° 137/94, 139/94, 154/96 y 161/97 (Nigeria).

<sup>57</sup> *Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados*, A/68/285, de 7 de agosto de 2013, párr. 89.

<sup>58</sup> Artículo 16 (2).

<sup>59</sup> Artículo IX.

<sup>60</sup> Principios 22 y 29.

<sup>61</sup> Principios 5, 7, 8 y 9 (Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2006/58 de 13 de enero de 2006).

<sup>62</sup> Sentencia del 4 de mayo de 2006, *Caso Ergin Vs. Turquía*, Doc. Cit., y Sentencia de 21 de septiembre de 2006, *Caso Maszni Vs. Rumania*, Doc. Cit.

<sup>63</sup> *Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados*, A/68/285 de 7 de agosto de 2013.

por los artículos 2 (párrafo 3) del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y 25 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*.<sup>64</sup>

39. Bajo el Derecho internacional de los Derechos Humanos, el conocimiento de graves violaciones de derechos humanos, constitutivas de delitos, cometidas por personal militar o policial y el juzgamiento y sanción de sus autores es de competencia exclusiva de la Jurisdicción penal ordinaria. El Relator Especial sobre la Administración de justicia por tribunales militares de las Naciones Unidas, Emmanuel Decaux, ha señalado al particular que “[f]rente a la concepción funcional de la competencia de los tribunales militares, hoy se impone cada vez con más claridad la idea de que las personas acusadas de violaciones graves de los derechos humanos no pueden ser juzgadas por tribunales militares en la medida en que tales actos, por su propia naturaleza, no corresponderían al ámbito de las funciones ejercidas por tales personas. Más aún, las autoridades militares podrían sentirse inclinadas a echar tierra sobre tales asuntos, invocando el principio de la oportunidad en el ejercicio de la acción penal, favoreciendo el archivo de la causa o alegando la ‘conformidad con los hechos imputados’ en perjuicio de las víctimas. Es importante que los tribunales ordinarios puedan desde el principio investigar, perseguir y juzgar a los autores de esas violaciones. La incoación de oficio de la investigación preliminar por la jurisdicción ordinaria constituye una etapa decisiva para evitar toda forma de impunidad.”<sup>65</sup>

40. El carácter de fuero funcional restringido – que excluye las graves violaciones a los derechos humanos del ámbito de competencia de los tribunales militares - ha sido igualmente reafirmado por altas cortes de justicia y tribunales constitucionales en la región. Así lo han hecho: Tribunal Constitucional de Bolivia<sup>66</sup>; la Corte Suprema de Chile<sup>67</sup>; la Corte Constitucional de Guatemala<sup>68</sup>; la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México<sup>69</sup>; la Corte Suprema de Justicia de Paraguay<sup>70</sup>; el Tribunal Constitucional<sup>71</sup> y la Corte Suprema de Justicia<sup>72</sup> de Perú; la Corte Suprema de República Dominicana<sup>73</sup>; y la Suprema Corte de Justicia de

<sup>64</sup> *La administración de justicia por los tribunales militares - Informe presentado por el Relator Especial de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, Emmanuel Decaux, E/CN.4/2006/58 de 13 de enero de 2006, párr.32.*

<sup>65</sup> *La administración de justicia por los tribunales militares - Informe presentado por el Relator Especial de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, Emmanuel Decaux, E/CN.4/2006/58 de 13 de enero de 2006, párrafo 32.*

<sup>66</sup> Sentencia Constitucional 0664/2004-R de 6 de mayo de 2004, Expediente: 2004-08469-17-RAC.

<sup>67</sup> Corte Suprema, Sala Penal, Sentencia de 17 de noviembre de 2004, *Caso Miguel Ángel Sandoval (Juan Miguel Contreras Sepúlveda y otros)*, Rol No. 517-04.

<sup>68</sup> Gaceta No. 43, expedientes acumulados Nos. 1031-96 y 1155-96, página No. 34, sentencia: 03-03-97. Véase igualmente: Gaceta No. 25, expediente No. 306-92, página No. 88, sentencia: 29-12-92; y Gaceta No. 13, expedientes acumulados Nos. 142-89 y 143-89, página No. 20, sentencia: 27-07-89.

<sup>69</sup> Sentencia de 10 de junio de 2003, MP. Humberto Román Palacios, *Amparo en revisión promovido por Ricardo Miguel Cavallo – Amparo en Revisión 140/2002*, Considerando Décimo Cuarto; Sentencia de agosto de 2012, *Amparo en Revisión No. 133/1012, “Inconstitucionalidad del artículo 57, fracción II, inciso a) del Código de Justicia Militar y legitimación del ofendido y sus familiares para promover amparo”*.

<sup>70</sup> Corte Suprema de Justicia, Acuerdo y Sentencia N° 84, 17 de abril de 1998, Juicio “Sumario instruido al Gral de Div. (SR) LINO CÉSAR OVIEDO SILVA, y otros”.

<sup>71</sup> Sentencia de 24 de agosto de 2004 Exp. N° 1154-2002-HC/TC; Sentencia de 16 de marzo de 2004, Exp. N.° 0017-2003-AI/TC; Sentencia de 17 de abril 2002, Exp. N° 218-02-HC/TC, *Causa Jorge Alberto Cartagena Vargas c. Primera Sala Penal de Ica de la Corte Superior de Justicia de Ica*, Fundamento N° 2; Sentencia de 19 de junio de 1998, Exp. N° 585-96-HC/TC; Sentencia de 15 de diciembre de 2006 Expediente 0012-2006-PI/TC; y Resolución de 15 de octubre de 1999, Exp. N.° 757-99-HC/TC.

