

CARTILLA GUÍA PARA LA CARACTERIZACIÓN E IDENTIFICACIÓN DE CASOS DE VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS E INFRACCIONES AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

I. ESTIPULACIÓN CONSTITUCIONAL Y LEGAL SOBRE EL FUERO MILITAR Y LOS CONFLICTOS ENTRE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA Y LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR

II. MANDATOS JURISPRUDENCIALES RELACIONADOS CON EL FUERO MILITAR Y LOS CONFLICTOS ENTRE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA Y LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR

III. VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS

IV. INFRACCIONES AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

V. CRITERIOS ADICIONALES PARA LA DEFINICIÓN DE LA COMPETENCIA

VI. CONCLUSIONES

VII. BIBLIOGRAFÍA

VIII. ANEXOS

a. Fichas de sistematización de jurisprudencia

INTRODUCCIÓN

En un contexto conflictivo como el colombiano, de persistentes violaciones a los derechos humanos, la impunidad por estos hechos ha sido objeto de preocupación y denuncia por parte de diversas instancias nacionales e internacionales que reclaman el compromiso decidido del Estado en la lucha para su superación. En cumplimiento de dicho compromiso y con miras a superar esta situación, el 22 de noviembre de 2005 se aprobó la adopción de la “Política Pública de lucha contra la impunidad por violaciones a los DDHH e infracciones al DIH, a través del fortalecimiento de la capacidad del Estado colombiano para la investigación, juzgamiento y sanción”. Uno de los objetivos específicos establecidos en dicha política es lograr que todos los casos de violaciones a derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario (DIH) sean conocidos por la jurisdicción ordinaria a través de las dependencias respectivas de la Fiscalía General de la Nación, lo que a su vez redundará, de una parte, en la disminución del número de asuntos que llegan a conocimiento de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, cuando debe dirimir de conflictos de competencia entre las jurisdicciones ordinaria y penal militar¹, y por otro lado, adecuará el ordenamiento jurídico nacional a las recomendaciones que en ese sentido han hecho diversas instancias internacionales que abogan por la reducción del fuero penal militar a su mínima expresión, e incluso su abolición definitiva, pero en la transición hacia la consolidación de dicho objetivo aspiran a que por lo menos las conductas constitutivas de violaciones a derechos humanos no sean conocidas por los tribunales castrenses.

¹ En el año 2002 la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior recibió un total de 54 expedientes para resolver conflictos de competencia entre la justicia penal ordinaria y la justicia penal militar; en el 2003 un total de 40, en el 2005 un total de 54 casos, y hasta junio de 2006 la Sala se ha pronunciado para resolver esta clase de conflictos en 32 ocasiones (cifras tomadas de carta dirigida por el doctor Guillermo Bueno Miranda, presidente de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria al director del diario El Tiempo el 6 de junio de 2006).

Pese al derrotero planteado, en la práctica numerosos casos de violación a los derechos humanos han seguido tramitándose ante la justicia penal militar², desconociéndose así no solo los criterios jurisprudenciales establecidos al respecto, sino también las recomendaciones y pronunciamientos de instancias internacionales de derechos humanos, e incluso la expresa prohibición legal que excluye de conocimiento de los tribunales castrenses algunas de las más graves violaciones a derechos humanos, como los delitos constitutivos de tortura, genocidio y desaparición forzada³.

Recientemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha proferido condenas contra el Estado colombiano por violación de los derechos a las garantías judiciales y la protección judicial (artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana), precisamente porque las investigaciones por graves violaciones a los derechos humanos fueron tramitadas en algún momento del proceso, o respecto de algunos de los procesados, por la jurisdicción penal militar⁴, a pesar de que reiteradamente dicha corporación ha establecido que “en un Estado democrático la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Por ello, sólo se debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar”⁵.

² Por mencionar solo un ejemplo, se tiene el caso del conocimiento de la investigación contra el general Jaime Humberto Uscátegui y el teniente coronel Hernán Orozco por los hechos de la masacre de Mapiripán, que fue atribuido a la justicia penal militar. En este último caso solo mediante la interposición de una acción de tutela contra la decisión de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura se logró que dichas investigaciones fueran remitidas a la jurisdicción ordinaria. Ver Sentencia SU-1184 de 2001. M.P.: Eduardo Montealegre Lynnet.

³ **Artículo 3º. Delitos no relacionados con el servicio.** No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, en ningún caso podrán considerarse como relacionados con el servicio los delitos de tortura, el genocidio y la desaparición forzada, entendidos en los términos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia.

⁴ *Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia*, Sentencia de 12 de septiembre de 2005, Serie C, Nº 132. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, Sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C, Nº 140.

⁵ *Cfr. Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*, Sentencia de 5 de julio de 2004, Serie C, Nº 109, párr. 165. *Caso Las Palmera vs. Colombia*, Sentencia de 6 de diciembre de 2001, Serie C, Nº 90, párr. 152. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*, Sentencia de 18 de agosto de 2000, Serie C, Nº 69, párr.112. *Caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, Sentencia del 15 de septiembre de 2005,

Las razones que explican esta situación pueden ser diversas, y sin duda en gran parte de tipo político, en especial si se atiende a que en los casos de altos mandos implicados es cuando más se privilegia el paso a la justicia penal militar⁶. Algunas razones relacionadas con la tradición legal colombiana y el desconocimiento que algunos funcionarios judiciales hacen del carácter vinculante de la jurisprudencia, podrían arrojar también luces sobre el asunto, por lo menos para explicar que en ciertos casos los criterios esbozados en la Sentencia C-358 de 1997⁷ de la Corte Constitucional no hayan sido acogidos adecuadamente. También la falta de claridad conceptual frente a la identificación de lo que constituye una violación a los derechos humanos es un aspecto que contribuye a la inadecuada asignación de la competencia. Igualmente, la complejidad e intensidad del conflicto armado interno lleva a que muchos hechos, según la evaluación que hacen los jueces o fiscales, no sean considerados violaciones a derechos humanos. En ocasiones esto se debe a que ese evalúa más el daño que el comportamiento en sí mismo.

Por lo mismo, y en el marco del propósito de lucha contra la impunidad frente a estos hechos, se propende por lograr la efectiva y cabal aplicación de los contenidos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de forma tal que sea siempre la Fiscalía General de la Nación, a través de las dependencias competentes, en especial la Unidad Nacional de Derechos Humanos, la que asuma desde el primer momento la dirección y coordinación de las investigaciones que se adelanten por violaciones a los derechos humanos y al Derecho

Serie C, N° 134. Igualmente, la jurisprudencia nacional ha insistido en el carácter excepcional de la justicia penal militar al explicarlo así: “*La Constitución establece el fuero militar como una excepción a la competencia general de la jurisdicción ordinaria, por lo cual sus alcances deben ser determinados en forma estricta y rigurosa, no sólo por la ley sino también por el intérprete, pues es un principio elemental de la hermenéutica constitucional que las excepciones son siempre de interpretación restrictiva, con el fin de no convertir la excepción en regla*”. Ver, entre otras, las Sentencias C-399 de 1995, M.P.: Alejandro Martínez Caballero, C-358 de 1997, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz y C-878 de 2000, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

⁶ Cfr. Danilo Rojas Bentancourth, “Impunidad y conflictos de jurisdicción”, En: *Pensamiento jurídico* N° 15, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2002, pp.311-313.

⁷ Sentencia del 5 de agosto de 1997, M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, reiterada en las Sentencias C-561 de 1997, M.P.: Carlos Gaviria Díaz, C-368 de 2000, M.P.: Carlos Gaviria Díaz, C-361 de 2001, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra y T-806 de 2000, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra, entre otras.

Internacional Humanitario. Para ello es necesario ofrecer herramientas que faciliten establecer con claridad cuándo se está ante una violación de derechos humanos o una infracción a las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario, que amerita en consecuencia que el caso sea tramitado por la jurisdicción ordinaria.

Este es el objetivo central que orienta la realización del presente trabajo, y para lograrlo se propone la adopción de una guía que pretende ser un instrumento útil para que los operadores jurídicos puedan identificar las conductas que constituyen violaciones a derechos humanos e infracciones al DIH y así evitar, por una parte, los conflictos de competencia entre la justicia penal militar y la justicia ordinaria, en especial entre los jueces militares y la Unidad Nacional de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación⁸, y de otro lado, que el conocimiento de este tipo de casos sea asumido por la justicia penal militar, con lo que se contribuye a adecuar el ordenamiento colombiano a los estándares internacionales en materia de recursos efectivos y cumplimiento de imparcialidad e independencia en la administración de justicia.

La guía consta de seis partes. En la primera de ellas se recuerdan las indicaciones constitucionales y legales sobre el fuero penal militar y algunos aspectos generales sobre la función de dirimir los conflictos entre jurisdicciones, atribuida a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. En el capítulo siguiente se sistematizan los criterios jurisprudenciales establecidos por las altas cortes de la justicia colombiana en relación con el fuero militar. El capítulo tercero se detiene en uno de los criterios más problemáticos, según ya se indicó, la noción de violación de los derechos humanos. Seguidamente se aborda el tema de las infracciones al Derecho Internacional Humanitario y, finalmente, se indican algunos otros criterios que pueden contribuir a clarificar el competente en materia penal para investigar crímenes que afectan los derechos humanos y el DIH. Lo

⁸ Aunque hay que señalar que también se presentan conflictos entre otras dependencias de la Fiscalía y las instancias de la justicia penal militar.

anterior va acompañado de una ejemplificación, mediante casos ilustrativos que pretenden facilitar la apropiación y evidenciar la aplicación práctica de los criterios esbozados. Finalmente se incluyen fichas que contienen resúmenes breves de las principales sentencias analizadas de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en las cuales se puede apreciar de manera sistemática el contenido de las mismas, lo que constituye un insumo adicional para el lector interesado en profundizar un poco más en el contenido de la jurisprudencia. Por último, se incluyen algunas estadísticas en relación con el estudio jurisprudencial realizado.

I. ESTIPULACIÓN CONSTITUCIONAL Y LEGAL SOBRE EL FUERO MILITAR Y LOS CONFLICTOS ENTRE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA Y LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR

La Constitución de 1991 consagró en su artículo 221 el fuero militar al prescribir que “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”. Dicho texto constitucional fue objeto de una reforma en el año 1995 que le agregó el inciso final del articulado actual que reza: “Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro”⁹.

De igual manera, otras disposiciones constitucionales tocaron aspectos relacionados con la justicia penal militar. Así, el artículo 214 prohibió expresamente la investigación y juzgamiento de civiles por parte de la justicia penal militar, aun en tiempos de conmoción interior, y el artículo 235 atribuyó la competencia para que la Corte Suprema de Justicia lleve a cabo el juzgamiento de los oficiales generales, independientemente del tipo de delito cometido, haciendo así uso de un criterio subjetivo de identificación del fuero¹⁰. En este caso el fuero consiste en el hecho de que los oficiales generales¹¹ tengan un juez especial como es la Corte Suprema de Justicia, y no en que sean investigados por la justicia castrense. De esta manera se configura una excepción al fuero penal militar que consagra el artículo 221 de la Carta, pues en virtud de la norma constitucional del artículo 235, aun si el delito tiene relación con el servicio la competencia siempre será de la Corte Suprema de Justicia, pues “el fuero constitucional que consagra es integral, es decir, se refiere a todos los delitos que

⁹ Acto Legislativo N° 02 de 1995.

¹⁰ La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema también conoce de los procesos contra los magistrados y fiscales del Tribunal Superior Militar, así como el recurso extraordinario de Casación y la revisión de las Sentencias de segunda instancia del Tribunal Superior Militar.

¹¹ Como lo recuerda la Corte en Sentencia C-361 de 2001, dentro de la categoría de oficiales generales están comprendidos no solo los generales propiamente dichos, sino también los mayores generales y los brigadieres generales, y dentro de los oficiales de insignia se encuentran los almirantes, vicealmirantes y contralmirantes, respecto de los cuales opera el fuero integral.

ellos puedan cometer, y no sólo a aquellos llevados a cabo en relación con el servicio activo”¹². Así mismo, cuando los servidores de alto rango militar hayan cesado en el ejercicio de su cargo, se debe analizar si la conducta tiene relación con el servicio, pues en virtud del parágrafo del artículo 235 en tal circunstancia el fuero sólo “*se mantendrá para las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas*”.

En el ámbito legal, el Código Penal Militar definió que la justicia penal militar tiene competencia para conocer de las infracciones típicamente militares, así como delitos comunes militarizados e incluso delitos contra la administración pública¹³. El Código consagró además una prohibición expresa respecto de cuya aplicación, al menos en principio, parece no haber mayor controversia. Se trata del precepto según el cual “*en ningún caso podrán considerarse como relacionados con el servicio los delitos de tortura, el genocidio y la desaparición forzada, entendidos en los términos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia*”¹⁴. En este caso, cuando la ley señala que ciertos delitos son de competencia de la justicia ordinaria, establece una excepción al fuero militar, a partir de un criterio objetivo de definición.

No obstante, la enunciación legal dejó por fuera otras graves violaciones a los derechos humanos que debieron ser excluidas del ámbito de competencias de la justicia castrense¹⁵, aunque la Corte Constitucional estableció que la enunciación que hace el artículo 3º no es taxativa y por lo tanto los delitos enunciados en este no son los únicos hechos punibles que han de considerarse excluidos del

¹² Sentencia C-361 de 2001, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹³ Cfr. ANDREU GUZMÁN FEDERICO, *Fuero militar y derecho internacional*, Bogotá, Comisión Internacional de Juristas, Comisión Colombiana de Juristas, 2003, p. 219.

¹⁴ Artículo 3º de la Ley 522 de 1999 (Código Penal Militar).

¹⁵ Nos referimos aquí a conductas como las ejecuciones extrajudiciales, la violencia sexual y los allanamientos ilegales. Con respecto a este último hay que decir que el Código Penal Militar tipificó en el artículo 187 como delito la violación de habitación ajena. Cabe anotar también que en el proyecto de ley presentado a consideración del Congreso por el gobierno nacional, antes de la aprobación del código vigente, además de la exclusión de la tortura, el genocidio y la desaparición forzada se agregó “ningún otro delito que constituya una grave violación de los derechos humanos, la dignidad humana y la libertad sexual” (Gaceta del Congreso N° 26 de 1998). Como se observa, la última parte fue suprimida del texto aprobado.

conocimiento de la jurisdicción penal militar, pues todas aquellas conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio, han de entenderse excluidas del campo de competencia de esta jurisdicción especial¹⁶.

Pese a las disposiciones constitucionales y legales referidas al alcance del fuero penal militar, en la práctica son numerosos los conflictos que se suscitan entre la jurisdicción ordinaria y la penal militar a la hora de determinar el órgano competente para adelantar investigaciones en las que están implicados miembros de la fuerza pública, pues los funcionarios encargados de llevar a cabo las investigaciones tienen distintas interpretaciones del alcance del fuero penal militar.

El artículo 256 de la Constitución radicó en cabeza del Consejo Superior de la Judicatura la función de dirimir los conflictos de competencia entre distintas jurisdicciones, entre ellos por supuesto aquellas controversias suscitadas entre la justicia ordinaria y la justicia penal militar¹⁷. Un conflicto de competencia se presenta cuando dos o más funcionarios se disputan el conocimiento de un proceso, bien porque ambos estiman que es de su conocimiento, caso en el cual el conflicto es positivo, o porque ambos consideran que no les corresponde, evento en el que el conflicto es negativo. El artículo 93 del Código de

¹⁶ En la Sentencia C-878 de 2000, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra, se declaró exequible el artículo 3º de la Ley 522 de 199 en el entendido que los delitos enunciados en este no son los únicos hechos punibles que han de considerarse excluidos del conocimiento de la jurisdicción penal militar, pues todas aquellas conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio, han de entenderse excluidas del campo de competencia de esta jurisdicción especial. La no taxatividad de lo dispuesto en el artículo 3º también ha sido acogida en pronunciamientos de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria al decir “ni los delitos de tortura, genocidio y la desaparición forzada, serán los únicos que no estarán incluidos en la competencia de la jurisdicción penal militar (...) existen otra serie de comportamientos que, en los términos de la doctrina de la Corte Constitucional son tan abiertamente contrarios a la función constitucional de la fuerza pública, que su sola comisión rompe todo nexo funcional del agente con el servicio...”. Ver Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, Sentencia de diciembre 3 de 2003, radicación 20033965 0176, M.P.: Rubén Darío Henao Orozco.

¹⁷ El artículo 112 de la Ley 270 de 1996 (Estatutaria de la Administración de Justicia) que desarrolló el artículo 256 de la Carta Política otorgó en su numeral 2 la función de dirimir conflictos entre las distintas jurisdicciones a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Antes de la Constitución de 1991 esta función era desempeñada por el Tribunal Disciplinario.

