

**PROBLEMAS DE LEGITIMACIÓN DEL FUERO MILITAR EN EL MARCO  
DEL CONFLICTO INTERNO COLOMBIANO: UNA PERSPECTIVA FRENTE  
A LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO INTERNACIONAL  
HUMANITARIO**

**ARMANDO RAFAEL SÁNCHEZ VILLA**

**UNIVERSIDAD DE CARTAGENA  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS  
CARTAGENA DE INDIAS D. T. Y C.**

**2013**

**PROBLEMAS DE LEGITIMACIÓN DEL FUERO MILITAR EN EL MARCO  
DEL CONFLICTO INTERNO COLOMBIANO: UNA PERSPECTIVA FRENTE  
A LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO INTERNACIONAL  
HUMANITARIO**

**ARMANDO RAFAEL SÁNCHEZ VILLA**

**MONOGRAFÍA DE GRADO PARA OBTENER EL TÍTULO DE ABOGADO**

**DR. JORGE PALLARES BOSSA**

**ASESOR DE MONOGRAFÍA**

**UNIVERSIDAD DE CARTAGENA**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

**CARTAGENA DE INDIAS D. T. Y C.**

**2013**

## CONTENIDO

	<b>Pág.</b>
INTRODUCCIÓN.....	5
1. HISTORIA LEGISLATIVA DEL FUERO MILITAR Y DOCTRINAS DE SEGURIDAD DEL ESTADO EN COLOMBIA.....	9
1.1 HISTORIA LEGISLATIVA DEL FUERO MILITAR.....	9
1.1.1 Periodo de Inestabilidad Constitucional.....	9
1.1.2 Estabilidad Constitucional.....	12
1.2 DOCTRINAS DE SEGURIDAD EN COLOMBIA. ....	17
1.2.1 Las FFMM Como Factor Generador De Riesgo.....	17
1.2.2 Seguridad Nacional.....	21
1.2.3 Lucha Contra El Terrorismo.....	23
2. LOS SISTEMAS DE DERECHOS HUMANOS Y EL FORTALECIMIENTO DEL FUERO MILITAR EN COLOMBIA. ....	28
2.1 CONFLICTO DE NORMAS .....	29
2.2 NORMAS EN POSIBLE CONFLICTO .....	32
2.2.1 Sistema De Fuentes En Colombia.....	32
2.2.2 Los DDHH Como Normas Jurídicas Vigentes y Vinculantes .....	34
2.2.3 Corte Interamericana de Derechos Humanos y Graves Violaciones a los DDHH en Colombia.....	45

2.3 CONFLICTO DE NORMAS DE DERECHOS HUMANOS Y EL NUEVO FUERO MILITAR.....	49
3. FUERO MILITAR Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO.....	52
3.1 EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO: PROTOCOLO II DE GINEBRA.....	52
3.1.1 Estructura y Contenido del Protocolo II.....	54
3.2 EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN COLOMBIA. ....	54
3.2.1 Bloque de Constitucionalidad y DIH.....	54
3.2.2 El DIH En El Ordenamiento Jurídico Colombiano .....	58
3.3 ESTRUCTURA DEL FUERO MILITAR Y COLISIÓN CON EL DIH - PROTOCOLO II DE GINEBRA. ....	61
3.3.1 Acto Legislativo 02 de 2012 y DIH.....	62
3.3.2 Ley Estatutaria Por La Cual Se Desarrollan Los Artículos 116 y 221 de la Constitución Política de Colombia y DIH .....	66
CONCLUSIÓN .....	71
BIBLIOGRAFÍA.....	74

## INTRODUCCIÓN

En el periodo legislativo de julio de 2011 se propuso revivir de forma ampliada el denominado fuero militar con el proyecto de Acto Legislativo 07 del 2011 que se transformó en el acto legislativo 02 de 2012, lo cual generó una reacción de desaprobación en la opinión pública que pone de relieve el carácter problemático de dicha figura jurídica, a su vez numerosas organizaciones dedicadas a la promoción y protección de los derechos humanos reaccionaron adversamente<sup>1</sup>.

En América latina se ha presentado la violación de derechos humanos de forma sistemática por parte de miembros de la fuerza pública tanto de las fuerzas militares como de las fuerzas de policía, dicha violación se ha identificado como una consecuencia de las políticas de defensa nacional de la guerra fría(Leal Buitrago, 2003) y las políticas anti-insurgentes de los Estados Unidos de América y Francia(Trinquier, 1964); y de la deficiente institucionalización de los Estados Latino-americanos(Bernales Ballesteros, 1999), a su vez con la globalización del Derecho y la consagración en la Constitución Política de Colombia en su artículo 93 del denominado *bloque de constitucionalidad*, los Derechos humanos y el derecho internacional humanitario se muestran claramente como límite de la actividad del Estado, parece claro que las políticas estatales en materia militar tienden a la vulneración de los DDHH y el DIH para lo cual la justicia debe mostrarse como limite a la libertad de configuración de

---

<sup>1</sup> Como ejemplo podemos citar la Comisión Colombiana de Juristas, Human RightsWatch, la Fundación Arcoiris entre otras.

políticas militares. Todo ello conlleva formular e intentar responder a la pregunta por la legitimidad de dicha figura en los siguientes términos: ¿es legítimo el fortalecimiento del fuero militar en Colombia, atendiendo a su historia militar reciente y estructura institucional de acuerdo a los DDHH y el DIH?

La problemática en torno a la legitimidad del Fuero militar en Colombia está indisolublemente ligada a la historia de la guerra anti-insurgente en los países de América Latina, lo cual hace del fuero militar un tema polémico y bastante amplio, para el estudio del mismo podría partirse desde diferentes enfoques que podrían ser socio-jurídicos, históricos, sociológicos o incluso politológicos, todos los cuales presentan una gran importancia e interés y hacen parte de una constelación de saberes que conforman la realidad social del fuero, sin embargo un estudio eminentemente jurídico en el marco de un trabajo de grado en un programa de pregrado de Derecho, debe mostrar en su enfoque una primacía de los criterios normativos, frente a otro tipo de consideraciones, para ello se muestra como útil la aproximación desde la perspectiva normativista.

En Colombia la constitución del 91 incorporó dentro de su cuerpo normativo el denominado *bloque de constitucionalidad* en el artículo 93, el cual incorpora a la jerarquía normativa los tratados de derechos humanos al mismo nivel de las normas constitucionales y les otorga prevalencia en el orden interno (Arango Olaya, 2004); ello conlleva a que podamos entender entonces que la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos hacen parte del derecho interno constituyéndose entonces en un límite normativo a la libertad de configuración legislativa de modificación tanto de leyes como de la Constitución, así una ley o una reforma constitucional que violente las

normas de derechos humanos de carácter internacional ya sean del cuerpo normativo de los tratados, del desarrollo jurisprudencial de los tribunales internacionales, e incluso potencialmente normas del denominado Softlaw (Gruchalla-Wesierski, 1984) podría hallarse en principio en conflicto con el cuerpo mismo de la Constitución, generando un conflicto de normas, siendo así potencialmente inexecutable o claramente violatorio de los derechos humanos y por tanto ilegítimo como una norma jurídica (Kelsen, 1994, pág. 130 y ss.).

El presente trabajo responde a un interés personal y a un interés como abogado. El primero radica en la preocupación como ciudadano colombiano con el gran número de violaciones a derechos humanos llevadas a cabo por el Estado colombiano como una constante histórica, que se ve agravada en los últimos años con los casos sonados de ejecuciones extrajudiciales presentados por los militares como guerrilleros caídos en combate y que resultaron siendo jóvenes de escasos recursos que fueron reclutados por el mismo ejército con promesas de trabajo y luego fueron muertos por el mismo ejército que posteriormente vestían como guerrilleros, a esa macabra imagen que se ha planteado que responde incluso a una política de estado, tenemos el deber como ciudadanos de repudiar estas prácticas y velar por su no repetición. El segundo interés radica en el mandato que como abogado se asume de defender la primacía de la Constitución Política, el orden institucional y la salvaguarda de los Derechos humanos, sin interiorizar adecuadamente estos deberes, se puede ser un profesional del derecho pero no tiene sentido ser un abogado.

La utilidad de este trabajo remite a la posibilidad que otorga de entender la significación del fuero militar en un ambiente de conflicto con una historia de graves violaciones a derechos humanos por parte de las fuerzas del estado, el deber de la academia es pensar su propio tiempo, comprenderlo e interpretarlo, a ese objetivo remite el presente trabajo y es de esta forma como se puede apreciar su utilidad

Su pertinencia radica en la actualidad de la que goza la problemática en torno al fuero militar y en la importancia histórica del conflicto y de los DDHH en la configuración de la realidad institucional colombiana. Este trabajo es un camino viable por sus dimensiones y delimitación específica, para la comprensión del problema que el establecer dicho fuero puede representar para los ciudadanos.

El presente trabajo se desarrollará así: en el primer nivel de acercamiento se estudiarán elementos que constituyen el contexto en el cual se desenvuelve la problemática del fuero militar en Colombia para lo cual se desarrollarán dos temáticas: 1. historia legislativa del fuero militar en Colombia. 2. Acercamiento a las doctrinas militares y los derechos humanos en Latinoamérica. En un segundo nivel se analizará el contenido normativo del derecho a la justicia para lo cual se estudiarán el Sistema Universal y el Interamericano de Derechos Humanos y fallos de la Corte Interamericana 3. La posibilidad de conflictos normativos entre el nuevo fuero militar y DDHH. En un tercer nivel se establecerá una comparación entre los lineamientos del Derecho Internacional Humanitario y los lineamientos presentes en la reforma al fuero militar.

## **1. HISTORIA LEGISLATIVA DEL FUERO MILITAR Y DOCTRINAS DE SEGURIDAD DEL ESTADO EN COLOMBIA.**

El presente capítulo pretende establecer el contexto en el cual se desarrolla la problemática en torno al fuero militar en Colombia; dicho contexto se presenta en dos partes: en un primer momento se establecerá la historia normativa del fuero militar en Colombia, y en un segundo momento se planteará como influyen negativamente las doctrinas de seguridad vigentes en América Latina.

### **1.1 HISTORIA LEGISLATIVA DEL FUERO MILITAR**

A continuación se llevará a cabo una relación de la principal normatividad relativa al fuero militar de la historia jurídica colombiana, cuyo fin es comprender el marco en el cual se desarrolla dicha problemática para poder ubicar normativamente la relevancia del problema. Dicha relación se hará diferenciando entre un periodo de relativa inestabilidad constitucional previo a la Constitución de 1986, y un periodo de estabilidad constitucional que comprende desde la Constitución del 86 hasta la actualidad.

**1.1.1 Periodo de Inestabilidad Constitucional.** En la **Constitución de Cundinamarca** de 1811, en su artículo 46 se instauró el fuero militar de la siguiente forma: “La disciplina y el particular compromiso de los soldados al sentar su plaza, exigen una excepción a los artículos desde el 36 hasta el presente, quedando en su fuerza

y vigor la ordenanza militar que rige”. Los artículos a que hacía referencia la disposición versaban en torno a la organización y funcionamiento de los tribunales de justicia.

Con el **Decreto del 12 de octubre 1821** se instauró una norma disciplinaria para los militares al mismo tiempo que se ordenaba dejar sin efecto las normas de origen español relativas a la disciplina militar y las deserciones. A lo anterior se sumó el **Decreto del 23 de septiembre de 1822**, en el cual se estableció procedimientos para el juzgamiento de las acciones ilícitas cometidas por miembros activos de las fuerzas militares. la **Ley del 2 de junio de 1824**, se dispuso la estructura y funcionamiento de los Consejos de guerra, competentes para juzgar a los procesados militares en primera y segunda instancia la cual se radicaría en la Corte Suprema de Bogotá, el Tribunal del Magdalena y el Tribunal del Cauca. Posteriormente se radicó en cabeza del Jefe del Estado la facultad de “Aprobar o reformar las sentencias de los Consejos de Guerra y Tribunales Militares en las causas criminales seguidas contra oficiales de los ejércitos y de la Marina Nacional” por medio del **Decreto Orgánico del 27 de agosto de 1828**. Ya bajo la efímera **Constitución de 1830** se dictó el **Decreto del 27 de junio de 1831** en el cual se revivió la legislación española con motivo del juzgamiento de la deserción.

### **Constitución Política del Estado de la Nueva Granada de 1832-1843.**

La **Constitución Política del Estado de la Nueva Granada de 1832** en su artículo 172 dispuso que “Los individuos de la fuerza armada de mar y tierra, cuando se hallen en campaña, serán juzgados por las ordenanzas del ejército; pero estando de guarnición, solamente lo serán en los delitos puramente militares” estableciendo así con

rango constitucional la exclusión de los delitos ordinarios del ámbito castrense. Bajo dicha constitución se dictó el **Decreto del 26 de mayo de 1836** el cual eliminó de la estructura institucional del Estado las Cortes Superiores Marciales y delimitó varios aspectos de la celebración de juicios de guerra.

### **Constitución Política Federal de 1853.**

Con el **Decreto del 21 de abril de 1854** se establece de forma explícita la existencia de un Fuero especial en materia militar.

