



Bogotá, 26 de agosto de 2015

Honorables Magistradas y Magistrados

Corte Constitucional de Colombia

Sala Plena

E. S. D.

Referencia: Intervención dentro de la acción pública de inconstitucionalidad contra el inciso 2° del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2015 "Por el cual se reforma el artículo 221 de la Constitución Política de Colombia". (Expediente D-10903)

Magistrada Ponente (E): Myriam Ávila Roldán

Respetados Magistrados y Magistradas:

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, identificado con la cédula de ciudadanía no. 6.000.512 de San Antonio (Tolima), en mi calidad de Fiscal General de la Nación, de manera respetuosa me permito aportar el presente documento para el debate constitucional generado por la demanda de inconstitucionalidad presentada por la Comisión Colombiana de Juristas y otros, en contra del inciso 2° del Acto Legislativo 01 de 2015.

I. OBJETO DE LA DEMANDA Y SUS FUNDAMENTOS

A. Norma demandada

La Comisión Colombiana de Juristas (en adelante la CCJ o la Comisión), junto con otros demandantes, presentó acción pública de inconstitucionalidad contra



el inciso 2° del Acto Legislativo 01 de 2015 que reformó el artículo 221 de la Constitución Política, cuyo tenor literal es el siguiente (se subraya lo demandado):

“EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

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

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

En la investigación y juzgamiento de las conductas punibles de los miembros de la Fuerza Pública, en relación con un conflicto armado o un enfrentamiento que reúna las condiciones objetivas del Derecho Internacional Humanitario, se aplicarán las normas y principios de este. Los jueces y fiscales de la justicia ordinaria y de la Justicia Penal Militar o Policial que conozcan de las conductas de los miembros de la Fuerza Pública deberán tener formación y conocimiento adecuado del Derecho Internacional Humanitario.

La Justicia Penal Militar o policial será independiente del mando de la Fuerza Pública.” (Subrayado fuera del texto)

B. Normas constitucionales presuntamente infringidas y fundamentos de la violación

La norma demanda modificó los alcances y los límites del fuero penal militar. En efecto, el constituyente derivado estipuló que la justicia penal militar conocería los casos en los que se vieran involucrados miembros de la fuerza pública, si estos se enmarcaban dentro de los parámetros de un conflicto



armado, acorde con lo establecido por el Derecho Internacional Humanitario (DIH).

De acuerdo con los demandantes, el Congreso de la República desbordó su competencia para reformar la Constitución y sustituyó tres elementos definitorios de la misma, a saber:

a) La obligación del Estado colombiano de investigar las violaciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH)¹.

b) La Comisión y los otros demandantes argumentaron que la reforma sustituye la autonomía de los fiscales y los jueces para determinar cuáles son las normas jurídicas aplicables al caso concreto, con lo cual desaparece la autonomía de la Rama Judicial.

c) Por último, los accionantes señalaron que el inciso acusado reemplaza la Constitución al establecer un privilegio a favor de las fuerzas armadas, pues crea unas condiciones que solo pueden ser aplicables a ellos y no a los demás ciudadanos.

El primero de los cargos esbozados por los peticionarios consistió en sostener que la aplicación exclusiva del DIH en los casos de justicia penal militar, desconocía la obligación que en materia de DIDH tiene el Estado colombiano. De acuerdo con la tesis presentada ante la Corte, la justicia castrense tendría la obligación exclusiva de investigar y juzgar las infracciones al DIH, pero no las violaciones de DIDH, cuya protección es mucho más amplia que la proporcionada por el DIH. Por tanto, el Estado incumpliría su deber de investigar las violaciones de derechos humanos, con lo cual estaría abriendo la puerta a la impunidad.

En concordancia con el primer cargo está el segundo de ellos. De acuerdo con el escrito de la demanda, la circunscripción de la competencia del fuero penal militar a las infracciones del DIH tiene como resultado que a los funcionarios

¹ Los accionantes señalan que el fundamento normativo de esta obligación se encuentra en los artículos 1, 2, 12, 29, 93, 228 y 229 de la Constitución y en los artículos 1.1 y 25 de la Convención, artículos 2.1. y 2.3 del Pacto, artículos 17 y 53 del Estatuto de Roma, artículo 14 del tratado contra la desaparición forzada y artículos 2, 4, 6 y 12 de la Convención contra la tortura.



judiciales se les impone un marco de interpretación de los hechos objeto de la acción penal militar. Por ende, el constituyente derivado desconoce la independencia funcional de los poderes públicos al obligarlos a utilizar de forma exclusiva la normatividad del DIH. Esta disposición reemplaza la división de las ramas del poder público, con lo cual la constitución queda totalmente desvirtuada.

Derivado de los dos anteriores, se plantea el último cargo. Según este, el apartado censurado crea un privilegio para las fuerzas armadas en detrimento de los demás ciudadanos. Esto implica un desconocimiento del derecho fundamental a la igualdad por parte del Congreso de la República, pues sustrajo de la responsabilidad penal a los militares que hubieran cometido violaciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Esta prerrogativa, a juicio de los accionantes, crea un desequilibrio entre los miembros de la fuerza pública y los demás ciudadanos, ya que los últimos pueden ser imputados penalmente por vulnerar el DIDH, mientras que los militares no tienen que soportar esta carga, en la medida en que su responsabilidad penal está restringida a las infracciones del DIH.

Con base en estos argumentos solicitan a la Corte, como pretensión principal, que declare la inexecutable del inciso demandado del Acto Legislativo 01 de 2015, y que en caso de no ser atendida esta petición, el Tribunal Constitucional declare que los militares pueden ser declarados culpables en materia penal tanto por las infracciones al DIH como de las violaciones cometidas al DIDH.

C. Problema jurídico

Los argumentos planteados en la demanda sugieren el siguiente problema jurídico: ¿El Legislador sustituyó la Constitución al establecer que el fuero penal militar será aplicado a los miembros de la fuerza pública que cometan infracciones al DIH?

II. FUNDAMENTOS DE LA INTERVENCIÓN



Con el fin de dar respuesta al problema planteado, esta intervención se dividirá en dos partes. En la primera se reconstruirá la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la sustitución de la Constitución. Luego, en un segundo momento, se mostrará que la demanda no logra construir la premisa mayor del test de sustitución, y en consecuencia la Corte debería declarar la exequibilidad de la norma demandada.

A. La doctrina de la sustitución de la Constitución

La Corte Constitucional ha considerado que el Legislador tiene límites en su poder de reforma de la Constitución. En efecto, a través del procedimiento parlamentario no se pueden reemplazar elementos esenciales de la Carta Política. A este fenómeno la doctrina lo ha llamado “la mutación de la Constitución”,² el cual sucede a raíz de una reforma hecha por el Congreso de una manera tan radical, que el texto del Estatuto Superior pasa a ser totalmente diferente al que era cuando se aprobó el acto legislativo.

La mutación de la Constitución, o la sustitución, como lo ha llamado la jurisprudencia constitucional, tiene como consecuencia que este fenómeno pone en entredicho la supremacía constitucional y permite que esta sea tratada como una ley ordinaria. Debido a lo anterior, diversos tratadistas, y las mismas sentencias de la Corte Constitucional, han considerado que para que eso no ocurra, el constituyente derivado debe conservar los elementos definitorios de la Constitución Política.

La Constitución de 1991 introdujo en Colombia los postulados generales del Estado Constitucional de Derecho. Las consecuencias esenciales de esta declaración normativa son por lo menos las siguientes: i) aparece el concepto de democracia participativa, ii) proclama un vigoroso respeto por el principio del Estado de Derecho e incluye una fuerte delimitación funcional de los poderes públicos, adicionalmente iii) consagra un extenso catálogo de derechos fundamentales, junto con una significativa cantidad de acciones judiciales para

² Jellinek Georg, *Reforma y Mutación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 1991 Jellinek Georg.



proteger estos derechos de los abusos que pudieran cometer el Estado y los particulares.