Procedimiento Penal preceptúa que “hay colisión de competencias cuando dos o más funcionarios judiciales consideren que a cada uno de ellos corresponde adelantar la actuación, o cuando se niegan a conocerla por estimar que no es de competencia de ninguno de ellos”. Por su parte, el artículo 273 de Código Penal Militar dispone que “hay colisión de competencias cuando dos (2) o más jueces de conocimiento o fiscales, reclaman que a cada uno de ellos corresponde exclusivamente el conocimiento o tramitación de un proceso penal, o cuando se niegan a conocer de él por estimar que no es de la competencia de ninguno de ellos”. De lo anterior se colige que, en el caso de la jurisdicción penal militar, quienes pueden trabar el conflicto son sólo aquellos funcionarios que tienen a su cargo la labor de juzgamiento mediante sentencia que pone fin a la actuación procesal, esto es, los jueces de primera instancia, el tribunal superior militar, la Corte Suprema de Justicia y adicionalmente los fiscales penales militares, a quienes corresponde dar trámite a la etapa de calificación dentro del procedimiento, pero en ningún caso el conflicto puede ser propuesto por los jueces de instrucción penal militar. Como consecuencia de lo anterior, en varias oportunidades la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura se ha declarado inhibida para decidir el conflicto trabado, precisamente por haber este sido propuesto por un juez de instrucción¹⁸. Igualmente, se entiende que el conflicto no tiene existencia y por lo mismo hay lugar a una decisión inhibitoria de parte del Consejo Superior de la Judicatura, cuando alguno de los funcionarios concernidos no ha hecho un pronunciamiento respecto de su competencia o incompetencia para conocer del proceso en cuestión, pues aunque los sujetos procesales pueden solicitar al funcionario de conocimiento que promueva el

¹⁸ Ver, entre otras, las siguientes decisiones del Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria: Sentencia de octubre 30 de 2002, radicación 20021845011-13, M.P.: Eduardo Campo Soto; Sentencia de diciembre 11 de 2002, radicación 2002126201268, M.P.: Rubén Darío Henao Orozco; Sentencia de julio 16 de 2003, radicación 20032107 01 221-C, M.P.: Guillermo Bueno Miranda; Sentencia de diciembre 10 de 2003, radicación 20034003 01/26.VI.03, M.P.: Fernando Coral Villota; Sentencia de septiembre 17 de 2003, radicación 200329280109, M.P.: Rubén Darío Henao; Sentencia de enero 25 de 2006, radicación 11001010200020050232500(224IV05), M.P.: Fernando Coral Villota; Sentencia de febrero 1º de 2006, radicación 11001010200020050225300/621C, M.P.: Guillermo Bueno Miranda.

conflicto, solo este último puede promoverlo debiendo manifestar las razones en que se basa para sostener que a él compete o no el asunto¹⁹.

II. MANDATOS JURISPRUDENCIALES RELACIONADOS CON EL FUERO MILITAR Y LOS CONFLICTOS ENTRE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA Y LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR

En el ejercicio de delimitación del ámbito material de aplicación del fuero, la jurisprudencia constitucional ha jugado un papel preponderante y la Corte Constitucional, a través de los fallos de control de constitucionalidad y de revisión de tutela, ha fijado las pautas para delimitar el alcance del fuero. Principalmente, a partir de la Sentencia C-358 de 1997, la Corte sentó las bases para la comprensión del fuero penal militar, y por lo mismo dicha sentencia constituye un verdadero hito jurisprudencial que ha sido el referente obligado en las decisiones posteriores, tanto de la Corte Suprema de Justicia²⁰ como de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura²¹ a la hora de resolver los conflictos de competencia.

En la Sentencia C-358 de 1997 la Corte Constitucional recordó que el fuero militar es una figura excepcional, que como tal debe ser de interpretación restrictiva y que está ante todo sometido a los mandatos constitucionales, al principio de legalidad

¹⁹ Decisiones inhibitorias con este fundamento se encuentran, entre otras, en las siguientes decisiones de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura: Sentencia de octubre 30 de 2002, radicación 20021478 01/677-C, M.P.: Guillermo Bueno Miranda; Sentencia de junio 4 de 2003, radicación 2003181401-C, M.P.: Guillermo Bueno Miranda; Sentencia de septiembre 3 de 2003, radicación 110010102000 20033092 01, M.P.: Temístocles Ortega Narváez.

²⁰ Ver, entre otras, las siguientes decisiones de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia: Sentencia de noviembre 21 de 2002, radicación 13148, M.P.: Marina Pulido de Barón; Sentencia de octubre 2 de 2003, radicación 18729, M.P.: Marina Pulido de Barón; Sentencia de marzo 10 de 2004, radicación 17946, M.P.: Mauro Solarte Portilla.

²¹ Ver, entre otras, las siguientes decisiones de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura: Sentencia de mayo 11 de 2000, radicación 2000710A, M.P.: Jorge Alonso Flechas Díaz; Sentencia de noviembre 25 de 1999, radicación 19990980-A 35/99-2, M.P.: Judith Aya de Cifuentes; Sentencia de diciembre 11 de 2002, radicación 2002126201268, M.P.: Rubén Darío Henao Orozco; Sentencia de febrero 1º de 2006, radicación 200600095, M.P.: Rubén Darío Henao.

y al debido proceso, y desarrolló los siguientes elementos que de acuerdo a la estipulación constitucional configuran el fuero:

1. **La persona investigada o juzgada debe ser miembro de la fuerza pública.** Este es el elemento subjetivo y en general no presenta mayores dificultades a la hora de su implementación en los casos prácticos, pues basta con corroborar el vínculo del implicado con una de las instituciones que integran la fuerza pública, que de conformidad con el artículo 216 de la Constitución está integrada por las fuerzas militares y la policía nacional para que este elemento se encuentre presente.
2. **El miembro de la fuerza pública debe estar en servicio activo.** Esto hace parte del componente funcional y excluye de la aplicación del fuero a aquellos servidores que se hayan retirado del servicio.
3. **El delito debe tener relación con el servicio.** Este es el elemento más importante y el que ofrece mayor complejidad a la hora de enfrentar los casos prácticos, por lo que se ha convertido en el factor a partir del cual se generan las mayores discrepancias y el que da lugar al conflicto de competencias entre las jurisdicciones ordinaria y penal militar.

Determinar si un hecho tiene relación o no con el servicio es complejo, y por lo mismo es en este ámbito en donde la jurisprudencia ha tenido que ofrecer criterios precisos con miras a delimitar los alcances del fuero, en el entendido de que por su carácter excepcional este debe ser de aplicación restrictiva. En la Sentencia C-358 de 1997 la Corte Constitucional estableció los criterios para determinar si un hecho en concreto tiene relación con el servicio o no, y al declarar inexecutable las expresiones “con ocasión del servicio o por causa de éste o de funciones inherentes a su cargo” contenidas en varias disposiciones del Decreto 2550 de 1988, por el cual se expidió el Código Penal Militar, estrechó mucho más el alcance del fuero. La anterior no es una distinción solo semántica, pues en

realidad las expresiones “con ocasión del servicio” o a “causa de este” daban un margen mucho más amplio a la interpretación de los casos en que el fuero podía operar. No obstante, restringirlo a la noción de “relación con el servicio” excluye de suyo las consideraciones basadas en la ocasionalidad y la causalidad como elementos estructurantes del fuero, pues en conceptos como los mencionados sí podría quedar vinculado todo aquello que suceda en el desempeño de la función encomendada y ese no es el alcance restrictivo que de conformidad con la Constitución corresponde al fuero penal militar.

Por lo mismo, en la referida Sentencia C-358 de 1997, *en primer lugar* la Corte señaló que cuando el constituyente hizo referencia a que el fuero militar ha de operar cuando el delito tenga “relación con el servicio”, está indicando que el acto delictivo por el cual un miembro de la fuerza pública puede ser juzgado por la justicia penal militar ha de ser cometido en ejercicio de “las actividades concretas que se orienten a cumplir o realizar las finalidades propias de las fuerzas militares –defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional– y de la Policía Nacional –mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y la convivencia pacífica–”²², en donde se hace necesario distinguir entre los actos que ejecuta el miembro de la fuerza pública en ejercicio de las actividades propias de su cargo, y aquellos que puede ejercer como cualquier persona dotada de la capacidad de actuar delictivamente, distinción que corresponde hacerla en su momento a las autoridades encargadas de las funciones de investigación y juzgamiento.

Igualmente, lo anterior implica una relación nítida y estrecha entre el acto y el servicio para que se configure la relación, la cual no surge de la investidura militar o de policía, o de haber sido cometido haciendo uso del arma de dotación, portando uniformes de esas fuerzas, por el hecho de haberse cometido el acto al interior de

²² La misma definición de los actos relacionados con el servicio ha sido sostenida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Al respecto ver las Sentencias de febrero 21 de 2001, radicación 12.308, M.P.: Jorge Aníbal Gómez Gallego y Sentencia de febrero 9 de 2005, M.P.: Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

una guarnición militar o de policía, o por la sola existencia de una orden de operaciones. Sobre el particular, la Corte Constitucional señaló: *“6. El concepto de servicio corresponde a la sumatoria de las misiones que la Constitución y la ley le asignan a la fuerza pública, las cuales se materializan a través de decisiones y acciones que en últimas se encuentran ligadas a dicho fundamento jurídico. La sola circunstancia de que el delito sea cometido dentro del tiempo de servicio por un miembro de la fuerza pública, haciendo o no uso de prendas distintivas de la misma o utilizando instrumentos de dotación oficial o, en fin, aprovechándose de su investidura, no es suficiente para que su conocimiento corresponda a la justicia penal militar”*²³.

Por lo mismo, guardan relación con el servicio las conductas que se cometen en el desarrollo de tareas encaminadas al cumplimiento de las misiones constitucionales y legales, siempre que en tales tareas surja de manera inequívoca la relación, y por lo mismo, según este criterio, “para que un delito sea de competencia de la justicia penal militar debe existir un vínculo claro de origen entre él y la actividad del servicio, esto es, el hecho punible debe surgir como una extralimitación o un abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado”²⁴. Así, por ejemplo, es claro que el desarrollo de labores de patrullaje en determinado territorio desplegadas por miembros de la Policía Nacional es una de las funciones del servicio policial propiamente dicho, porque el artículo 218 de la Constitución atribuyó a la Policía Nacional la función del “mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y las libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz”, y sin duda adelantar labores de patrullaje está orientado al cumplimiento de la función y por lo mismo tal actividad guarda relación con el servicio.

Pero no cualquier tarea hace que el delito tenga relación con el servicio, pues puede que el miembro de la fuerza pública aproveche su condición para hacer algo

²³ Sentencia C-358 de 1997, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁴ *Ibídem*

que nada tenga que ver con sus funciones legales y constitucionales, y en esos casos no hay relación y por lo tanto no opera el fuero. Este análisis fue hecho por el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Disciplinaria, al resolver un conflicto negativo de competencia suscitado entre la jurisdicción ordinaria y la penal militar, con ocasión del proceso penal seguido contra un policía que, aprovechándose de su condición de tal, se presentaba constantemente uniformado a la residencia de su ex-esposa para practicar allanamientos, armar escándalo y agredirla físicamente. En este caso se concluyó que se trataba de una conducta que en nada tocaba con la función policial, “pues si bien es cierto pudo estar en servicio activo cuando ocurrió la conducta denunciada, se sale del contexto constitucional para el que fue creado ese cuerpo armado, no siendo otro que “el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz”²⁵. En el mismo sentido, se declaró la inexistencia de la relación con el servicio en el caso de una denuncia contra el Comandante de Policía de un municipio y un patrullero por vínculos de estos con grupos paramilitares que operaban en la región, porque a pesar de que en el momento de los hechos ostentaban la calidad de miembros de la fuerza pública, tales conductas no guardan relación alguna con el servicio “en tanto dentro de los deberes que éste le impone, no se encuentra el de facilitar la actuación de grupos criminales, ni tener reuniones o ningún tipo de connivencia o complicidad con ellos, de donde se concluye la no concurrencia de los elementos determinantes del fuero, por lo cual, sin dubitación alguna, el asunto deberá ser investigado y juzgado por la jurisdicción ordinaria”²⁶.

Consideraciones similares se hicieron en un caso en el que se generó un conflicto negativo con ocasión de la definición de la jurisdicción competente para conocer de la investigación penal adelantada contra un ex-soldado del Ejército Nacional, que después de haber desertado de las filas de la institución se vinculó a la guerrilla de

²⁵ Ver Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, Sentencia del 7 de mayo de 2003, radicación 20031741-01 159-15, M.P.: Eduardo Campo Soto.

²⁶ Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, Sentencia de septiembre 3 de 2003, radicación 200307070129, M.P.: Rubén Darío Henao Orozco.

las FARC, de la cual posteriormente se evadió, siendo procesado por el delito de rebelión. La Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales del Circuito consideró que se trataba de un acto relacionado con el servicio y por lo mismo era la jurisdicción penal militar la competente para adelantar la investigación en este caso. La Sala Jurisdiccional Disciplinaria reconoció el craso error en que incurrió la funcionaria de la Fiscalía, pues era evidente que cuando un individuo ingresa a la subversión después de haber abandonado las filas del Ejército Nacional en donde defendía las instituciones, para luego atentar contra el régimen legal e institucional, este proceder “de ninguna manera podía ser catalogado, como equivocadamente lo consideró la Fiscalía, como un acto relacionado con el servicio activo de las fuerzas armadas pues, como lo señala el señor Juez 5º de Brigada, dicho actuar precisamente se contrapone a la misión de protección de las instituciones legalmente constituidas, propósito con el cual ingresó a las filas del Ejército Nacional”²⁷.

De otro lado, puede suceder que la tarea empiece con una finalidad legítima y por lo tanto hasta cierto punto tenga relación con el servicio, pero si en el desarrollo de la misión encomendada la finalidad legítima inicial se desvía, el hecho deja de tener relación con el servicio. Así, por ejemplo, puede que el miembro de la fuerza pública haya iniciado una persecución con el fin de capturar a una persona sobre la cual recae una orden de **aprensión** expedida por autoridad judicial competente, es decir, se trata de una labor con una finalidad legítima, pero si en medio de la persecución el prófugo es maltratado aunque no oponga ningún tipo de resistencia, la finalidad legítima se pierde.

El *segundo criterio* desarrollado por la jurisprudencia constitucional no refiere en términos positivos las circunstancias a considerar a la hora de establecer si un hecho tiene conexidad con el servicio, sino que lo define en forma negativa, esto

²⁷ Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, Sentencia de noviembre 22 de 2005, radicación 11001010200020050217900, M.P.: Jorge Alfonso Flechas Díaz.

es, se refiere a las circunstancias especiales en las que la relación con el servicio se rompe definitivamente, y señala dos situaciones en las que esto tiene lugar.

En primer término, se estableció que el vínculo con el servicio desaparece cuando el agente *ab initio* tenía un propósito criminal, pues en tales casos el ejercicio de funciones militares constituye un mero disfraz o fachada para la actividad delictiva. Según este criterio, cuando la actividad funcional dentro de cuyo contexto se comete el hecho punible es ideada o utilizada para la realización de la conducta, o cuando se usurpan competencias con igual propósito, el delito no guarda relación con el servicio. Así, se fija la atención en el momento en que nació la idea criminal en el militar o policía, de modo tal que si al agente le surge la idea criminal dentro de la realización de su función, el delito guarda relación con el servicio y es amparado por el fuero, pero si por el contrario la idea criminal nace *ab initio* o *ex ante* y el militar lo que hace es aprovecharse de su condición o funciones para cometer sus delitos, es decir, se escuda en sus funciones, este delito no guarda relación con el servicio²⁸.