### **Constitución Política de la Confederación Granadina**

El **Decreto del 27 de noviembre de 1861** estableció el código militar de los Estados Unidos de Colombia en su artículo 1° donde se dispuso que: “Las leyes generales de la República de la Nueva Granada y de la Confederación Granadina que estaban vigentes el 1 de febrero de 1859 en negocios de militares del ejército y de la armada y las ordenanzas españolas y Reales Cédulas que han regido y rigen en el país, forman el Código Militar de los Estados Unidos de Colombia”

Dicho Decreto en su artículo 3 dispuso que “para los juicios militares se observará el procedimiento Colón mandado a publicar y observar por reales cédulas citadas en dicha obra de marzo de 1808, en cuanto no sean contrarias a las leyes nacionales, son parte de la legislación militar”

## **Constitución Política de los Estados Unidos de Colombia de 1863.**

La **Constitución Política de los Estados Unidos de Colombia** en su artículo 69 dispuso que “Los juicios por delitos y faltas militares de las fuerzas de la Unión, son de competencia del Poder Judicial Nacional”.

**1.1.2 Estabilidad Constitucional.** Este periodo inicia con la constitución de 1886 con la cual se establecen definitivamente los cimientos jurídicos de la realidad institucional de nuestra república.

## **Constitución Política de Colombia de 1886.**

Con la **Constitución Política de 1886** se da inicio a un periodo más técnico y de mayor estabilidad normativa, en ella se consagró el Fuero penal Militar: “De los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar”. En el artículo 170, el cual sirvió de base constitucional para el establecimiento de varias normas relativas a la materia.

- **Ley 6 de 1903**

Se indica que los procesos sometidos a los Consejos de Guerra deben retornar a los tribunales ordinarios y la derogación de varios decretos expedidos por razones de orden público.

- **Ley 28 de 1905**

Estableció en cabeza de la jurisdicción punitiva castrense la competencia para el juzgamiento de delitos comunes cometidos por miembros del Ejército o de las fuerzas revolucionarias en Guerra de los Mil Días.

- **Decreto legislativo 2 de 1928**

Radicó en Consejos De Guerra Verbales el conocimiento de las causas adelantadas contra los particulares por la ejecución de delitos realizados con ocasión de la huelga de las bananeras.

- **Ley 84 de 1931**

Sobre justicia militar estableció los delitos, procedimientos e instituciones relativas a la Justicia Penal Militar.

- **Decreto 2180 de 1944.**

Mediante decreto de Estado de Sitio, a consecuencia del intento golpe de Estado realizado por el coronel Diógenes Gil el 10 de julio de 1944, se expidió el Código Penal

Militar. Adoptado posteriormente como legislación permanente por medio de la ley 3 de 1945 que incorporó la derogatoria de toda norma que le fuera contraria.

- **Decreto 171 del 30 de enero de 1952,**

Normativa que introdujo el Cuerpo de la Policía Militar y que disponía la competencia en actos del servicio de sus miembros en los Consejos de Guerra Verbales.

- **Decreto 1814 de 1953**

Por el cual se dispone la vinculación de la Policía Nacional a las fuerzas armadas y sometidas en lo pertinente a la Justicia Penal Militar.

- **Decreto 2311 de 1953**

Se quita a la Corte Suprema de Justicia para el conocimiento de los recursos de casación y revisión que se trasladan a una Corte Marcial.

- **Decreto 1426** se adjudica la competencia de juzgamiento de la Policía Nacional a la Justicia Penal Militar en iguales términos que las Fuerzas Militares.

- **Decreto ley 0250 de 1958**

Expedido por la Junta Militar se dictó el Código de Justicia Penal Militar. En él se adjudicó la competencia para juzgar a los miembros de la fuerza pública en cualquier estado de anormalidad institucional a los Tribunales militares incluyendo cuando la causa eran delitos comunes.

- **Sus Ley 141 de 1961** se adoptó el Código de la Junta Militar como legislación permanente.
  
- **Decreto 1667 del 30 de julio 1966**  
Estatuto Orgánico de la Policía Nacional la cual continúa el fuero de la Justicia Penal Militar.
  
- **Decretos 1355 de 1970** (Código Nacional de Policía)  
Ratificación del fuero a la Policía.
  
- **Decreto 2550 de 1988**  
Nuevo Código Penal Militar el cual extiende el fuero a todo delito cometido por los oficiales, sub-oficiales de las Fuerzas Militares y La Policía Nacional.

### **Constitución Política de 1991**

La inclusión del Fuero militar se hizo en los mismos términos de la constitución de 1886, sin embargo con el Acto legislativo 02 de 1995 se instituyó que los tribunales militares serían conformados por miembros de la fuerza pública ya sea en servicio activo o gozando de retiro.

- **La sentencia C-358 de 1997:**

El pronunciamiento de la corte constitucional colombiana referente a la constitucionalidad del fuero militar modificó la situación de los militares de forma radical. La corte declaró exequible la normatividad en el entendido de que el ser miembro de la fuerza pública en servicio activo no exime a los militares de ser juzgados por el derecho penal como, y que éstos pierden su relación con el servicio cuando utilizan sus prerrogativas con el fin de cometer delitos comunes puesto que ellas no son equivalentes al servicio. El delito para que sea del ámbito de acción de la justicia penal militar debe estar relacionado de forma directa con las actividades del servicio y en todo caso se encuentra por fuera de la relación con el servicio los crímenes de lesa humanidad llevados a cabo por miembros de las fuerzas militares en servicio activo. Dicha decisión dejó sin piso jurídico la costumbre que tenían los militares de juzgar por la vía penal militar homicidios, desapariciones y detenciones arbitrarias realizadas por militares.

- **Ley 522 de 1999**

Código Penal Militar. Solo se aplica el fuero militar para acciones en servicio activo.

- **La sentencia C -878 del 2000.**

La corte constitucional reiteró su posición de que la justicia penal militar sólo conoce de hechos directamente relacionados con el servicio y que en todo caso no se pueden considerar tales los delitos de lesa humanidad.

## **1.2 DOCTRINAS DE SEGURIDAD EN COLOMBIA.**

Las doctrinas de seguridad en Colombia y en América latina tienen un fuerte pasado vinculado con graves violaciones a los DD.HH. y han puesto de manifiesto que las fuerzas militares se encuentran en mayor disposición para obedecer a la política que la que tienen para obedecer a la ley. Lo anterior se evidencia en hechos sobre los cuales se llamará la atención y que permitirán definir a las fuerzas armadas como un factor positivo de generación de riesgo y a la falta de límites estrictos y la falta de control judicial por la justicia ordinaria como factores negativos generadores de riesgo para las garantías jurídicas que ha adoptado Colombia en materia de DD.HH. y DIH, que el Estado tiene el deber constitucional de proteger y hacer cumplir (Velásquez Rivera, 2002).

**1.2.1 Las FFMM Como Factor Generador De Riesgo.** Para poder definir a las FFMM como un factor generador de riesgo es necesario primero definir qué se entiende por riesgo. El concepto de riesgo es un término que surge en el contexto de las sociedades de alta complejidad<sup>2</sup> en las cuales ciertas consecuencias de las acciones de un sujeto no son inmediatamente perceptibles. Las sociedades contemporáneas muestran un alto grado de complejidad que a consecuencia del incremento del campo de incertidumbre, generado por la definición progresiva de los ámbitos de acción (Bauman, 2011), llevan a una difuminación de la responsabilidad y de previsibilidad de las consecuencias de un suceso. Cuando existe la probabilidad de que acaezca un suceso lesivo que tiene su fuente en la naturaleza denominamos a dicha probabilidad ‘peligro’,

---

<sup>2</sup> Sociedades con ámbitos de acciones diferenciadas funcionalmente.

a contrario sensu cuando la probabilidad del acaecimiento contingente de dicho suceso tiene su origen en la actividad humana lo denominamos 'riesgo'(Luhmann, 2011, pág. 139).

La perspectiva del estudio del riesgo estuvo algún tiempo bajo la preminencia de la estadística, sin embargo tal perspectiva se ha abandonado en los campos diversos al financiero dando un paso hacia un análisis del sentido y el significado del riesgo(Luhmann, 2011, pág. 123 y ss.). Los estudios del riesgo asumieron una gran importancia en las ciencias sociales cuando éstas se hicieron conscientes de la posibilidad de una catástrofe ambiental lo cual llevó a la necesidad de comprender el significado y las consecuencias directas e indirectas de la acción en sociedades complejas con un alto poder productivo y destructivo que en su actuar generan daños de gran envergadura(Beck, 2006).

La existencia de las sociedades contemporáneas se construye en parte sobre el cálculo de riesgos aceptables, así el tráfico rodado, los vuelos comerciales, la minería de gran escala, la industria química, la medicina entre otros constituyen grandes fuentes de riesgo sin las cuales la sociedad no podría funcionar como la conocemos, ello lleva a plantear la necesidad de entender ciertos riesgos como riesgos permitidos por ser necesarios para el tráfico social e inherentes a él(Jakobs G. , 1998).

Nos movemos constantemente en una sociedad de riesgos lo cual acarrea consecuencias para el funcionamiento del Derecho(Jakobs G. , Sobre la normativización de la dogmatica jurídico-penal, 2004). La actividad humana es fuente de riesgos, ello

implica la necesidad de observar como las acciones determinan posibles escenarios catastróficos y la forma de estructuración de la responsabilidad. En el marco de los Estados-nación es necesario a su vez establecer las posibilidades de incrementos de riesgo por parte de la actividad de los agentes del Estado en diferentes niveles, ecológico, operacional, económico, y en términos de la actividad de las FFAA del Estado tanto hacía el interior como a nivel global.

La naturaleza del riesgo se sitúa en la ambivalencia entre la ocurrencia no del suceso lesivo(Beck, Living in the world risk society, 2006, pág. 330) es decir que el riesgo no se determina por el daño efectivamente causado, sino por el aumento de las probabilidades de ocurrencia del daño. El riesgo no es pues un fenómeno factico, sino la posibilidad futura de que éste suceda, es una situación contingente que se halla proyectada en el futuro(Luhmann, 2011).

La constatación del carácter omnipresente del riesgo lleva a la necesidad de hacer consideraciones en torno a si es legítima o no la generación de un riesgo, dichas consideraciones a menudo toman la forma de un cálculo, los agentes en no pocas ocasiones se enfrentan con hacer ponderaciones y cálculos sobre el carácter aceptable o no del riesgo, el cálculo del riesgo se lleva a cabo en consideración de los costos y beneficios que ello acarrea, diferenciando si quien se beneficia es la misma persona que debe soportar el riesgo. Sin embargo mientras que en el caso de la actividad económica y financiera, dichos cálculos se pueden llevar a cabo, en el área de las disciplinas prácticas ello es inadecuado. En las áreas prácticas no existen criterios objetivos de valoración de los objetos que a ello le competen y se hace imposible, o cuando menos

correctamente imposible, hacer cálculos cuantitativos pues nadie está capacitado para definir las magnitudes de la justicia, la libertad, la felicidad o la vida, de modo que un aumento elevado del riesgo se valora en sí mismo como algo indeseable (Jakobs G. , 1998, pág. 47).

El poder bélico es una alta fuente de riesgo, el Estado con la pretensión de tener el monopolio de las armas ha asumido el control de dicha fuente de riesgo, sin embargo en Colombia el monopolio de las armas es un ideal contra factico. El Estado sin embargo no puede renunciar a dicho ideal pues es de la naturaleza del Estado tener el monopolio de la violencia y no puede permitir que se intente implantar una soberanía distinta a la suya pues perdería su razón de ser. El precario Estado del monopolio de la fuerza ha llevado a una ambigüedad entre las funciones de policía y las de las FFMM respecto a lo cual ha llamado la atención la Comisión Interamericana de Derechos Humanos así:

*Es fundamental la separación clara y precisa entre la seguridad interior como función de la Policía y la defensa nacional como función de las Fuerzas Armadas, ya que se trata de dos instituciones substancialmente diferentes en cuanto a los fines para los cuales fueron creadas y en cuanto a su entrenamiento y preparación. La historia hemisférica demuestra que la intervención de las fuerzas armadas en cuestiones de seguridad interna en general se encuentra acompañada de violaciones de derechos humanos en contextos violentos, por ello debe señalarse que la práctica aconseja evitar la intervención de las fuerzas armadas en*

*cuestiones de seguridad interna ya que acarrea el riesgo de violaciones de derechos humanos(CIDH, 2009).*

Sin embargo Las fuerzas armadas han cumplido funciones de seguridad en Colombia, y han sometido a la población civil a graves violaciones a sus derechos fundamentales.

**1.2.2 Seguridad Nacional.** Las fuerzas armadas de América latina reciben después de la segunda guerra mundial la influencia de los Estados Unidos quienes exportan un modelo de lucha contrainsurgente desarrollado entre la experiencia norteamericana de la guerra de Corea y la experiencia francesa de la lucha en Argelia; dicha influencia se materializa en la denominada Doctrina De La Seguridad Nacional la cual surge como una forma de lucha contra la influencia comunista en los países del sur del hemisferio occidental. Dicha idea de seguridad nacional se basa en el concepto de Guerra Total es decir en la implementación de los recursos políticos, militares, económico y psicológico, con el fin de garantizar la existencia de una de las partes beligerantes que se encuentra en peligro. Particularmente Colombia recibe dicha doctrina por medio del plan LASO (LatinAmerica Security Operation) busca cerrar el paso a la influencia comunista relacionada con la presencia de grupos insurgentes en todo el continente, y particularmente la victoria del movimiento insurgente cubano(Velásquez Rivera, 2002).