<sup>72</sup> Resolución de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 14 de diciembre de 2004, Competencia N° 29-2004: Caso “*La desaparición forzada de autoridades de Chuschi*”; Resolución de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, Competencia N° 18-2004: Caso “*El homicidio de Indalecio Pomatanta Albarrán*”; y Resolución de Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 1° de julio de 2005, Competencia N° 08-2005: Caso “*Efraín Aponte Ortiz*”.

<sup>73</sup> Sentencia de 26 de diciembre de 2001, *caso: homicidio de Pedro M. Contreras*.

Uruguay<sup>74</sup>. El carácter de fuero funcional de la jurisdicción penal militar y el ámbito limitado de su competencia ha sido igualmente reafirmado en Colombia por la Honorable Corte Constitucional<sup>75</sup>, la Corte Suprema de Justicia<sup>76</sup> y el Consejo Superior de la Judicatura<sup>77</sup>.

41. Asimismo, la exclusión de las graves violaciones a los derechos humanos del ámbito de competencia de la jurisdicción penal militar, no está limitada a los ilícitos cometidos en tiempos de paz, sino también a aquellos cometidos en tiempos de excepción y de conflicto armado, como lo ha ampliamente establecido la jurisprudencia internacional de derechos humanos.

#### **b.- De las graves violaciones a los derechos humanos y de los crímenes de guerra**

42. El inciso 2° del artículo 214 de la Constitución Política de Colombia prescribe que “[e]n 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. En efecto, son también graves violaciones a los derechos humanos: los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, los actos inhumanos<sup>78</sup> y los atentados contra la integridad física o la salud; la toma de rehenes<sup>79</sup>; la privación arbitraria de la libertad<sup>80</sup>; la detención no reconocida<sup>81</sup>; los castigos colectivos<sup>82</sup>; la esclavitud y la reducción en estado de servidumbre o trabajo forzoso; la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, y la esterilización forzada; el pillaje, la destrucción o apropiación ilegales de bienes; y las condenas penales sin previo juicio por un tribunal independiente, imparcial y competente, que respete todas las garantías judiciales inherentes al debido proceso legal. Y si estas son cometidas en el marco de un conflicto armado y por los actores de éste, constituyen crímenes de guerra.

43. En ese contexto, cabe destacar que los *Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a interponer Recursos y*

<sup>74</sup> Sentencia de 28 de julio de 1986, *Caso Clavero Iglesias, José – Contienda de Competencia, Ficha 154/84*.

<sup>75</sup> Ver, *inter alia*: Sentencia No. C-141/95, de 29 de marzo de 1995, Expediente D- 701, *Demanda de Inconstitucionalidad contra el artículo 656 del Decreto Ley 2550 de 1988 "por el cual se expide el Nuevo Código Penal Militar"*; y Sentencia No. C-358/97 de 5 de agosto de 1997 (REF: Expediente N° D-1445)

<sup>76</sup> Ver, *inter alia*, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal, Sentencia de 7 de mayo de 2009, Magistrado ponente Dr. Sigifredo Espinosa Pérez.

<sup>77</sup> Ver, *inter alia*, Consejo Superior de la Judicatura, Sala Disciplinaria, Sentencia de 12 de febrero de 2009, Radicación No. 110010102000200900097 01 – 1134C.

<sup>78</sup> Ver entre otros: Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, *El Fiscal c. Anto Furundzija*, Sentencia No. IT-95-17/1-T, párrafo 154, *El Fiscal c. Delalic y otros*, IT-96-21-T, párrafo 454 y *El Fiscal c. Kunarac*, It-96-23-T y IT-96-23/1-T (de 22 de febrero de 2001); Resolución A/RES/59/183 de la Asamblea General de las Naciones Unidas; Resolución E/CN.4/RES/2005/39 de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas; Comité contra la Tortura, *Observación General No. 2 “Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes”*, CAT/C/GC/2 de 24 de enero de 2008, párrafo 1; *Informe del Relator Especial sobre la Tortura de las Naciones Unidas*, documento de Naciones Unidas E/CN.4/1986/15, de 19 de febrero de 1986, párrafo 3; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 8 de Julio de 2004, *Caso Hermanos Gómez Paquiyauri c. Perú*, párrafo 111, Sentencia de 27 de noviembre de 2003, *Caso Maritza Urrutia c Guatemala*, párrafo 89 y Sentencia de 18 de agosto de 2000, *Caso Cantoral Benavides c. Perú*, párrafo 95; y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., de 22 de octubre de 2002, párrafo 155.

<sup>79</sup> Ver entre otros: Comité de Derechos Humanos, *Observación general No. 29, Estados de emergencia (artículo 4)*, Documento de Naciones Unidas CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, párrafo 11.

<sup>80</sup> *Observación general N° 29, “Estados de emergencia (artículo 4)”*, Doc. Cit., párrafo 11

<sup>81</sup> *Ibid.*, párrafo 13 (b) (d) y (e).

<sup>82</sup> *Ibid.*, párrafo 11, y Normas No. 103 y 156, “los castigos colectivos están prohibidos”, en Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, *El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, Volumen I: Reglas*, Ed. CICR.