Algunos ejemplos tomados de casos reales pueden ilustrar mejor este criterio. En junio de 2003 ocurrieron en el municipio de Viotá dos homicidios de miembros de un grupo paramilitar que fueron presentados por el capitán del Ejército Nacional a cargo del operativo como dos muertes ocurridas en desarrollo de combates sostenidos con esos grupos. En el curso de la investigación se pudo establecer que no se trató de homicidios en combate y que lo verdaderamente ocurrido fue una maniobra concertada entre el capitán del ejército involucrado y los paramilitares de la región, para que este último reportara falsamente la existencia de un retén de las autodefensas y desplegara una operación que le permitiera obtener las felicitaciones y beneficios al reportar un resultado positivo con el abatimiento de dos delincuentes en el marco de una operación militar. En tales circunstancias, fue evidente que se trató de un acontecimiento debidamente

²⁸ Un análisis adicional sobre este criterio puede verse en DANILO ROJAS, *op. cit.* (no se ha citado antes), p. 311.

planeado y preparado con anterioridad, lo que permitió excluir la competencia que estaría dada en razón del fuero²⁹. En otra ocasión, a propósito de la definición de la competencia para adelantar la investigación contra un soldado del Ejército Nacional que fue capturado cuando se disponía a salir del batallón portando municiones que iban a ser vendidas a particulares, al tiempo que se descubrió que era el responsable del hurto de un revolver que había desaparecido con anterioridad del depósito de armas decomisadas, se consideró que las conductas cometidas –hurto y tráfico de armas y municiones– en nada tocaban con la función militar asignada, pues para el momento de la captura no desempeñaba actividad militar alguna en tanto se disponía a salir de permiso, y si se aprovechó del servicio para sustraer el elemento bélico fue una conducta previamente dispuesta y concebida, de manera que el delito investigado “tiene la particularidad que venía siendo planeado desde antes, es más, lo estaba ejecutando periódicamente, cuya premeditación impide pregonar una vinculación con la función, pues si la misión única que resalta de su comportamiento era la de suministrar a cambio de un precio armas y municiones a quienes dice el mismo sindicato, pertenecen a grupos paramilitares, no puede catalogarse el delito como el producto del desempeño legítimo de la función castrense”³⁰.

En segundo lugar, el nexo entre el hecho delictivo y el servicio se rompe por la gravedad inusitada del delito, como ocurre en los casos de graves violaciones a derechos humanos o de graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario.

²⁹ En la motivación de la decisión que resolvió el conflicto de competencias asignando el caso a la jurisdicción ordinaria representada por la Fiscalía Especializada adscrita a la Unidad Nacional de Derechos Humanos, dijo la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura: “...se trata de un acontecimiento no circunstancial sino que obedeció a una milimétrica ideación, planeación, ejecución y consumación de los delitos, por ende, estando de por medio tal secuencia, los homicidios como tales deben tomarse como el resultado final. Quiere decir lo anterior, que según las comunicaciones interceptadas y debidamente transcritas en el expediente, se trató de un acontecimiento criminal que no obedeció al ineludible cumplimiento del deber, y según tal prueba se trataba de la consolidación de intereses de índole estrictamente personal, cual era la obtención de un «positivo» que repercutiera de forma favorable en la carrera militar del Capitán Edgar Mauricio Arbeláez Sánchez, mas no institucionales, para los cuales realmente está destinada la función propia de la fuerza pública”. Sentencia de noviembre 5 de 2003, radicación 2003365801/129.V.03, M.P.: Fernando Coral Villota.

³⁰ Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, Sentencia de abril 9 de 2003, radicación 20031486-01 100-15, M.P.: Eduardo Campo Soto.

En tales eventos “*el caso debe ser atribuido a la justicia ordinaria, dada la total contradicción entre el delito y los cometidos constitucionales de la fuerza pública. Al respecto es importante mencionar que esta Corporación ya ha señalado que las conductas constitutivas de los delitos de lesa humanidad son manifiestamente contrarias a la dignidad humana y a los derechos de la persona, por lo cual no guardan ninguna conexidad con la función constitucional de la fuerza pública, hasta el punto de que una orden de cometer un hecho de esa naturaleza no merece ninguna obediencia*”³¹.

En consonancia con lo anterior, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura ha advertido que “*hay ciertos comportamientos que siempre son ajenos al servicio, como aquellas violaciones graves a los derechos humanos o al Derecho Internacional Humanitario, porque en ellas nos puede afirmarse que la fuerza pública está realizando un fin constitucionalmente legítimo*”³². También la Corte Interamericana de Derechos Humanos viene sosteniendo, reiteradamente, que la justicia militar sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar, por lo que las conductas violatorias de derechos humanos deben corresponder siempre a la justicia ordinaria³³. Como se observa, el consenso en la jurisprudencia nacional e internacional es total respecto a que las graves violaciones a derechos humanos no deben ser de conocimiento de la justicia penal militar.

³¹ Sentencia C-358 de 1997.

³² Corte Constitucional, Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, Sentencia de abril 2 de 2003, radicación 2000078302, M.P.: Leonor Perdomo Perdomo. En este caso se asignó a la justicia ordinaria la competencia para investigar el secuestro y posterior homicidio de cuatro ex integrantes del ELN miembros de la Corriente de Renovación Socialista que fueron asesinados en extrañas circunstancias en las cuales también se evidenció la ocurrencia de torturas.

³³ *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, párr. 124. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 202. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*, Sentencia de 25 de noviembre de 2004, párr. 142. *Caso 19 comerciantes vs. Colombia*, Sentencia de 5 de julio de 2004, párr. 165. *Caso Las Palmeras vs. Colombia*, Sentencia de 6 de diciembre de 2001, párr. 152 y *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*, Sentencia de 18 de agosto de 2000, párr. 112.

Este es uno de los asuntos sobre el cual volveremos en detalle en el capítulo siguiente, en el cual nos referiremos específicamente a las conductas violatorias de derechos humanos y su exclusión de la justicia castrense. Por ahora, lo que se quiere resaltar son los criterios ofrecidos por la jurisprudencia para abordar el complejo asunto de definir cuándo determinada actuación tiene o no relación con el servicio, ya que además este es el asunto que más conflictos suscita y que se convierte en últimas en el elemento determinante a la hora de dar aplicación al fuero.

Debido a la importancia de este elemento, la Corte Constitucional ha establecido una serie de deberes que tiene el órgano encargado de dirimir el conflicto de competencias a la hora de hacer el análisis de la relación de la conducta con el servicio. Así, la Corte Constitucional ha sostenido que la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, al cumplir su función de dirimir conflictos de competencia entre las diversas jurisdicciones, específicamente entre la justicia penal ordinaria y la justicia penal militar, está obligada a interpretar el texto constitucional que define el fuero militar con criterios que consulten el carácter restrictivo y excepcional de éste. No hacerlo puede dar origen a una vía de hecho que hace procedente la acción de tutela contra las providencias que definan tales conflictos de competencia. Así, en primer lugar, se estableció que pese a la existencia de una decisión que pone fin al conflicto de competencias previa a la Sentencia C-358 de 1997, el funcionario judicial a cargo puede evaluar, a la luz de la nueva realidad probatoria y de los parámetros contenidos en dicha sentencia, su competencia y remitir el proceso a la otra jurisdicción que estime competente, sin ser necesario trabar un nuevo conflicto.

Esta regla fue establecida en un caso en que existía una decisión del año 1995, mediante la cual se había dirimido el conflicto asignando la competencia a la justicia penal militar y con posterioridad a la Sentencia C-358 de 1997 el Tribunal Superior Militar que conocía del proceso concluyó que se hacía necesario remitir el proceso a la justicia ordinaria y así procedió. La Corte consideró acertada la

actuación del Tribunal Superior Militar porque después de la sentencia de la Corte Constitucional la interpretación sobre los alcances del fuero hecha por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria al momento de dirimir el conflicto ya no podía mantenerse válidamente³⁴. Adicionalmente, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia también ha aceptado que cuando se trate un nuevo conflicto sobre la base de los nuevos fundamentos jurídicos establecidos a partir de la Sentencia C-358 de 1997, el ente encargado de dirimirlo no puede negarse a resolverlo alegando la existencia de una decisión previa, pues las nuevas circunstancias le exigen un nuevo examen “máxime cuando una de ellas era que los fundamentos jurídicos que esgrimió para asignar la competencia en el año de 1995 a la justicia penal militar habían sido declarados inconstitucionales por la Corte Constitucional en la Sentencia de 1997 a que se viene haciendo referencia”³⁵.

En el mismo sentido, la Corte ha señalado el deber que tiene el órgano encargado de dirimir el conflicto de competencias de proporcionar una motivación suficiente cuando pretenda sostener la existencia de la relación entre la conducta investigada y las funciones que constitucionalmente el miembro de la fuerza pública está obligado a cumplir, para así justificar la asignación de un caso a la justicia penal militar. Esto quiere decir que no basta con afirmar en abstracto que la conducta tiene relación con el servicio, sino que es necesario que quien propone o está dirimiendo el conflicto explique suficientemente las razones por las cuales se llega a admitir que se configuran los presupuestos para que opere el fuero. Como corolario de lo anterior se ha establecido que si la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura no explica debidamente las razones para arribar a la conclusión de que la conducta de los miembros de la fuerza pública está relacionada con el servicio, se configura una vía de hecho que hace procedente la tutela contra la decisión que desentabó el conflicto y puede haber lugar a su anulación. A partir de este criterio la Corte dejó sin efecto la providencia

³⁴ Ver Corte Constitucional, Sentencia T-298 de 2000, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

³⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de marzo 6 de 2003, radicación 17550, M.P.: Yesid Ramírez Bastidas.

de 14 de noviembre de 1996, mediante la cual la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura había resuelto a favor de la justicia penal militar el conflicto de competencia suscitado entre la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación y la extinta Brigada Veinte del Ejército Nacional, para el conocimiento de la investigación por la desaparición forzada y posterior homicidio de Nidia Erika Bautista. Al conceder la tutela interpuesta por la hermana de la víctima se ordenó al Consejo Superior que en el término de 48 horas profiriera una nueva decisión motivada y ajustada a los parámetros constitucionales que definen el alcance del fuero militar³⁶.

De la misma manera, la Corte Constitucional ha sostenido que la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura puede incurrir en una vía de hecho judicial por defecto fáctico³⁷, en caso de desconocer abiertamente los criterios doctrinales de interpretación restrictiva que de acuerdo con la Constitución Política informan la institución del fuero penal militar. Sobre el punto ha dicho la Corte: “Si la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo

³⁶ En aquella oportunidad dijo la Corte: “Así, lo primero que se echa de menos en la decisión de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, es la motivación en la que se pudo fundamentar ésta para deducir el tercer elemento del fuero militar, pues, pese a lo que se dice en la providencia, no es claro ni evidente que el «*deshacerse*» de una persona que ha sido detenida por la fuerza pública en cumplimiento de sus funciones, haga parte o pueda tenerse como un hecho derivado de su competencia. La Sala Disciplinaria pasa por alto esta circunstancia, le basta afirmar llanamente que existe la relación con el servicio, sin dar argumentos que sustenten su aserto, como si su leal saber y entender, su convicción, fuesen sustento suficiente de su fallo. Si la principal obligación de los jueces consiste en motivar sus decisiones aduciendo las razones de hecho y de derecho que le permiten arribar a la decisión que ponga fin a la controversia planteada, motivación que no sólo permite a las partes conocer los fundamentos que tuvo el juzgador para llegar a una conclusión determinada, sino el mecanismo a través del cual se busca erradicar la arbitrariedad del Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo de la Judicatura, en el caso en análisis, estaba en el deber jurídico de fundamentar su decisión, especificando cuál era la relación que, en su entender, existía entre el hecho investigado y las funciones que constitucionalmente está obligado a cumplir el Ejército Nacional, para diferir en la jurisdicción militar la competencia para adelantar el proceso penal por el homicidio de la señora Bautista”. Ver Sentencia T-806 de 2000, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

³⁷ De conformidad con la jurisprudencia, las vías de hecho judiciales se configuran cuando: “(1) presente un grave defecto sustantivo, es decir, cuando se encuentre basada en una norma claramente inaplicable al caso concreto; (2) presente un flagrante defecto fáctico, esto es, cuando resulta evidente que el apoyo probatorio en que se basó el juez para aplicar una determinada norma es absolutamente inadecuado; (3) presente un defecto orgánico protuberante, el cual se produce cuando el fallador carece por completo de competencia para resolver el asunto de que se trate; y, (4) presente un evidente defecto procedimental, es decir, cuando el juez se desvía por completo del procedimiento fijado por la ley para dar trámite a determinadas cuestiones”. Sentencia T-567 de 1998, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Superior de la Judicatura realiza una interpretación contraria a los criterios restrictivos y excepcionales que informan la institución del fuero penal militar que resulta arbitraria e irrazonable puede dar lugar a una vía de hecho judicial por desconocer el principio de legalidad y el derecho al debido proceso judicial. No obstante, la vía de hecho no se configura si la decisión está justificada en el principio de libre valoración judicial y, antes que comportar una actuación subjetiva, arbitraria, voluntaria y caprichosa, es en realidad el resultado de una interpretación razonable del material probatorio aportado al proceso, a su vez confrontado con las preceptivas constitucionales y los criterios jurisprudenciales que delimitan el marco de aplicación del fuero penal militar”³⁸.

Finalmente, la Sentencia C-358 de 1997, estableció la existencia de una especie de principio de «*in dubio pro jurisdicción ordinaria*», según el cual cuando no haya certeza sobre la forma como ocurrieron los hechos y por lo mismo no haya claridad acerca de la relación de estos con el servicio, en todo caso la investigación debe ser de conocimiento de la jurisdicción ordinaria. Sobre el punto dijo la Corte: “*puesto que la justicia penal militar constituye la excepción a la norma ordinaria, ella será competente solamente en los casos en los que aparezca nítidamente que la excepción al principio del juez natural general debe aplicarse. Ello significa que en las situaciones en las que exista duda acerca de cuál es la jurisdicción competente para conocer sobre un proceso determinado, la decisión deberá recaer en favor de la jurisdicción ordinaria, en razón de que no se pudo demostrar plenamente que se configuraba la excepción*”³⁹.

³⁸ Sentencia T-1001 de 2001, M.P.: Rodrigo Escobar Gil. En este caso en el que se definió la competencia para adelantar la investigación por la muerte de dos miembros de la Corriente de Renovación Socialista que fungían como voceros dentro del proceso de reinserción frente al gobierno, la Corte consideró que la valoración del material probatorio hecha por el ente encargado de definir el conflicto no había sido caprichosa ni arbitraria, y por lo tanto no se incurrió en una vía de hecho. No obstante, dicho fallo es cuestionable pues existían versiones encontradas que, de un lado, y sobre la base de la existencia de una orden de operaciones, afirmaban que las muertes ocurrieron en combate, y de otro lado testimonios que afirmaron que las víctimas se encontraban de civil, tomando gaseosa cuando fueron interceptados por el ejército y en la huida, a pesar de que manifestaron que eran voceros de los diálogos con el gobierno para la desmovilización, fueron ultimados.

³⁹ *Ibidem*.

Este es uno de los criterios que ha sido utilizado en mayor medida en las argumentaciones a partir de las cuales los funcionarios judiciales han justificado la colisión de competencias, y también ha sido uno de los criterios a los que en un gran número de casos la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura ha acudido para decidir los conflictos a favor de la justicia ordinaria⁴⁰. Por supuesto no ha sido la única base de las argumentaciones, pues la Sala también ha dado aplicación a los otros criterios esbozados por la Corte Constitucional, pero precisamente por las dificultades probatorias el acudir a este criterio resulta bastante frecuente, particularmente en los casos en que existen versiones encontradas que claramente ponen en entredicho la competencia de la jurisdicción penal militar, como cuando de un lado hay una versión según la cual los hechos pueden constituir desapariciones forzadas o ejecuciones extrajudiciales, y de otro, las muertes se muestran ocurridas como resultado de una confrontación armada, ya sea porque las víctimas son presentadas como miembros de grupos armados al margen de la ley o porque se alude a que éstas hicieron uso de algún tipo de arma y la respuesta policial o militar operó en legítima defensa. En aplicación de este criterio se dirimió a favor de la jurisdicción ordinaria el conflicto positivo de competencia suscitado entre la Fiscalía Segunda Seccional y el Juzgado Octavo de Brigada, ambos de Medellín, en relación con el conocimiento de la investigación penal adelantada contra varios miembros del Ejército Nacional por la muerte de un individuo que, según los militares, fue ocurrida en el marco de un combate, pero según las versiones de los habitantes de la zona allí no hubo ningún enfrentamiento, “de tal suerte que si para unos la muerte del Sr. Ochoa Pineda fue en combate y para otros no, pues ninguno de la población civil vio, escuchó ni se sabe nada, es una situación que genera cierta duda, permitiendo sin

⁴⁰ Ver, entre otras, las siguientes decisiones de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura: Sentencia de octubre 20 de 2004, radicación 200401707 00/452C, M.P.: Guillermo Bueno Miranda; Sentencia de septiembre 29 de 2005, radicación 20050117200/604C, M.P.: Guillermo Bueno Miranda; Sentencia de octubre 19 de 2005, radicación 11001010200020050155800/611C, M.P.: Guillermo Bueno Miranda; Sentencia de noviembre 16 de 2005, radicación 11001110200020050215100, M.P.: Temístocles Ortega Narváez; Sentencia de enero 26 de 2006, radicación 110010102000200502302 00/213.IV.05, M.P.: Fernando Coral Villota; Sentencia de marzo 8 de 2006, radicación 11001010200020050105901/620C, M.P.: Guillermo Bueno Miranda; Sentencia de febrero 15 de 2006, radicación 11001010200020050225200, M.P.: Jorge Alonso Flechas Díaz.

lugar a equívocos, colegir que el asunto *sub examine* debe ser enviado a la jurisdicción ordinaria”⁴¹ (subrayas en el texto original).