La doctrina de seguridad nacional identificaba la sociedad con el Estado, jugando con la dicotomía amigo enemigo propia de los conflictos armados, pero caracterizaba el

enemigo con la forma de enemigo interno, los estados latinoamericanos se veían compelidos por las políticas norteamericanas a defenderse del enemigo interno que es un agente del comunismo internacional, dicha caracterización no se limitó a las guerrillas sino también -influenciados por la doctrina francesa desarrollada en Argelia -a cualquier persona o grupo que no compartiera la visión oficial del Estado; la doctrina de seguridad nacional como doctrina eminentemente militar resaltaba el papel del ejército como elemento de identificación del Estado lo cual llevó a una proliferación en América Latina de los gobiernos militares(Leal Buitrago, 2003).

Los acuerdos de Yalta en los cuales la Unión Soviética, los Estados Unidos de América en Inglaterra se dividieron al mundo una vez terminada la Segunda Guerra Mundial, colocaron a América Latina bajo la subordinación política y militar de los Estados Unidos. En 1945 los países del continente firmaron el acta de Chapultepec, acordando la defensa colectiva del continente frente a posibles agresiones extranjeras a lo cual se siguieron numerosos acuerdos en consonancia con el acta y con el plan Truman.

Por el memorando 68 del Consejo de Seguridad Nacional estadounidense de 1950 América Latina quedaba vinculada en la política internacional de seguridad de los Estados Unidos, para lo cual se desarrollaron numerosas políticas de ayuda militar llevada a cabo por medio de programas que se desarrollarían entre 1952 y 1958 productos los cuales se dará el entrenamiento de militares latinoamericanos en los Estados Unidos y posteriormente en la famosa Escuela de las Américas de Panamá(Leal Buitrago, 2003).

Consecuencia de dicha doctrina serán las dictaduras del cono Sur, la violación sistemática de derechos humanos por parte de los ejércitos latinoamericanos, las ejecuciones extrajudiciales, la guerra sucia y los genocidios como el de la unión patriótica en Colombia, y una deficiente institucionalidad democrática debido a la autonomía militar y el uso ideológico del aparato estatal(Nina, 1979).

**1.2.3 Lucha Contra El Terrorismo.** La introducción de la retórica de la denominada guerra anti-terrorista, que se llevó a cabo en EE.UU. por la administración Bush, la cual fue introducida en Colombia por el gobierno de Álvaro Uribe Vélez, ha llevado a una reconsideración de las lecturas del tratamiento a los contendores de cara a la amenaza constante del terrorismo(Bush, 2002). El riesgo es una remisión a un futuro contingente, es un enlace entre aquello conocido y lo que no lo es pero puede serlo; es un concepto que se inscribe en un campo semántico responsabilidad, tiempo, conocimiento que cambia según las culturas y sociedades(Kessler & Werner, 2008, pág. 293) .

El énfasis en el carácter incierto, es decir la remisión a que lleva la lucha anti-terrorista, desde los sucesos a los riesgos introduce por su proyección hacia sucesos futuros una lógica de incertidumbres; con sus recursos semánticos de riesgo, peligro, prevención etc. La lucha contra el terror difumina, borra, las distinciones entre política y derecho, paz y guerra redefiniendo -y obcecando- a su vez de esta forma las relaciones entre responsabilidad política, tiempo y seguridad. Dicha doctrina de seguridad -lucha contra el terrorismo- permite la despersonalización(Jakobs & Cancio Meliá, 2005), la

objetivación de individuos como riesgos mortales y la ambigüedad de su status jurídico(Kessler & Werner, 2008, pág. 290).

En el campo de la incertidumbre son las normas las que sirven de guía a la acción pues permiten formas alternativas de conocimiento y de referencia ético-normativas. El papel de la norma como indicador referencial al campo específico de pertenencia y como constituyente de estabilización de expectativas sociales(Jakobs G. , 2004) pierde su estabilidad bajo el imperio de la incertidumbre generada por la lucha contra el terror como forma de tratamiento de amenazas futuras.

Las normas permiten la delimitación de la incertidumbre en la forma de incertidumbre estructurada en la cual el vocabulario jurídico y las normas se pueden entender como una clase de administración de riesgo; sin embargo, cuando la capacidad formadora estructural de las categorías legales se rompe, cuando se hace necesaria una búsqueda activa de referentes normativos pues el espacio reglado y sus límites se hacen difusos, se introduce otra forma de incertidumbre –desestructurada- y se imposibilita la determinación racional con base en criterios normativos de las categorías aplicables a los casos concretos(Kessler & Werner, 2008, pág. 294).

Según Kessler y Werner se presenta el tratamiento entorno la problemática de la captura y ejecución de individuos bajo tres racionalidades legales distintas: lógica de responsabilidad, de amenaza inminente y de amenaza institucional las cuales giran en torno a la participación en una organización.

Bajo la primera forma de racionalidad, la racionalidad por responsabilidad, los estados llevan a cabo acciones de captura y ejecución, bajo la atribución de responsabilidad por los actos lesivos efectivamente llevados a cabo por el autor, con fines de prevención especial, retribución o terapéuticos por medio de procedimientos preexistentes suficientemente definidos en la ley y solo para casos explícitamente contemplados en la ley, siendo esta racionalidad la más garantista de las tres (Kessler & Werner, 2008).

La segunda forma de racionalidad se denomina amenaza inminente, bajo esta racionalidad se captura y ejecuta a un individuo por considerársele un riesgo inminente, es una racionalidad peligrosista, la acción del Estado se justifica en la protección de la integridad, vida y libertad de los ciudadanos, la acción Estatal se sustenta sobre la necesidad de la acción preventiva la cual debe demostrarse posteriormente en una investigación independiente (Kessler & Werner, 2008), en Colombia particularmente se halla el precedente de Naciones Unidas sobre el caso Esposo de Fanny Suarez de Guerrero vs. Colombia.

Una tercera forma de racionalidad se encuentra en el DIH y es denominada amenaza institucional, en la cual la acción del estado se justifica debido a la vinculación del individuo a una organización, sin embargo la discrecionalidad de la acción Estatal se halla limitada a la captura y ejecución de quien ostente la calidad de combatiente y aun en ella con ciertas limitantes como la rendición o la enfermedad (Kessler & Werner, 2008, pág. 302)

Lo verdaderamente interesante del trabajo de Kessler y Werner es que muestra como la denominada lucha contra el terrorismo no se enmarca dentro de ninguna de las racionalidades previamente expuestas, se les asigna status de peligrosidad, sin otorgarles el reconocimiento del derecho a combatir. La lucha contra el terrorismo se hace dentro y fuera de las fronteras, se actúa como una actividad de policía pero con actividad militar. Se convierten en blanco legítimo pero se les niega el estado de beligerancia. Ello lleva a la indeterminación de marcos normativos abriendo espacio para la arbitrariedad política. De esta forma EEUU e Israel han introducido en su retórica bélica la figura de los “combatientes ilegales” lo cual los sitúa en un espacio gris entre la normatividad de paz (derecho penal) y la de guerra (DIH).

Por todo lo anterior concluye el estudio de Kessler y Werner de forma lucida y particularmente relevante que sobre el terrorismo:

*“la lucha contra tal fenómeno puede requerir en verdad ‘nuevas reglas’. Dichas reglas, sin embargo, deben apuntar a la preservación de un sistema donde el uso de la fuerza legal esté regulado y sujeto a mecanismos de responsabilidad (no solo a la facilitación del matar individuos como una forma des-formalizada de administración de riesgo).”*

En conclusión Colombia ha sido un país en el cual tanto por su estructura normativa como por la influencia de las doctrinas de seguridad ha llevado a cabo violaciones sistemáticas de derechos de los ciudadanos, y en el cual las fuerzas militares

han atropellado las organizaciones sociales sirviendo como brazo armado del gobierno de turno en lucha con las posiciones ideológicas en las que no se hallan representados. Aunado a ello la presente lucha contra el terrorismo que se ha tornado una política global reafirma el riesgo que conlleva unas fuerzas armadas cuyos límites no se hallan fuertemente demarcados. Si bien la institucionalidad del Estado y el monopolio de la fuerza con fines inherentes al Estado y en el cual los ciudadanos hayan un interés práctico real ello no justifica un aumento de la incertidumbre estructural del marco de acción de las fuerzas armadas que pueda redundar en políticas represivas y violatorias de los derechos humanos y fundamentales de los asociados.

## **2. LOS SISTEMAS DE DERECHOS HUMANOS Y EL FORTALECIMIENTO DEL FUERO MILITAR EN COLOMBIA.**

En el presente capítulo se llevará a cabo el estudio sobre la colisión o no de las normas de Derechos humanos y la normatividad relativa al Fuero, el presente capítulo corresponde a la concreción de la temática de la presente investigación y sentará las bases para los estudios del capítulo siguiente relativo al DIH, razón por la cual es necesario poner un especial cuidado en el presente capítulo, el cual en términos generales se divide en una primera parte claramente más teórica, que se puede considerar la base desde la cual se hará el análisis concreto que sería la segunda parte. Repetir la primera parte en el siguiente capítulo sería una multiplicación innecesaria y una redundancia estéril y debido a su extensión sería poco adecuada darle un capítulo aparte, razón por la cual lo dicho aquí también debe ser tenido en cuenta en el capítulo tres.

Para llevar a cabo un análisis de la posible conflictividad entre las normas de DDHH y la nueva normatividad relativa al Fuero militar es necesario determinar lo que constituye un (1) conflicto de normas, (2) las normas en posible conflicto, y (3) la existencia o no del conflicto de normas.

## 2.1 CONFLICTO DE NORMAS

Existe un conflicto entre normas cuando lo que se encuentra dispuesto por una norma (disposición normativa) como un deber, es irreconciliable con la disposición de otra norma y en consecuencia el cumplimiento de una de las disposiciones implica necesaria o posiblemente la violación de la otra (Kelsen, 1994, pág. 130).

Kelsen clasifica los conflictos de normas en bilaterales y unilaterales atendiendo a si el cumplimiento de cualquiera de las normas viola a la otra o si solo el cumplimiento de una de ellas es el conflictivo; y en totales y parciales dependiendo si es la totalidad de la disposición la que es conflictiva o solo una parte de ellas. Kelsen a su vez plantea unos ejemplos que por arte combinatoria muestran las distintas clases de conflictos posibles:

“conflictos necesarios entre normas:

I. Norma 1: Ama a tus enemigos.

Norma 2: No ames, sino odia a tus enemigos.

El cumplimiento de la norma 1 implica *necesariamente* la violación de la norma 2; el cumplimiento de la norma 2 implica necesariamente la violación de la norma 1.

II. Norma 1: La bigamia tiene que ser sancionada.

Norma 2: La bigamia no tiene que ser sancionada.

La aplicación de la norma 1 implica *necesariamente* la violación de la norma 2; el cumplimiento de la norma 2 (la abstención de castigar la bigamia) implica necesariamente la violación de la norma 1.

En ambos casos el conflicto entre normas es *total*.

III. Norma 1: el asesinato debe sancionarse con la muerte.

Norma 2: El asesinato debe sancionarse con reclusión.

La aplicación de cada una de las dos normas implica la violación de la otra. Pero el conflicto es solo *parcial*.

En los tres casos mencionados el conflicto es *bilateral*.

Los ejemplos de conflictos solo *posibles* son los siguientes:

IV. Norma 1: Todos los seres humanos deben abstenerse de mentir.

Norma 2: Todos los médicos deben mentir si con ello tienen consideración a sus pacientes.

El cumplimiento de la norma 2 implica *necesariamente* la violación de la norma 1. Pero el cumplimiento de la norma 1 implica solo *posiblemente* la violación de la norma 2 (solo cuando un médico se abstiene de mentir). El conflicto es *bilateral*, pero solo *parcial*. Solamente de un lado, del lado de la norma 2, es *necesario*; del otro lado, del lado de la norma 1 solo es *posible*.

V. Norma 1: El hurto debe ser sancionado.

Norma 2: El hurto a parientes no debe ser sancionado.

La aplicación de la norma 2 (...) implica necesariamente la violación de la norma 1: pero la aplicación de la norma 1 implica solo posiblemente la violación de la

norma 2(...) el conflicto es bilateral pero solo parcial. Únicamente es necesario del lado de la norma 2, y solo posible del lado de la norma 1.

VI. Norma 1: En el caso de cierta figura delictiva X, el autor debe ser sancionado.

Norma 2: En el caso de esta figura delictiva, el autor sólo puede ser sancionado si el juez considera la sanción adecuada.

El conflicto es *bilateral, parcial* y de ambos lados sólo *posible, no necesario*.

VII. Norma 1: Si el asesino es mayor de 20 años, debe ser condenado a muerte.

Norma 2: Si el asesino es mayor 18 años, debe ser condenado a muerte.

La aplicación de la norma 1 no implica violación alguna de la norma 2; la aplicación de la norma 2 implica posiblemente la violación de la norma 1 (si un asesino menor de 20 años recibe la pena capital). El conflicto es *parcial y unilateral*, vale decir, un conflicto *posible* solo del lado de la norma 2 no es un conflicto necesario.” (Kelsen, 1994, pág. 131)

Los grupos de ejemplos no se completan con un octavo ejemplo pues se muestra imposible poner un ejemplo de conflicto unilateral y necesario.