Uno de los objetivos del constituyente para optar por una fuerte separación de poderes era dejar de lado lo que la doctrina ha denominado el “abuso del constitucionalismo”³. Este concepto es definido como la tendencia propia del sistema político a modificar según su acomodo el texto constitucional, sin importar las distorsiones que estas reformas puedan generar en el sistema de frenos y contrapesos de la Constitución o en las garantías de los derechos ciudadanos⁴.

Sin embargo, a pesar de lo ordenado por el constituyente, en muchas ocasiones se ha intentado cambiar el sistema de frenos y contrapesos de la Constitución, con lo cual puede llegar a afectarse de forma grave el principio del Estado de Derecho.⁵ Muchos países de América Latina han incurrido en este tipo de prácticas, y en muchas ocasiones se ha intentado debilitar el principio del Estado de Derecho a través de la reforma constitucional por la vía legislativa⁶.

Para prevenir este tipo de abusos, los teóricos del derecho constitucional acuñaron el concepto de sustitución de la Constitución por actos del legislador, el cual hace referencia a la posibilidad de controlar por vía judicial las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso de la República, con ocasión de vicios competenciales. Esta formulación busca responder el siguiente dilema

³ David Landau, “Abusive Constitutionalism”, University of California Davis Law Review No 47. Davis. University of California Davis, 2013, 189-260.

⁴ Sobre este asunto pueden verse varios artículos como los de: Jaramillo Pérez Juan Fernando. La Constitución de 1991: Un Análisis de sus aportes desde una perspectiva histórica. Revista Pensamiento Jurídico No 20. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Septiembre- Diciembre de 2007. Págs. 61-90. Castellanos Morales Ethel Nataly y Castillo Sánchez Camilo Ernesto. El Disfraz constitucional: el constitucionalismo relativo. Revista Papel Político. Bogotá: Universidad Javeriana. Enero-Junio de 2009. Págs. 13-38.

⁵ En el mundo contemporáneo hay varios ejemplos del uso del poder legislativo para cambiar la constitución. Por ejemplo el partido Fidesz, en Hungría, luego de ganar las elecciones en el año 2010 aprobó un conjunto de reformas constitucionales que debilitaron el sistema de pesos y contrapesos. La descripción se encuentra en: Arato Andrew, “Post-Sovereign Constitution-Making in Hungary: After Success, Partial Failure”, South African Journal of Human Rights, 26, 2010, p. 19-20; y Bankuti Miklos et al., “Hungary’s Illiberal Turn: Disabling the Constitution”, Journal of Democracy, 23, 2012. Págs 140-144.

⁶ Un panorama sobre los cambios constitucionales más relevantes en el continente puede verse en el texto de Rodrigo Uprimny, “The Recent Transformation of Constitutional Law in Latin America: Trends and Challenges”, Texas Law Review, 89, 2011. Págs. 1587-1598.

¿hasta dónde pueden los jueces controlar normas constitucionales que son inconstitucionales?⁷

En primer lugar es importante señalar que la tesis de la sustitución es posible gracias a la diferencia entre poder constituyente originario y poder constituyente constituido. El poder constituyente originario se ejerce por sí mismo, es decir, no necesita de ninguna autorización constitucional previa, al contrario, gracias al poder constituyente original aparece el nuevo Estado y se da una constitución.

El poder constituyente constituido, como su nombre lo indica, adquiere su entidad en virtud de la Constitución, pues esta le dio competencia a este poder para introducir reformas al texto constitucional. En virtud de lo anterior, el poder constituyente constituido solo puede ejercerse dentro del ámbito de una norma de competencia dada por la propia Constitución⁸.

La asunción de esta distinción conceptual permite postular que el poder constituyente constituido o derivado tiene unos límites de reforma, en la medida en que fue la Constitución quien le entregó esa facultad. Por tanto, sería un contrasentido que si el propio texto constitucional le otorga ese poder de reforma al poder constituyente constituido o derivado, este pueda cambiar de forma integral la Constitución o alguno de sus elementos esenciales, ya que el único competente para hacer ese cambio radical es el constituyente primario.

Georg Jellinek, en el escrito *Reforma y Mutación de la Constitución*, argumentó que las constituciones establecen límites al poder de reforma, pues si no lo hicieran, tendrían la misma jerarquía de las leyes ordinarias, lo cual termina por desdibujar el lugar que ocupa la Constitución dentro del ordenamiento jurídico. Jellinek consideró que:

⁷ La doctrina del control judicial de reformas constitucionales aprobadas por la rama legislativa del poder público puede verse en la doctrina alemana en los siguientes autores: Bachof Otto, ¿normas constitucionales inconstitucionales? Lima: Palestra Editores, 2008. Págs 92. Hesse Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo y Centro de Estudios Constitucionales, 2012. Págs 95-117. Böckenförde Ernest Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000. Pág. 181-197. Esta reflexión también ha sido desarrollado dentro del ámbito del derecho anglosajon al respecto pueden verse los textos de: Albert Richard, "Nonconstitutional Amendments". *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 22, 2009, p. 5-47. Roznai Yaniv, "Unconstitutional Constitutional Amendments - The Migration and Success of a Constitutional Idea". *American Journal of Comparative Law*. 61. 2013, p. 657-719.

⁸ Roger Bonnard, "Les actes constitutionnels de 1940", *Revue du droit public*, 1942. Páginas. 48-90. El autor que más defiende esta distinción conceptual es Carl Schmitt en su clásico texto *Teoría de la Constitución*. Al respecto ver: Schmitt Carl, *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 2011. Págs. 496.



“Las leyes constitucionales suelen rodearse de garantías específicas para asegurar su inquebrantabilidad. Se han imaginado modos variadísimos para protegerlas contra modificaciones precipitadas. Solamente donde se dan semejantes formas puede hablarse propiamente de leyes constitucionales en sentido jurídico. Cuando faltan tales garantías esas leyes no se distinguen en nada, según el Derecho Constitucional de las otras”⁹.

En consecuencia, si el legislador consagró una serie de normas constitucionales que le permiten a uno de los poderes concentrar más de este en desmedro de los demás, puede decirse que el constituyente derivado rebasó los límites de reforma estipulados por la Constitución, y en consecuencia, la reforma constitucional debería ser declarada inconstitucional.

1. La doctrina de la sustitución de la Constitución de la Corte Constitucional colombiana

En la parte inicial de este escrito se afirmó que la Constitución de 1991 optó por un modelo que tenía como base el control de cada uno de los poderes por parte de alguno de los otros. Por este motivo, la Corte Constitucional tiene la potestad de decidir las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos de reforma a la Carta, “sólo por vicios de procedimiento en su formación” (art 241-1 CP). Esto significa que se encuentran excluidos del control judicial de constitucionalidad los vicios materiales o de fondo que puedan sobrevenir en determinado acto legislativo, pues el constituyente le entregó al legislador el poder reformativo de la Carta, sin más límites que los impuestos por el procedimiento democrático.

El proceso de reforma constitucional salvaguarda diferentes principios democráticos, como lo son una deliberación suficiente, la unidad de materia y el respeto por las minorías, entre otros. Precisamente, un presupuesto para que se materialicen estos principios es la competencia, ya que el trámite solo puede

⁹ Jellinek Georg. Reforma y Mutación de la Constitución. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 1991. Pág. 15.



adelantarse por quien tenga la facultad constitucional para ello. Es en este punto donde entran a jugar un papel importante los conceptos de sustitución de la Constitución y de los límites al poder reformativo.

a. Precedentes jurisprudenciales sobre sustitución de la Constitución

La Sentencia C-551 de 2003 empleó por primera vez el concepto de sustitución de la Constitución. En ese pronunciamiento, la Corte Constitucional consideró que el poder reformativo de la Carta asignado al legislador tiene límites, y que su ejercicio se enmarca dentro de los mandatos esenciales de la Constitución. Socavar dichos principios esenciales significa sustituir la Carta y, por tanto, rebasar el poder de reforma que el constituyente le entregó al Congreso de la República.