*obtener Reparaciones*<sup>83</sup> definen a la víctima “a toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario.” (subraya añadida). El *Conjunto actualizado de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad* estipula que la noción “delitos graves conforme al derecho internacional” comprende graves violaciones de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y de su Protocolo Adicional I de 1977 y otras violaciones del derecho internacional humanitario que constituyen delitos conforme al derecho internacional: el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y otras violaciones de los derechos humanos internacionalmente protegidos que son delitos conforme al derecho internacional y/o respecto de los cuales el derecho internacional exige a los Estados que impongan penas por delitos, tales como la tortura, las desapariciones forzadas, la ejecución extrajudicial y la esclavitud.”<sup>84</sup>.

44. El *Conjunto actualizado de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*<sup>85</sup> y el *Proyecto de Principios sobre la Administración de justicia por Tribunales Militares*<sup>86</sup> excluyen del ámbito de competencia del fuero militar toda grave violación a los derechos humanos. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que “la jurisdicción militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de alegadas vulneraciones de derechos humanos, sino que el procesamiento de los responsables corresponde siempre a la justicia ordinaria. Esta conclusión aplica no solo para casos de tortura, desaparición forzada y violación sexual, sino a todas las violaciones de derechos humanos”<sup>87</sup>.

45. Como señalado anteriormente (Párrafo 42 *supra*), estas graves violaciones a los derechos humanos pueden ser igualmente cometidas durante un conflicto armado y en relación con éste. Según las circunstancias del caso pueden ser calificadas de infracción al Derecho Internacional Humanitario o crimen de guerra. Sin embargo, ello no las convierte en delitos militares.

46. Los crímenes de guerra son crímenes contra el Derecho internacional, o sea que son crímenes que atentan contra bienes jurídicos protegidos por el Derecho internacional. Constituyen *delicti iuris gentium*, que atentan contra la comunidad de intereses jurídicos reconocidos como tales por la comunidad de los Estados o el orden público internacional<sup>88</sup>. Equiparar los crímenes de guerra o las infracciones al Derecho Internacional Humanitario al delito estrictamente militar o al “delito de función” no tiene, desde la perspectiva del derecho penal sustantivo, ninguna lógica jurídica ni fundamento conceptual.

47. La diferente naturaleza jurídica de los crímenes de guerra y de los delitos militares se ve reflejada, por demás, en el régimen jurídico aplicable a cada una de estas figuras. En efecto, la represión de los crímenes de guerra esté sometida a ciertas reglas - jurisdicción universal,

<sup>83</sup> Resolución 60/147 de la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobada el 16 de diciembre de 2005.

<sup>84</sup> Definición B. “Delitos graves conforme al derecho internacional”.

<sup>85</sup> Principio 29.

<sup>86</sup> Principio 8 *Competencia funcional de los órganos judiciales militares* y Principio 9 *Enjuiciamiento de los autores de violaciones graves de los derechos humanos*.

<sup>87</sup> Sentencia de 26 de noviembre de 2010, *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*, Serie C No. 220, párr. 198.

<sup>88</sup> Ver entre otros: Quintano Ripollés, Antonio, *Tratado de derecho penal internacional e internacional penal*, Instituto “Francisco de Vitoria”, Madrid, 1955, págs. 26 y ss.; y Huet, André y Koering-Joulin, Renée, *Droit Pénal International*, Col. Thémis, Ed. PUF, Paris, 1993, págs. 25 y ss...

imprescriptibilidad, *aut dedere aut judicare*, obligación de extraditar, no amnistía, no eximente de responsabilidad penal por cumplimiento de órdenes superiores, entre otras – que no se predicán de los delitos militares. Por ejemplo, los delitos militares no son por naturaleza imprescriptibles. Asimismo, en principio, los convenios multilaterales excluyen los delitos militares del campo de aplicación de la extradición<sup>89</sup>. Respecto de los delitos militares, el cumplimiento de órdenes superiores es una clásica causal de exclusión de responsabilidad penal generalmente reconocida en las legislaciones nacionales.

48. Los crímenes de guerra fundamentalmente buscan proteger bienes jurídicos propios del orden jurídico internacional que, como lo ha señalado el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, protege valores generales destinados a garantizar el respeto de la dignidad humana<sup>90</sup>. La Asamblea General de las Naciones Unidas lo ha reiterado implícitamente en varias resoluciones desde 1946<sup>91</sup>. Así, por ejemplo, en su Resolución 2583 (XXIV) de 1969, la Asamblea General recordó que la investigación de los crímenes de guerra y juzgamiento y sanción de sus responsables “son un elemento importante para prevenir esos crímenes y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, y para fomentar la confianza, estimular la cooperación entre pueblos y contribuir a la paz y la seguridad internacionales”<sup>92</sup>. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha igualmente señalado que los “crímenes de guerra constituyen una gravísima ofensa a la dignidad humana y una negación flagrante de los principios fundamentales consagrados en las Cartas de la Organización de los Estados Americanos y de las Naciones Unidas [...] el juzgamiento de esta clase de crímenes, contribuyen de manera notable al fortalecimiento de la protección de los derechos humanos y, lo que es más significativo aún, a la consolidación del imperio del derecho y de las libertades fundamentales de la persona humana en la comunidad mundial”<sup>93</sup>.