El conflicto entre normas no es de carácter lógico, la contradicción radica como vimos en que el cumplimiento de una norma implica la violación de la otra, así la naturaleza de los conflictos entre normas no hacen referencia a enunciados, sino a comportamientos (Kelsen, 1994, pág. 131). A su vez la existencia de una norma no hace inexistente a la norma contradictoria (Kelsen, 1994, pág. 212 y ss.), ambas normas son válidas, siendo la *validez* la forma específica de existencia de las normas (Kelsen, 1982). La derogación de las normas y el principio *lex posterior derogat priori*, no son

principios lógicos ni consecuencias lógicas, son una norma de contenido específico y un principio de derecho positivo, respectivamente.

Siendo de esta forma la contradicción entre normas implica la presencia de dos o más normas válidas y vigentes que postulan conductas debidas cuyas realizaciones son incompatibles. La contradicción entre normas no implica la derogación de las mismas.

## **2.2 NORMAS EN POSIBLE CONFLICTO**

**2.2.1 Sistema De Fuentes En Colombia.** Para la teoría normativista del derecho, la creación del derecho se lleva a cabo con referencia a otras normas que estatuyen como debe crearse el derecho(Hart, 2004); por ello Bobbio define las fuentes del Derecho como “aquellos hechos o aquellos actos de los cuales el ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas(Bobbio, 1997, pág. 158).” Un ordenamiento jurídico, no solo regula conductas sino también el modo como se deben producir las normas que lo constituyen. Kelsen indica que por fuente del derecho puede entenderse el fundamento de validez de las normas jurídicas(1982, pág. 243).

La enseñanza del derecho en los temas referidos a las fuentes del derecho en Colombia desde sus inicios acogió el sistema de fuentes formalista de tradición francesa que propone la supremacía de la ley frente las otras fuentes del derecho(López Medina, 2004). Así la constitución se vio históricamente subordinada a la ley como fuente principal del derecho, el juez solo cumplió un papel de boca de la ley de acuerdo a los principios del Iluminismo racionalista francés(Carrillo de la Rosa, 2012)

Sin embargo con el surgimiento de la Constitución de 1991 que en su artículo 4° consagra la supremacía de la constitución, se dio una profunda modificación de la estructura jurídica colombiana, las cuales se caracterizan según el profesor Yezid Carrillo por:

*“(a) por la omnipresencia de la constitución en el derecho ordinario, convirtiéndose en fuente autoritativa del derecho con carácter vinculante y aplicación directa, como consecuencia de la transición de un Estado de derecho a un Estado Social y Constitucional de Derecho, (b) por el reconocimiento de estándares normativos que ya no son sólo reglas positivas sino también los valores o principios (derechos fundamentales) que acerca del derecho a la moral, (c) por la internacionalización y/o convencionalización de los derechos humanos y la incorporación de estos a los ordenamientos jurídicos internos con fuerza vinculante para los poderes públicos, (d) por el uso de las reglas de la razón práctica en la interpretación del derecho y en la ponderación de razones, (e) que sigue el juez constitucional y ordinario la toma de decisiones conforma la legalidad y la justicia contenida los derechos fundamentales (legitimidad).”*

Siendo así la constitución ha sido definida por la Corte Constitucional como norma de normas (norma normarum) de la cual emana en su totalidad el sistema normativo y en contravía de la cual no puede ir ninguna otra norma (C-048 del 2001; C-

1290 del 2001). Ahora bien ello no obsta para que sigan funcionando como fuentes formales del derecho las fuentes tradicionales de la ley, jurisprudencia, la costumbre e incluso la doctrina-

Entendido así el concepto de fuentes del derecho, y entendiendo el carácter superior de la constitución como fuente de derecho se hace necesario definir si los derechos humanos son derecho vigente o fuentes del derecho a la luz de la Constitución Política de 1991.

**2.2.2 Los DDHH Como Normas Jurídicas Vigentes y Vinculantes.** La caracterización de los DDHH como derecho vigente es lo que en principio permite la posibilidad que las normas de DDHH entren en conflicto con las normas de derecho interno en general, y las que regulan el fuero militar específicamente.

Siendo la principal fuente del derecho en Colombia la Constitución política de 1991 es a ella a la cual debemos recurrir en primer lugar para corroborar el carácter vigente de los DDHH como norma jurídica.

Una rápida aproximación a la Constitución nos permite ver el artículo 93 en el cual se consagra la figura del bloque de constitucionalidad el cual indica que de la Constitución no solo hace parte las normas escritas contenidas en su texto, sino que de ella también hacen parte otras normas, valores y principios que comparten con ella su carácter de superioridad jerárquica en el orden jurídico interno.

La idea de bloque, de origen francés, pretende referir el carácter más amplio de la constitución; respecto a la consagración del bloque de constitucionalidad en la Constitución del 91 la Corte Constitucional en sentencia C-067 de 2003 precisó:

*La promulgación de la Constitución de 1991 marcó una nueva pauta en el acoplamiento de las disposiciones internacionales al orden constitucional interno. Aunque no fue sino a partir del año 1995 que la Corte Constitucional adoptó sin ambages el concepto de bloque de constitucionalidad -tal como se utiliza hoy en día- muchos de los fallos producidos antes de ese año reconocieron ya la jerarquía constitucional a ciertos instrumentos internacionales.*

*El primer elemento en contribuir a este cambio fue la introducción en el texto constitucional de seis importantes artículos que definirían los parámetros de adopción de las normas internacionales en el orden interno. Estos fueron:*

*a) El artículo 9º, el cual reconoció que las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto por la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia;*

*b) El artículo 93, según el cual “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, 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.”*

*c) El artículo 94, que establece que “la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.”*

*d) El artículo 214 que al regular los estados de excepción dice en su numeral 2: “No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario.”*

*e) El artículo 53 que preceptúa: “Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna”, y*

*d) El artículo 102 que dice en su inciso 2 que: “Los límites señalados en la forma prevista por esta Constitución, solo podrán modificarse en virtud de tratados aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el presidente de la república”.*

Tenemos así que en virtud del texto de los artículos 4° y 93 de la Constitución las disposiciones normativas en materia de DDHH en tratados internacionales debidamente ratificados por Colombia hacen parte de la constitución y como tales:

“El hecho de que las normas que integran el bloque de constitucionalidad tengan jerarquía constitucional hace de ellas verdaderas fuentes de derecho, lo que significa que

los jueces en sus providencias y los sujetos de derecho en sus comportamientos oficiales o privados deben atenerse a sus prescripciones.”

Los Tratados de DDHH ratificados por Colombia son:

Tratado	Entrada en vigor	Ley aprobatoria
Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas	Adoptada en Nueva York el 20 de diciembre de 2006.	Ley 1418 de 2010
Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad	Aprobado el 13 de diciembre de 2006 en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York, abierto a la firma el 30 de marzo de 2007. Se obtuvieron 82 firmas de la Convención y 44 del Protocolo Facultativo, así como una ratificación de la Convención.	Ley 1346 de 2009
Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado	Aprobado por la Conferencia Diplomática de La Haya, el 26 de marzo de 1999.	Ley 1130 de 2007
Convención Interamericana contra el Terrorismo”,	Suscrita en la ciudad de Bridgetown, Barbados, el tres (3) de junio de dos mil dos (2002), en el trigésimo segundo período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos.	Ley 1108 de 2006
Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer	Adoptado por la Asamblea General en su Resolución A/54/4 de 6 de octubre de 1999. Entró en vigor: 22 de diciembre de 2000	Ley 984 de 2005
Protocolo Facultativo de la Convención sobre	Aprobado por la Asamblea General el 25 de	Ley 833 de 2003

los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados	mayo de 2000 mediante Resolución A/RES/54/263. Entró en vigor: 12 de febrero de 2002	
Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, en especial de Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia Organizada Transnacional.	Adoptada por la Asamblea General el 15 de Noviembre de 2000	Ley 800 de 2003
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	Aprobado por la Asamblea General el 25 de mayo de 2000 mediante Resolución A/RES/54/263. Entró en vigor: 18 de enero de 2002	Ley 765 de 2002
Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad	Adoptada por la Asamblea General, en su 29º Periodo ordinario de sesiones, en la ciudad de Guatemala, el 8 de junio de 1999. Entró en vigor: 14 de septiembre de 2001	Ley 762 de 2002
Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Roma, 17 de julio de 1988	Adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de noviembre de 2000.	Ley 742 del 5 de junio de 2002
Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.	Adoptada por la Asamblea general de la OEA en Belém do Pará, en Brasil el 9 de junio de 1994, 24º Periodo ordinario de sesiones. Entró en vigor: 28 de marzo de 1996.	Ley 707 de 2001
Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y	Aprobada por la Conferencia Diplomática sobre la prohibición total internacional de	Ley 554 de 2000

transferencia de minas antipersonales y sobre su destrucción. “Tratado de Ottawa”	minas terrestres antipersonales, el 18 de septiembre de 1997. Vigor: 1 de marzo de 1999	
Convenio OIT No. 182 Sobre las peores formas de trabajo infantil.	Adoptado en la 87ª Conferencia Internacional del Trabajo, el 17 de junio de 1999. Entro en vigor internacional el 19 de noviembre de 2000.	Ley 704 de 2000
Convenio OIT No. 138 sobre la edad mínima de admisión al empleo	Adoptado por la 58ª Conferencia Internacional del Trabajo el 26 de junio de 1973. Entró en vigor: 19 de junio de 1976	Ley 515 de 1999
Convención sobre Prohibiciones o restricciones del Empleo de ciertas Armas Convencionales que puedan Considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados, Ginebra (1980) Protocolo I: Fragmentos no localizables (1980); Protocolo II: minas, armas trampa y otros Protocolo III: Armas Incendiarias (1980); Protocolo IV: Armas Láser Cegadoras (1995).	Adoptada el 10 de octubre de 1980 por el Comité de Desarme de las Naciones Unidas. Entro en vigor: 2 de diciembre de 1983	Ley 469 de 1999
Convención Internacional sobre la Prohibición del Desarrollo, Producción, Almacenamiento y Uso de Armas Químicas y sobre su Destrucción (1993)	Entro en vigor el 29 de abril de 1997	Ley 525 de 1999
Convención Interamericana sobre el tráfico internacional de menores	Aprobada en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado. Entro en vigor internacional el 15 de agosto de 1987	Ley 470 de 1998
Enmienda al Artículo 8º. de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas	Adoptada por la Asamblea General en su Resolución 2106 A (XX) de 21 de	Ley 467 de 1998

las formas de discriminación racial (1992).	diciembre de 1965. Entró en vigor: 4 de enero de 1969	
Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar Tortura.	Aprobada por la Asamblea General de la OEA en Cartagena de Indias el 9 de dic. de 1985. Entró en vigor: 28 febrero de 1987	Ley 409 de 1997
Enmienda al párrafo 7°. Del artículo 17 y al párrafo 5° del artículo 18 de la Convención sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (1992).	Adoptada por la Asamblea General en su Resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984. Entró en Vigor el 26 de junio de 1987	Ley 405 de 1997
Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en casos de Conflicto Armado.	La Haya, 14 de mayo de 1954	Ley 340 de 1997
Convención para prevenir y sancionar Actos de Terrorismo	Adoptado en: Washington, D.C., Estados Unidos Febrero 2 de 1971. Tercer periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General. Entrada en vigor: // para cada país, en la fecha de depósito de su instrumento de ratificación conforme al artículo 12 de la Convención	Ratificación Agosto 13 de 1996 Depósito Noviembre 15 de 1996
Primer protocolo de la convención de la Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado		Ley 340 de 1996
Protocolo Adicional a la convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. "Protocolo de San Salvador"	Suscrito en San Salvador el 17 de noviembre de 1988. Entró en vigor: 16 de Nov. de 1999	Ley 319 de 1996
Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a Abolir la Pena de Muerte	Aprobado por la Asamblea General en su Resolución 44/128 el 15 de diciembre de 1989. Vigor el 11 julio de 1991	Ley 297 de 1996
Convención Interamericana	Adoptada en Belém do Pará,	Ley 248 de 1995

para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. “Convención de Belém do Pará”	Brasil, el 9 de junio de 1994. Vigor: 5 de marzo de 1995 (Art.21).	
Convenio sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños.	Suscrito en La Haya el 25 de octubre de 1980. Adoptada el 25 de octubre de 1980, en la Décimo Cuarta Sesión, de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado	Ley 173 de 1994
Protocolo Adicional (Protocolo II) relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (1977)	Aprobado por la Conferencia Diplomática sobre la reafirmación y el desarrollo del derecho humanitario aplicable en los conflictos armados, el 8 de junio de 1977. Entró en vigor: 7 de diciembre de 1978	Ley 171 de 1994
Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus familiares	Adoptada por la Asamblea General con Resolución 45/158 del 18 de diciembre de 1990. Vigor el 1 de julio de 2003	Ley 146 de 1994
Convenio (N. 169) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes		Ley 21 de 1991
Convención sobre los Derechos del Niño Adoptada por la	Asamblea General en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entró en vigor: 2 de septiembre de 1990	Ley 12 de 1991
Convención Internacional sobre la represión y el castigo del Crimen de Apartheid	Adoptada por la Asamblea General el 30 de noviembre de 1973 Resolución 3068 (XXVIII). Entró en vigor internacional el 18 de julio de 1976 (Art.XV).	Ley 26 de 1987
Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes	Adoptada por la Asamblea General en su Resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984. Entró en Vigor el 26 de junio de 1987	Ley 70 de 1986
Convención sobre las medidas que deben	Conferencia General de la Organización de las Naciones	Ley 63 de 1986

adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales	Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, en su 16.a reunión, celebrada en París, del 12 de octubre al 14 de noviembre de 1970.	
Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer	Adoptada por la Asamblea General el 20 de diciembre de 1952 mediante su Resolución 640 (VII). Vigor el 7 de julio de 1954	Ley 35 de 1986
Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer	Adoptada por la Asamblea General en su Resolución 34/180, de 18 de dic. De 1979. Entró en vigor: 3 de sept.de 1981.	Ley 51 de 1981
Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial	Adoptada por la Asamblea General en su Resolución 2106 A (XX) de 21 de diciembre de 1965. Entró en vigor: 4 de enero de 1969	Ley 22 de 1981
Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y su Destrucción de 1972		Ley 10 de 1980
Protocolo Adicional (Protocolo I ) Relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales	Aprobado por la Conferencia Diplomática sobre la reafirmación y el desarrollo del derecho humanitario aplicable en los conflictos armados, el 8 de junio de 1977. Entró en vigor: 7 de diciembre de 1978.	Comisión Especial Art. 6o. Transitorio Constitución Política.
Convenio OIT No. 98 Relativo a la Aplicación de los Principios del Derecho de Sindicalización y de Negociación Colectiva y relaciones laborales	Adoptado por la 32ª Conferencia Internacional del Trabajo el 1 de julio de 1949. Entró en vigor internacional el 18 de julio de 1951. Sujeto Libertad sindical, negociación colectiva	Ley 27 de 1976
Convenio OIT No. 87 relativo a la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación	Adoptado en la 31ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo el 9 de julio de 1948. Entró en vigor internacional el 4 de julio de 1950.	Ley 26 de 1976