Con base en esta decisión, la Corte, construyó una dogmática en la que estableció el siguiente criterio interpretativo: si en un momento determinado el legislador, reemplaza la fórmula política, el eje definitorio (El Estado de Derecho y la separación de poderes) y el modelo axiológico de la Constitución, entonces el poder legislativo se excedió en sus competencias y esa reforma puede ser declarada inexecutable.

b. El juicio de sustitución

¿De qué forma puede establecerse si el legislador, con el pretexto de utilizar el poder de reforma, sustituye la Constitución? La Corte ha señalado que para identificar alguna de estas situaciones debe adelantarse un juicio de sustitución, que, en síntesis, es un examen basado en la construcción y confrontación de dos premisas, que arrojará la conclusión sobre si se presentó o no tal reemplazo:

(i) La premisa mayor es el elemento esencial y definitorio de la Carta que se considera reemplazado, (ii) la premisa menor, el contenido y alcance de la reforma constitucional acusada frente al elemento esencial y definitorio de la Constitución referido en la premisa mayor. Y, finalmente, (iii) la conclusión es



el resultado de confrontar si la premisa menor significa o no el reemplazo y la desnaturalización de la premisa mayor.

La Corte ha sido enfática en señalar que el juicio de sustitución no tiene por objeto constatar una contradicción entre normas (juicio de contenido material), ni verificar una contradicción entre principios (juicio de intangibilidad), sino que busca determinar si ocurrió la sustitución de un elemento esencial que define a la Constitución como tal.

En este sentido, para identificar el elemento esencial de la Constitución, la Corte realiza una lectura transversal, integral y sistemática del texto normativo con el objeto de determinar si dicho elemento es, en efecto, estructural, para lo cual será necesario:

(i) Enunciar con suma claridad cuál es dicho elemento; (ii) señalar a partir de múltiples referentes normativos cuáles son sus especificidades en la Carta de 1991; (iii) mostrar por qué es esencial y definitorio de la identidad de la Constitución integralmente considerada; (iv) verificar si ese elemento esencial y definitorio es irreductible a un solo artículo de la Constitución, - para así evitar que éste sea transformado por la propia Corte en cláusula pétrea a partir de la cual efectúe un juicio de contradicción material -; y si (v) la enunciación analítica de dicho elemento esencial definitorio no equivale a fijar límites materiales intocables por el poder de reforma, para así evitar que el juicio derive en un control de violación de algo supuestamente intangible, lo cual excedería las competencias del juez constitucional. Una vez cumplida esta carga argumentativa por la Corte, ella procede a determinar si dicho elemento esencial definitorio ha sido (vi) reemplazado por otro -no simplemente modificado, afectado, vulnerado o contrariado- y (vii) si el nuevo elemento esencial definitorio es opuesto o integralmente diferente, al punto que resulte incompatible con los elementos definitorios de la identidad de la Constitución¹⁰.

Así, de acuerdo con la jurisprudencia, el reemplazo de un elemento definitorio por otro opuesto o integralmente diferente, vuelve imposible la armonización

¹⁰ Las bases de esta metodología han sido sentadas por la Corte Constitucional en las Sentencias C-970 de 2004, C-971 de 2004 y C-1040 de 2005, empleada para este tipo de juicios en diversas providencias, entre otras, la C-170 de 2012.



de la pretendida reforma con el resto de normas constitucionales y constituye un vicio en el procedimiento de reforma que impone la declaratoria de inconstitucionalidad del acto reformativo.

Así mismo, dicha Corporación avanzó en la fijación de criterios y reglas en materia de sustitución de la Constitución, al proponer el denominado test de efectividad, con el objeto de verificar: i) si las normas constitucionales son las mismas antes y después de la reforma; ii) que el cambio no dio lugar al establecimiento de normas ad-hoc o particulares; iii) que por medio de la reforma no se hayan sustituido tácitamente principios estructurales de la Carta Política¹¹.

c. Casos en los que la Corte ha declarado una sustitución de la Constitución

En pocas ocasiones la Corte Constitucional ha declarado la inexequibilidad de disposiciones contenidas en actos legislativos, por considerar que las mismas implican una sustitución de la Constitución, ya que, de acuerdo a lo señalado con anterioridad, se observa que se trata de un juicio muy exigente. A pesar de ello, el Tribunal Constitucional en ciertos casos ha considerado que el legislador se ha excedido en su poder de reforma de la Carta Política, y dictaminó que esas decisiones políticas reemplazaron alguno de los elementos esenciales y definitorios de la Constitución.

En la Sentencia C-1040 de 2005, la Corte declaró inconstitucional la competencia pro tempore que se le había dado al Consejo de Estado para que expidiera una ley estatutaria si el Congreso no lo hacía en el tiempo estipulado por el Acto Legislativo 02 de 2004. Según el razonamiento del juez constitucional, esa era una norma que cambiaba principios fundamentales de la Constitución de 1991, como el de la democracia participativa, la elaboración de las leyes por parte de los representantes del pueblo y la posibilidad de hacer control político al trámite legislativo.

¹¹ Ver Sentencia C-588 de 2009.



Al respecto, la Corte dijo lo siguiente:

“En efecto, la norma crea un poder legislativo transitorio carente de controles efectivos que lo sujeten a la Constitución. Con esta norma se reemplaza temporalmente al Congreso de la República y, además, se elude o torna inocuo el control constitucional que debe ejercer la Corte Constitucional sobre las normas estatutarias que regulen los derechos políticos de los ciudadanos, la financiación de las campañas, la participación en política de los funcionarios públicos, la igualdad en la contienda electoral, entre otros asuntos. Dicho poder legislativo fue atribuido a un órgano de la rama judicial, que no es elegido por el pueblo de manera directa o indirecta, que no es representativo de la sociedad y que habrá de expedir las normas legales sin participación de los ciudadanos obligados y afectados, sin sujetarse a un procedimiento legislativo predefinido y público, y sin control parlamentario, ni judicial de constitucionalidad, que actúen de manera oportuna antes de las elecciones de 2006”¹².

Un caso muy relevante es el de la Sentencia C-588 de 2009. En esta decisión los jueces constitucionales encontraron que el Acto Legislativo 01 de 2008, “Por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política”, era inexecutable, porque vulneraba el principio constitucional de la igualdad. En esta norma se incluyó un párrafo por medio del cual se nombraba en propiedad a los servidores públicos que estaban en provisionalidad. La Corte consideró que esta disposición vulneraba el principio de la igualdad, porque con esta se daba un trato preferencial a los funcionarios públicos que ya estaban en la carrera administrativa, en desmedro del resto de ciudadanos que también tienen derecho a postularse a ocupar cargos en la administración pública.

La Corte sustentó su tesis de la sustitución de la Constitución con base en la vocación de permanencia del texto constitucional. Al respecto la jurisprudencia estipuló que:

¹² Sentencia C-1040 de 2005 Magistrados Ponentes: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.



“Aún cuando la misma Constitución prevea su reforma, de alguna manera vela por evitar que los episodios conducentes a su modificación sean frecuentes y, por ese motivo, delimita la competencia del órgano encargado de la reforma a que, precisamente, la reforme sin sustituirla y, adicionalmente, rodea el trámite de los cambios de severas exigencias que no sólo garantizan su rigidez, sino que también reafirman su pretensión de permanencia e integridad.

Con todo, la reforma constitucional, cuando se produce, tiene el efecto de contribuir a asegurar la permanencia de la Constitución, pues es posible que el fracaso de los intentos de revisión conduzca a que la Constitución sea desbordada por las circunstancias y desaparezca, junto con el poder constituyente primario que le dio origen”¹³.

Otro caso es el de la Sentencia C-141 de 2010¹⁴, donde la Corte declaró la inconstitucionalidad de la ley por medio de la cual se convocó a un referendo para aprobar la posibilidad de una segunda reelección¹⁵ para el Presidente de la República. La decisión de la Corte Constitucional se fundamentó en que esa reforma desconocía por completo los sistemas de pesos y contrapesos y de controles interorgánicos ideados por el constituyente, razón por la cual se configuraba una sustitución de la Constitución.