La duda también aparece como consecuencia de la existencia de prueba técnica que contradice el dicho de los uniformados, como cuando en un protocolo de necropsia se encuentran hallazgos de tatuaje y ahumamiento en la piel que indican un disparo a corta distancia y que desvirtuaría las versiones de disparos hechos a mayor longitud, así como las consideraciones relacionadas con la trayectoria de los proyectiles⁴², o cuando hay evidentes contradicciones entre las versiones de los uniformados, sumado a la obstaculización de las labores de los cuerpos de investigación en el lugar de los hechos o evidencias de manipulación inadecuada de la evidencia⁴³.

⁴¹ Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, Sentencia de noviembre 16 de 2005, radicación 11001010200020050218200175IV05, M.P.: Fernando Coral Villota. Igualmente, otro caso en donde se dió aplicación al criterio del *in dubio* por jurisdicción ordinaria por falta de certeza en relación a si la muerte investigada había sido producto de un combate o si la víctima fue sacada de su casa y ultimada por miembros del ejército en total indefensión, fue analizado en la Sentencia de febrero 1º de 2006, radicación 200502251, M.P.: Jorge Alonso Flechas Díaz.

⁴² A manera de ejemplo cabe señalar que precisamente este argumento fue la base de la decisión mediante la cual se asignó la competencia a la jurisdicción ordinaria en el caso de la investigación penal adelantada con ocasión de la muerte del señor Parmenio de Jesús Agudelo Morales a manos de miembros del Ejército Nacional. En esta ocasión dijo la Sala: “como la investigación es incipiente y existe contradicción entre lo afirmado por los militares y lo expresado en el protocolo de necropsia, esa duda que se presenta en el asunto debe resolverse a favor de la justicia ordinaria, pues así se ha considerado por la jurisprudencia constitucional y por los diversos estudios que al efecto se han hecho por esta sala en situaciones de idéntico calado...”. Ver Sentencia de febrero 9 de 2006, radicación 11001010200020050224600, M.P.: Jorge Alonso Flechas Díaz.

⁴³ Así se declaró al decidirse a favor de la jurisdicción ordinaria un conflicto positivo, advirtiendo que “el acervo probatorio reseñado conduce a poner decididamente en duda que hubiera existido el combate referido por los uniformados, conclusión a la que se llega incluso de la confrontación de sus propios dichos en las distintas salidas procesales que han tenido”. Más adelante se refirió que los testimonios de los familiares de las víctimas según los cuales estas habrían sido sacadas de sus casas por el Ejército para ser ultimadas, se soportaban en los vertidos por miembros del CTI “quienes fueron obstaculizados en su labor técnica al impedirseles el acceso al material de guerra e intendencia incautado, quienes además destacaron que extrañamente las prendas de los cadáveres no presentaban orificios, que no tenían medias bajo sus botas, y que a pesar de no portar consigo documentos de identidad los uniformados hablaban del parentesco que existía entre ellos. Es de destacar igualmente cómo las camisetas camufladas aparecían enrolladas junto a los cadáveres, situación bastante ilógica, como si en medio del combate los presuntos guerrilleros optaran por llevar consigo a la mano una camiseta camuflada, circunstancia que redundaba en indicar una presunta preparación de la forma en que fueron presentados los cadáveres a medicina legal”. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, Sentencia de septiembre 29 de 2005, radicación 11001110200020050132100, M.P.: Temístocles Ortega Narváez.

Es pertinente referir, en relación con este punto, que el desconocimiento del principio de *in dubio pro jurisdicción ordinaria* también puede hacer que se configure una vía de hecho y un error jurisdiccional por quebrantamiento del principio del juez natural, pues en todos los casos la existencia de la duda hace que la competencia deba ser radicada en la justicia penal ordinaria. Así lo estableció la Corte Constitucional en el año 2002⁴⁴ al revisar la tutela que una de las víctimas de los hechos ocurridos en la Vereda Santo Domingo, en jurisdicción del Municipio de Tame, en Arauca el 13 de diciembre de 1998, interpuso en contra de la decisión por medio de la cual el Consejo Superior de la Judicatura entregó la competencia para la investigación a la justicia penal militar.

En ese caso había dos versiones encontradas, e incluso prueba pericial contradictoria, pues de un lado los militares dijeron que la muerte de 17 personas, incluidos 6 niños, y las lesiones de 25 más, se produjeron por la explosión de un camión como consecuencia de la colocación de una bomba por parte de la guerrilla, y de otro lado varios habitantes del corregimiento dijeron que la explosión que causó las muertes y las lesiones fue originada por una bomba lanzada desde un helicóptero de las fuerzas militares que impactó el camión. La primera versión se apoyaba en los dictámenes del DAS y el Instituto de Medicina Legal que afirmaron que la explosión fue producida por un artefacto de fabricación casera. De otro lado, las pruebas técnicas realizadas por el CTI y el FBI dijeron que la explosión fue causada por bombas cluster usualmente utilizadas por la fuerza aérea. La existencia de los dos dictámenes encontrados hacía que no hubiera certeza sobre la forma como ocurrieron las muertes y las lesiones, por lo que, dado el carácter excepcional del fuero militar, ante la subsistencia de duda, la investigación debía ser asignada a la jurisdicción común.

En esta decisión la Corte adicionalmente señaló que, aun cuando el criterio a considerar no hubiera sido el de la duda, era claro que por tratarse de delitos masivos y crueles contra la población ajena al conflicto armado, la competente

⁴⁴ Sentencia T-932 de 2002, M.P.: Jaime Araújo Rentería.

seguía siendo la jurisdicción ordinaria. Posteriormente, en cumplimiento de lo ordenado en el fallo de tutela, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura se pronunció nuevamente sobre el mismo caso, aunque en la motivación de la sentencia la Sala se declaró convencida de que en este caso se reunían los requisitos para que operara el fuero militar, y sólo en acatamiento de lo dicho por la Corte Constitucional el caso fue asignado a la justicia ordinaria⁴⁵.

Con posterioridad a la Sentencia C-358 de 1997 la jurisprudencia ha seguido desarrollando criterios para delimitar el alcance del fuero penal militar. Particular importancia reviste la Sentencia SU-1184 de 2001⁴⁶, en la cual se estableció que las omisiones que hacen que no se impidan las graves violaciones a los derechos humanos o al Derecho Internacional Humanitario deben estar sujetas a las mismas condiciones fijadas en la Sentencia C-358 de 1997. Esto quiere decir que en tales circunstancias, así como la conducta activa es ajena al servicio, también lo es el comportamiento omisivo, y en consecuencia no puede quedar amparado por el fuero. Igualmente opera para las omisiones el criterio que excluye del fuero penal militar las conductas que se producen en el contexto de una operación que *ab initio* buscaba fines contrarios a los valores, principios o derechos consagrados en la Carta, o las que surgen dentro de una operación iniciada legítimamente, pero que en su desarrollo se desvía de dicha finalidad.

⁴⁵ Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, Sentencia de febrero 6 de 2003, radicación 20010817 01, M.P.: Leonor Perdomo Perdomo. Dijo la Sala: “los elementos de juicio allegados al proceso lo que prueban en forma fehaciente es que fue precisamente en relación con la misión militar que cumplían los implicados que tuvieron injerencia en el devenir fáctico de la investigación. En consecuencia sería ineludiblemente obligatorio para esta Corporación remitir el voluminoso proceso a la justicia penal militar, de no ser porque milita, según quedó visto, una orden por vía de tutela proferida por una de las salas de revisión de la Corte Constitucional que no obstante los reparos que merece (...) merece el más profundo respeto y acatamiento, debiéndose precisar entonces que sólo en aras de cumplir con la señalada orden, y no obstante el entero convencimiento de que la justicia castrense es la llamada a conocer el presente evento, la Sala remitirá el proceso objeto de pronunciamiento a la justicia ordinaria penal representada en este caso por la Fiscalía Especializada Delegada de la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación”. Aunque no nos detendremos en el análisis de esta decisión, resulta importante resaltar que la Sala Disciplinaria hizo una errada interpretación de los alcances del fuero, y es eso lo que la llevó a concluir que en este caso sí se daban los presupuestos para su aplicación.

⁴⁶ M.P.: Eduardo Montealegre Lynnet.

Vale la pena resaltar que en lo que tiene que ver con conductas omisivas que devienen en una grave violación a los Derechos Humanos o al Derecho Internacional Humanitario, es necesario tener en cuenta adicionalmente la posición de garante atribuible al investigado, lo que se traduce en comprobar que este tenga dentro de su ámbito de competencia el deber concreto de evitar los resultados que vulneran los derechos fundamentales, aunque no es necesario que se demuestre plenamente la posición de garante, pues esto hace parte del análisis de responsabilidad que no compete a quien define la competencia. Sobre el alcance de la noción de posición de garante, dijo la Corte: “...Las fuerzas militares, así como la Policía Nacional, tienen una posición de garante derivada de su obligación de cumplir deberes irrenunciables en un Estado Social de Derecho. El artículo 217 de la Constitución dispone que es función de las fuerzas militares garantizar el orden constitucional. Dicho orden no se limita a preservar la estructura democrática del país, sino que comprende el deber de participar activa y eficazmente (C.P., artículo 209) en la defensa de los derechos constitucionales de los asociados (...) Tales derechos constituyen los bienes respecto de los cuales el Estado tiene deber –irrenunciable– de proteger (...) de igual manera en sentido abstracto, las fuerzas militares tiene la obligación –en tanto que garantes– de enfrentar las agresiones individuales o colectivas contra los derechos constitucionales de las personas, así como de manera general, contra los derechos humanos, de ahí que no puedan abstenerse de iniciar acciones de salvamento, excepto que medie imposibilidad jurídica o fáctica, frente a la ocurrencia de hechos graves de violación de tales derechos, en particular conductas calificadas de lesa humanidad”⁴⁷.

De lo anterior también se deriva que, en el caso en que un miembro de la fuerza pública, que tiene dentro de su ámbito de responsabilidad el deber de resguardar a un sector de la población no realiza las acciones tendientes a protegerlos pese a que contaba con los medios materiales para hacerlo, se le imputan las violaciones a los derechos humanos que se cometan. Dicho de otra manera, si se produce

⁴⁷ *Ibidem*.

una grave violación a los derechos humanos en la que se verifica la actuación omisiva de quien ostentaba la posición de garante, la imputación se hace por la violación de los derechos, y por ende el acto no tiene ninguna relación con el servicio. Adicionalmente hay que anotar que la imputación se hace con independencia de la forma de participación en el delito. En palabras de la Corte: **“La existencia de esa posición de garante significa que el título de imputación se hace por el delito de lesa humanidad, o en general por las graves violaciones a los derechos humanos, sin importar la forma de intervención en el delito (autoría o participación), o el grado de ejecución del mismo (tentativa o consumación) o la atribución subjetiva (dolo o imprudencia). Las estructuras internas de la imputación no modifican la naturaleza del delito realizado; estas no cambian porque el interviniente (para el caso, quien omite) se limite a facilitar la comisión de un hecho principal, o porque no se alcance la consumación del hecho”**⁴⁸ (negrillas en el texto original).

Ahora bien, por el contrario, si la omisión no implica la imputación del resultado y significa solamente la violación a un deber funcional de actuar, la regla general es que se trata de un acto relacionado con el servicio.

Dijo la Corte: *“los delitos de omisión impropia en los cuales el resultado es la violación grave de un derecho fundamental o del Derecho Internacional Humanitario, siempre son actos ajenos al servicio, mientras que los delitos de omisión propia, **por regla general** pueden considerarse relacionados con la misión constitucional que le ha sido asignada a la fuerza pública...”*⁴⁹ (negrillas en el texto original).

Finalmente, en la misma sentencia la Corte esbozó otro criterio según el cual *“las conductas omisivas tendientes a ocultar la comisión del delito ejecutado por otro y que no le es imputable al miembro de la fuerza pública realizadas después de*

⁴⁸ *Ibídem.*

⁴⁹ *Ibídem.*

consumada la grave violación a los derechos humanos, son formas de encubrimiento que no están vinculadas directamente con la función constitucional que le ha sido asignada a la fuerza pública". Igualmente, el nexo con la función militar se rompe en los delitos conexos, ya sea por acción o por omisión, tendientes a facilitar u ocultar la violación grave a los derechos humanos. En tales circunstancias, no cabe duda que estas investigaciones también deben ser de conocimiento de la justicia ordinaria.

Nuevamente un ejemplo nos permitirá expresar con mayor claridad los criterios hasta aquí esbozados. Piénsese en un caso en el que en horas de la noche miembros de la infantería de marina reciben información en relación con el paso de un camión con hombres armados, uniformados y que portan brazaletes alusivos a las AUC con rumbo a un municipio respecto del cual se han presentado reiteradas amenazas de incursiones de grupos paramilitares. Pese a la información anterior los miembros de la fuerza pública no despliegan ninguna actividad tendiente a contrarrestar al grupo de hombres armados y defender los derechos de la población que se encuentra en condición de vulnerabilidad. En las horas de la madrugada del día siguiente el grupo de hombres armados de cuya movilización se dió aviso a la fuerza pública, ingresó al municipio causando la muerte a 25 personas, hombres y mujeres civiles, que se encontraban en completo estado de indefensión. Luego procedieron a incendiar varias de las viviendas, hurtar algunos de los bienes de sus moradores y posteriormente emprendieron la huida del lugar. Como se observa, el caso se refiere a una masacre ejecutada por miembros de grupos armados al margen de la ley, pero se evidencia también la tolerancia de agentes del Estado quienes, a pesar de tener el deber de brindar protección y seguridad a la población civil, omitieron el cumplimiento de sus deberes permitiendo y facilitando la comisión de los crímenes. Se trata además de graves violaciones a derechos humanos en las que están involucrados miembros de la fuerza pública por sus conductas omisivas, lo que hace que se rompa el nexo con el servicio. Así mismo, en tanto había una obligación de vigilar el riesgo que se cernía sobre esa población, está establecida

la posición de garante respecto del comandante general del grupo de la fuerza pública con jurisdicción en la zona, y en consecuencia respecto de este debe hacerse la imputación por las conductas violatorias de los derechos humanos, esto es, por los homicidios y por los demás delitos consumados.

Finalmente, las investigaciones que hayan de hacerse en relación con los cargos endilgados por delitos conexos, como facilitar la fuga de los responsables o el no desplegar ninguna labor tendiente a la aprehensión de los responsables de la masacre, en cuanto delitos conexos con las graves violaciones a los derechos humanos, también deberán ser investigados por la justicia ordinaria, pues respecto de ellos también se predica la ruptura del nexo con el servicio.

III. LA VIOLACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS

El juzgamiento de militares o policías autores de violaciones a los derechos humanos debe ser abordado a partir de los principios y normas internacionales que regulan las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos, y los desarrollos legales y jurisprudenciales que a nivel nacional se han producido. Las obligaciones estatales desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos son: a) la obligación de respeto de los derechos consagrados en los tratados; b) el deber de protección de los derechos, y c) el deber de garantía. Como consecuencia de la obligación de garantía, los Estados tienen el deber de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectividad de los derechos, y en consecuencia deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos, para lo cual deben proveer y garantizar un recurso efectivo e investigar de manera pronta, imparcial, independiente y exhaustiva.

Igualmente, la obligación de juzgar y castigar a los autores de las graves violaciones a los derechos humanos implica que los cargos y sanciones que se impongan a los autores de las violaciones a sus autores guarden estrecha relación

con la gravedad de la violación y la naturaleza del derecho conculcado, porque cuando las violaciones a derechos humanos no son investigadas y debidamente sancionadas se configura impunidad, que puede darse no solo cuando no hay castigo, sino cuando no se investigan la totalidad de violaciones de derechos humanos en un caso, ni son procesados los responsables por la totalidad de las infracciones cometidas⁵⁰.

Así, se puede afirmar que el fuero penal militar debe ser analizado a la luz de los estándares internacionales que imponen obligaciones a los Estados en materia de derechos humanos, y por lo mismo “el fenómeno del fuero militar y las violaciones a los derechos humanos cometidas por militares y policías está, entonces, en directa relación con los principios, normas y estándares relativos al debido proceso por un tribunal independiente e imparcial, con el derecho a la protección judicial y a un recurso eficaz, la obligación de investigar las violaciones de derechos humanos, la obligación de procesar y castigar a los autores de violaciones a derechos humanos, los derechos que le asisten a las víctimas de violaciones a derechos humanos, en especial los derechos a la reparación y a saber la verdad, y la impunidad de los autores de las violaciones a los derechos humanos”⁵¹.