Convención Americana sobre Derechos Humanos. “Pacto de San José”	Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. Entró en vigor: 18 de julio de 1978.	Ley 16 de 1972
Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados	Aprobado por la Asamblea General mediante Resolución 2198 (XXI) de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor: 4 de octubre de 1967 (Art.VIII).	Ley 65 de 1969
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)	Entró en Vigor el 23 de marzo de 1976.	Ley 74 de 1968
Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)	Adoptado por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entró en Vigor el 23 de marzo de 1976.	Ley 74 de 1968
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	Adoptado por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entró en Vigor 3/01/76	Ley 74 de 1968
Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer	Adoptada por la Asamblea General el 20 de diciembre de 1952 mediante su Resolución 640 (VII). Vigor el 7 de julio de 1954	Ley 35 de 1986
Convenio OIT No. 29 Relativo al Trabajo Forzoso u obligatorio	Adoptado en la 4ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, el 28 de junio de 1930. Entró en vigor internacional el 1 de Mayo de 1932.	Ley 23 de 1967
Convenio OIT No. 100 Relativo a la Igualdad de Remuneración entre la Mano de Obra Masculina y la mano de obra Femenina por un Trabajo de Igual Valor	Adoptado por la 34ª Conferencia Internacional del Trabajo el 29 de junio de 1951. Entró en vigor internacional el 6 de junio de 1951. Entró en vigor internacional el 23 de mayo de 1953.	Ley 54 de 1962
Convenio OIT No. 105 Relativo a la Abolición del Trabajo Forzoso.	Adoptado en la 40ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, el 25 de junio de 1957. Entró en vigor internacional el 17 de enero de 1959.	Ley 54 de 1962

Convención sobre el Estatuto de los Refugiados	Adoptada el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y los Apátridas (ONU) Resolución 429 (V) de diciembre 14 de 1950. Entró en vigor: 22 de abril de 1954	Ley 35 de 1961
Convenios de Ginebra I. Para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña II. Para aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar. III. Relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra. IV. Relativo a la Protección de la Población Civil.	Aprobados por la Conferencia Diplomática para elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger las víctimas de la guerras, el 12 de agosto de 1949, Entraron en vigor: 21 de octubre de 1950	Ley 5a. de 1960
Convenio OIT No. 111 relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación.	Adoptado en la 42ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, el 25 de junio de 1958. Entró en vigor internacional el 15 de junio de 1960	
Convención para la Prevención y la Sanción del Delito del Genocidio Adoptada por la	Asamblea General el 9 de diciembre de 1948 con Resolución 260 A (III). Entró en vigor el 12 de Enero de 1951 (Art.XIII)	Ley 28 de 1959
Convenio sobre la Protección de las Instituciones Artísticas y Científicas y de los Monumentos Históricos (Pacto Roerich).	Washington, 15 de abril de 1935	Ley 36 de 1936
Convención sobre Asilo Político	Adoptada por la 7ª Conferencia Internacional Americana, Montevideo, Uruguay, el 26 de diciembre de 1933. Entro en Vigor: 28 de marzo de 1935	Ley 15 de 1936
Convención Interamericana sobre la Nacionalidad de la Mujer	Adoptada por la 7ª Conferencia Internacional Americana, Montevideo, Uruguay, 26 de diciembre de 1933 Entró en vigor: 29 de agosto de 1934	Ley 77 de 1935
Convención de la OEA sobre	Adoptada por la 6ª	Ley 75 de 1931

el Asilo.	Conferencia Internacional Americana, La Habana, Cuba, el 20 de febrero de 1928. Entró en vigor: 21 de mayo de 1929.	
Tratado sobre Renuncia a la Guerra (Pacto Briand-Kellog) de 1928		Ley 29 de 1930
Convención sobre los Derechos y Deberes de los Estados en caso de Luchas Civiles	Adoptada en la 6ª Conferencia Internacional Americana, La Habana, Cuba, el 20 de febrero de 1928. Entro en vigor: 21 de mayo de 1929	Ley 17 de 1930
Convención sobre los Derechos y deberes de los Estados en Caso de Guerra Civil (1928)		Ley 17 de 1930

Fuente: Programa Presidencial de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario.

<http://www.derechoshumanos.gov.co/epu/Documents/130219-3-anexo3.pdf>

Son numerosos los tratados de DDHH vigentes en Colombia y que por mandato constitucional debemos considerar como derecho vigente y aplicable. El bloque de constitucionalidad constituye pues numerosas normas de derecho internacional en derecho interno, de todos estos tratados presenta particular relevancia la Convención Americana De Derechos Humanos o Pacto de San José que instituyó la Corte Interamericana de Derechos Humanos la cual ha tenido alta incidencia en Colombia.

**2.2.3 Corte Interamericana de Derechos Humanos y Graves Violaciones a los DDHH en Colombia.** Con el pacto de San José se planteó la necesidad de crear instrumentos internacionales para la protección de los DDHH en el continente americano así:

*Con el fin de salvaguardar los derechos esenciales del hombre en el continente americano, la Convención instrumentó dos órganos competentes para conocer de las violaciones a los derechos humanos: La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La primera había sido creada en 1959 e inició sus funciones en 1960, cuando el Consejo de la OEA aprobó su Estatuto y eligió sus primeros miembros.*

*Sin embargo, el Tribunal no pudo establecerse y organizarse hasta que entró en vigor la Convención. El 22 de mayo de 1979 los Estados Partes en la Convención Americana eligieron, durante el Séptimo Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA, a los juristas que en su capacidad personal, serían los primeros jueces que compondrían la Corte Interamericana. La primera reunión de la Corte se celebró el 29 y 30 de junio de 1979 en la sede de la OEA en Washington, D.C.(Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2013)*

La Corte Interamericana como ente encargado de la protección de DDHH cumple una función consultiva y otra judicial. En cumplimiento de su función jurisdiccional la CIDH ha emitido catorce sentencias a Colombia por la acción u omisión de sus agentes en graves violaciones a derechos humanos. Dichos casos son:

1. Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia. Excepciones Preliminares. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 17.

2. Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia. Fondo. Sentencia de 8 de diciembre de 1995. Serie C No. 22.
3. Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia. Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 31.
4. Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Excepciones Preliminares. Sentencia de 4 de febrero de 2000. Serie C No. 67.
5. Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90.
6. Caso de los 19 Comerciantes Vs. Colombia. Excepción Preliminar. Sentencia de 12 de junio de 2002. Serie C No. 93.
7. Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 Noviembre de 2002. Serie C No. 96.
8. Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109
9. Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Excepciones preliminares. Sentencia 7 de marzo 2005. Serie C No. 122.
10. Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132.
11. Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.
12. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140.
13. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148.

14. Caso la masacre de la rochela vs. Colombia Sentencia 11 mayo de 2007 serie C No.

Lo anterior nos muestra la importancia de la CIDH para el contexto de los DDHH en Colombia, es de particular importancia resaltar que las decisiones de la Corte tienen un carácter vinculante, además de los derechos expresamente enunciados en la Carta, el desarrollo jurisprudencial ha mostrado obligaciones que emanan de forma no explícita del texto, entre ellos están el deber de proteger, prevenir, investigar, el derecho a la verdad, recurso judicial efectivo y garantías de no repetición, entre otros (Castellanos morales, 2008, pág. 43 y ss.).

A su vez la Corte ha introducido recurrentemente los principios del "*Informe final del relator especial sobre la impunidad y conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*" o principios de Joinet.

Como se dijo en la introducción se puede entender en términos generales dichos como cuatro obligaciones (Botero Marino & Restrepo Saldarriaga, 2006) que se generan para los Estados:

**Primero:** la satisfacción del derecho a la justicia.

**Segundo:** la satisfacción del derecho a la verdad.

**Tercero:** la satisfacción del derecho a la reparación de las víctimas.

**Cuarto:** la adopción de medidas y garantías de no repetición.

Estos principios constituyen normatividad vinculante en materia de DDHH.

### **2.3 CONFLICTO DE NORMAS DE DERECHOS HUMANOS Y EL NUEVO FUERO MILITAR.**

Atendiendo entonces a la multiplicidad de normas de DDHH que deben ser tenidas en cuenta como derecho vigente y aplicable y al carácter inespecífico de ellas en cuanto a referencia de la justicia penal militar (Andreu-Guzmán, 2003) nos atenderemos a verificar si es compatible la modificación del fuero militar con las obligaciones del Estado anteriormente mencionadas y dejaremos la confrontación de normas para la relación entre fuero militar y el DIH que tienen un carácter mucho más específico. La efectividad de dichos deberes depende el establecimiento de un sistema de enjuiciamiento que sea independiente, autónomo e imparcial.

El Derecho a la Justicia es un derecho complejo que emana de los artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana De Derechos Humanos, de los artículos 1.1, 2, 8, 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y de varias normas del DIH, se compone de otras garantías:

- I. El deber del Estado de sancionar a los responsables de graves violaciones de los derechos humanos y los límites de las amnistías indultos en procesos de paz.
- II. Deben imponer penas adecuadas a los responsables.
- III. Deber de investigar.
- IV. Derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo.

- V. Deber de respetar en todos los procesos judiciales las reglas del debido proceso.  
Aplicación material del principio non bis in ídem e imprescriptibilidad de los delitos atroces

La aplicación de la ley reglamentaria del fuero militar solo representa una posible vulneración a la presente garantía cuando las reglas de competencia generen una incertidumbre en la aplicabilidad del régimen específico tal y como se estipuló como un riesgo probable en el primer capítulo. El problema de la indeterminación de la competencia pone en peligro la aplicabilidad de todos.

Que la determinación de la competencia sea definida por un tribunal compuesto de militares no determina que se vaya a generar impunidad, pero genera un campo de incertidumbre inaceptable. A su vez históricamente se ha visto como el juzgamiento de militares por militares que siguen el espíritu de cuerpo y se consideran compañeros se presta para decisiones parcializadas (Andreu-Guzmán, 2003).

El Derecho a la Verdad, a la Reparación Integral y la adopción de medidas y garantías de no repetición dependen de la existencia de mecanismos adecuados para la investigación y esclarecimiento de los hechos que sean imparciales este derecho emana de los principios de Joinet directamente, determinando el derecho de las víctimas de violaciones a DDHH a la información sobre la verdad histórica de lo acontecido, a que se le repare por ellos y a que no se vuelvan a llevar a cabo dichos atropellos. Dichos derechos en Colombia no se han visto satisfechos históricamente, prueba de ello son los numerosos casos que han llegado a sentencias en la Corte Interamericana. Las

contradicciones de principio aquí expuestas no parecen lo suficientemente fuerte para permitir esbozar una inaplicabilidad e inexecutable de la norma y obliga a un análisis más concreto en materia de Derecho Internacional Humanitario.

### **3. FUERO MILITAR Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO.**

#### **3.1 EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO: PROTOCOLO II DE GINEBRA.**

El Derecho Internacional Humanitario es una rama del Derecho Internacional Público(Pallares Bossa, 1996), cuyas principales fuentes provienen de la costumbre y de las reglas convencionales, de acuerdo con los tratados y convenios suscritos por los Estados soberanos. (Robledo Ramírez & Serrano Rincón, 1999) Se puede definir *como “el sistema de normas internacionales de origen convencional o consuetudinario, destinado básicamente a ser aplicado en los conflictos armados internacionales o no internacionales, y que limita por razones humanitarias, el derecho de las partes en conflicto a elegir libremente los métodos y medios utilizados en la guerra, y protege además a las personas y a los bienes afectados o que eventualmente pueden ser afectados por el conflicto”*(de la Coste, 1994). El DIH, tiene como características(Robledo Ramírez & Serrano Rincón, 1999):

- a.** En cuanto a los sujetos destinatarios: En el DIH, los destinatarios son las partes en conflicto armado no internacional, las fuerzas armadas disidentes y organizadas que intervienen en un conflicto armado no internacional, contra las fuerzas de una alta parte contratante y los Estados, en su carácter de Altas Partes contratantes de los cuatro Convenios de Ginebra y los Protocolos Adicionales.