49. Los crímenes de guerra buscan proteger bienes jurídicos internacionales como son las “leyes y costumbres de la guerra”, aplicables tanto en los conflictos armados internacionales como en los conflictos armados que no sean de índole internacional. Pero asimismo, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional, al prohibir y criminalizar como crímenes de guerra a una serie de actos en los conflictos armados, buscan igualmente proteger bienes jurídicos esenciales propios de los derechos humanos y que aún en tiempo de guerra no pueden suspenderse, como por ejemplo los derechos: a no ser arbitrariamente privado de la vida, a no ser torturado o sujeto a tratos inhumanos, a no ser sometido a esclavitud o servidumbre, o a

<sup>89</sup> Ver por ejemplo, *Tratado modelo de extradición de las Naciones Unidas; Tratado de Derecho Penal Internacional*, de Montevideo de 1920; y *Convenio Europeo de Extradición*, de 1957. No obstante, este principio se encuentra matizado por algunos tratados bilaterales (Ver: André Huet y Renée Koering-Joulin, *Droit pénal international*, Presses universitaires de France, París, 1993, pág. 365) y multilaterales (Como por ejemplo, el Acuerdo sobre Extradición, de Caracas, adoptado por Ecuador, Bolivia, Perú, Colombia y Venezuela en 1911. Su artículo 2 (22, e) incorporaba en la lista de los delitos extraditables las deserciones de la Marina y el Ejército cometidas en el mar).

<sup>90</sup> Sentencia de 14 de enero de 2000, *El Procurador c. Vlatko Kuprešić y otros*, Caso IT-95-16-T, párr. 702.

<sup>91</sup> Ver entre otras, las Resoluciones: 3 (I) “Extradición y castigo de criminales de guerra” de 13 de febrero de 1946; 95 (I) “Confirmación de los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Núremberg” de 11 de diciembre de 1946; 170 (II) “Extradición de delincuentes de guerra y traidores” de 31 de octubre de 1947; 2338 (XXII) “Cuestión del Castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad” de 18 de diciembre de 1967; 2391 (XXIII) “Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de la humanidad” de 25 de noviembre de 1968; 2712 (XXV) “Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad” de 14 de diciembre de 1970; 2840 (XXVI) “Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad” de 18 de diciembre de 1971; y 3020 (XXVII) “Prevención del delito y la lucha contra la delincuencia” de 18 de diciembre de 1972.

<sup>92</sup> Resolución 2583 (XXIV) “Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa Humanidad”, de 15 de diciembre de 1969.

<sup>93</sup> Resolución No. 1/03 “sobre juzgamiento de crímenes internacionales”, 24 de octubre de 2003.

un juicio justo por tribunal independiente e imparcial<sup>94</sup>. Así, por ejemplo, el homicidio arbitrario e intencional de un civil o de un combatiente puesto fuera de combate constituye, antes que nada, una vulneración del derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida, esto es, de un bien jurídico de derecho común y no de un bien jurídico militar.

50. Al respecto, en el caso de la retoma de la Embajada del Japón en Perú y reconociendo la aplicación del Derecho Internacional Humanitario complementariamente al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló “que, a diferencia de los casos previos de los que ha tenido oportunidad de conocer en los que se debatía sobre la competencia de la jurisdicción militar para la investigación, juzgamiento y sanción de violaciones de derechos humanos cometidas por militares, en el presente caso las presuntas víctimas no son civiles, sino integrantes de un grupo armado, quienes participaron en las hostilidades en el marco de una operación de rescate de rehenes. La Corte no considera, sin embargo, que este elemento sea determinante para apartarse de su jurisprudencia ya que lo relevante es que las alegaciones se presentan respecto de personas presuntamente *hors de combat* que serían acreedoras de las garantías estipuladas en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra. En efecto, los hechos relativos a las presuntas ejecuciones extrajudiciales que fueron denunciadas a fines del año 2000 y principio del año 2001 se habrían producido tal como se alega tras que los miembros del MRTA, presuntas víctimas de este caso, hubieran sido capturados o puestos *hors de combat*, lo que hubiera convertido a estas alegadas ejecuciones, de haberse comprobado, en serias violaciones de derechos humanos de cuya investigación, juzgamiento y sanción debiera haber conocido en exclusiva la jurisdicción ordinaria. [...] Las alegaciones de ejecución extrajudicial son actos que guardan relación con hechos y tipos penales que en ningún caso tienen conexión con la disciplina o la misión castrense. Por el contrario, los actos alegados [...] se relacionaban con bienes jurídicos tutelados por el derecho penal interno y la Convención Americana, como la vida e integridad personal de la víctima. Por lo tanto, la Corte reitera que los criterios para investigar y juzgar violaciones de derechos humanos ante la jurisdicción ordinaria residen no en la gravedad de las violaciones sino en su naturaleza misma y en la del bien jurídico protegido. Es claro que la conducta denunciada es abiertamente contraria a los deberes de respeto y protección de los derechos humanos y, por lo tanto, está excluida de la competencia de la jurisdicción militar. Por consiguiente, la intervención del fuero militar para la investigación y juzgamiento de las alegadas ejecuciones extrajudiciales [...] contrarió los parámetros de excepcionalidad y restricción que lo caracterizan e implicó la aplicación de un fuero personal que operó sin tomar en cuenta la naturaleza de los actos involucrados.”<sup>95</sup>. Asimismo, en su Sentencia relativa al Palacio de Justicia en Colombia, la Corte Interamericana señaló “que en el fuero militar sólo se debe juzgar a militares activos por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar. [...] [T]omando en cuenta la naturaleza del crimen y el bien jurídico lesionado, la jurisdicción penal militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos sino que el procesamiento de los responsables corresponde

<sup>94</sup> Ver por ejemplo: artículo 8 del *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*; artículo 4 del *Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda*; artículos 2 y 3 del *Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia*; artículos 3 y 4 del *Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona*; artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra del 12 de agosto de 1949; artículo 130 del *Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra*; artículo 147 del *Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra*; y artículo 85 del *Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales* (Protocolo I).