Todo lo anterior sitúa el ámbito del problema que enfrenta el operador jurídico que está ante unos hechos en los que se encuentran involucrados miembros de la fuerza pública, y que pueden resultar constitutivos de graves violaciones a derechos humanos en la necesidad de establecer con claridad si en efecto se trata de una grave violación de los derechos humanos, caso en el cual el nexo con el servicio se rompe y por lo mismo la competencia es de la justicia ordinaria.

Un primer criterio útil para la identificación en estos casos está dado por la estipulación legal que hace el artículo 3º del Código Penal Militar de algunas de las

⁵⁰ Por ejemplo, la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, en su artículo 4º requiere la proporcionalidad entre la tortura y el castigo para su autor, lo mismo que el artículo 6º de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

⁵¹ Cfr. ANDREU-GUZMÁN FEDERICO, ob. cit., p. 16.

conductas que se consideran graves violaciones a derechos humanos, y que por lo mismo están excluidas del conocimiento de la justicia castrense. Esto en principio no debería presentar mayores dificultades pues, obedeciendo al tenor literal de la norma, *“en ningún caso podrán considerarse como relacionados con el servicio los delitos de tortura, el genocidio y la desaparición forzada, entendidos en los términos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia”*.

Así, podría pensarse que bastaría entonces con acudir a los convenios internacionales referidos a estos delitos para saber que el caso debe ser de conocimiento de la justicia ordinaria. Sin embargo, el asunto no resulta siempre tan sencillo, porque una de las prácticas frecuentemente utilizadas para favorecer la aplicación del fuero militar en estos casos es acudir a justificaciones que permitan hacer una calificación de la conducta bajo denominaciones distintas a las de los ilícitos constitutivos de graves violaciones a derechos humanos. Es el caso, por ejemplo, de los hechos de tortura que son tramitados como casos de lesiones personales, o el caso de una masacre cometida por paramilitares con aquiescencia o complicidad de miembros de la fuerza pública en donde a estos últimos no se les procesa directamente por los homicidios, sino por delitos como encubrimiento, falsedad en documento público, entre otros, con lo que pretende evadirse la condición de graves violaciones a los derechos humanos y por lo mismo la no aplicabilidad del fuero. Estas situaciones han ocurrido en la práctica judicial colombiana, e incluso han dado lugar a que susciten conflictos de competencia ante el Consejo Superior de la Judicatura. Por ejemplo, en el caso de una denuncia por tortura presentada contra miembros de la policía nacional que fue en principio remitida a la justicia penal militar, esta declaró su falta de competencia en el caso porque estimó que se trataba de un delito de tortura, que según la jurisprudencia de la Corte Constitucional es un delito de lesa humanidad y por lo mismo no puede tener relación con el servicio. Enviado el caso a la justicia ordinaria, la fiscalía especializada que conocía del proceso decidió devolver el expediente a la justicia penal militar, al considerar que en realidad la conducta no era constitutiva de tortura por no tener la entidad requerida para que este punible

se configurara y, por el contrario, “lo que se vislumbra es que el comportamiento desarrollado sin duda constituye abuso de autoridad y lesiones personales”. El Consejo Superior de la Judicatura al dirimir el conflicto refirió que los actos desplegados por los policías no reflejaron ninguna relación con el servicio, ya que se inflingieron dolores o sufrimientos físicos y síquicos a los estudiantes con el fin de castigarlos por el gesto que a uno de los agentes de policía no le gustó, y por lo tanto claramente se trató de un delito de tortura⁵².

Como se observa, los problemas surgen porque no siempre resulta tan fácil establecer cuándo se está ante una conducta constitutiva de una grave violación a los derechos humanos y se hace necesario entonces la clarificación de lo que constituye una violación de los derechos humanos. Una visión extrema llevaría a afirmar que toda violación de las normas que tipifican y sancionan conductas humanas comporta violaciones a los derechos humanos. Así, un homicidio sería una clara violación a los derechos humanos, al igual que un prevaricato, en la medida en que la realización de esta conducta a la postre implica una afectación del debido proceso y éste es un típico derecho humano. Sin embargo, por esta ruta se trivializa la distinción que es pertinente hacer entre la comisión de ilícitos en general y las violaciones graves a los derechos humanos en particular, pues si bien esto último implica lo primero, el proceso es asimétrico, esto es, no produce el mismo resultado la relación inversa. La aproximación al tema puede hacerse a partir de la referencia normativa existente, expresada especialmente en tratados y jurisprudencia internacional, y tomando en consideración lo señalado por la doctrina relevante. De este análisis procede la identificación de los principales criterios que contribuyen a definir lo que es una grave violación a los derechos humanos, a partir del enfoque que hemos asumido para la caracterización adoptada en este trabajo.

⁵² Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, Sentencia de septiembre 12 de 2003, radicación 200329280109, M.P.: Dr. Rubén Darío Henao.

¿QUÉ ES UNA VIOLACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS?

Por violación de derechos humanos debe entenderse “toda conducta positiva o negativa mediante la cual un agente directo o indirecto del Estado vulnera, en cualquier persona y en cualquier tiempo, uno de los derechos enunciados y reconocidos por los instrumentos que conforman el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”⁵³. Varios elementos pueden extraerse de la anterior definición. En primer lugar, lo que convierte un acto de violencia cualquiera en una violación de derechos humanos es el autor de la misma, que debe ser agente directo o indirecto del Estado, lo que quiere decir que para hablar de violaciones a derechos humanos se exige un sujeto calificado, que tratándose del agente directo no puede ser otro que el servidor público, es decir, la persona que tiene la calidad de funcionario del Estado, como ocurre con los miembros de la fuerza pública, integrada “en forma exclusiva por las fuerzas militares y la policía nacional”⁵⁴. Ahora bien, al hablar de agentes indirectos se debe entender que los particulares pueden ser violadores de derechos humanos cuando hayan actuado bajo el mandato, apoyo, complicidad, anuencia, tolerancia o aquiescencia del Estado o sus agentes. El caso más típico, aunque no el único, es el de los paramilitares.

Como se observa, para la definición de una conducta violatoria de derechos humanos la autoría estatal, directa o indirecta, aparece como elemento determinante. No obstante, hay que señalar que el debate sobre la responsabilidad por la violación de derechos humanos es un debate inacabado. De un lado están las posturas que se muestran a favor de que únicamente el Estado puede ser responsable, y de otro quienes defienden la posibilidad de que los particulares también respondan por violación de derechos humanos. Quienes defienden la primera postura defienden argumentos como que los Estados son los únicos que se obligan en los pactos internacionales, que los derechos humanos surgieron históricamente para frenar la arbitrariedad estatal y que los particulares

⁵³ DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Algunas precisiones conceptuales sobre la Violación a Derechos Humanos en Colombia*, Serie Textos de Divulgación, N° 2 Faltan datos.

⁵⁴ Constitución Política de Colombia, art. 216.

pueden ser juzgados a través del derecho penal ordinario. Así las cosas, “la multiplicación de los agentes violadores de derechos humanos terminaría diluyendo la responsabilidad del Estado, aspecto que lo sitúa, preferentemente, como víctima”⁵⁵. Por su parte, quienes defienden la posibilidad de que los particulares respondan por violación de derechos humanos insisten en que los derechos humanos son también un poder de oposición contra la arbitrariedad de los poderes privados, que en las dinámicas actuales el rol del Estado se ha redefinido y llaman la atención sobre lo grave que resultaría la impunidad frente a crímenes atroces cometidos por particulares”⁵⁶. Aunque no ahondaremos aquí en este debate, basta señalar que desde el punto de vista del derecho internacional el Estado es el único agente responsable de derechos humanos, aunque esto no deja impunes las conductas cometidas por los particulares, las cuales pueden ser juzgadas a través del derecho penal interno como violación de derechos fundamentales, o por el derecho penal internacional si se dan los requisitos para que la Corte Penal Internacional pueda conocer de los crímenes correspondientes.

Lo anterior nos muestra que hay diversos ámbitos normativos en donde se proyecta la noción de derechos humanos: el plano internacional donde el responsable por sus violaciones es el Estado, el plano nacional donde se tipifican delitos para proteger a los particulares frente a afectaciones de sus derechos, y el plano de la responsabilidad penal internacional. Adicionalmente habría que agregar la especial protección de los derechos humanos en el marco de un conflicto armado que está regida por los postulados del Derecho Internacional Humanitario⁵⁷.

Por lo mismo, hay violaciones a derechos humanos que generan responsabilidad internacional de los Estados, al tiempo que se configura la responsabilidad penal

⁵⁵ RODRIGO UPRIMNY YEPES, INÉS MARGARITA UPRIMNY YEPES y OSCAR PARRA VERA, *Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario*. Módulo de autoformación. Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, Bogotá, mimeo, 2006.

⁵⁶ Otros argumentos en el mismo sentido pueden verse en RAINER HUHLE, La violación de los derechos humanos ¿privilegio de los Estados?, en: <http://www.derechos.org/koaga/iv/1/huhle.html>.

⁵⁷ Sobre esto se volverá más adelante.

del autor individual del hecho. En el caso de los miembros de la fuerza pública, estos pueden ser penalmente responsables por delitos comunes, por delitos propios de la disciplina militar o por violaciones a derechos humanos. En los dos primeros eventos, atendiendo a las circunstancias del hecho y las prescripciones normativas, el caso puede ser radicado en conocimiento de la justicia penal militar o la jurisdicción ordinaria, pero tratándose de graves violaciones a derechos humanos expresamente la jurisprudencia constitucional, la doctrina internacional e inclusive la ley para algunos delitos, han establecido que el juzgamiento de estos casos no puede ser de conocimiento de la justicia castrense.

Esto nos lleva entonces al segundo elemento definitorio de lo que constituye una violación de derechos humanos, que es un criterio material e implica que se desconozca o afecte un derecho que se encuentre reconocido en alguno de los instrumentos internacionales que reconocen derechos humanos⁵⁸. Lo anterior no implica que los derechos humanos sean solo aquellos que están expresamente reconocidos en los pactos internacionales, pues la Constitución protege también aquellos derechos que no estén expresamente reconocidos, al decir 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”⁵⁹. Así mismo, debe señalarse que a partir de una concepción respetuosa de los principios de integralidad e interdependencia de los derechos humanos⁶⁰, hay que reconocer que una violación a derechos humanos puede ocurrir tanto respecto de los llamados derechos civiles y políticos como respecto de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales⁶¹. Por lo tanto, para saber cuáles

⁵⁸ Por instrumentos internacionales debe entenderse los tratados, convenciones, pactos, protocolos y demás documentos ratificados por los Estados.

⁵⁹ Constitución Política de Colombia, art. 94.

⁶⁰ Estos principios fueron esbozados en la Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993, en la que se proclamó que “todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso”.

⁶¹ No obstante, para los efectos de este trabajo el análisis se centrará en las conductas violatorias de derechos civiles y políticos.

son esos actos violatorios hay que remitirse a los diversos tratados internacionales que consagran y definen cuáles son los derechos humanos y tipifican sus violaciones. Es claro que la delimitación de las violaciones a derechos humanos en el caso colombiano debe hacerse teniendo en cuenta todos los tratados internacionales ratificados que entran a formar parte del bloque de constitucionalidad⁶², pues además existe un deber de todos los funcionarios judiciales de aplicar los estándares internacionales de derechos humanos, cuyo desconocimiento incluso puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado⁶³.

Así mismo, la Corte Constitucional ha resaltado el valor que tiene la jurisprudencia y la doctrina internacional a la hora de interpretar el alcance de los tratados internacionales sobre derechos humanos, por lo cual los pronunciamientos de los tribunales internacionales como la Corte Interamericana “constituyen un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales”⁶⁴. Por último, también las declaraciones temáticas o de principios elaboradas por doctrinantes o por cuerpos especializados son un criterio auxiliar muy importante a la hora de valorar e interpretar normas de derechos humanos⁶⁵.

⁶² La Corte Constitucional ha entendido dicho bloque como “el conjunto de 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 al texto constitucional por mandato de la propia Constitución”. Ver Sentencia C-225 de 1995 M.P.: Alejandro Martínez Caballero. Así mismo, se ha reconocido que las disposiciones del DIH también integran el bloque de constitucionalidad. Al respecto ver Sentencia C-179 de 1994. M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

⁶³ El artículo 2º del Código Penal (Ley 599 de 2000) preceptúa: “**Artículo 2º. Integración.** Las normas y postulados que sobre derechos humanos se encuentren consignados en la Constitución Política, en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, harán parte integral de este código”.

⁶⁴ Sentencia C-010 de 2000. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

⁶⁵ En relación con las violaciones a derechos humanos, algunos de los documentos doctrinales más relevantes son los “principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias”, los “principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abuso del poder”, el “Conjunto de principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad” y los “principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”.

Los dos elementos anteriores nos permiten entonces distinguir con claridad cuándo estamos ante una violación de derechos humanos. Sin embargo, no toda violación de derechos humanos encuentra su correlato exacto en la tipificación de un ilícito penal. Es por eso que a la hora de investigar una violación a los derechos humanos hay que definir el agente –elemento subjetivo– y el derecho vulnerado –elemento material–, pero habrá también que considerar si el bien jurídico que expresa ese derecho encuentra protección en el ordenamiento jurídico interno a través del sistema penal y de qué manera, pues incluso puede haber afectaciones a un derecho que ameriten la protección judicial, por ejemplo, por la vía constitucional, pero que no revisten la entidad suficiente para ser consideradas delitos⁶⁶. Adicionalmente, hay que tener en cuenta que un mismo acto puede constituir la violación de múltiples derechos aunque configure un solo ilícito penal.

SÍNTESIS

Pasos para identificar una violación de derechos humanos y en consecuencia asignar la competencia a la jurisdicción ordinaria

1. Identificación del elemento subjetivo:

- a. Cuando el acto de violencia es realizado directamente por un agente del Estado que ejerce una función pública.
- b. Cuando el acto de violencia es realizado por particulares que actúan con el apoyo, anuencia, aquiescencia, complicidad o tolerancia de agentes del

⁶⁶ En el caso por ejemplo de violaciones a los derechos a la honra y al buen nombre, a veces no se configura un delito de injuria y calumnia, pero sí es posible acudir a la acción de tutela para que cese el agravio, pues la acción constitucional y la acción penal no son excluyentes y tienen alcances diferentes. Así, por ejemplo, en cuanto a las sanciones penales la aplicación de la pena en el evento de configurarse la culpabilidad del imputado no repara por sí misma el derecho fundamental comprometido y los resultados que se obtengan mediante la constitución de la víctima en parte civil dentro del proceso penal son de índole pecuniaria y siempre posteriores en mucho tiempo a la concreción del daño, mientras que el juez de tutela puede amparar de inmediato el derecho sometido a desconocimiento o amenaza. Al respecto ver Sentencias T-611 de 1992, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo y T-1319 de 2001, M.P.: Rodrigo Uprimny Yepes.

Estado.

- c. Cuando el acto de violencia se produce gracias al desconocimiento de los deberes de garantía y protección que tiene el Estado respecto a sus ciudadanos.

2. Identificación del elemento material:

- a. Cuando se desconoce o afecta un derecho reconocido en instrumentos internacionales de derechos humanos.
- b. Cuando se desconoce o afecta un derecho que a pesar de no estar expresamente reconocido en los instrumentos internacionales de derechos humanos es inherente a la persona humana.

CLASIFICACIONES DE LAS VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS

Las violaciones a los derechos humanos pueden clasificarse atendiendo a diversos parámetros. Así, una primera clasificación hecha a partir de los móviles que orientan el hecho distingue entre tres categorías⁶⁷:

1. **Violación de derechos humanos como persecución política:** este tipo de violación se define como aquella que “ocurre ordinariamente en el marco de actividades, encubiertas o no, relacionadas con el mantenimiento del «orden público» o la «defensa de las instituciones» razones estas tradicionalmente conocidas como «razones de Estado»”. Ordinariamente se aducen estas razones o se pueden fácilmente inferir, como justificación de actos violentos dirigidos a reprimir la protesta social legítima, a desarticular organizaciones populares o de carácter reivindicatorio o a castigar y reprimir posiciones políticas contrarias o críticas del “status quo”.

⁶⁷ Se sigue aquí la clasificación ofrecida por el Banco de Datos de Cinep y Justicia y Paz.

2. **Violación de derechos humanos como abuso o exceso de autoridad:** este tipo de acto violatorio de derechos humanos “se origina en el uso de la fuerza desproporcionado e injustificado en el cumplimiento de las funciones de agentes estatales, o un uso arbitrario e ilegítimo de la fuerza o de la autoridad detentada por los agentes del Estado. En estos casos para identificar el hecho hay que tener en cuenta que el uso de la fuerza en cumplimiento de los requerimientos legales o judiciales, debe limitarse a los casos en que sea estricta y proporcionalmente necesaria. Es decir, si no hay resistencia, no es legítimo usarla; si hay resistencia, solo en la proporción necesaria para vencer la resistencia”⁶⁸.