- b.** En cuanto a los sujetos protegidos: en el DIH, los sujetos protegidos son los no combatientes, es decir, quienes nunca han empuñado las armas (población civil) y quienes han dejado de combatir (enemigos desarmados).(Corte Constitucional, 1995)
  
- c.** En cuanto a su ámbito de aplicación: el DIH tiene como principal ámbito de aplicación los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y los conflictos armados no internacionales (Protocolo II, Artículo 3° Común).(de la Coste, 1994)
  
- d.** En cuanto a los sujetos responsables: En el campo del DIH, los sujetos responsables por la violación de las normas internaciones, son los grupos insurgentes que estén en condiciones de cumplir con las normas humanitarias, es decir, que tengan un control jerárquico y un control territorial.(Robledo Ramírez & Serrano Rincón, 1999)
  
- e.** En cuanto a la violación de normas humanitarias: el DIH busca limitar el derecho de los Estados a escoger libremente los métodos y medios para el combate, para así, evitar que estos no causen más daño del necesario y se proteja a las víctimas de las guerras. Se aplica cuando se rompe el ordenamiento jurídico vigente.(Robledo Ramírez & Serrano Rincón, 1999)

El Derecho Internacional Humanitario y el Derecho de Ginebra surgieron como mecanismo de reparación a raíz de los horrores vividos por las víctimas de las guerras mundiales del siglo XX, con el fin de garantizar el respeto a la dignidad humana de quienes no participan directamente del combate y han quedado sin protección, a razón de heridas, cautiverio o enfermedades. Actualmente, las normas humanitarias aplicables a

los conflictos armados protegen a las personas fuera de combate, establece que se debe prestar asistencia a los heridos y enfermos y que se les respeten, a los combatientes capturados, su dignidad, vida, derechos humanos y convicciones.

**3.1.1 Estructura y Contenido del Protocolo II.** Un protocolo, en el contexto del derecho internacional es un acuerdo de voluntades de internacionales que tiene como propósito complementar lo que establece otro acuerdo, para hacerlo más aplicable y eficaz. (Robledo Ramírez & Serrano Rincón, 1999)

El Protocolo II de Ginebra, es uno de los Protocolos Adicionales a la cuatro Convenios de Ginebra de 1949 que tiene una aplicabilidad durante las situaciones de conflicto interno en un Estado, con el fin de cumplir con los principios del DIH y de ampliar las disposiciones normativas que protegen a las víctimas durante los conflictos armados. Tiene su origen en la Conferencia Diplomática reunida en la ciudad de Ginebra, Suiza, donde fue aprobado el 10 de julio de 1977, en razón a la necesidad de unas garantías efectivas de protección a las víctimas de los conflictos armados dentro de un Estado.(Valencia Villa, 1994)

## **3.2 EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN COLOMBIA.**

**3.2.1 Bloque de Constitucionalidad y DIH.** Por Bloque de Constitucionalidad, según la Corte Constitucional Colombiana debe entenderse que *“son aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto*

*han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional estricto sensu*". (Corte Constitucional, 1995) Su antecedente histórico se encuentra en Francia, donde aparece por primera vez en un fallo del Consejo Constitucional francés donde se estimó que como el preámbulo de la Constitución francesa de 1958, hacía referencia a la Constitución derogada de 1946 y a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, era una norma de valor constitucional que servía de elaboración del juicio de constitucionalidad de cualquier disposición del ordenamiento jurídico.(NIÑO RAMOS & ROMERO SOTOMAYOR, 2005)

La función de intérprete auténtico y superior de la Constitución Política, se cumple a través de la Corte Constitucional y se traduce en las sentencias que ésta dicta, así se establece una coherencia entre algunas normas jurídicas con la integridad de la Carta Política, las cuales poseen jerarquía constitucional por ser principios y reglas de valor constitucional. (Corte Constitucional, 1995) La definición de Bloque de Constitucionalidad en *stricto sensu*<sup>3</sup> está conformada por el texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación del principio de soberanía del Estado se encuentre prohibida en los estados de excepción. (Corte Constitucional, 1999)y, en *lato sensu* está compuesto por

---

<sup>3</sup> La Corte Constitucional en sentencia C-358 de 1997, resaltó que el Bloque de Constitucionalidad en estricto sentido está conformado por los tratados internacionales que reconocen derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, los tratados de límites y los convenios 87 y 88 de la OIT, entre otros.

*“todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias (...)”* (Corte Constitucional, 1999)

De acuerdo con lo anterior, es pertinente afirmar que aquellas normas que hagan parte del Bloque de Constitucionalidad en amplio sentido, tienen características comunes, como ser medida para efectuar el control de constitucionalidad del derecho interno; tener, con respecto a las normas ordinarias, un rango normativo superior y, hacer parte del Bloque de Constitucionalidad debido a una expedición generada por una disposición constitucional.(OLANO GARCÍA)

El Derecho Internacional Humanitario DIH, constituye un eje básico en la conformación del Bloque de Constitucionalidad, de hecho, la Constitución Política de 1991 lo incorporó expresamente en el artículo 214 sobre la regulación de los estados de excepción, donde enuncia que *“no podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario. Una ley estatutaria regulará las facultades del gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos, de conformidad con los tratados internacionales. Las medidas que se adopten deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos”*.

El Derecho Internacional Humanitario está compuesto por las normas del *Derecho de Ginebra*, relativas a la protección y cuidado internacional de las víctimas en conflictos armados y por el *Derecho de La Haya* consistentes en la limitación y regulación de los medios y métodos de combate por parte de las naciones en conflictos. Ambas conformaban el *Jus In Bello* o Derecho de la Guerra. Hoy se habla del DIH como el conformado por los Convenios de Ginebra del año 1949 y los dos Protocolos Adicionales de 1977, leyes 5ª de 1960, 11 de 1992 y 171 de 1994, respectivamente.(ECHEVERRI QUINTANA, 2006) El DIH, como resultado de las políticas de humanización de la guerra, defendidas por la comunidad internacional, permite afirmar que sus normas son de carácter *supraconstitucional*, al ser normas imperativas del Derecho Internacional General. El artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 señaló: “*una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter*”. Por lo tanto, todo tratado que contradiga los principios del Derecho Internacional Humanitario es nulo frente al derecho internacional, por cuanto el carácter imperativo de estas disposiciones normativas, no deriva del consentimiento de los estados sino de su reconocimiento por la comunidad internacional.

Así, los principios del Derecho Internacional Humanitario establecidos en los Convenios de Ginebra y en sus dos Protocolos, por el hecho de constituir un catálogo ético mínimo aplicable a situaciones de conflicto nacional o internacional(ECHEVERRI QUINTANA, 2006), aceptado por la comunidad internacional, hacen parte del derecho

internacional y es de carácter obligatorio para todas las naciones que hagan parte de dicha comunidad. En consecuencia, su fuerza vinculante proviene de la aceptación universal y el reconocimiento que la comunidad internacional, como conjunto, le ha dado al no admitir norma o práctica en contrario. Son pues, normatividades complementarias con el fin de proteger los principios de humanidad, que hacen parte del régimen internacional de protección de los derechos de la persona humana.(Corte Constitucional, 1995)

**3.2.2 El DIH En El Ordenamiento Jurídico Colombiano.** El derecho internacional humanitario es un conjunto de normas internacionales de origen convencional o consuetudinario, destinado a ser aplicado en los conflictos armados internacionales y, que limita los medios y métodos utilizados en la guerra, así como la protección de la población en condiciones de vulnerabilidad. (SWINARSKI, 1984) En Colombia, el derecho internacional se entiende como el derecho de los conflictos armados, el cual comprende el derecho internacional humanitario y el derecho de la guerra, es decir, son normas que limitan el derecho de las partes en conflicto a elegir las herramientas utilizadas en combate y, los mecanismos de protección a las víctimas y a los bienes susceptibles de ser afectados dentro del conflicto armado.(Corte Constitucional, 1995)

Los principios del Derecho Internacional Humanitario plasmados es los Convenios de Ginebra y en sus dos protocolos, hacen parte del *iuscogens* o derecho

consuetudinario de los pueblos. La Constitución de 1886 en su artículo 121<sup>4</sup> se refería al Derecho de Gentes, como el Derecho de los Conflictos Armados, es decir, un conglomerado normativo que, con el fin de proteger a la población civil, a los no combatientes y en general a las víctimas; limitaban las acciones bélicas en caso de guerra o conmoción exterior. Con la Constitución de 1991, en los artículos 212<sup>5</sup>, 213<sup>6</sup> y

---

<sup>4</sup>**Artículo 121.-** En los casos de guerra exterior, o de conmoción interior, podrá el presidente, previa audiencia del Consejo de Estado y con la firma de los Ministros, declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella.

Mediante tal declaración quedará el Presidente investido de las facultades que le confieren las leyes, y, en su defecto, de las le da el Derecho de gentes, para defender los derechos de la Nación o reprimir el alzamiento. Las medidas extraordinarias o decretos de carácter provisional legislativo que, dentro de dichos límites, dicte el Presidente, serán obligatorios siempre que lleven la firma de todos los Ministros.

El Gobierno declarará restablecido el orden público luego que haya cesado la perturbación o el peligro exterior; y pasará al Congreso una exposición motivada de sus providencias. Serán responsables cualesquiera autoridades por los abusos que hubieren cometido en el ejercicio de facultades extraordinarias

<sup>5</sup>**Artículo 212.-** El Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, podrá declarar el Estado de Guerra Exterior. Mediante tal declaración, el Gobierno tendrá las facultades estrictamente necesarias para repeler la agresión, defender la soberanía, atender los requerimientos de la guerra, y procurar el restablecimiento de la normalidad.

La declaración del Estado de Guerra Exterior sólo procederá una vez el Senado haya autorizado la declaratoria de guerra, salvo que a juicio del Presidente fuere necesario repeler la agresión.

Mientras subsista el Estado de Guerra, el Congreso se reunirá con la plenitud de sus atribuciones constitucionales y legales, y el Gobierno le informará motivada y periódicamente sobre los decretos que haya dictado y la evolución de los acontecimientos.

Los decretos legislativos que dicte el Gobierno suspenden las leyes incompatibles con el Estado de Guerra, rigen durante el tiempo que ellos mismos señalen y dejarán de tener vigencia tan pronto se declare restablecida la normalidad. El Congreso podrá. En cualquier época, reformarlos o derogarlos con el voto favorable de los dos tercios de los miembros de una y otra cámara.

<sup>6</sup>**Artículo 213.-** En caso de grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana, y que no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de Policía, el Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, podrá declarar el Estado de Conmoción Interior, en toda la República o parte de ella, por término no mayor de noventa días, prorrogable hasta por dos períodos iguales, el segundo de los cuales requiere concepto previo y favorable del Senado de la República.

Mediante tal declaración, el Gobierno tendrá las facultades estrictamente necesarias para conjurar las causas de la perturbación e impedir la extensión de sus efectos. Los decretos legislativos que dicte el Gobierno podrán suspender las leyes incompatibles con el Estado de

214<sup>7</sup>, lo sustituyó por un nuevo régimen, en el cual el estado de sitio fue reformado, incluyendo el carácter obligatorio de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario. Por tanto, el ordenamiento jurídico constitucional colombiano siempre ha permitido y ordenado la aplicación de las normas humanitarias.

---

Conmoción y dejarán de regir tan pronto como se declare restablecido el orden público. El Gobierno podrá prorrogar su vigencia hasta por noventa días más.

Dentro de los tres días siguientes a la declaratoria o prórroga del Estado de Conmoción, el Congreso se reunirá por derecho propio, con la plenitud de sus atribuciones constitucionales y legales. El Presidente le pasará inmediatamente un informe motivado sobre las razones que determinaron la declaración.

En ningún caso los civiles podrán ser investigados o juzgados por la justicia penal militar.

<sup>7</sup>**Artículo 214.-** Los Estados de Excepción a que se refieren los artículos anteriores se someterán a las siguientes disposiciones:

1. Los decretos legislativos llevarán la firma del Presidente de la República y todos sus ministros y solamente podrán referirse a materias que tengan relación directa y específica con la situación que hubiere determinado la declaratoria del Estado de Excepción.
2. No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario. Una ley estatutaria regulará las facultades del Gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos de conformidad con los tratados internacionales. Las medidas que se adopten deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos.
3. No se interrumpirá el normal funcionamiento de las ramas del poder público ni de los órganos del Estado.
4. Tan pronto como hayan cesado la guerra exterior o las causas que dieron lugar al Estado de Conmoción Interior, el Gobierno declarará restablecido el orden público y levantará el Estado de Excepción.
5. El Presidente y los ministros serán responsables cuando declaren los estados de excepción sin haber ocurrido los casos de guerra exterior o de conmoción interior, y lo serán también, al igual que los demás funcionarios, por cualquier abuso que hubieren cometido en el ejercicio de las facultades a que se refieren los artículos anteriores.
6. El Gobierno enviará a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición, los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refieren los artículos anteriores, para que aquélla decida definitivamente sobre su constitucionalidad. Si el Gobierno no cumpliera con el deber de enviarlos, la Corte Constitucional aprehenderá de oficio y en forma inmediata su conocimiento.