De igual manera, en la Sentencia C-249 de 2012¹⁶, la Corte, después de aplicar el test de sustitución, decidió declarar inexecutable el Acto Legislativo 04 de 2011, por cuanto “comprobó que el principio estructural de carrera administrativa se ve sustituido temporal y parcialmente por otro integralmente diferente, ya que se establecen elementos adicionales de valoración de los concursos como la permanencia o los estudios de postgrado”¹⁷. Y agregó que lo anterior “va en contra del test de efectividad de las reformas constitucionales, ya que están estableciendo normas constitucionales *ad-hoc* o de carácter particular que benefician a un grupo especial de personas [...]”¹⁸.

¹³ Corte Constitucional, Sentencia C-588 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-141 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁵ Ley 1354 de 2009 “Por medio de la cual se convoca a un referendo constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional”.

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-249 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-249 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-249 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.



La exposición anterior muestra que el test de sustitución es una herramienta que la Corte ha diseñado para determinar si un Acto Legislativo sustituye la Constitución. En suma, según la jurisprudencia constitucional, el poder de reforma de la Constitución debe ejercerse dentro de los cauces establecidos por la propia Carta Política y no por fuera de los límites que ella misma impone.

B. Los demandantes no logran demostrar que hubo un reemplazo por parte del Legislador de alguno de los elementos esenciales de la Constitución

Tal y como se expuso en el acápite anterior, uno de los pasos necesarios para que el test de sustitución pueda ser efectivo, es que los peticionarios demuestren en la premisa mayor que el Acto Legislativo expedido por el Congreso reemplazó alguno de los elementos esenciales de la Constitución. Por ende, si los demandantes no consiguen señalar de una forma clara y suficiente este elemento, entonces el test no está construido correctamente, pues de la premisa mayor y la premisa menor debe inferirse la conclusión¹⁹.

A continuación se intentará mostrar que la acusación, según la cual el Legislador suplantó elementos esenciales de la Constitución, es infundada y, por tanto, las premisas mayores que los demandantes señalan no pueden configurarse como la base del juicio de sustitución. La consecuencia de esta insuficiencia en la argumentación de los cargos de los demandantes, conducen a la inocuidad del test, debido a que no puede hacerse la deducción de la conclusión con base en dichas premisas.

1. El Acto Legislativo 01 de 2015 no desconoce la obligación estatal de investigar y juzgar las violaciones a los DDHH y las infracciones al DIH

Los accionantes consideran que la reforma introducida al artículo 221 de la Constitución Política sustituyó una de las bases esenciales de la Constitución, a

¹⁹ Sobre la forma correcta en que debe construirse un silogismo ver: Aristóteles. *Organón: Categorías y tópicos sobre las refutaciones sofísticas*. Madrid: Gredos. 2001. Pág. 390.



saber, la obligación que tiene el Estado de investigar las violaciones a los derechos humanos y las infracciones al DIH. Sin embargo, esta interpretación que hacen los peticionarios no es la más adecuada.

En efecto, de acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2015 la justicia penal militar tendrá competencia cuando en medio de un conflicto armado se den los elementos objetivos que configuran el mismo. De esta proposición pueden extraerse al menos dos conclusiones. Por un lado, que aquellas conductas que no cumplen con los requisitos mínimos establecidos por el DIH para considerarse una situación de combate son conocidas por la jurisdicción ordinaria, y en consecuencia, el Legislador al aprobar el Acto Legislativo 01 de 2015 no desconoció ese elemento definitorio de la Constitución. La otra consideración que puede hacerse del aparte demandado, es que este establece de forma clara el ámbito de aplicación de la justicia penal militar, lo cual no implica que dentro de un juicio castrense pueda desconocerse el derecho internacional de los derechos humanos.

Si se toma partido por la primera opción, entonces es evidente que el Legislador no desconoció este valor fundamental de la Constitución, pues prescribió de forma clara que las conductas de los miembros activos de la fuerza pública que no se encuadren dentro de las conductas prohibidas por el DIH deberán ser investigadas y sancionadas penalmente por la jurisdicción ordinaria pues ese acto no tiene ninguna relación con el servicio. Por esta vía, el resultado al que se llega es que el reproche de los demandantes carece de fundamento, en la medida en que no existe ninguna sustitución de un elemento esencial de la Constitución.

La segunda interpretación también permite mostrar que el constituyente derivado no sustituyó este pilar esencial de la Constitución, en la medida en que gracias a la complementariedad que existe entre el DIDH y el DIH, los tribunales castrenses pueden aplicar criterios provenientes del derecho internacional de los derechos humanos. A este respecto, tanto la experiencia internacional, como la jurisprudencia constitucional han demostrado que estos no son excluyentes, y gracias a su complementariedad, es posible imputar responsabilidad penal a miembros de la fuerza pública que hayan cometido una conducta ilícita por fuera del DIH. A continuación se desarrollará este punto.

a. El Derecho internacional humanitario (DIH) es el derecho especial (*lex specialis*) aplicable en los conflictos armados y la guerra

Históricamente no se han podido evitar las guerras y las confrontaciones armadas. Por esta razón fue necesario limitar sus efectos mediante el establecimiento de normas mínimas de comportamiento²⁰ para reducir la utilización innecesaria de la violencia entre y contra las personas y los bienes²¹. En este sentido, el DIH se concibió como un herramienta que rige la conducción de las hostilidades para reducir el sufrimiento humano durante la guerra a su mínima expresión posible y como mecanismo de protección de los individuos –tanto de los que participan en las hostilidades como los que no– en los casos de conflictos armados²².

Desde sus inicios la Corte Constitucional estableció la importancia de la aplicación del DIH durante los conflictos armados con el fin de evitar sufrimientos innecesarios a los combatientes y de proteger a las posibles víctimas y bienes que podían ser atacados:

“(...) el derecho internacional humanitario contiene normas que limitan el derecho de las partes en conflicto a elegir libremente los medios y métodos utilizados en combate, así como disposiciones encaminadas a proteger a las víctimas y a los bienes susceptibles de verse afectados por un conflicto armado”²³.

b. El Derecho Internacional Humanitario como un marco donde se utilizan los criterios de DIDH para juzgar a los responsables de infracciones al DIH

La relación entre el DIDH y el DIH es complementaria y no excluyente. El DIDH aplica en todo momento, ya sea paz o conflicto armado; pero el DIH

²⁰ Las normas del derecho internacional humanitario están comprendidas en los cuatro Convenios de Ginebra, los dos protocolos adicionales de 1977, los Convenios de la Haya de 1899 y 1907 y el derecho internacional consuetudinario de los conflictos armados.

²¹ Corte Constitucional, Sentencia C-574 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

²² Corte Constitucional, Sentencia C-156 de 1999, M.P. Martha Victoria Sánchez Méndez.

²³ Corte Constitucional, Sentencia C-574 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón



juega un rol especial cuando se está ante una situación de conflicto armado. Así lo ratificó la Corte Constitucional cuando se pronunció sobre la constitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2012 -Marco Jurídico para la Paz- al sostener que:

“El Derecho Internacional de los Derechos Humanos aplica en todo momento según las obligaciones internacionales a las cuales el Estado se ha sometido, sin embargo cuando se está ante un conflicto armado interno, ya no es sólo aplicable este ordenamiento jurídico, sino que también, entran aplicarse las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario convencionales –como los cuatro Convenios de Ginebra, y concretamente, el Protocolo II de estos Convenios–. En este punto se inicia una relación entre ambos ordenamientos internacionales, que no debe ser conflictiva, sino que debe ser armónica con miras a proteger los derechos de manera más eficiente y acorde con las circunstancias. Incluso, ambos ordenamientos internacionales comparten una finalidad, y es la de proteger la vida y la integridad física de los seres humanos, por eso tienen normas similares sobre la protección a la vida y la prohibición de la tortura, tratos crueles e inhumanos, estipulan derechos fundamentales de las personas contra las cuales se inicia un proceso penal, prohíben la discriminación y disponen normas sobre la protección de mujeres y niños”²⁴. (Subrayado fuera del texto)

Esta relación de complementariedad se evidencia en el hecho de que a pesar de que el DIDH no se desarrolló originalmente para regular los conflictos armados, las cortes de derechos humanos, tienen en cuenta y aplican las normas de derecho internacional humanitario²⁵.