<sup>95</sup> Sentencia de 17 de abril de 2015, *Caso Cruz Sánchez y Otros Vs. Perú*, Serie C No. 292, párrs. 400 y 403.

siempre a la justicia ordinaria.”<sup>96</sup>. Si bien estos casos hacen referencia a desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales y tortura, las consideraciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son aplicables a toda violación de derechos humanos cometidas en el marco y por los actores de un conflicto armado. Pues como bien lo asevera la Corte, “los criterios para investigar y juzgar violaciones de derechos humanos ante la jurisdicción ordinaria residen no en la gravedad de las violaciones sino en su naturaleza misma y en la del bien jurídico protegido.”<sup>97</sup>.

51. Así, considerar crímenes de guerra como delitos militares de competencia de la jurisdicción penal militar - esto es, crímenes que vulnerarían bienes jurídicos militares - no tiene fundamento alguno desde el punto del bien jurídicamente protegido mediante la criminalización de la conducta. Como lo señaló el Primer Abogado General ante la Corte de Casación de Bélgica, Sr. André Andries, en el *XIV Congreso de la Sociedad Internacional de Derecho Militar y de Derecho de la Guerra*, la opción de confiar la represión de los crímenes de guerra e infracciones al Derecho Internacional Humanitario a los tribunales militares es problemática toda vez que estos crímenes tienen su fundamento en la necesidad de proteger un orden jurídico mundial mientras que la jurisdicción penal militar tiene su razón de ser en el mantenimiento de la disciplina militar en provecho de los intereses nacionales, o en otras palabras de los gobiernos<sup>98</sup>.

52. La Honorable Corte Constitucional ha señalado que el Derecho Internacional Humanitario busca proteger la “persona humana, sus derechos fundamentales [y que] uno de los desarrollos más positivos de este principio [fundamental del respeto de la dignidad humana consagrado en el artículo 1o de la Constitución Nacional de 1991] lo constituye precisamente - por su naturaleza y fines- el derecho internacional humanitario.”<sup>99</sup>. Así, en su Sentencia relativa al *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, la Honorable Corte Constitucional ha señalado que “Colombia hace parte de ese consenso internacional para la lucha contra la impunidad frente a las más graves violaciones a los derechos humanos. Ese compromiso de Colombia se refleja en el hecho de ser parte de los principales instrumentos internacionales que recogen el consenso internacional en esta materia y que han servido de base para la creación de la Corte Penal Internacional. A saber: [...]vi) Los Cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, incorporados a nuestro ordenamiento interno mediante la Ley 5 de 1960 [...];vii) Protocolo I Adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, aprobado como legislación interna por la Ley 11 de 1992; viii) Protocolo II Adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, aprobado como legislación interna por la Ley 171 de 1994 [...]”<sup>100</sup>, Asimismo, la Honorable Corte Constitucional precisó “[l]as conductas punibles de competencia de la Corte

<sup>96</sup> Sentencia de 14 de noviembre de 2014, *Caso Rodríguez Vera y Otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia*, Serie C No. 287, párrs. 442 y 443.

<sup>97</sup> Sentencia de 14 de noviembre de 2014, *Caso Rodríguez Vera y Otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia*, Serie C No. 287, párr. 449.

<sup>98</sup> André Andries, “Lois et procédures nationales”, in *XIV Quatorzième Congrès, Athènes (Grèce), 10-15 mai 1997, Investigation et poursuites des violations du droit des conflits armés, Volume I*, Recueils de la Société internationale de droit militaire et de droit à la guerre, Bruxelles, 1999, pág. 332.

<sup>99</sup> Sentencia C-574/92 de 28 de octubre de 1992, *Revisión oficiosa del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)*, Mag. Pte. Ciro Angarita Barón. En el mismo sentido ver: Sentencia C-225/95 de 18 de mayo de 1995, *Revisión constitucional del "Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)" hecho en Ginebra el 8 de junio de 1977, y de la Ley 171 del 16 de diciembre de 1994, por medio de la cual se aprueba dicho Protocolo*, Mag. Pte. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>100</sup> Sentencia C-578/02 de 30 de julio de 2002, *Referencia: expediente LAT-223, Revisión de la Ley 742 del 5 de junio de 2002 "Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)"*, Mag. Pte. Manuel José Cepeda Espinoza.

Penal Internacional comprenden las violaciones a los parámetros fundamentales de respeto por el ser humano que no pueden ser desconocidos, ni aun en situaciones de conflicto armado internacional o interno, los cuales han sido gradualmente identificados y definidos por la comunidad internacional a lo largo de varios siglos con el fin de superar la barbarie. [...] La Corte Penal Internacional ha sido creada por un estatuto que cuenta dentro de sus propósitos medulares evitar la impunidad de los detentadores transitorios de poder o de los protegidos por ellos, hasta la más alta jerarquía, y garantizar la efectividad de los derechos de las víctimas y perjudicados a conocer la verdad, a obtener justicia y a recibir una reparación justa por los daños que dichas conductas les han ocasionado, a fin de que dichas conductas no se repitan en el futuro.”<sup>101</sup>. Así, la Honorable Corte Constitucional se refirió a las “graves violaciones a los derechos humanos tales como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad o los crímenes de guerra”<sup>102</sup>. Más aún, al examinar los crímenes de guerra en tiempos de conflicto armado interno, la Honorable Corte Constitucional precisó “que las definiciones sobre crímenes de guerra protegen la efectividad del derecho a la vida (artículo 11), a la integridad física; el respeto a la prohibición de desapariciones y torturas (artículo 12), y a la prohibición de la esclavitud (artículo 17). [...] [L]as normas del Estatuto que describen las conductas tipificadas como crímenes de guerra garantizan la prevalencia y efectividad de los derechos cuya suspensión se prohíbe aun durante dichos estados (artículo 93 CP)”<sup>103</sup>; y “[n]o sólo los funcionarios públicos sino también los particulares, especialmente los miembros de grupos al margen de la ley, pueden ser responsables individualmente por violación de los derechos humanos protegidos, por vía de la penalización de gravísimas conductas [Crímenes de guerra] como las consignadas en el Estatuto de Roma.”<sup>104</sup>.