3. **Violación de derechos humanos como manifestación de intolerancia social:** en este caso, el acto violatorio de derechos humanos se infiere en razón de las características de las víctimas, que el móvil del acto está dirigido a eliminar personas consideradas por los victimarios como disfuncionales o problemáticas para la sociedad, tales como habitantes de la calle, drogadictos, mendigos, prostitutas, homosexuales o delincuentes. Esto es lo que comúnmente se conoce como prácticas de la mal llamada “limpieza social”.

En el primer caso, la determinación del móvil de carácter político en el sentido antes expresado no es tarea sencilla, pero varios elementos pueden contribuir en el proceso de identificación. Así, por ejemplo, un primer elemento a considerar en estos casos será la sistematicidad de la conducta. Ataques reiterados contra determinada población o grupo poblacional evidencian un móvil político, pues hay una intención deliberada de perseguirlo o atacarlo. Un segundo criterio para identificar con claridad el móvil político tiene que ver con las condiciones de la víctima, así un móvil político queda plenamente evidenciado si la víctima es

⁶⁸ Los principios de necesidad y proporcionalidad en el uso de la fuerza están desarrollados en el artículo 3º del Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, aprobado por Resolución 34/169 de la Asamblea General de la ONU el 17 de diciembre de 1979.

defensor o defensora de derechos humanos⁶⁹, si se trata de líderes sindicales, dirigentes campesinos o comunitarios, ex-militantes de grupos guerrilleros, miembros de partidos políticos de oposición, entre otros. En estos casos es evidente la intención de reprimir procesos organizativos y acallar las voces críticas de la sociedad, por lo que la lesión es de una gravedad inusitada.

Un segundo parámetro para clasificar las violaciones a derechos humanos comporta un elemento de grado, y está referido a la gravedad de las mismas. Diversos criterios pueden ser tenidos en cuenta a la hora de determinar si una violación a los derechos humanos puede ser considerada grave, incluso la denominación no es uniforme, pues en ocasiones se habla indistintamente de violaciones “serias”, “manifiestas” o “flagrantes” que se entienden como sinónimos de graves⁷⁰.

De una parte el elemento distintivo puede estar en el hecho de que la conducta constituya una afrenta para toda la colectividad, como ocurre en el caso de los crímenes de lesa humanidad, o por el hecho de ser conductas que comportan la afectación simultánea de varios derechos. Así ocurre, por ejemplo, en el caso del desplazamiento forzado, la desaparición forzada y los actos de violencia sexual contra la mujer. De igual manera, la importancia concebida a ciertos derechos en determinada sociedad puede hacer que las conductas que los afectan sean consideradas como graves. Igualmente la gravedad del hecho puede estar

⁶⁹ Al respecto vale la pena señalar que la Representante Especial sobre la cuestión de las defensoras y defensores de los derechos humanos en su informe sobre la visita a Colombia en el año 2002 llamó la atención sobre la necesidad de que se diera cumplimiento a las Sentencias C-358 de 1997 y C-361 de 2001 emitidas por la Corte Constitucional, y en especial recomendó a las autoridades colombianas que “Los responsables de las violaciones de los derechos de los defensores de los derechos humanos por acción o por omisión deben ser juzgados por la justicia ordinaria y sancionados”. Documento de las Naciones Unidas, E/CN.4/2002/106/Add.2, de 17 de abril de 2002, párrafo 82.

⁷⁰ Así por ejemplo en las conclusiones del seminario de Maastricht, sobre el derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones a derechos humanos, se dijo que “se entiende que entre las violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales figuran por lo menos las siguientes prácticas: el genocidio, la esclavitud y prácticas similares, las ejecuciones sumarias o arbitrarias, la tortura, las desapariciones, la detención arbitraria y prolongada y la discriminación sistemática”. Citado por ANDREU-GUZMÁN FEDERICO, op. cit., p.17.

determinada por el número de víctimas, las calidades de las mismas o la modalidad misma del hecho⁷¹.

Como se observa, aunque puede haber diversos argumentos para considerar una determinada conducta violatoria de un derecho como grave, existen algunos consensos normativos y doctrinales que han definido cuáles son esas conductas que por diversas razones se consideran las más graves violaciones a los derechos humanos. Estos consensos han sido recogidos normativamente, por lo que una manera relativamente sencilla de ir acercándose a la definición que se busca es resaltando la estipulación normativa que indica qué conductas constituyen claras y graves violaciones a los derechos humanos. Quizá el más importante referente de derecho internacional de derechos humanos, al efecto, es el Estatuto de Roma que creó la Corte Penal Internacional (CPI)⁷². Puede decirse que la tipificación de los crímenes de competencia de la CPI son la síntesis de una larga discusión político-normativa en torno y allí se tipifican los que se consideran los “crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”, entre los cuales se incluye el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión (art. 5º) y se consideran violaciones a los derechos humanos los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad⁷³.

⁷¹ Estos criterios fueron utilizados por el agente del Ministerio Público en el caso de la masacre de Riofrío para sustentar que se trató de un delito de lesa humanidad que debía ser investigado por la justicia ordinaria al decir: “ninguna duda cabe, tampoco, sobre la calidad del hecho como de «inusitada gravedad», que surge evidente del número de las víctimas, 13, de sus edades, entre 16 y 75 años, de la modalidad del ilícito, agrupamiento previo, práctica de torturas, constreñirlos a vestir prendas militares, colocación de armas, y, finalmente, la reivindicación pública por parte de las autoridades militares del área sobre la autoría de esas bajas”. Ver Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal de marzo 6 de 2003, radicación 17550, M.P.: Yesid Ramírez Bastidas.

⁷² Entró en vigencia para Colombia mediante la Ley 742 de 2002.

⁷³ En todo caso, la consideración acerca de que conductas tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas constituyen graves violaciones a los derechos humanos, había sido hecha por el sistema de las Naciones Unidas en otros escenarios, como consta en las Resoluciones 53/147 “Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias” adoptada el 9 de diciembre de 1998 y 55/89 “La tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos y degradantes” adoptada el 22 de febrero de 2001. La Declaración sobre la protección de todas las personas contra la desaparición forzada de las Naciones Unidas reitera igualmente que la desaparición forzada es una grave violación a los derechos humanos: “**Artículo 1.** Todo acto de desaparición forzada constituye un ultraje a la dignidad humana. Es condenado como una

Estos mandatos normativos nacionales e internacionales permiten afirmar entonces la existencia de un *criterio material* u *objetivo* de identificación de graves violaciones a los derechos humanos, a saber, la estipulación positiva que como tal realizan los instrumentos internacionales o la legislación nacional. Si bien esta afirmación deja por fuera el debate de la libertad de configuración de legislador –esto es, los criterios que a su turno lo guían para establecer las normas correspondientes– y sobre lo cual adelante se expresa una opinión⁷⁴, permite identificar de manera clara y autorizada lo que *prima facie* es una grave violación a los derechos humanos.

¿QUÉ SON LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD?

Los crímenes de lesa humanidad son una de las graves violaciones a derechos humanos que configuran una categoría especial de delitos que agravan profundamente la dignidad humana y afectan la conciencia misma de la humanidad. En sus primeras formulaciones la noción de crimen de lesa humanidad aparece ligada a la de crímenes de guerra o crímenes contra la paz, pero en el primer Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1954, el crimen de lesa humanidad empieza a ser autónomo. Allí los crímenes de lesa humanidad se definieron como “los actos inhumanos, tales como el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación o las persecuciones contra cualquier población civil por motivos sociales, políticos, raciales, religiosos o

negación de los objetivos de la Carta de las Naciones Unidas y como una violación grave manifiesta de los derechos humanos y de las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales pertinentes” [aprobada por la Asamblea General en su Resolución 47/133 de 18 de diciembre 1992]. También el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas reiteradamente ha calificado la tortura, la ejecución extrajudicial y la desaparición forzada entre otros actos como graves violaciones a los derechos humanos.

⁷⁴ Ver *infra* apartado 3 sobre uso de los criterios.

culturales, perpetrados por las autoridades de un Estado, o por particulares que actúen por instigación de dichas autoridades o con su tolerancia”⁷⁵.

Para identificar que una conducta violatoria de un derecho constituye un crimen de lesa humanidad, la misma debe cometerse como parte de un ataque generalizado o sistemático. Lo generalizado es el elemento cuantitativo y se refiere a que el ataque ocurra contra una gran cantidad de personas, sea una acción a gran escala realizada colectivamente con una considerable gravedad o dirigido contra una multitud de víctimas. El carácter generalizado no hace referencia a la cantidad de los autores o instituciones comprometida en los crímenes, sino al número de víctimas.

No obstante, un acto inhumano cometido en contra de una sola persona podría constituir un crimen de lesa humanidad si guarda relación con las características y modalidades que identifican este tipo de crímenes. En palabras del relator especial de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU: “un acto inhumano cometido contra una sola persona podría constituir un crimen contra la humanidad si se sitúa dentro de una conducta sistemática o se ejecuta según un plan, o si representa un carácter repetitivo que no deja ninguna duda sobre las intenciones de su autor (...) Un acto individual podría constituir un crimen contra la humanidad si se inscribe dentro de un conjunto coherente y dentro de una serie de actos repetidos e inspirados por el mismo móvil: político, religioso, racial o cultural”⁷⁶.

El carácter sistemático es un elemento cualitativo que indica que los hechos hacen parte de una práctica reiterada, permanente o frecuente, y hace referencia a una política o plan implícito o declarado. “El término *sistemático* de acuerdo con la jurisprudencia internacional y la Comisión de Derecho Internacional dice «de un

⁷⁵ Documentos oficiales de la Asamblea General, noveno periodo de sesiones, Suplemento Nº 9 (A/2693 y Corr.1) pp.10-11. Citado en *Colombia nunca más: crímenes de lesa humanidad*, Tomo I, Bogotá, 2000, p. 84.

⁷⁶ D. THIAN, Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU. Citado en COLECTIVO DE ABOGADOS JOSÉ ALVEAR RESTREPO, *Redes de esperanza tejidas con memorias: verdad, justicia y reparación integral*, Bogotá, 2005, p. 48.

plan o política» del cual «podría resultar la comisión repetida o continua de actos inhumanos»⁷⁷. También el Tribunal Internacional para Rwanda definió el acto sistemático como aquel “concientemente organizado y que sigue un patrón determinado, basándose en una política común que utiliza recursos públicos o privados. No es requisito que esta política se deba adoptar formalmente como una política de Estado. Sin embargo, debe haber una cierta clase de plan o política preconcebida”⁷⁸.

Un elemento adicional a tener en cuenta para identificar un crimen de lesa humanidad tiene que ver con la importancia del móvil y la gravedad de la afectación producida, que no implicaría un daño solo respecto de un individuo sino respecto de la totalidad de la especie humana. El experto VESPASIANO V. PELLA se refirió a las diferencias entre delitos comunes contra la vida, la integridad o la libertad y los crímenes de lesa humanidad, resaltando la importancia del móvil o intención criminal especial como elemento constitutivo del crimen contra la humanidad y distintivo de este frente a otros delitos comunes. Dijo:

*Lo que transforma semejantes actos en crímenes contra la humanidad es el hecho de que están dirigidos esencialmente contra el género humano que está formado de razas, nacionalidades y religiones diferentes y que presenta una pluralidad de concepciones filosóficas, sociales y políticas (...) Estando el crimen contra la humanidad dirigido contra bienes jurídicos comunes a una categoría de personas (razas, nacionalidades, religiones, etc.) no atañe al individuo considerado aisladamente sino al individuo cuanto miembro de una colectividad*⁷⁹.

⁷⁷ Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sentencia Tadic, 7 de mayo de 1997, párr. 648. También, Comisión de Derecho Internacional, Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, 1996, párr. 94 y 95. Citado en: Informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú, capítulo 4, www.derechos.org/nizkor/peru/libros/cv/.

⁷⁸ Tribunal Penal para Rwanda. Citado en: Informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú, ob. cit.

⁷⁹ Memorando del profesor Vespasiano V. Pella al secretario general de la ONU, Doc.A/CN.4/39, 24 de noviembre de 1950, N° 138. Citado en *Colombia nunca más...*, ob. cit., p. 91.

La calificación de los crímenes de lesa humanidad, como actos sistemáticos o reiterados dirigidos contra una población civil, fue adoptada por el Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional, en donde se contempla que esta clase de crímenes pueden ser cometidos en tiempos de paz o en conflicto armado, y se enumeran una serie de actos que deben ser entendidos como tales siempre que se cometan “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”. Estas conductas son las siguientes (art. 7^o):

“a) *Asesinato.*

”b) *Exterminio*⁸⁰.

”c) *Esclavitud*⁸¹.

”d) *Deportación o traslado forzoso de población*⁸².

”e) *Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional.*

”f) *Tortura*⁸³.

”g) *Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado*⁸⁴, *esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable.*

⁸⁰ En el párrafo 2 se dice que el exterminio “comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, la privación del acceso a alimentos o medicinas, entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población”.

⁸¹ En el párrafo 2 se dice que por esclavitud “se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños”.

⁸² En el párrafo 2 se dice que por deportación o traslado forzoso de población “se entenderá el desplazamiento de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional”.

⁸³ En el párrafo 2 se dice que por tortura “se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas”.

⁸⁴ En el párrafo 2 se dice que por embarazo forzado “se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición

"h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte⁸⁵.

"i) Desaparición forzada de personas⁸⁶.

"j) El crimen de apartheid⁸⁷.

"k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física".

Una de las críticas que recurrentemente se ha formulado a la noción de crímenes de lesa humanidad contenida en el Estatuto de Roma tiene que ver con la ampliación que hace del sujeto activo del crimen de lesa humanidad, al decir en el párrafo 2 del artículo 7 que "Por «ataque contra una población civil» se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política", lo cual implica que este tipo de actos no serán solo los cometidos por el Estado sino también por "una organización", y de esta manera se abren las puertas a que

étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo".

⁸⁵ En el párrafo 2 se dice que por persecución "se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad".

⁸⁶ En el párrafo 2 se dice que por desaparición forzada de personas "se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado".

⁸⁷ En el párrafo 2 se dice que por el crimen de *apartheid* "se entenderán los actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1 cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen".

pueda entenderse la responsabilidad en cabeza de agentes particulares u organizaciones de otro tipo diferentes de la esfera estatal, desconfigurándose así el concepto clásico de violación a derechos humanos en el cual uno de los elementos definitorios es la vinculación de un agente estatal con la conducta⁸⁸. En relación con la sistematicidad que exige la definición de crimen de lesa humanidad, se considera que la participación de particulares en empresas de tal magnitud es imposible, pues realizar estos crímenes requiere la movilización de todo el aparato de poder. Para la caracterización aquí propuesta se acoge la noción más clásica según la cual la categoría crimen de lesa humanidad es un crimen de Estado.

Otro de los aspectos importantes a tener en cuenta en relación con los crímenes de lesa humanidad es que respecto de estos se entiende que asiste a la colectividad el derecho a la verdad y a la justicia. Para la Corte Constitucional “existe una relación entre la gravedad del hecho punible y la existencia de un interés de la sociedad en conocer la verdad y hacer justicia”, y por eso mismo tratándose de los hechos que “impliquen graves atentados contra los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario y una severa puesta en peligro de la paz colectiva”, asiste a la sociedad entera interés para conocerlos⁸⁹. Por lo mismo, y reconociendo que dada la gravedad de los hechos puede resultar desproporcionado exigir que sea la comunidad directamente afectada, probablemente aislada y temerosa, la que denuncie los hechos, reconoce la Corte que es “natural que sean personas ajenas a la comunidad, con capacidad para observar un espectro mayor, quienes estén en situación de identificar y denunciar la comisión de tales hechos”⁹⁰.

Finalmente, hay que señalar algunas características adicionales que distinguen un crimen de lesa humanidad de otra clase de delitos: su carácter imprescriptible; el que no se impida la extradición de sus autores; impiden la concesión del derecho

⁸⁸ Este punto fue abordado al definir los elementos de una violación de derechos humanos. Ver *supra*, p. 20.

⁸⁹ Sentencia T-249 de 2003, M.P.: Eduardo Montealegre Lynnet.