De igual manera, existe un amplio consenso en cuanto a que algunas normas fundamentales de derechos humanos, tales como las normas que protegen a los

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt

²⁵ Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Masacre de Santo Domingo v. Colombia. 20 de noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones); Caso las Palmeras v. Colombia; Macare de Mapiripan v. Colombia. 15 de Septiembre de 2005 (Fondo).



civiles de deprivaciones arbitrarias de la vida, libertad y propiedad en manos de agentes del estado aplican en tiempos de paz y conflicto armado²⁶.

Por ejemplo, mientras que el artículo 3 común prohíbe “las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados” este no indica qué procedimiento satisface dicha obligación. En estas ocasiones, puede ser útil remitirse a tratados de derechos humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como una fuente de analogía. Así mismo, a pesar de que los Tribunales Penales Internacionales y Corte Penal Internacional no tienen competencia para juzgar violaciones al derecho internacional de los derechos humanos, sí la tienen para juzgar crímenes de lesa humanidad, que en estricto sentido son graves violaciones a los derechos humanos²⁷.

c. Los Tribunales Internacionales plantean que el DIDH es la fuente de donde emana la protección a los civiles durante el conflicto

La anterior ha sido la visión de los Tribunales Penales Internacionales, la Corte Internacional de Justicia, la Corte Penal Internacional, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) quienes consideran que el derecho internacional de los derechos humanos es la fuente para muchas de las protecciones dadas a los civiles durante los conflictos²⁸.

Los Tribunales Penales Internacionales se crearon para juzgar graves infracciones al DIH. Así, por ejemplo, el Tribunal Penal para la ex Yugoslavia fue establecido por resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, con el fin de “[j]uzgar los presuntos responsables de graves violaciones al derecho internacional humanitario cometidas a partir de 1991 en el territorio de ex Yugoslavia”²⁹. De la misma manera, el Tribunal Penal para Ruanda fue establecido para “enjuiciar a los presuntos responsables de graves violaciones

²⁶ Corn S. Geoffrey [et al.]. “The Law of Armed Conflicts” An Operational Approach”. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2012. P.105-106

²⁷ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Introducción al Derecho Internacional de los Derechos Humanos P. 39 Disponible en: <http://www.hchr.org.co/publicaciones/libros/ODonell%20parte1.pdf>

²⁸ Alston, Philip [et al.]. International Human Rights in Context. Oxford. P 70

²⁹ Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, resolución 827 de 1993



de derecho internacional humanitario cometidos en el territorio de Ruanda”³⁰. Por su parte, la competencia la Corte Penal Internacional se limita a los crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de agresión.

Sin embargo, en sus sentencias los Tribunales Penales Internacionales han usado el DIDH como criterio interpretativo de algunas previsiones del DIH. Este fue el caso del Tribunal para la Ex Yugoslavia cuando evaluaba si tenía la autoridad para decidir sobre la legalidad de su creación. La Cámara de Apelaciones decidió que sí la tenía. Al hacer esto, la Cámara se enfrentó a un cuestionamiento de DIDH, pues se sugirió que el Tribunal no había sido “establecido por la ley” como lo exigían los estándares internacionales de derechos humanos. La Sala de Apelaciones consideró que aunque los tratados de derechos humanos no eran directamente aplicables al Tribunal, el requisito de que un tribunal fuera “establecido por la ley” era un principio general del derecho y por tanto, vinculante para el Tribunal.³¹ (Subrayado fuera del texto).

Siguiendo esta misma línea de ideas, el artículo 21.3 del Estatuto de la Corte Penal Internacional estipula, sobre el sistema de fuentes que:

“La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, la edad, la raza, el color, el idioma, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición”.

Por su parte la Corte Internacional de Justicia planteó la complementariedad del DIDH y el DIH en su Opinión Consultiva sobre la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, cuando señaló que:

³⁰ Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, resolución de 1994

³¹ Robert Cryer et al; An Introduction to International Criminal Law and Procedure. Second Edition. Cambridge. 2010 P. 128; ICTY Prosecutor v. Tadic A.Ch 2.10.1995 Para 42-45.



“En cuanto a la relación entre el derecho internacional humanitario y el derecho de los derechos humanos, pueden presentarse tres situaciones: algunos derechos pueden estar contemplados exclusivamente en el derecho internacional humanitario, otros pueden estar contemplados exclusivamente en el derecho de los derechos humanos, y otros pueden estar contemplados en ambas ramas del derecho internacional. Para responder a la cuestión que se le ha planteado, la Corte tendría que tomar en consideración ambas ramas del derecho internacional, es decir, el derecho de los derechos humanos y, como *lex specialis*, el derecho internacional humanitario”³².

La relación entre el DIDH y el DIH también ha sido reseñada por la Corte Constitucional colombiana en repetidas ocasiones:

“(...) el derecho internacional humanitario constituye la aplicación esencial, mínima e inderogable de los principios consagrados en los textos jurídicos sobre derechos humanos en las situaciones extremas de los conflictos armados. De ahí su carácter de legislación civilizadora y humanizadora, aplicable en los conflictos armados tanto nacionales como internacionales (...)”³³ (subrayado fuera del texto).

“Esta interacción, en el seno del principio humanitario, del Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos más esenciales, confirma que estos dos ordenamientos jurídicos se complementan mutuamente en tiempos de confrontación armada, y que ambos comparten el objetivo cardinal de proteger los derechos básicos y la dignidad de la persona, en tiempos de guerra y de paz, limitando el poder de los Estados y de las organizaciones para salvaguardar un núcleo básico de garantías fundamentales de las que son titulares todas las personas, sin discriminación”³⁴.

De lo señalado anteriormente se puede llegar a diversas conclusiones: (i) el DIDH aplica en tiempos de paz y de conflicto armado (ii) el DIH aplica como *lex specialis* cuando exista un conflicto armado (iii) el DIDH y el DIH son

³² Corte Internacional de Justicia. Opinión Consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en territorio palestino ocupado. 9 de junio de 2009.

³³ Corte Constitucional, Sentencia C-574 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

³⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-291 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda



complementarios y diferentes tribunales -especialmente los penales internacionales- han usado el DIDH para interpretar normas de DIH (iv) el hecho de que el Acto Legislativo 01 de 2015 haya señalado que la ley aplicable será el derecho internacional humanitario en relación con un conflicto armado, no significa que los operadores judiciales no puedan aplicar el DIDH como criterio de interpretación de normas de DIH y que las normas de DIH tengan que ser aplicadas de manera excluyente.

d. El Fuero Penal Militar en Colombia como un modelo intermedio que conjuga el respeto por el DIH sin excluir las consideraciones de DIDH

Colombia ha adoptado un sistema intermedio³⁵ de fuero militar que: i) consagra tipos de delitos sobre los que nunca las cortes marciales pueden adquirir competencia para su investigación y juzgamiento³⁶; ii) aplica a los miembros de la fuerza pública el contenido del Código Penal ordinario y estos, en consecuencia, pueden ser juzgados de conformidad con el Código de Procedimiento Penal ordinario; y iii) establece una instancia de cierre en la Corte Suprema de Justicia que tiene competencia para juzgar a los altos oficiales de la fuerza pública y conocer las demandas de casación que se presenten contra las sentencias de segunda instancia proferidas por el Tribunal Superior Militar³⁷.