53. Por otro lado, desde el punto de vista del sujeto activo del ilícito penal, el otorgamiento de competencia a la jurisdicción penal militar para conocer de crímenes de guerra o la asimilación del crimen de guerra al delito militar o al “delito de función” plantea serios problemas. La comisión de crímenes de guerra no está circunscripta a los ilícitos de esta naturaleza cometidos por del Ejército de un país. Estos crímenes pueden ser cometidos igualmente por otros actores al conflicto que tienen, así sea temporalmente, la condición de “combatientes” pero que no son miembros de las Fuerzas Militares de un país, como: las fuerzas disidentes; los grupos armados de oposición; los líderes “civiles” que dirigen las partes en el conflicto y toman parte a las hostilidades, etc. Si bien estos no se consideran civiles a los efectos de la aplicación del Derecho Internacional Humanitario – en particular el régimen de protección a los civiles y la población civil – y tienen el estatus de “combatiente”, conservan la condición de civil a los efectos de la justicia penal (con excepción hecha, en el marco de los conflictos armados internacionales, de la figura del Prisionero de Guerra).

54. Resulta de utilidad la jurisprudencia interamericana sobre el juzgamiento de miembros de grupos armados de oposición por tribunales militares en situaciones de conflicto armado. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que los requisitos más fundamentales de un juicio justo “se aplican en la investigación, procesamiento y sanción de delitos, inclusive los vinculados al terrorismo, independientemente de que esas iniciativas puedan adoptarse en tiempos de paz o de emergencia nacional, incluido el conflicto armado”<sup>105</sup>.

---

<sup>101</sup> *Ibidem.*

<sup>102</sup> *Ibidem.*

<sup>103</sup> *Ibidem.*

<sup>104</sup> *Ibidem.*

<sup>105</sup> *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., de 22 octubre 2002, párr. 261.

Así, la Comisión Interamericana precisó que el “derecho a ser juzgado por un tribunal competente, independiente e imparcial de conformidad con las normas internacionales aplicables” exige “un juicio a cargo de tribunales constituidos ordinariamente que se pueda demostrar son independientes de otras ramas del gobierno y estén integrados por jueces con la debida estabilidad en el cargo y capacitación y, en general, prohíbe el uso de tribunales o comisiones ad hoc, especiales o militares para juzgar a civiles”<sup>106</sup>. Asimismo, la Comisión Interamericana precisó que los tribunales “no pueden juzgar violaciones de los derechos humanos u otros delitos que no guarden relación con las funciones militares, los que deberán someterse a proceso por tribunales civiles”<sup>107</sup>.

55. Por su parte, en casos de miembros de grupos armados de oposición juzgados por tribunales militares, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “las propias fuerzas armadas inmersas en el combate contra los grupos insurgentes, son las encargadas del juzgamiento de las personas vinculadas a dichos grupos. Este extremo mina considerablemente la imparcialidad que debe tener el juzgador”<sup>108</sup>. Asimismo la Corte ha considerado que “la imparcialidad del juzgador resulta afectada por el hecho de que las fuerzas armadas tengan la doble función de combatir militarmente a los grupos insurgentes y de juzgar e imponer penas a los miembros de dichos grupos”<sup>109</sup>.

56. Finalmente, el argumento según el cual el conocimiento de los crímenes de guerra y las graves infracciones al Derecho internacional humanitario requieren que el juzgador tenga conocimientos jurídicos propios del derecho penal militar resulta infundado. En primer lugar, no existe ninguna correlación entre los bienes jurídicos tutelados mediante los crímenes de guerra y aquellos protegidos por el derecho penal militar. En segundo lugar, si la investigación y juzgamiento de determinados crímenes de guerra pueden requerir de conocimientos especializados en materia militar y de Derecho internacional humanitario, estas pericias no son propias del derecho penal militar. Ciertamente, conceptos como “proporcionalidad del uso de la fuerza”, “razones militares imperativas”, “blanco legítimo” o “armas y proyectiles prohibidos”, entre otros, son determinantes para establecer si el comportamiento es lícito bajo el Derecho internacional humanitario o constituye un crimen de guerra. En la mayoría de estos casos, un conocimiento especializado es requerido por parte de fiscales, jueces de instrucción y jueces y magistrados. No obstante, estos conocimientos poco tienen que ver con el derecho penal militar – ya sea sustantivo o procesal- y fundamentalmente devienen del Derecho internacional humanitario y de conocimientos tácticos y operacionales militares. Fiscales, jueces de instrucción y jueces y magistrados se pueden ver a la misma situación cuando para investigar, conocer o fallar respecto de un delito – ya sea por las características propias de éste, las modalidades de su comisión o características y condiciones del sujeto activo del ilícito penal – es necesario acudir a otras disciplinas. Así, los operadores de justicia se ven frecuentemente confrontados a la necesidad de acudir a conocimientos de psicología, sociología, economía, medicina, grafología y contabilidad, para administrar justicia. Delitos financieros o contra el medio ambiente así como de lavado de dinero requieren frecuentemente de una experticia que

---

<sup>106</sup> *Ibidem*.