En el artículo 93<sup>8</sup> de la Constitución, el constituyente consagró la primacía del Derecho Internacional al establecer una prevalencia de los tratados y convenios ratificados por Colombia y la obligación de interpretar la constitución, conforme a estas disposiciones. A su vez, en el artículo 94<sup>9</sup>, la Constitución establece “*la posibilidad de aplicar derechos no consagrados en el texto constitucional o incluso en los convenios y tratados no ratificados por Colombia, cuando se trate de derechos inherentes a la persona humana.*”(Robledo Ramírez & Serrano Rincón, 1999) Al haber incorporado estos principios, se reafirma el sentir del constituyente en pro de la protección de los valores humanitarios reconocidos por la Comunidad Internacional, al ser parte el Derecho Internacional Humanitario del bloque de constitucionalidad.

### **3.3 ESTRUCTURA DEL FUERO MILITAR Y COLISIÓN CON EL DIH - PROTOCOLO II DE GINEBRA.**

En el periodo legislativo de julio de 2011 se propuso revivir de forma ampliada el denominado Fuero Militar, con el proyecto de Acto Legislativo 07 del 2011 que se transformó en el acto legislativo 02 de 2012 el cual modificó temas relacionados con la investigación, juzgamiento y sanción de miembros de las Fuerzas Militares y la Policía; los cuales, eventualmente podrían ser violatorios de disposiciones normativas del

---

<sup>8</sup>**Artículo 93.-** 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 derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

<sup>9</sup>**Artículo 94.-** La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

derecho internacional humanitario, al presentar figuras que colisionan con lo consagrado en el Protocolo II de Ginebra y demás normas humanitarias. El 17 de junio de 2013, la ley estatutaria para reformar el sistema de justicia penal militar fue aprobada por el Congreso de la República, representando un retroceso en materia de protección al derecho internacional humanitario, al dejar lagunas jurídicas que permitirán que los militares responsables por violaciones a derechos humanos queden sustraídos de la persecución penal y muy probablemente dará lugar a impunidad en casos de violaciones expresas al DIH, pero qué no hacen parte de la lista taxativa de abusos por parte de los militares, incluida en la nueva ley. Determinando así que el Estado no garantiza la aplicabilidad del derecho internacional humanitario, ni investiga o juzga ante autoridades independientes e imparciales todas las violaciones e infracciones a dicho derecho, cometidas en su jurisdicción.

**3.3.1 Acto Legislativo 02 de 2012 y DIH.** El Acto Legislativo 02 de 2012 tiene como objetivo reformar los artículos 116<sup>10</sup>, 152<sup>11</sup> y 221<sup>12</sup> de la Constitución Política de

---

<sup>10</sup> **Artículo 116.-** La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran justicia. También lo hace la justicia penal militar.

El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.

Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.

<sup>11</sup> **Artículo 152.-** Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias:

- a) Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección;

Colombia que guardan relación con temas sobre la investigación, juzgamiento y sanción de los miembros de las FFMM y la Policía. En el artículo 1<sup>13</sup> se crea el **Tribunal Penal de Garantías**, cuyas funciones asignadas permite que se establezcan jueces de garantías que actúen de manea equivalente a los ya establecidos para la justicia penal ordinaria. Los jueces de garantías -en el procedimiento penal ordinario- se ocupan de aspectos formales como, la legalización de la captura, el debido proceso, la protección al condenado, entre otros; el establecimiento de jueces de garantía para los militares, denota un desconocimiento de la igualdad ante la ley, al no existir un fundamento

- 
- b) Administración de justicia;
  - c) Organización y régimen de los partidos y movimientos políticos; estatuto de la oposición y funciones electorales;
  - d) Instituciones y mecanismos de participación ciudadana;
  - e) Estados de excepción.

<sup>12</sup>**Artículo 221.-** De los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar.

<sup>13</sup>**Artículo 1.-** Adiciónese el artículo 116 de la Constitución Política con los siguientes incisos: Créase un Tribunal de Garantías Penales que tendrá competencia en todo el territorio nacional y en cualquier jurisdicción penal, y ejercerá las siguientes funciones:

1. De manera preferente, servir de juez de control de garantías en cualquier investigación o proceso penal que se adelante contra miembros de la Fuerza Pública.
2. De manera preferente, controlar la acusación penal contra miembros de la Fuerza Pública, con el fin de garantizar que se cumplan los presupuestos materiales y formales para iniciar el juicio oral.
3. De manera permanente, dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre la Jurisdicción Ordinaria y la Jurisdicción Penal Militar.
4. Las demás funciones que le asigne la ley.

El Tribunal de Garantías estará integrado por ocho (8) Magistrados, cuatro (4) e los cuales serán miembros de la Fuerza Pública en retiro. Sus miembros serán elegidos por la Sala de Gobierno de la Corte Suprema de Justicia, la Sala de Gobierno del Consejo de Estado y la Corte Constitucional en pleno. Los miembros de la Fuerza Pública en retiro de este Tribunal serán elegidos de cuatro (4) ternas que enviará el Presidente de la República.

Una ley estatutaria establecerá los requisitos exigidos para ser magistrado, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, el mecanismo de postulación de candidatos, el procedimiento para su selección y demás aspectos de organización y funcionamiento del Tribunal de Garantías Penales.

**Parágrafo Transitorio.** El Tribunal de Garantías Penales empezará a ejercer funciones asignadas en este artículo, una vez entre en vigencia la ley estatutaria que lo reglamente.

objetivo y justificable que permita el trato diferenciado entre ciudadanos, porque para el ejercicio de la función de garantías, no se necesita un conocimiento especializado y por ende, éste no puede alegarse como requisito para el juzgamiento de militares, es decir, la función de un juez de garantía es general y aplicable a todos los ciudadanos civiles o militares, por lo tanto, se trata de una distinción arbitraria que rompe la igualdad ante la ley.

En el artículo 3<sup>14</sup> del acto legislativo 02 de 2012, en el inciso 2, se especifican **siete conductas excluidas de la competencia de la justicia militar** y se aclaran las

---

<sup>14</sup> **Artículo 3°.**- El artículo 221 de la Constitución Política quedará así:

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

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

Cuando la conducta de los miembros de la Fuerza Pública en relación con un conflicto armado sea investigada y juzgada por las autoridades judiciales, se aplicará siempre el Derecho Internacional Humanitario. Una ley estatutaria especificará sus reglas de interpretación y aplicación, y determinará la forma de armonizar el derecho penal con el Derecho Internacional Humanitario.

Si en desarrollo de una acción, operación o procedimiento de la Fuerza Pública, ocurre alguna conducta que pueda ser punible y exista duda sobre la competencia de la Justicia Penal Militar, excepcionalmente podrá intervenir una comisión técnica de coordinación integrada por representantes de la jurisdicción penal militar y de la jurisdicción penal ordinaria, apoyada por sus respectivos órganos de policía judicial. La ley estatutaria regulará la composición y funcionamiento de esta comisión, la forma en que será apoyada por los órganos de policía judicial de las jurisdicciones ordinarias y penal militar y los plazos que deberá cumplir.

La ley ordinaria podrá crear juzgados y tribunales penales policiales, y adoptar un Código Penal Policial.

La ley estatutaria desarrollará las garantías de autonomía e imparcialidad de la Justicia Penal Militar. Además, una ley ordinaria regulará una estructura y un sistema de carrera propio e independiente del mando institucional.

infracciones al DIH, excepto las conductas antes mencionadas, son de conocimiento de la justicia castrense. Al existir una lista de siete conductas que se excluyen de la competencia del tribunal militar, se están excluyendo muchas otras violatorias de derechos humanos y al hacerlo, es posible que la justicia militar tenga el conocimiento y la competencia para juzgarlas, desconociéndose así, el deber de investigar ante organismos independientes e imparciales las conductas que constituyan una violación a los derechos humanos. Además, el sostener que todas las conductas violatorias al DIH - salvo las siete excepciones- serán competencia de la justicia militar, representa un impedimento para que las víctimas de estas conductas accedan a la justicia. Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha declarado que:

*“El problema de impunidad en la justicia penal militar no se vincula exclusivamente a la absolución de los acusados sino que la investigación de casos de violaciones a los derechos humanos por la justicia militar en sí misma conlleva problemas para el acceso a un recurso judicial efectivo e imparcial. La investigación del caso por parte de la justicia militar precluye la posibilidad de una investigación objetiva e independiente ejecutada por autoridades judiciales no ligadas a la jerarquía de mando de las fuerzas de seguridad. Las investigaciones sobre la conducta de*

---

Créase un fondo destinado específicamente a financiar el Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los miembros de la Fuerza Pública, en la forma en que lo regule la ley, bajo la dependencia, orientación y coordinación del Ministerio de Defensa Nacional.

Los miembros de la Fuerza Pública cumplirán la detención preventiva en centros de reclusión establecidos para ellos y a falta de estos, en las instalaciones de la Unidad a que pertenezcan. Cumplirán la condena en centros penitenciarios y carcelarios establecidos para miembros de la Fuerza Pública.

*miembros de las fuerzas de seguridad manejadas por otros miembros de dichas fuerzas suelen servir para encubrir los hechos en vez de esclarecerlos. De esta manera, una investigación iniciada en la justicia militar puede imposibilitar una condena aún si el caso pasa luego a la justicia ordinaria, dado que generalmente no se habrán recopilado las evidencias necesarias de manera oportuna y efectiva. Asimismo, en los casos que permanecen en el fuero militar, la investigación puede ser conducida de 30 manera que no permite que el caso llegue a la etapa de la decisión final”*(Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1999)

Es importante aclarar que las características de independencia e imparcialidad en la investigación de violaciones a derechos humanos, no solo debe ser cumplida por los jueces o investigadores del caso, sino también por funcionarios e instituciones que analizan conflictos relevantes en el proceso, para que estos no caigan en la práctica de sistemas de justicia basados en creencias o conveniencias personales y no en lo que diga la ley.

**3.3.2 Ley Estatutaria Por La Cual Se Desarrollan Los Artículos 116 y 221 de la Constitución Política de Colombia y DIH.** El proyecto de ley estatutaria que reglamenta el acto legislativo 02 de 2012 fue aprobado por el Congreso de la República el pasado de 17 de junio del año en curso, esta ley, según su artículo 1<sup>15</sup>, menciona que

---

<sup>15</sup>**Artículo 1.- Objeto y ámbito de aplicación.** El objeto de esta ley es desarrollar los artículos 116 y 221 de la Constitución Política, con el fin de establecer reglas para la investigación y juzgamiento de los miembros de la Fuerza Pública en el marco del derecho internacional humanitario; el desarrollo de los principios de autonomía e imparcialidad de la justicia penal

tiene como fin “establecer reglas para la investigación y juzgamiento de los miembros de la Fuerza Pública en el marco del derecho internacional humanitario; el desarrollo de los principios de autonomía e imparcialidad de la justicia penal militar; el funcionamiento de la comisión técnica de coordinación y la organización y funcionamiento del Tribunal de Garantías Penales.” Y su contenido es aplicable únicamente a los miembros de la Fuerza Pública. Por lo tanto, es pertinente realizar un análisis acerca de la precisión de las reglas de derecho internacional humanitario aplicable a la conducción de hostilidades, debido a qué el legislador colombiano realizó interpretaciones, contrarias al DIH, de conceptos fundamentales al momento de aplicar justicia dentro de un conflicto armado; tales como blanco legítimo, bien civil u objetivo militar. Estas definiciones dadas por la ley, son contradictorias en el ámbito formal y de aplicación material con el Protocolo II y el derecho de Ginebra.

El artículo 10<sup>16</sup> de la presente ley trae al ordenamiento jurídico colombiano la figura de **Blanco Legítimo**, el cual se entiende como *la o las personas que forman parte*

---

militar; el funcionamiento de la comisión técnica de coordinación y la organización y funcionamiento del Tribunal de Garantías Penales. El contenido de esta ley, excepto donde se diga expresamente lo contrario, se aplicará exclusivamente a los miembros de la Fuerza Pública.

**Parágrafo.** Esta ley se aplicará a la Policía Nacional únicamente cuando el derecho internacional humanitario sea aplicable a sus operaciones. En caso contrario, se regirá por las normas ordinarias que regulan la función y actividad de policía, dirigidas al mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas.

<sup>16</sup>**Artículo 10. Blanco legítimo.** Para efectos de este título, se entiende por blanco legítimo la o las personas que forman parte de los grupos armados que cumplan una función directamente relacionada con las actividades hostiles del mismo. También lo son los civiles que participan directamente en las hostilidades, de conformidad con el artículo siguiente.

La calidad de blanco legítimo cesa cuando quien participa en las hostilidades ha sido capturado, ha expresado claramente su intención de rendirse o sus heridas o enfermedad lo han convertido en alguien incapaz de defenderse, siempre y cuando se abstenga de continuar con actos violentos o amenazas.

*de los grupos armados que cumplan una función directamente relacionada con las actividades hostiles del mismo.* Es decir, un blanco legítimo es una nueva figura dentro de un conflicto armado, diferente a las tradicionales –y reconocidas por el DIH- de combatientes y no combatientes.

La Corte Constitucional Colombiana en sentencia C-225 de 1995 desarrolló el principio de distinción entre combatientes y no combatientes, estableciendo que estos últimos nunca pueden ser objetivo de una acción bélica, bajo la explicación que, si la guerra tiene como razón de ser, debilitar al enemigo, no tiene porqué afectar a quienes no combaten, ya sea porque nunca han empuñado las armas o porque hayan dejado de combatir; puesto que sus acciones no están destinadas al combate. El artículo 4<sup>17</sup> del

---

El blanco legítimo no goza del estatuto de combatiente según el derecho internacional humanitario. En consecuencia, los participantes directos en las hostilidades y los miembros de grupos armados no son prisioneros de guerra y están sometidos al derecho penal nacional.