2. El Acto Legislativo 01 de 2015 no desconoce la separación de poderes ni la autonomía funcional de la justicia

Los peticionarios plantean que el Legislador desconoció la separación de poderes y la autonomía funcional de la administración de justicia, el cual es un

³⁵ Es importante mencionar que para Estados Unidos – a diferencia de otros países- considera que el DIH es fuente *exclusiva* de la regulación durante los conflictos armados. Para ellos el DIDH es inaplicable para regular las hostilidades fuera de su territorio. Sin embargo, “[l]as fuerzas estadounidenses enfatizan rutinariamente la simetría entre los derechos humanos fundamentales y las obligaciones derivadas del artículo 3 común y el artículo 75 del PA I”³⁵ Ver: Corn S. Geoffrey [et al.], “The Law of Armed Conflicts” An Operational Approach”. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2012. Pág.106.

³⁶ Artículo 3 de la ley 1407 de 2010. Código Penal Militar.

³⁷ Ministerio de Justicia y del Derecho. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado Colombiano. Informe Final de la Comisión Asesora de Política Criminal. Bogotá. 2012. Consideración 200.



pilar fundamental de la Constitución. De acuerdo con su tesis, el poder constituyente derivado rebasó sus límites para reformar la Carta Política, ya que ordenó a los fiscales y jueces militares que solo podrían tener en cuenta las infracciones al DIH al momento de juzgar a los miembros activos de la fuerza pública.

Este cargo es injustificado, pues de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, hay una sustitución del Estatuto Superior, por desconocimiento de la separación de poderes, cuando en virtud de la reforma adelantada por el Congreso hay una acumulación indebida de poder en alguna de las ramas del poder público en detrimento de las otras³⁸.

En el caso concreto este supuesto de hecho no se da, pues los accionantes no logran demostrar que alguna de las otras ramas del poder público usurpó las competencias de las otras. Además, si se asume la postura de los demandantes, podría afirmarse que cada vez que el poder legislativo establece una norma de competencia, entonces se configura una injerencia indebida del Congreso al restringir o delimitar el ámbito de aplicación de un determinado estatuto jurídico³⁹.

A diferencia de lo afirmado por los demandantes, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido clara en mostrar que los criterios de DIDH son importantes no solo para seleccionar los casos que puede conocer esta jurisdicción, sino para determinar el grado de responsabilidad de los miembros de la fuerza pública en esos temas. Por tanto, no existe la supuesta imposición del constituyente derivado que se alega en el escrito de la demanda.

a. Ámbito de aplicación del fuero penal militar según la jurisprudencia constitucional

³⁸ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-588 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

³⁹ Sobre la delimitación de las competencias es importante ver el texto: Hart, H.L.A. El Concepto de Derecho. Buenos Aires: Abeledo Perrot. 1992. Págs 332. El autor explica que si no existen normas de competencia, el sistema jurídico sería caótico, pues todos los jueces conocerían de todos los temas sin poder resolver de manera apropiada ningún asunto que se ponga en su consideración.



La Corte Constitucional ha desarrollado una amplia jurisprudencia sobre el fuero militar consagrado en el artículo 221 de la Constitución. Así, ha sostenido que la jurisdicción penal militar es una excepción constitucional a la regla del juez natural cuyo ámbito “debe ser interpretado de manera restrictiva”⁴⁰.

En esta misma línea de ideas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido a través de jurisprudencia constante⁴¹ la falta de competencia de la jurisdicción penal militar para juzgar violaciones de derechos humanos y el alcance restrictivo y excepcional que debe tener en los Estados que aún conservan la justicia penal militar:

“Esta Corte ha establecido que, en razón del bien jurídico lesionado, dicha jurisdicción no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos, y que en el fuero militar sólo se puede juzgar a militares activos por la

⁴⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-358 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴¹ Ver Caso Durand y Ugarte Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párrs. 116, 117, 125 y 126; Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párrs. 112 a 114; Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90, párrs. 51, 52 y 53; Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párrs. 165, 166, 167, 173 y 174; Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119, párrs. 141 a 145; Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 202; Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párrs. 139 y 143; Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas, párrs. 189 y 193; Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párrs. 53, 54 y 108; Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 142; Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia, párr. 200; Caso Escué Zapata Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165, párr. 105; Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de Julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 66; Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190, párrs. 118 a 120; Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, párrs. 108 a 110; Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párrs. 272 y 273; Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párr. 176; Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 160; Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, párrs. 197 a 199, y Caso Vélez Restrepo y Familiares Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C No. 248, párr. 240.



comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar⁴²,⁴³

Por su parte, para la Corte Constitucional la jurisdicción de la justicia penal militar encuentra su fundamento en dos elementos que se equilibran mutuamente: uno de carácter subjetivo y personal -miembro de la fuerza pública en servicio activo- y, otro, de índole funcional -relación del delito con un acto del servicio⁴⁴.

Uno de los mayores problemas para determinar la jurisdicción ha sido determinar qué significa 'relación con el servicio'. En la sentencia C-358 de 1997⁴⁵ la Corte Constitucional señaló "que un delito está relacionado con el servicio únicamente en la medida en que haya sido cometido en el marco del cumplimiento de la labor -es decir del servicio- que ha sido asignada por la Constitución y la ley a la Fuerza Pública", indicando que para la evaluación de este nexo se deben observar los siguientes criterios⁴⁶:

i). El vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio debe ser próximo y directo, y no puramente hipotético y abstracto.

En este caso, "el hecho punible debe surgir en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado, producto del desarrollo legítimo de los cometidos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional" Por el contrario, si desde el inicio el agente tiene propósitos criminales o si se presenta una relación meramente abstracta con los fines de la Fuerza Pública"⁴⁷ La Corte unos años después reiteró esta tesis y consideró: "no existe concretamente ninguna relación entre el delito y el

⁴² Asimismo, la Corte Interamericana en múltiples ocasiones ha indicado que "[c]uando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso", el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia. Ver, Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 128; Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, párr. 197, y Caso Vélez Restrepo y Familiares Vs. Colombia, párr. 240.

⁴³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Masacre de Santo Domingo v. Colombia. 20 de noviembre de (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones).

⁴⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-358 de 1997. Jurisprudencia reiterada en la sentencia C-1054/01.

⁴⁵ Reiterada entre otras en sentencias C-368/00, C-878/00, C-361/01 y T-806/00. De parte de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia: sentencias del 25 de mayo de 2006. Rad. 21923. M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón. Sentencia del 1 de julio de 2009. Rad. 27239. M.P. Jorge Luis Quintero Milánés. Sentencia del 23 de febrero de 2011. Rad. 3575. M.P. José Leónidas Bustos Ramírez.

⁴⁶ Los criterios a continuación expuestos fueron utilizados, entre otras, en las sentencias T-806/00 M.P. Alfredo Beltrán Sierra y SU-1184/01 M.P.

⁴⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-358 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.



servicio, ya que en ningún momento el agente estaba desarrollando actividades propias del mismo, puesto que sus comportamientos fueron ab initio criminales.”⁴⁸

ii). El vínculo entre el hecho delictivo y la actividad relacionada con el servicio se rompe cuando el delito adquiere una gravedad inusitada.

Si el caso debe ser atribuido a la justicia ordinaria cuando exista una “total contradicción” o “falta de conexidad” entre el delito y los cometidos constitucionales de la Fuerza Pública. A manera de ejemplo, la Corte explica que en el caso de los delitos de lesa humanidad: “el hecho es tan extraño a la función constitucional de la Fuerza Pública que no puede jamás tener relación con actos propios del servicio, por lo que la total falta de conexidad entre el delito y los cometidos constitucionales de la Fuerza Pública hace que una orden de cometer un hecho de esa naturaleza no merece ninguna obediencia”⁴⁹. En este sentido, la Corte señala es que existen conductas punibles que son tan abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública que su sola comisión rompe todo nexo funcional del agente con el servicio.