⁹⁰ *Ibidem*.

de asilo así como que sus autores sean cobijados por inmunidad diplomática o de gobierno; no admiten la irretroactividad de la ley penal y no pueden ser objeto de indultos o amnistías; no permiten la aplicación del principio de la obediencia debida y no pueden ser investigados por jurisdicciones especiales, como la justicia castrense⁹¹. Para los fines de este trabajo hay que resaltar la última característica señalada, según la cual precisamente por su gravedad y por significar una afrenta para el conjunto de la colectividad, los crímenes de lesa humanidad deben ser investigados y juzgados por tribunales ordinarios nacionales, e incluso por instancias internacionales, pero nunca por tribunales militares.

Aunque la legislación penal colombiana no hace referencia expresa a los crímenes de lesa humanidad, es claro que cuando se cometa una de las conductas que han sido reconocidas en el derecho internacional como tales, las investigaciones deben asumirse por la justicia ordinaria, porque, tal como lo ha señalado reiteradamente la jurisprudencia, en estos casos la gravedad inusitada de la conducta hace que se rompa el nexo con el servicio. Igualmente, esta clase de investigaciones debe asumirse de forma unificada para identificar el patrón y modalidad de ejecución y garantizar mayor efectividad de la misma, precisamente en razón de la sistematicidad y generalidad que caracteriza estos crímenes.

Es necesario ahora pasar a identificar, a partir de los derechos humanos que están protegidos en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos, las conductas que constituyen graves vulneraciones a los mismos y que a nivel interno se traducen en la consagración de tipos penales para la protección de los bienes jurídicos correlativos⁹². Así, por ejemplo, mientras en el derecho internacional de los derechos humanos hablamos de la ejecución extrajudicial como una conducta violatoria del derecho a la vida, a nivel nacional la vida como

⁹¹ Cfr. COLECTIVO DE ABOGADOS JOSÉ ALVEAR RESTREPO, ob. cit., pp. 50-52.

⁹² En este apartado hemos acogido el esquema y los contenidos ofrecidos por los trabajos realizados por la Defensoría del Pueblo en el *Manual de calificación de conductas violatorias de Derechos Humanos*, Bogotá, 2000, y por la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos en el *Manual de calificación de conductas violatorias: derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario*, Bogotá, mayo de 2004.

bien jurídico tutelado es protegida mediante la consagración del tipo penal de homicidio en sus diversas modalidades. El siguiente cuadro muestra algunas de las más graves conductas violatorias de derechos humanos a nivel de los instrumentos internacionales y la expresión correlativa que estas tienen en el ámbito nacional como bienes jurídicos tutelados a través de la tipificación de delitos:

Derecho Internacional	Derecho Nacional	Derecho Internacional	Derecho Nacional
	Código Penal (Ley 599 de 2000) y Código Penal Militar (Ley 522 de 1999)		Código Penal (Ley 599 de 2000) y Código Penal Militar (Ley 522 de 1999)
Derecho protegido	Bien jurídico tutelado	Conducta violatoria del derecho	Tipo penal que protege el bien jurídico
Vida	Vida	Ejecución extrajudicial	Homicidio (C.P., arts. 103 y ss.)
Vida	Vida	Masacre	Homicidio (C.P., arts. 103 y ss.)
Vida	Vida	Genocidio	Genocidio y apología del genocidio (C.P., arts. 101 y 102)
Integridad	Integridad	Lesiones personales	Lesiones personales

			(C.P., arts. 111 y ss.)
Libertad Personal	Libertad individual	Desaparición forzada	Desaparición forzada (C.P., arts. 165 y ss.)
Libertad personal	Libertad individual	Detención arbitraria o ilegal	Privación ilegal de la libertad (C.P., art. 174) Prolongación ilícita de la privación de la libertad (C.P., art. 175) Detención arbitraria especial (C.P., art. 176)
Integridad	Autonomía personal	Tortura	Tortura (C.P., art. 178)
Varios derechos	Autonomía personal	Desplazamiento forzado	Desplazamiento forzado (C.P., arts. 180 y ss.)
Inviolabilidad del domicilio	Inviolabilidad de habitación o sitio de trabajo	Allanamiento sin orden judicial	Violación de habitación ajena por servidor público (C.P., arts. 190 y 191)

			Violación de habitación ajena (Código Penal Militar, art. 187)
Intimidación	Intimidación		Violación ilícita de comunicaciones (C.P., art. 192)

A continuación se hará una síntesis de las principales características que desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos identifican algunas de las conductas constitutivas de graves violaciones a derechos humanos. Con ello se proporcionan elementos a efectos de identificar que en aquellos casos en los cuales se configure alguna de las conductas señaladas la competencia para adelantar la investigación y juzgamiento de los responsables se radicará siempre en la justicia ordinaria y en particular en la Unidad Nacional de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación⁹³.

1. EJECUCIONES EXTRAJUDICIALES

Esta grave violación a los derechos humanos a nivel interno se investiga y juzga bajo el tipo penal de homicidio en sus diversas modalidades⁹⁴. Se da una ejecución cuando se reúnen los siguientes elementos:

- a) Que el autor sea un agente del Estado o un particular que actúe con el apoyo, tolerancia o complicidad de una persona vinculada al Estado.
- b) Que no se configure alguna de las causales de ausencia de responsabilidad.

⁹³ Debe entenderse que la caracterización de conductas es ejemplificativa. Puede haber otras conductas que sean consideradas graves violaciones a los derechos humanos y que por lo tanto deban también ser de conocimiento por parte de la justicia ordinaria en todos los casos.

⁹⁴ Artículos 103 y ss. del Código Penal.

- c) Que haya un designio punitivo en la muerte de la víctima, es decir, que con la muerte se busque castigarla por su conducta real o presunta, por su condición, orientación ideológica o algún otro motivo; por lo mismo las personas que comúnmente son víctimas de este delito son los defensores de derechos humanos, líderes políticos o sindicales, periodistas, funcionarios judiciales, etc.

En estos casos hay un incumplimiento del Estado de su deber de garantía y los miembros de la fuerza pública presuntamente implicados, ya sea por acción o por omisión, deben ser siempre investigados por la justicia ordinaria. Así lo ha sostenido reiteradamente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al considerar que la ejecución extrajudicial en ningún caso puede ser considerada un acto del servicio y por tanto ser sometida al fuero militar o de policía⁹⁵.

1.1. CRITERIOS PARA IDENTIFICAR CASOS DE EJECUCIONES EXTRAJUDICIALES⁹⁶

- a) Privación de la vida como resultado de homicidios perpetrados por miembros de las fuerzas armadas, de seguridad del Estado, por grupos paramilitares, escuadrones de la muerte, grupos de limpieza social⁹⁷ o de otras fuerzas privadas que actúan por orden del gobierno, cooperan con éste o actúan con su complicidad, tolerancia o aquiescencia.

⁹⁵ En los casos Santos Mendivelso Cononubo y Álvaro Moreno Moreno, ambos contra Colombia, la Comisión consideró que “la ejecución sumaria de una persona sospechosa de mantener vínculos con una organización armada disidente no puede ser considerada como una función legítima de la Policía Nacional colombiana. Por lo tanto, el mero hecho de que un tribunal militar haya asumido jurisdicción impidió el acceso a la protección judicial consagrada en los artículos 8º y 25. Ver Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos-1998. OEA/Ser.L/V/II.102, doc.6 rev., 16 abril 1999, Informe N° 62/99, Santos Mendivelso Coconubo, caso 11.540 (Colombia) e Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos-1997. OEA/Ser.L/V/II.98, doc.6; 17 febrero 1998, Informe N° 5/98, Álvaro Moreno Moreno, caso 11.019 (Colombia).

⁹⁶ La utilidad de estos criterios depende de la buena apreciación del material probatorio que realice el funcionario judicial, de ahí la importancia de la apreciación integral de la prueba y de la labor de los funcionarios de la policía judicial y del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

⁹⁷ La limpieza social suele realizarse contra habitantes de la calle, mendigos, prostitutas y otras personas pertenecientes a los círculos marginales de la sociedad.

Como ya lo dijimos, una violación a derechos humanos, en este caso una ejecución extrajudicial puede no ser efectuada por un miembro de la fuerza pública, sino por particulares que realizan estas muertes en complicidad o tolerancia de sus miembros. Lo anterior puede ilustrarse recordando la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de los 19 comerciantes que fueron retenidos en un municipio del Magdalena Medio por miembros de un grupo paramilitar que operaba en la zona con la tolerancia de las Fuerzas Armadas. Después de la retención de los comerciantes se realizó una reunión de los jefes paramilitares, los cuales decidieron darles muerte y apoderarse de sus vehículos y mercancías. La reunión contó con la participación de algunos oficiales del Ejército y posteriormente los comerciantes fueron ejecutados y sus cuerpos descuartizados y lanzados a las aguas de un caño, afluente del río Magdalena. En este caso, aunque las muertes fueron perpetradas por miembros de grupos paramilitares, estos actuaron en complicidad y con tolerancia de las fuerza armadas, pues quedó demostrado que los paramilitares ingresaban libremente al batallón ubicado en la zona, e incluso realizaban operaciones conjuntas con los militares. Así mismo, se demostró que las víctimas fueron privadas de su libertad minutos después de pasar por un retén del Ejército⁹⁸.

Como se observa, se cumplen todos los requisitos para hablar de ejecuciones extrajudiciales: primero, la muerte fue ocasionada por particulares, en este caso un grupo paramilitar que operaba en la zona, con el apoyo, tolerancia y complicidad de los militares del batallón de la región; segundo, no se configuró una causal de ausencia de responsabilidad, y tercero, las muertes tenían un designio punitivo, pues el motivo de su muerte fue su presunta colaboración con grupos guerrilleros.

⁹⁸ Sentencia de 5 de julio de 2004, Serie C, N° 109 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

- b) Privación de la vida de una persona por parte de miembros de la fuerza pública violando las leyes que rigen el estado de guerra o el conflicto armado interno. En nuestro caso las normas aplicables son el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra y el Protocolo II adicional a estos convenios. En este caso estaríamos además ante una infracción grave al DIH, por lo cual se trata de una conducta de “doble identidad violatoria”⁹⁹ que debe ser de conocimiento de la justicia ordinaria. Piénsese por ejemplo en el caso de un grupo de integrantes de una organización armada ilegal que se desplaza por un camino rural después de participar en un combate y en el cual hay varios heridos. En ese momento el grupo ilegal es retenido por miembros de la fuerza pública quienes, después de desarmarlos, los llevan a un bosque en donde proceden a darle muerte a todos incluidos los heridos, y posteriormente presentan los hechos como ocurridos en el marco de un combate simulado. En este ejemplo los integrantes del grupo armado ilegal eran personas protegidas por el DIH¹⁰⁰ por cuanto habían sido puestos fuera de combate, unos por estar heridos y otros por haberse rendido y encontrarse desarmados.
- c) Privación de la vida de una persona como consecuencia de la utilización desproporcionada de la fuerza por parte de miembros de la policía o de las fuerzas armadas en la aplicación de la ley o el mantenimiento del orden público. El uso de la fuerza por parte de la fuerza pública debe ser excepcional y sujetarse a criterios de necesidad y proporcionalidad¹⁰¹. Por lo mismo, la fuerza solo podrá ser utilizada cuando el orden público no se pueda preservar de otra manera y debe emplearse en un nivel proporcional respecto al objetivo que se desea obtener. Igualmente, el empleo de las

⁹⁹ Esto es que una conducta sea simultáneamente considerada una violación a los derechos humanos y una infracción al Derecho Internacional Humanitario.

¹⁰⁰ Artículo tercero común a los cuatro convenios de Ginebra.

¹⁰¹ Al respecto es importante tener en cuenta el Código de Conducta para Funcionarios encargados de hacer cumplir la ley adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 34/169 del 17 de diciembre de 1979, cuyo artículo 3 dispone: “Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas”.

armas de fuego, al tenor de lo dispuesto en los Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, sólo resulta legítimo cuando se actúa en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves; con el propósito de evitar un delito que entrañe una amenaza para la vida o con el objeto de retener a una persona que represente peligro y oponga resistencia, o para impedir su fuga¹⁰².

Un caso que refleja lo anterior, es el que se dio con ocasión del encuentro coincidental entre un suboficial del ejército que cumplía tareas de inteligencia y un soldado que había desertado del batallón de la zona y sobre el cual recaía una orden de captura de un juez penal militar por el delito de hurto. El suboficial al ver que el soldado hizo caso omiso a sus voces de alto y emprendió la huida en una bicicleta, le disparó con su arma de dotación produciéndole la muerte. En este caso, si bien el suboficial se disponía a cumplir con su deber –capturar a una persona requerida por la justicia– utilizó de manera desproporcionada la fuerza, lo cual se evidencia en el hecho de que el soldado se encontraba desarmado, además de que no representaba ningún peligro evidente. Distinta sería la situación, si el soldado hubiera estado armado y hubiera disparado contra el suboficial o contra civiles en su huida, pues en este evento ya no podríamos hablar de una ejecución extrajudicial, y seguramente el suboficial no sería penalmente responsable por constituirse una causal de ausencia de responsabilidad conforme al Código Penal, como la legítima defensa¹⁰³.

- d) La muerte de personas detenidas legal o ilegalmente como consecuencia de torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes durante la detención o prisión. En estos casos se presume que la muerte y todos los daños a la

¹⁰² Adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

¹⁰³ Este caso fue decidido en sede de Casación por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en Sentencia del 24 de julio de 2003, radicación 16295, M.P.: Marina Pulido de Barón.

integridad física de una persona detenida fueron causados por los agentes de la fuerza pública, por lo que corresponde a estos la carga de la prueba de demostrar lo contrario. Esto por cuanto el deber de garantía que tienen los Estados frente a la protección de los derechos humanos y especialmente frente al derecho a la vida, se hace más severo en relación con las personas detenidas legal o ilegalmente, por cuanto el Estado se convierte en principal garante de los derechos de las personas sometidas a su custodia. Los miembros de la fuerza pública son responsables de la vida e integridad física de las personas que se encuentran detenidas y bajo su custodia, por lo que cualquier vulneración a dichos derechos producidos durante la detención son atribuibles a los custodios, a los cuales corresponde la carga de la prueba de demostrar lo contrario¹⁰⁴.

Esta presunción es útil para dirimir un eventual conflicto de competencias entre la justicia ordinaria y la penal militar, pues se puede decir que siempre que haya una denuncia contra un miembro de la fuerza pública por conductas violatorias del derecho a la vida e integridad personal de una persona que haya estado sometida a su custodia, los hechos violatorios hayan ocurrido durante la detención y de esto reposen pruebas en el expediente, debemos asumir que estamos ante un presunto caso de grave violación a derechos humanos.

No se pretende establecer una presunción de responsabilidad en contra de los miembros de la fuerza pública que desconocería la presunción de inocencia, establecida en el artículo 29 de la Constitución. Simplemente se quiere poner de presente la obligación de respeto que tiene el Estado, la

¹⁰⁴ Esta presunción de presunción de responsabilidad del Estado por los malos tratos y torturas que exhibe una persona que ha estado bajo la custodia de agentes estatales ha sido sostenida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otras, en las Sentencias del caso *Bámaca Velásquez, caso Villagrán Morales y otros*, Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C, N° 63. Caso *Juan Humberto Sánchez*, Sentencia de 7 de junio de 2003. El mismo criterio ha sido acogido por la Corte Europea de Derechos Humanos en los casos *Aksoy v. Turkey*, *supra* nota 21, p. 2278, 61; *Ribitsch v. Austria judgment of 4 december 1995*, Serie A, N° 336, pp. 26 y ss., 34 y *case of Tomasi v. France of 27 august 1992*, Serie A, N° 241-a, pp. 40-41, 108-111.

cual se refuerza en relación con las personas que tiene bajo su custodia. Vale la pena resaltar que otra de las circunstancias que comúnmente se suele presentar es que la muerte de las personas detenidas legal o ilegalmente sea presentada como un suicidio aduciendo estados de depresión o angustia de las víctimas. En estos casos es la prueba técnica la que más fehacientemente puede arrojar luces sobre la verdad de lo ocurrido, pero en todo caso habrá que considerar el criterio según el cual se presume que el Estado es responsable de las violaciones a los derechos a la vida e integridad física de las personas que tiene detenidas, especialmente cuando su detención es ilegal, aunque no solo en esta circunstancia¹⁰⁵.

- e) Finalmente, hay que mencionar que de conformidad con lo establecido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, las ejecuciones extrajudiciales de niños de la calle son un típico caso de grave violación a derechos humanos cuya investigación debe ser llevada a cabo por tribunales civiles y no militares, pues lo contrario implica una negación de los derechos al debido proceso y a la protección judicial a las víctimas y a sus familiares ya que los tribunales militares no constituyen tribunales independientes para efectuar en forma seria e imparcial las respectivas investigaciones en estos casos¹⁰⁶.

1.2. CASOS EN LOS QUE NO SE CONFIGURA UNA EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL

- a) Cuando la muerte se produce por el uso de la fuerza en el estricto cumplimiento de las funciones legales con criterios de absoluta necesidad y proporcionalidad.