**<sup>17</sup>Artículo 4. Garantías fundamentales.**

1. Todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas, estén o no privadas de libertad, tienen derecho a que se respeten su persona, su honor, sus convicciones y sus prácticas religiosas. Serán tratadas con humanidad en toda circunstancia, sin ninguna distinción de carácter desfavorable. Queda prohibido ordenar que no haya supervivientes.

2. Sin perjuicio del carácter general de las disposiciones que preceden, están y quedarán prohibidos en todo tiempo y lugar con respecto a las personas a que se refiere el párrafo 1:

- a. los atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas, en particular el homicidio y los tratos crueles tales como la tortura y las mutilaciones o toda forma de pena corporal;
- b. los castigos colectivos;
- c. la toma de rehenes;
- d. los actos de terrorismo;
- e. los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor;
- f. la esclavitud y la trata de esclavos en todas sus formas;
- g. el pillaje;
- h. las amenazas de realizar los actos mencionados

Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra, establece que a todos aquellos que no participen directamente de las hostilidades o que hayan dejado de participar en ellas, deben garantizarles sus derechos y ser tratadas con humanidad en toda circunstancia y, en caso de duda acerca de la condición de una persona, se le tratará como civil. (Corte Constitucional, 1995) El artículo 10 de la ley estatutaria del 17 de junio de 2013, establece que los civiles que participan directamente en las hostilidades tienen la categoría de blanco legítimo, sin embargo en el artículo 11<sup>18</sup>, donde se explica qué es la “participación directa en las hostilidades” no da una definición clara sobre los actos que permiten tal clasificación, se limitan a decir con *la realización de cualquier acto que cause directamente un daño a la población o bienes civiles o a la Fuerza Pública, y sea conexo con las hostilidades* se está participando de las hostilidades; es decir, el legislador creó una laguna jurídica que debe ser llenada por los militares que juzgan a

---

3. Se proporcionarán a los niños los cuidados y la ayuda que necesiten y, en particular:

- a. recibirán una educación, incluida la educación religiosa o moral, conforme a los deseos de los padres o, a falta de éstos, de las personas que tengan la guarda de ellos;
- b. se tomarán las medidas oportunas para facilitar la reunión de las familias temporalmente separadas;
- c. los niños menores de 15 años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades;
- d. la protección especial prevista en este artículo para los niños menores de 15 años seguirá aplicándose a ellos si, no obstante las disposiciones del apartado c), han participado directamente en las hostilidades y han sido capturados;
- e. se tomarán medidas, si procede, y siempre que sea posible con el consentimiento de los padres o de las personas que, en virtud de la ley o la costumbre, tengan en primer lugar la guarda de ellos, para trasladar temporalmente a los niños de la zona en que tengan lugar las hostilidades a una zona del país más segura y para que vayan acompañados de personas que velen por su seguridad y bienestar.

<sup>18</sup>**Artículo 11.- Participación directa en las hostilidades.** Para efectos de este título, por “participación directa en las hostilidades” se entiende la realización de cualquier acto que cause directamente un daño a la población o bienes civiles o a la Fuerza Pública, y sea conexo con las hostilidades.

También participa directamente en las hostilidades quien realice actos que, inequívocamente, tengan la potencialidad de causar un daño a la población o bienes civiles o a la Fuerza Pública.

La participación directa en las hostilidades por personas civiles conlleva para estas la pérdida de la protección contra los ataques de la Fuerza Pública, mientras dure tal participación.

los mismos militares, en casos de violación de los derechos de un civil en medio de un conflicto armado. Claramente se está en un incumplimiento de las obligaciones derivadas del principio de distinción entre combatientes y no combatientes, al crear una nueva categoría de carácter ambiguo y represivo, que será aplicada por un tribunal sometido a la obediencia jerárquica, orgánico y funcionalmente dependiente a la rama ejecutiva y que no reúne las condiciones propias de un tribunal independiente e imparcial que garantice el debido proceso, así como el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado en materia de derecho humanos.(ANDREU-GUZMAN, 2003)

## CONCLUSIÓN

Como se pudo apreciar en la primera parte del presente trabajo el actual paradigma en las políticas de seguridad-la lucha contra el terrorismo- ha generado una incertidumbre en torno a la aplicación de normas que responden a distintas racionalidades y contextos, lo cual se concreta en la indeterminación de regímenes jurídicos aplicables en contextos de conflictos proclives a graves violaciones a derechos humanos, en ese sentido se constató la necesidad de una normatividad que ayude a disminuir los niveles de indeterminación en el ejercicio de las operaciones militares.

La forma en que se presentó la reforma al fuero militar trae aneja un conflicto de regímenes aplicables y por tanto conflictos posibles de normas. La instauración de unas instituciones que representan semejante riesgo y consecuentemente la posibilidad de incumplimiento de las obligaciones del Estado emanadas de tratados internacionales, amenazan el carácter sistemático y unitario del derecho colombiano.

Una legislación comprometida y garante de los derechos humanos no puede dejar sometida la determinación de los regímenes de normas aplicables a personas con intereses personales o institucionales en el resultado del proceso, en el contexto de un derecho globalizado, no se puede construir caprichosamente leyes que vulneren los derechos humanos y el derecho internacional humanitario con el pretexto de la autonomía de la soberanía estatal, la soberanía estatal se encuentra limitada por los convenios ratificados y por otros estándares internacionales de protección e incluso

procedimentales(Botero Marino & Restrepo Saldarriaga, 2006), así es necesario entender en qué medida el establecimiento de un fuero militar ampliado vulnera los derechos fundamentales de los asociados, y también en qué medida entra en conflicto con disposiciones normativas de derecho internacional que se hallan incorporadas al ordenamiento nacional por medio de la figura del bloque de constitucionalidad.

Cómo nos ha mostrado claramente la investigación que hemos llevado a cabo, al inclinarnos por una perspectiva normativista de los derechos humanos nos estamos inclinando a la vez por una posición monista del derecho internacional, el derecho internacional público sigue una tendencia de fortalecimiento que se representa en una obligatoriedad cada vez más perentoria para los estados de armonizar el ordenamiento interno con las exigencias de DDHH y DIH. Sin embargo, no se subscribe en la presente investigación una posición radical al respecto, se asume aquí lo que el Profesor Pallares Bossa llama monismo moderado; según esta posición si bien la contradicción con normas de derecho internacional no hace nula inmediatamente la norma de derecho interno, dicha contradicción si genera obligaciones de armonización para el estado que de no llevarla a cabo incurrirá en responsabilidad internacional(Pallares Bossa, 1996).<sub>2</sub>

Todo esto que vulnera la estructura institucional y pone en peligro los derechos humanos, que de por sí ya ocupan una posición poco firme en Colombia, es lo que se presentó con dicha reforma, los tiempos en que la Razón de Estado justificaba cualquier decisión de la autoridad y operaciones militares ha quedado atrás, un deber del abogado es recordarle eso a los detentadores del poder, recordar que la primacía de la constitución y los derechos humanos es una realidad institucional y que por más loable

que sea el fin este no justifica en sí mismo los medios que se quieran utilizar para alcanzarlo.

## BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R. (1993). *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: centro de estudios constitucionales.
- Andreu-Guzmán, F. (2003). *Fuero militar y derecho internacional*. Bogota: Comisión Colombiana de juristas.
- Arango Olaya, M. (2004). El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. *precedente*, 79-102.
- Atienza, M., & Ruiz Manero, J. (1991). Sobre principios y reglas. *Doxa*, 101- 120.
- Bauman, Z. (2011). Modernidad y ambivalencia. En A. Giddens, & e. al., *Las consecuencias perversas de la modernidad* (Tercera ed., págs. 73-120). Barcelona: Anthropos.
- Beck, U. (2006). Living in the world risk society. *Economy and society*, 35(3), 329-345.

- Beck, U. (2007). Beyond Class and Nation: reframing social inequalities in a globalizing world. *The British Journal of Sociology*, 58(4), 679 - 705.
- Bernales Ballesteros, E. (1999). Seguridad Ciudadana y gobernabilidad en la región andina. En C. a. juristas, *Seguridad ciudadana y derechos humanos* (págs. 99-152). Lima: Comisión andina de juristas.
- Bobbio, N. (1997). *Teoría general del derecho*. Bogotá: temis.
- Botero Marino, C., & Restrepo Saldarriaga, E. (2006). Estandares internacionales y procesos de transición en Colombia. En R. Uprimny Yepes, *¿Justicia transicional sin transición?* (págs. 45-108). Bogotá: DeJusticia.
- Bush, G. (17 de septiembre de 2002). *Information Clearing House*. Obtenido de <http://www.informationclearinghouse.info/article2320.htm>
- Carrillo de la Rosa, Y. (2012). *El problema de la validez y del actual sistema de fuentes en el derecho Colombiano*. Cartagena: Universitaria.
- Castellanos morales, E. N. (2008). *Justicia transicional en Colombia*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- CIDH, C. (2009). *Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos*. OEA documentos oficiales.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1999). *Tercer informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*. Organización de Estados Americanos OEA, Costa Rica.

Corte Constitucional. (1995). Sentencia C-225 de 1995. Colombia.

Corte Constitucional. (22 de Septiembre de 1999). Sentencia C-708 de 1999.

Corte Constitucional. (2001). sentencia C-1290 de 2001.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (18 de 10 de 2013). *Historia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Obtenido de Sitio Web de La Corte Interamericana de Derechos Humanos: [www.corteidh.or.cr/index.php/es/acerca-de/historia-de-la-corteidh](http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/acerca-de/historia-de-la-corteidh)

de la Coste, P. (1994). *Conflicto Armado y Derecho Humanitario*. Bogotá: Comité Internacional de la Cruz Roja.

De Sousa Santos, B. (1998). *La globalización del derecho*. (C. Rodríguez, Trad.) Bogotá: Universidad Nacional de Colombia-ILSA.

ECHEVERRI QUINTANA, E. (31 de Enero de 2006). Aproximación al Bloque de Constitucionalidad. Pereira: Universidad Libre de Colombia.

- García-Sayán, D. (1999). Soberanía nacional y derechos humanos. En C. a. juristas, *Seguridad ciudadana y derechos humanos* (págs. 81-96). Lima: Comisión andina de juristas.
- Grnchalla-Wesierski, T. (1984). a frame work for understanding "Soft law". *Mcgill Law Journal*, 30, 37-88.
- Hart, H. L. (2004). *El concepto de derecho*. Buenos aires: abeledo-perrot.
- Jakobs, G. (1998). *La imputación objetiva en derecho penal*. Bogotá: Externado de Colombia.
- Jakobs, G. (2004). *Sobre la normativización de la dogmatica jurídico-penal*. Bogotá: Universidad externado de Colombia.
- Jakobs, G., & Cancio Meliá, M. (2005). *Derecho penal del enemigo*. Bogotá: Universidad externado de Colombia.
- Kelsen, H. (1979). La idea del Derecho natural. En H. Kelsen, *La idea del Derecho natural y otros ensayos* (págs. 15-52). México: Editora Nacional.
- Kelsen, H. (1982). *Teoria pura del derecho* (Segunda Edicion ed.). Mexico: Universidad Nacional Autonoma de Mexico.

- Kelsen, H. (1991). *¿Qué es la teoría pura del derecho?* Mexico: Fontamara.
- Kelsen, H. (1994). *Teoría general de las normas*. México: Trillas.
- Kessler, O., & Werner, W. (2008). Extrajudicial killing as Risk Management. *Security Dialogue*, 39(2-3), 289-308.
- Leal Buitrago, F. (2003). La doctrina de la seguridad nacional: materialización de la guerra fría en america del sur. *Revista de estudios sociales*(15), 74-87.
- López Medina, D. E. (2004). *Teoría Impura del Derecho*. Bogotá: Legis.
- Luhmann, N. (2011). El concepto de riesgo. En A. Giddens, & e. al., *Las consecuencias perversas de la modernidad* (tercera ed., págs. 123-155). Barcelona: Anthropos.
- Mateus Rugeles, A. (2006). *Genocidio y responsabilidades penal militar*. Bogotá: Rosarista.
- Nina, A. (noviembre de 1979). La doctrina de la seguridad nacional y la integracion latinoamericana. *Nueva sociedad*(27), 33-50.
- NIÑO RAMOS, G. E., & ROMERO SOTOMAYOR, G. E. (2005). El Bloque de Constitucionalidad: la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. Universidad de la Sabana.

OLANO GARCÍA, A. (s.f.). *Interpretación Dogmática Constitucional*. MIMEO.

Ospina Cardona, J. G., & Bolívar Suárez, M. A. (2003). *Fundamentos de derecho penal militar*. Bogotá: Doctrina y Ley.

Pallares Bossa, J. (1996). *Derecho Internacional Público*. Bogotá, Colombia: Editorial Leyer.

Robledo Ramírez, C., & Serrano Rincón, C. (1999). *El DIH y su aplicación en Colombia*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

SWINARSKI, C. (1984). *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*. Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Trinquier, R. (1964). *modern Warfare*. Londres: Pall mall press.

Valencia Villa, A. (1994). *El Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra*. Bogotá: Comité Internacional de la Cruz Roja.

Velásquez Rivera, É. (enero de 2002). Historia de la doctrina de seguridad nacional. *Convergencia*(27), 11-39.