<sup>107</sup> *Ibidem*.

<sup>108</sup> Sentencia de 30 de mayo de 1999, Caso *Castrillo Petruzzi y Otros Vs. Perú*, Serie C No. 52, párr. 130. En el mismo sentido ver: Sentencia de 29 de septiembre de 1999, Caso *Cesti Hurtado Vs. Perú*, Serie C No. 56.

<sup>109</sup> Sentencia de 18 de agosto de 2000, Caso *Cantoral Benavides Vs. Perú*, Serie C No. 69, párr. 114. Ver igualmente: Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Caso *Lori Berenson Mejía Vs. Perú*, Serie C No. 119, párr.145.

generalmente no tienen los administradores de justicia. Estos conocimientos son generalmente proveídos a través de la figura del peritaje técnico científico.

57. La experiencia de las jurisdicciones internacionales que han juzgado o están juzgando crímenes de guerra – como los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda, el Tribunal Especial para Sierra Leona y la Corte Penal Internacional – son un buen ejemplo de ello. Ninguno de estos cuenta entre sus jueces miembros provenientes de jurisdicciones penales militares ni con conocimientos especiales en derecho penal militar. Tampoco han tenido o tienen esta condición o conocimientos los fiscales que han actuado ante estas jurisdicciones internacionales. Unos y otros cuentan, eso sí, con amplios conocimientos en Derecho Internacional Humanitario y de Derecho internacional de Derechos Humanos. Cuando se requieren conocimientos especializado en asuntos técnicos y operacionales militares, fiscales y jueces de las jurisdicciones internacionales han recurrido a los peritajes.

58. En varios países represión de los crímenes de guerra y de las graves infracciones a los Convenios de Ginebra y demás normas del Derecho Internacional Humanitario, independientemente la condición de militar del sujeto activo de la conducta ilícita, está a cargo de la jurisdicción penal ordinaria y no de tribunales militares. Así, por ejemplo, Austria<sup>110</sup>, Bélgica, Dinamarca, Noruega<sup>111</sup> y Suecia, la represión de las graves infracciones a los Convenios de Ginebra se hace por medio de la aplicación del Código Penal ordinario por tribunales penales de la Jurisdicción Ordinaria. En la región, varios países han desarrollado, ya sea vía normativa o vía jurisprudencial, un marco jurídico que radica en cabeza de la Jurisdicción Ordinaria el conocimiento de los crímenes de guerra y de las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario. En Costa Rica<sup>112</sup>, El Salvador<sup>113</sup>, Guatemala<sup>114</sup>, Nicaragua<sup>115</sup>, Panamá<sup>116</sup> Paraguay<sup>117</sup> los crímenes de guerra – al menos aquellos cometidos contra civiles o combatientes puestos fuera de combate - están tipificados en la legislación penal ordinaria. En Uruguay, la Ley N° 18.026 de 25 de septiembre 2006, que tipificó el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y otros delitos bajo el derecho internacional<sup>118</sup>, prescribe a su artículo 11 que “los crímenes y delitos tipificados en la presente ley no podrán considerarse como cometidos en el ejercicio de funciones militares, no serán considerados delitos militares y quedará excluida la jurisdicción militar para su juzgamiento”. En Argentina, con la adopción del nuevo Código de Justicia Militar en 2008<sup>119</sup> - que suprimió la jurisdicción penal militar en tiempos de paz - y las modificaciones incorporadas al Código Penal y al Código Procesal Penal de la Nación<sup>120</sup>, todos los delitos cometidos por militares – independientemente de la naturaleza del ilícito penal – son de competencia de la Jurisdicción Ordinaria. En tiempos de guerra, la nueva legislación argentina establece como principio que “[l]os delitos cometidos por militares en tiempo de guerra o en ocasión de otros conflictos armados serán investigados y juzgados según el régimen ordinario previsto para el tiempo de

<sup>110</sup> Artículo 84 de la Constitución Política y Código Penal (ordinario).

<sup>111</sup> Reforma de 1994 al Código de procedimiento penal de 1981.

<sup>112</sup> Artículo 378 del Código Penal.

<sup>113</sup> Artículo 362 del Código Penal.

<sup>114</sup> Artículo 378 del Código Penal.

<sup>115</sup> Artículos 489 y siguientes del Código Penal.

<sup>116</sup> Artículos 437 y siguientes del Código Penal.

<sup>117</sup> Artículo 320 del Código Penal.

<sup>118</sup> Como: el “homicidio político”, la tortura, la desaparición forzada, la “privación grave de la libertad” y la “agresión sexual contra persona privada de libertad”.

<sup>119</sup> Ley 26.394 de 26 de agosto de 2008.

<sup>120</sup> Anexo I de la Ley 26.394 de 26 de agosto de 2008.

paz, salvo cuando las dificultades provenientes de las condiciones de la guerra o de las operaciones iniciadas sean manifiestas e insuperables y la demora en el juzgamiento pudiere ocasionar perjuicios en la eficiencia operativa o en la capacidad de combate”<sup>121</sup>. De tal suerte que, aún en situaciones de guerra, la competencia radica en la Jurisdicción Ordinaria y los procedimientos se adelantan de conformidad con la legislación procesal ordinaria, y sólo en circunstancias excepcionales previstas por la ley, se podrán constituir Consejos de Guerra. Es importante destacar que esas circunstancias excepcionales hacen referencia a la imposibilidad material de administrar justicia por parte de la Jurisdicción Ordinaria. No huelga recordar que el Código Penal Militar de 2010 de Colombia excluye del ámbito de los tribunales militares y no considera como delitos de función aquellos ilícitos penales “que atenten contra el Derecho Internacional Humanitario”<sup>122</sup>.