Es importante señalar que en este punto la Corte precisó que:

“Es obvio que nunca un acto del servicio puede ser delictivo, razón por la cual una conducta propia del servicio no amerita jamás castigo. Por ello la justicia castrense no conoce de la realización de “actos del servicio” sino de la comisión de delitos “en relación” con el servicio. Es decir, lo que esta Corporación afirma no es que los delitos de lesa humanidad no constituyen actos del servicio, pues es obvio que en un Estado de derecho jamás un delito - sea o no de lesa humanidad - representa una conducta legítima del agente. Lo que la Corte señala es que existen conductas punibles que son tan abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública que su sola comisión rompe todo nexo funcional del agente con el servicio.

⁴⁸Corte Constitucional. Sentencia C-878 de 2000 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

⁴⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-358 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.



iii). La relación con el servicio debe surgir claramente de las pruebas que obran dentro del proceso.

Teniendo en cuenta que: “la justicia penal militar constituye la excepción a la norma ordinaria, ella será competente solamente en los casos en los que aparezca nítidamente que la excepción al principio del juez natural general debe aplicarse”⁵⁰. Así, en caso de duda deberá asignarse el conocimiento de la conducta a la jurisdicción ordinaria “en razón de que no se pudo demostrar plenamente que se configuraba la excepción”⁵¹

Con posterioridad, la Corte Constitucional, a través de la Sentencia SU-1184 de 2001, adicionó a los criterios antes mencionados las pautas para valorar la relación con el servicio en los casos de omisión por parte de agentes de la fuerza pública. Al respecto dijo: “¿Cuándo una omisión de la fuerza pública puede ser considerada un acto fuera del servicio? La Respuesta es la siguiente: en los mismos casos en que una conducta activa no tiene relación con la misión que constitucionalmente le ha sido asignada a la fuerza pública”⁵².

Así, agrega la providencia, siempre y cuando el garante tenga dentro de su ámbito de competencia el deber concreto de evitar los resultados que vulneran los derechos fundamentales, no pueden quedar amparadas por el fuero militar las siguientes omisiones:

- a) Las que se producen en el contexto de una operación que *ab initio* buscaba fines contrarios a los valores, principios o derechos consagrados en la Carta.
- b) Las que surgen dentro de una operación iniciada legítimamente, pero en su desarrollo se presenta una desviación esencial del curso de la actividad.
- c) Las relacionadas con no impedir las graves violaciones a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario.

⁵⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-878 de 2000 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

⁵¹ Ibidem.

⁵² Corte Constitucional. Sentencia SU-1184/01. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.



Con el fin de llevar a cabo la valoración de la conducta para determinar la jurisdicción competente, y tratándose de omisiones, la Corte Constitucional señala:

“ i) Si la omisión equivale a la realización activa de una conducta que vulnera los derechos humanos y el miembro de la fuerza pública tiene una posición de garante respecto de los riesgos que debe controlar o los bienes jurídicos que debe proteger, se imputa entonces una violación de un derecho fundamental que no tiene ninguna relación con el servicio.

ii) Si la omisión no implica la imputación del resultado y significa solamente la violación a un deber funcional de actuar, la regla general es que se trata de un acto relacionado con el servicio. Es decir, los delitos de omisión impropia en los cuales el resultado es la violación grave de un derecho fundamental o del derecho internacional humanitario, siempre son actos ajenos al servicio, mientras que los delitos de omisión propia, **por regla general** pueden considerarse relacionados con la misión constitucional que le ha sido asignada a la fuerza pública. (Énfasis original)

iii) Verificada la posición de garante, el título de imputación corresponde a la violación grave de los derechos humanos, sin que ésta se modifique por la forma de intervención en el hecho punible (autoría o participación), el grado de realización de la conducta (tentativa o consumación) o la imputación subjetiva (dolo o imprudencia), pues en todos estos casos se toma parte en un mismo hecho.

iv) Las conductas omisivas tendientes a ocultar la comisión del delito ejecutado por otro y que no le es imputable al miembro de la fuerza pública, realizadas después de consumada la grave violación a los derechos humanos, son formas de encubrimiento que no están vinculadas



directamente con la función constitucional que le ha sido asignada a la fuerza pública.”⁵³

Así, concluye la Corporación, “no están amparadas por el fuero penal militar, aquellas omisiones que guardan una identidad estructural con una conducta activa que viole en forma grave un derecho fundamental, porque en estos casos el resultado producido le es imputable al garante”⁵⁴.

Otro aspecto de vital importancia que explora la Corte Constitucional en la Sentencia SU-1181 de 2001 es el relacionado con la apreciación probatoria que se debe llevar a cabo en sede de conflicto de competencias. Es menester resaltar que ya desde la Sentencia C-358 de 1997 la Corte Constitucional expresamente había señalado que la relación con el servicio debía surgir claramente de las pruebas que obran dentro del proceso. No obstante, en la Sentencia SU-1181 de 2001 el Tribunal reitera la posición haciendo varias claridades. En primer lugar, menciona que en el plano de la solución de un conflicto de competencias la autoridad respectiva no está facultada para determinar la responsabilidad penal del miembro de la fuerza pública. Sin embargo, se debe determinar **conforme a las pruebas existentes en el proceso** la relación directa entre la conducta del procesado y el servicio para determinar si está amparado por el fuero penal militar, reconociendo que, “con todo, en ciertas ocasiones resulta indispensable valorar aspectos propios de la responsabilidad penal como el título de imputación, a efectos de establecer ciertos elementos necesarios para determinar la autoridad competente. Este análisis, cabe señalar, supone revisar si fuera necesario y bajo los criterios indicados en esta sentencia, el material probatorio disponible”⁵⁵.

De esta manera, para determinar si los procesados vinculados por conductas omisivas, “en lo que a la posición de garante respecta, no es necesario entrar a definir en forma definitiva que se ostenta dicha calidad, sino que resulta suficiente que existan indicios sobre este punto”⁵⁶

No se debe olvidar que tanto la Corte Constitucional, como la Corte Suprema de Justicia han mencionado que el fuero militar y consecuentemente la justicia penal

⁵³ Corte Constitucional. Sentencia SU-1184/01. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ *Ibid*.

⁵⁶ *Ibid*.



militar, son una excepción a la regla general, según la cual la justicia penal ordinaria, integrada por la Fiscalía General de la Nación y los jueces individuales y colegiados, es la competente para investigar y sancionar a los infractores del régimen penal. Como excepción a la regla general, aquella sólo tendrá efectividad cuando no exista la más mínima duda en el sentido que debe ser ésta y no la jurisdicción ordinaria la que debe conocer de un asunto determinado⁵⁷. “Por ser excepcional, las normas que la regulan deben ser interpretadas con un criterio estricto lo que supone que no deben ser interpretadas en forma extensiva y no son tampoco susceptibles de aplicación por analogía.”⁵⁸

b. Criterios jurisprudenciales y legales de exclusión de conductas de la jurisdicción penal militar que demuestran que la reforma constitucional no implica impunidad para los miembros de la Fuerza Pública por violación del DIDH

En tiempos recientes han existido tres códigos penales militares en nuestro país, el Decreto 2550 de 1988, la Ley 522 de 1999 y la Ley 1407 de 2010. En el primero de estos cuerpos normativos no existía un listado de conductas expresamente excluidas del conocimiento de la justicia penal militar, de manera que bajo su vigencia, y una vez promulgada la Constitución de 1991 se debía acudir a los criterios del artículo 221 del texto fundamental y a su interpretación por parte de la Corte Constitucional para determinar la remisión de un caso a la jurisdicción ordinaria.

Como un desarrollo al segundo de los criterios explicados, referente al rompimiento del vínculo entre el hecho delictivo y el servicio cuando el delito adquiere una gravedad inusitada, el legislador expresamente incorporó un listado de conductas que en ningún caso pueden ser atribuidas a la jurisdicción penal militar. Sobre estas exclusiones, la Corte Constitucional ha mencionado que “especifican entonces los límites del criterio funcional derivados del *ius*

⁵⁷ Cf. Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 25 de mayo de 2006. Rad. 21923. M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón. Para llegar a esta conclusión, la Corte Suprema realiza un recuento de la jurisprudencia constitucional establecida a través de la sentencia C-358/97.

⁵⁸ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T -932 de 2002



cogens, más allá de los cuales no se puede extender el fuero militar sin violar la Constitución y el Derecho Internacional Humanitario”⁵⁹.

Así, el artículo 3 de la Ley 522 de 1999 expresamente estableció que “en ningún caso podrían considerarse como relacionados con el servicio la tortura, el genocidio y la desaparición forzada”⁶⁰. No obstante, esta disposición fue declarada condicionadamente exequible por la Corte Constitucional⁶¹ en el entendido de que los delitos en este enunciados, no eran los únicos hechos punibles que han de considerarse excluidos del conocimiento de la jurisdicción penal militar, pues todas aquellas conductas que sean “abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio,”⁶² han de entenderse excluidas del campo de competencia de esta jurisdicción especial.

Ahora bien, el mismo texto del artículo 3 antes referido, fue incluido en el proyecto de ley del que sería el nuevo Código Penal Militar, a lo cual se presentó una objeción presidencial que finalmente debió ser estudiada por la Corte Constitucional. En esta oportunidad, la Corporación⁶³ señaló que el texto presentado podría ser exequible si se consideraba que, además de los delitos de tortura, genocidio y desaparición forzada, también deben ser excluidos de la competencia de la jurisdicción penal militar “los delitos de lesa humanidad, los que signifiquen un atentado contra el Derecho Internacional Humanitario y las conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio, entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia”⁶⁴, nuevos supuestos finalmente incorporados al artículo 3 de la Ley 1407 de 2010.

De todo lo anterior se puede concluir que el Legislador, en el Acto Legislativo 01 de 2015, no hizo otra cosa que modificar el artículo 221 de la Constitución

⁵⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-368/00. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁶⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-675 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁶¹ Corte Constitucional. Sentencia C-878 de 2000. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ Corte Constitucional. Sentencia C-533 de 2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁶⁴ *Ibidem*.



Política para recoger los criterios esgrimidos por la Corte Constitucional y plasmarlos en una disposición que brinde mayor seguridad jurídica.

c. Casos concretos de aplicación de los criterios de la Corte Constitucional para definir el alcance y los límites del fuero penal militar

En diferentes oportunidades la Corte Constitucional se ha pronunciado mediante acción de tutela sobre el conflicto de competencias entre la justicia penal militar y la justicia ordinaria, para resolver si el juez ha incurrido en una vía de hecho⁶⁵.

Como ya hemos visto, la Corte ha establecido criterios estrictos para determinar cuándo un acto tiene relación con el servicio y, por lo tanto, debe ser juzgado por la justicia penal militar y cuando no. Así por ejemplo en el caso de la masacre de Santo Domingo la Corte señaló que los hechos:

“Por su naturaleza y sus características, en cuanto [los hechos] fueron cometidos en forma masiva y singularmente cruel contra pobladores civiles ajenos al conflicto armado que sufre el país y constituyen una violación muy grave de los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario, serían contrarios a las funciones que el Art. 218 de la Constitución Política asigna a las fuerzas militares, consistentes en la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional”⁶⁶.

En consecuencia, estableció que en esta ocasión “se configuraría un exceso cualitativo en el ejercicio de las funciones militares y se rompería el vínculo funcional directo (...) de suerte que sería forzoso adjudicar el conocimiento del proceso a la jurisdicción penal ordinaria”⁶⁷.

⁶⁵ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T 806 de 2000 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

⁶⁶ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T 932 de 2002 M.P. Jaime Araujo Rentería.

⁶⁷ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T 932 de 2002 M.P. Jaime Araujo Rentería.



Sin embargo, en otras ocasiones, a pesar de que hayan existido violaciones a los derechos humanos, la Corte ha valorado las pruebas, y ha decidido que la justicia competente es efectivamente la penal militar, cuando se comprueban los requisitos estipulados en el artículo 221 de la Constitución y la jurisprudencia de la Corte. Así ha establecido que:

“[R]esulta obvio concluir que la valoración jurídica hecha por el organismo judicial demandado en la providencia que se acusa tuvo en cuenta los elementos fácticos -de orden subjetivo y funcional- que la Constitución y la jurisprudencia califican como imprescindibles para que se justifique la asignación de competencia a la justicia penal militar: (i) **que los investigados y juzgados sean miembros de la fuerza pública en servicio activo** -hecho plenamente demostrado en el proceso-, y (ii) **que el delito por el que se les vincula al proceso tenga una relación directa y próxima con el servicio** -circunstancia que se logra establecer con criterio válido por parte del Consejo Superior de la Judicatura-.”⁶⁸

En esta oportunidad, teniendo en cuenta que se cumplían los requisitos, la Corte confirmó las decisiones de instancia ratificando la competencia de la justicia penal militar para conocer del caso.

De la misma forma, la Corte confirmó un fallo del Consejo Superior de la Judicatura que otorgaba la competencia a la justicia penal militar para conocer de un caso teniendo en cuenta que la Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal Superior Militar “no desconoció el material probatorio ni normativo, se fundó en los principios de autonomía e independencia judicial y en los preceptos legales y jurisprudenciales aplicables al caso en materia penal”⁶⁹ y que por lo tanto no era procedente una acción de tutela contra la providencia judicial. La Corte ha reconocido la competencia de la justicia penal militar cuando se cumplen los requisitos constitucionales y jurisprudenciales sobre el fuero a pesar de que hayan existido vulneraciones a derechos humanos.

⁶⁸ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T- 1001 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Hill.

⁶⁹ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T -1003 de 2012 M.P. Jorge Ivan Palacio.



3. El Acto Legislativo 01 de 2015 no establece una prerrogativa a favor de los militares

El último de los elementos definitorios de la Constitución que supuestamente sustituye el Acto Legislativo 01 de 2015 es el derecho fundamental a la igualdad. De acuerdo con los demandantes, la disposición normativa acusada crea un privilegio a favor de los militares, en la medida en que el ámbito de aplicación del fuero para los miembros activos de la fuerza pública es el DIH, y dejó de lado el derecho internacional de los derechos humanos.

Sin embargo, esta afirmación no tiene en consideración las características de las fuerzas armadas, pues debido al tipo de funciones que realizan es necesario que tengan un marco jurídico que les permita juzgar a sus miembros acorde con estas peculiaridades.

El estatuto jurídico propicio para hacerlo es el DIH, ya que busca proteger de manera integral a todos los participantes y no participantes en un conflicto bélico. Por tanto, le pone unos límites razonables al actuar de las fuerzas armadas, sin desnaturalizar su función, pero al mismo tiempo busca la protección de los civiles de los daños ocasionados por los conflictos bélicos. La Corte fue clara en resaltar este aspecto del DIH cuando dijo:

“[L]as disposiciones del derecho internacional humanitario que tratan sobre el manejo de las personas y las cosas vinculadas a la guerra, como las que señalan la forma de conducir las acciones bélicas, se han establecido con el fin de proteger la dignidad de la persona humana y para eliminar la barbarie en los conflictos armados”⁷⁰.

Por ende, la consagración del fuero penal militar no es una dádiva para las fuerzas armadas, sino que corresponde al derecho que debe ser aplicado debido a las funciones que desempeñan y al rol que cumplen dentro del Estado Constitucional.

⁷⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-179 de 1994. M.P. Carlos Gaviria Díaz.



IV. CONCLUSIÓN

Los argumentos expuestos en esta intervención buscaron demostrar que los demandantes no explicitaron de forma satisfactoria los elementos definitorios de la Constitución que supuestamente sustituyó el constituyente derivado con la aprobación del Acto Legislativo 01 de 2015. En consecuencia, el test de sustitución no está llamado a prosperar, pues al no demostrar que el Legislador reemplazó elementos definitorios de la Constitución, debe declararse la exequibilidad de la norma.

V. SOLICITUD

Por las razones anteriormente expuestas, el Fiscal General de la Nación solicita, de manera respetuosa, a la Corte Constitucional declarar la exequibilidad del Acto Legislativo 01 de 2015.

Cordialmente,

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT
Fiscal General de la Nación