59. Asimismo, altas cortes y tribunales de justicia en la región han proferido jurisprudencia excluyendo las infracciones al Derecho Internacional Humanitario del ámbito de competencia de los tribunales militares. Así, al analizar el alcance de la noción de “delito de función”, el Consejo Superior de la Judicatura de Colombia concluyó que la tortura, el homicidio, la desaparición forzada, y cualquier otro delito que implique un “atentado contra el Derecho Internacional Humanitario y aquellas conductas que son abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública, que por su sola comisión rompen el nexo funcional del agente con el servicio, en todos estos casos corresponderá a la justicia ordinaria aprehender la investigación y el juzgamiento de esta clase de conductas”<sup>123</sup> y no pueden ser considerados delitos de función o de servicio. Por su parte, la Honorable Corte Constitucional de Colombia ha considerado que “[l]as fuerzas militares tienen la obligación absoluta de impedir el desconocimiento del derecho internacional humanitario (restricción absoluta aun frente a los estados de excepción según lo dispone el artículo 214 de la Constitución) y los derechos que, conforme a los tratados internacionales ratificados por Colombia, no pueden ser suspendidos durante tales estados [...]. Permitir que ocurran, sea porque activamente intervienen en ellas o porque omiten el deber estatal de proteger a los asociados en sus derechos, constituye una flagrante violación a la posición de garante de las condiciones mínimas y básicas de la organización social y, por lo mismo, nunca podrán considerarse como un acto relacionado con el servicio”<sup>124</sup>.

60. El Tribunal Constitucional de Perú ha considerado que “la comunidad internacional reconoce la existencia de un núcleo inderogable de derechos, establecidos en normas imperativas del Derecho Internacional. Estas normas se derivan del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Penal Internacional”<sup>125</sup>. Al examinar el artículo 90 (1) del *Código de Justicia Militar Policial*<sup>126</sup> que tipificaba el delito como delito de función el homicidio de persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario y lo sometía al conocimiento de la jurisdicción penal militar, el

<sup>121</sup> Anexo II de la Ley 26.394 de 26 de agosto de 2008, *Modificaciones al código penal y al código procesal penal de la Nación*, Artículo 1 “Principio”.

<sup>122</sup> Artículo 3°.

<sup>123</sup> Consejo Superior de la Judicatura, Sala Disciplinaria, Sentencia de 12 de febrero de 2009, Radicación No. 110010102000200900097 01 – 1134C, pág. 53.

<sup>124</sup> Sentencia N° SU-1184-2001 (REF.: Expediente T-282730).

<sup>125</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia de 9 de diciembre de 2004, *Recurso Extraordinario - Gabriel Orlando Vera Navarrete*, Expediente N.° 2798-2004-HC/TC, párr. 6.

<sup>126</sup> Artículo 90, inciso 1: “El militar o policía que, con relación con un conflicto armado internacional o no internacional: 1. Mate a una persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario será reprimido con la pena privativa de libertad no menor de veinte años ni mayor de treinta años”.

Tribunal Constitucional destacó que “como se aprecia, en la referida norma penal no se presentan todos los requisitos que identifican a los delitos de función. Así, mediante esta norma penal se pretende sancionar la conducta del militar o policía (*en actividad*), que en un conflicto armado internacional o no internacional (*en acto de servicio o con ocasión de él*), MATE a una persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario, afectando el bien jurídico VIDA (*que no es un bien jurídico institucional de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional*)”<sup>127</sup>. Asimismo al examinar otros tipos penales<sup>128</sup>, varios de los cuales referidos a graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, el Tribunal consideró que estos delitos “por pretender afectar bienes jurídicos que no son propios ni particulares de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional, tales como la integridad física, psíquica o moral, la libertad sexual, libertad de tránsito, propiedad, tutela jurisdiccional efectiva, entre otros”<sup>129</sup> no pueden ser considerados delitos del ámbito de la jurisdicción militar. Así el Tribunal Constitucional concluyó que estas normas, tipificando estos crímenes como delitos de función, eran inconstitucionales.

61. En conclusión, 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 derechos humanos, en contradicción con las prescripciones del Derecho internacional en la materia. La situación creada con el Acto Legislativo 01 de 25 de junio 2015, “*Por el cual se reforma el artículo 221 de la Constitución Política de Colombia*” es contraria a la obligación internacional de la República de Colombia 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.

---- o ----

<sup>127</sup>Tribunal Constitucional, Pleno Jurisdiccional, Sentencia de 15 de diciembre de 2006, *Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Decana del Colegio de Abogados de Lima contra determinadas normas del Decreto Legislativo N.º 961, Código de Justicia Militar Policial*, Expediente N° 00012-2006-PI/TC, párr.74.

<sup>128</sup> Se trataba de los delitos tipificados en el incisos 2 a 9 del artículo 90° y los artículos 91°, 92°, 93°, 95°, 96°, 97°, 98°, 99°, 100°, 101°, 102° y 103° del Código de Justicia Militar Policial.

<sup>129</sup>Tribunal Constitucional, Pleno Jurisdiccional, Sentencia de 15 de diciembre de 2006, *Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Decana del Colegio de Abogados de Lima contra determinadas normas del Decreto Legislativo N.º 961, Código de Justicia Militar Policial*, Expediente N° 00012-2006-PI/TC, párr. 75.