¹⁰⁵ Al respecto ver voto disidente de los jueces Picado Sotela, Aguiar-Aranguren y Cançado Trindade en la Sentencia del Caso *Gangaram Panday vs. Suriname*, Sentencia del 21 de enero de 1994, Serie C, N° 16.

¹⁰⁶ Cfr. Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, OEA/Ser.L/V/II.102, doc. 9 rev. 1, 26 febrero 1999, capítulo XIII, párrafo 44.

- b) Cuando la muerte se produce en un combate dentro del marco del conflicto armado interno, siempre y cuando la víctima haya participado directamente en las hostilidades y su muerte no sea injustificada o producto de una extralimitación del uso de la fuerza.

- c) Cuando la muerte se produce en el marco de una de las causales de ausencia de responsabilidad previstas en el Código Penal¹⁰⁷.

Lo dicho anteriormente se debe tener en cuenta también a la hora de identificar casos en los cuales se realiza una agresión contra una persona, haciendo uso de medios capaces de causar su muerte y de forma tal que previsiblemente pueda causarla, aunque no se alcance dicho objetivo por circunstancias accidentales ajenas a la voluntad del responsable o por el hecho de que la víctima sobreviva al ataque¹⁰⁸. Se trata en este caso de una conducta violatoria del derecho a la vida que se identifica como tentativa de ejecución extrajudicial. Los criterios para identificar esta conducta son los mismos señalados en el caso de la ejecución extrajudicial, y en especial hay que considerar lo relacionado con la actividad de la víctima, el *modus operandi* del intento de ejecución o las amenazas previas que hubiera recibido la víctima, etc. A nivel de derecho interno, este tipo de violación a los derechos humanos se investiga y juzga bajo el tipo penal de homicidio en la modalidad de tentativa¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Según el artículo 32 del Código Penal (Ley 599 de 2000) estas causales son: “1. En los eventos de caso fortuito y fuerza mayor. 2. Se actúe con el consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico, en los casos en que se puede disponer del mismo. 3. Se obre en estricto cumplimiento de un deber legal. 4. Se obre en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales. No se podrá reconocer la obediencia debida cuando se trate de delitos de genocidio, desaparición forzada y tortura 5. Se obre en legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público. 6. Se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión. 7. Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar”.

¹⁰⁸ DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Manual de Calificación de conductas violatorias de derechos humanos*, ob. cit., p.118.

¹⁰⁹ Sobre la tentativa ver artículo 27 del Código Penal (Ley 599 de 2000).

2. MASACRES

Las masacres son una de las más graves violaciones a los derechos humanos y tienen ocurrencia cuando se produce la muerte cruel y simultánea de una pluralidad de personas indefensas en un mismo hecho de violencia. En cuanto grave violación de derechos humanos, una masacre no puede en ningún caso ser considerada como acto relacionado con el servicio que están llamados a cumplir los agentes de la fuerza pública, y por lo tanto otorgar competencia a la justicia castrense para su investigación constituye una violación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos¹¹⁰.

2.1. CRITERIOS PARA IDENTIFICAR CASOS DE MASACRE

- a) Número plural de víctimas: sobre el número de víctimas no hay ningún instrumento del derecho internacional de los derechos humanos que fije una cantidad definitiva, y en la doctrina no hay un consenso absoluto. En Colombia la Defensoría del Pueblo planteó que “se consideraba masacre la muerte simultánea de tres o más personas en un mismo hecho de violencia”¹¹¹. Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que hay una masacre cuando son cuatro o más las víctimas asesinadas en un mismo evento¹¹². De otro lado, la oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en un informe del año 2000, sostuvo que se podía hablar de masacre en los casos en donde había la ejecución de tres o más personas en un mismo evento, o en eventos relacionados por la autoría, el lugar y el tiempo¹¹³. Por lo anterior, el número de muertes no es un criterio suficiente

¹¹⁰ Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos-1999. OEA/Ser.L/V/II.106, doc. 3 13 abril 2000, Informe N° 35/00, Los Uvos, caso 11.020.

¹¹¹ DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Manual de calificación de conductas violatorias de derechos humanos*, ob. cit., p. 20.

¹¹² Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Tercer informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia de 1999, Capítulo IV párrafo 94.

¹¹³ Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Informe del 9 de marzo de 2000, párrafo 27.

para identificar esta conducta violatoria, pues aunque se requiere que se trate de una pluralidad de muertes, este elemento cuantitativo no es tan importante como los elementos cualitativos que a continuación se exponen.

- b) Crueldad o sevicia de las muertes: en lo que sí coinciden la mayoría de las definiciones es en la crueldad o sevicia con que se da muerte a la pluralidad de personas; incluso para algunos, lo que diferencia una ejecución extrajudicial colectiva de una masacre, es la sevicia con la que se causa la muerte a las víctimas de la masacre. Por lo general, aunque no siempre, la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes son el preámbulo de un acto de este tipo.
- c) Estado de indefensión de las víctimas: otro elemento importante para identificar una masacre es el estado de desprotección de las víctimas. Esto, junto con la sevicia o crueldad de las ejecuciones, es lo que caracteriza a las masacres, cuyas víctimas por lo general son civiles o combatientes puestos fuera de combate.
- d) Designio punitivo en la muerte de las víctimas: el objeto de las muertes es castigar a las víctimas por su conducta real o presunta, por sus condiciones, actividad u opiniones políticas, religiosas o con base en cualquier discriminación. Del mismo modo, la masacre suele ser utilizada para intimidar o coaccionar a un grupo de personas o una comunidad en particular con el fin de proporcionar un beneficio a algún individuo o grupo.

La historia del país registra una larga lista de masacres cometidas gran parte de ellas por grupos paramilitares que han actuado en complicidad o con la tolerancia, apoyo o aquiescencia de los miembros de la fuerza pública. Uno de los casos más recordados es el de la masacre ocurrida el 5 de octubre de 1993 en el municipio de Riofrío, departamento del Valle, cuando un grupo paramilitar ingresó violentamente a los domicilios de las familias Ladino Ramírez y Molina Solarte, de

donde sacaron a 13 personas, entre las que había mujeres, ancianos y una menor de 16 años en estado de embarazo, para concentrarlos en la casa de la familia Ladino, donde fueron sometidos a torturas y algunos obligados a vestir prendas militares. Posteriormente arribó al lugar de los hechos un pelotón del Ejército Nacional adscrito al Batallón Palacé de Buga, quienes vistieron los cadáveres de las víctimas con prendas militares y abrieron fuego contra la vivienda simulando un combate. Luego rindieron un informe en donde daban cuenta de un enfrentamiento con miembros de una columna del grupo guerrillero ELN, con el resultado de 13 bajas de esa organización, el decomiso de abundante material de guerra y la absoluta ausencia de novedades en sus propias filas¹¹⁴.

En el caso anterior se observan los diferentes criterios señalados: en primer lugar se muestra elemento de pluralidad de víctimas. También el total estado de indefensión de las mismas, pues estas personas se encontraban en sus casas, incluso había un adulto mayor, mujeres y menores de edad totalmente desprotegidos. Así mismo, en este caso es posible observar otra conducta frecuente en este tipo de hechos y es que con el objetivo de garantizar la impunidad de los crímenes, las muertes de civiles indefensos se hagan aparecer como muertes en combate de miembros de grupos subversivos. En estos casos tiene especial importancia tomar en cuenta las calidades de las víctimas que serían indicativo de la condición de indefensión, como cuando se trata de personas de avanzada edad, niños muy pequeños o discapacitados¹¹⁵. Igualmente las señales de posibles torturas que presenten los cuerpos de las víctimas, las posiciones en que están los cadáveres, la presencia de quemaduras, tatuajes y ahumamientos propios de disparos a corta distancia y demás aspectos probatorios

¹¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 6 de marzo de 2003, M.P.: CESID Ramírez Bastidas, Proceso 17.550.

¹¹⁵ En el caso de la masacre de Riofrío, el Ministerio Público indicó que el ataque a las familias merecía el calificativo de delito de inusitada gravedad, lo cual se hacía evidente en las cualidades de las víctimas: mujeres, ancianos y una menor de 16 años que estaba embarazada.

que sean indicadores desestimatorios de las versiones sobre la ocurrencia de combate¹¹⁶.

3. GENOCIDIO

El genocidio es un delito internacional considerado una de las más graves violaciones a los derechos humanos que “contraría la conciencia misma de la humanidad civilizada”¹¹⁷. En virtud del artículo 3 de la Ley 522 de 1999 en ningún caso podrá considerarse como relacionado con el servicio el delito de genocidio “entendido en los términos de los convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia”¹¹⁸. De conformidad con el artículo II de la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio¹¹⁹, se realiza esta conducta criminal cuando se ejecuta cualquiera de los actos mencionados a continuación, con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo.
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo.
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial.

¹¹⁶ Al respecto vale la pena destacar algunas prácticas en las que incurren los autores de masacres o ejecuciones extrajudiciales con el fin de encubrir su actuación y hacer parecer las muertes como producto de un combate: a) alterar la escena del crimen; b) impregnar de tinta las manos de los cadáveres de las víctimas para obstruir la prueba de absorción atómica; c) demorar la entrada de los miembros de la policía judicial a la escena del crimen, entre otras. Todas estas conductas deben ser tenidas por el juez o fiscal como indicio de que se ha cometido una conducta violatoria de derechos humanos.

¹¹⁷ Sentencia C-177 de 2001, M.P.: Fabio Morón Díaz.

¹¹⁸ Ver *supra* nota 16, p. 7.

¹¹⁹ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948, la cual entró en vigor el 12 de enero de 1951 y fue aprobada por el Estado colombiano mediante la Ley 28 de 1959.

d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo.

e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.

El Estatuto de Roma adoptó la misma definición que la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio. Ninguno de los dos instrumentos reconoció el genocidio por razones políticas, pero en cambio la legislación nacional extendió el ámbito del tipo penal de genocidio a los grupos políticos, lo cual constituye un gran avance con respecto a los estándares internacionales, ya que nada impide que las legislaciones nacionales adopten un concepto más amplio siempre y cuando conserve los elementos distintivos de la conducta¹²⁰. Del mismo modo el Código Penal ¹²¹ prevé como uno de los actos constitutivos de genocidio el embarazo forzado, y en esa medida incluye una conducta adicional a las tenidas en cuenta tanto por la Convención como por el Estatuto de Roma. Igualmente, la legislación penal tipificó la apología del genocidio.

3.1. CRITERIOS PARA IDENTIFICAR CASOS DE GENOCIDIO

- a) Se debe verificar que el autor haya realizado alguno de los actos descritos en los instrumentos internacionales y en el Código Penal contra una o más personas.
- b) Que las personas afectadas pertenezcan o hayan pertenecido a un grupo nacional, étnico, racial, religioso o político determinado o que tenga una identidad definida.
- c) Se debe identificar la intención del autor de destruir el grupo.

¹²⁰ En la tipificación original que hizo el artículo 322A de la Ley 589 el genocidio incluía los grupos políticos, pero se restringía a los grupos que actuaran al margen de la ley. No obstante, esta restricción fue declarada inexecutable mediante la Sentencia C-177 de 2001, M.P.: Fabio Morón Díaz.

¹²¹ Ley 599 de 2000, art. 101.

d) Que la conducta de destrucción sea sistemática y deliberada¹²².

Visto a la luz de la legislación interna, el caso emblemático de genocidio sería el de la Unión Patriótica, partido político constituido después de las negociaciones de paz entre las FARC y el gobierno del entonces presidente Belisario Betancur Cuartas. Desde su formación, los integrantes de este grupo político han sido víctimas de una persecución sistemática que se ha manifestado en ejecuciones extrajudiciales, desapariciones, enjuiciamientos penales infundados, atentados y amenazas, con el objetivo de eliminar el partido como fuerza política. En diciembre se presentó una petición oficial ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señalando que entre 1985 y 1993 habían sido ejecutados extrajudicialmente 1.163 miembros de la Unión Patriótica, 123 habían sido desaparecidos, 43 sobrevivieron a atentados y unas 225 personas recibieron amenazas durante el mismo período. En una de las audiencias ante la Comisión celebrada en octubre de 1996, los peticionarios presentaron información que indica que en el período transcurrido entre enero y septiembre de 1996 se produjo, cada dos días, el asesinato de un activista de la Unión Patriótica¹²³.

En su informe de admisión la Comisión Interamericana, aunque reconoció que los peticionarios habían presentado argumentos y pruebas que lograban establecer una práctica de asesinatos políticos en masa y la persecución extrema de los miembros de la Unión Patriótica con la intención de eliminar físicamente al partido y de diluir su fuerza política, tales hechos no podían ser enmarcados dentro del delito de genocidio, debido a que en la convención para la prevención y sanción del delito de genocidio no estaban incluidos los grupos políticos.

¹²² En el caso del genocidio mediante el traslado por la fuerza de niños se requiere que el traslado haya tenido lugar de ese grupo a otro grupo, y que los traslados hayan sido de menores de 18 años y así lo supiera el autor. Tomado de: DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Manual de calificación...*, ob. cit.

¹²³ *Ibíd.*, párrafo 26.

Otros ejemplos de genocidio son los fallados por los tribunales internacionales de Yugoslavia¹²⁴ y de Rwanda¹²⁵, en donde al lado de las acusaciones por crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, han incluido también el crimen de genocidio. En el caso de Rwanda el Tribunal sentenció a dos hombres a prisión perpetua y a otro a 35 años de cárcel por considerarlos responsables de alentar a través de medios de comunicación el genocidio en Rwanda, que entre abril y julio de 1994 cobró la vida de entre 500.000 y 1.000.000 de personas en el conflicto desatado en ese país entre los miembros de las etnias Hutus y Tutsis.

4. TORTURA, TRATOS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES

Al igual que en el caso del genocidio, la tortura es otra conducta considerada como grave violación de los derechos humanos, y en ningún caso este delito podrá considerarse como relacionado con el servicio “entendido en los términos de los convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia”¹²⁶. La tortura es definida como “todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”¹²⁷.

¹²⁴ Al respecto se puede consultar la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia: <http://www.un.org/icty/cases-e/index-e.htm>.

¹²⁵ Para más información se puede consultar la página Web del Tribunal Penal Internacional para Rwanda: <http://www.ictt.org>

¹²⁶ Ver *supra* nota 16.

¹²⁷ Artículo 1º, 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.

A nivel regional, la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura ofrece la siguiente definición: “todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica. No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo”¹²⁸. Esta última definición, además de incluir los métodos de tortura mental y los fines de investigación criminal, tipifica también como tortura los tratos o métodos que aunque no causan dolor físico o angustia psíquica, sí anulan o disminuyen la personalidad de la víctima.

4.1. CRITERIOS PARA IDENTIFICAR UN CASO DE TORTURA

- a) En cuanto al sujeto activo: tanto la Convención aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, como la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura contemplan que sólo son responsables de tortura los empleados o funcionarios públicos que cometan directamente esa conducta o la permitan, toleren, o instiguen a otros a cometerla, o no eviten que otros la cometan pudiendo hacerlo.

En el caso de Colombia, la Constitución en su artículo 12 prohíbe a todos cometer actos de tortura, sin hacer distinción alguna entre servidores públicos y particulares, y en concordancia con lo anterior, el artículo 178 del Código Penal no establece como un elemento del tipo penal que esta

¹²⁸ Artículo 2, Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, adoptada por la Asamblea General en Cartagena de Indias el 9 de diciembre de 1985.

conducta sea realizada por un servidor público, de manera que cualquier persona puede cometer el delito de tortura. Sin embargo, para que la tortura sea considerada violación de derechos humanos debe ser realizada por un agente del Estado o por un particular que actúe con la tolerancia, aquiescencia, complicidad o apoyo de aquel; en los demás casos se tratará de un delito común.

b) Finalidades de la tortura: los actos de tortura pueden llevarse a cabo con alguna de las siguientes finalidades:

- Obtener de la víctima o de un tercero cualquier clase de información o la confesión.
- Castigar a la víctima por un acto que haya cometido o se sospeche que cometió, o por no realizar una conducta.
- Intimidar o coaccionar a la víctima o a otras personas, por cualquier razón o con base en cualquier tipo de discriminación.
- Cualquier otra finalidad¹²⁹.

c) Diferenciar entre tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes.

No existe ni en la Convención aprobada por las Naciones Unidas, ni en el instrumento del Sistema Interamericano una definición de los tratos crueles, inhumanos o degradantes, pese a que la primera los prohíbe. Sin embargo, a

¹²⁹ Si bien es cierto los instrumentos internacionales sólo mencionan las tres primeras finalidades, en nuestro caso se debe tener en cuenta el párrafo del artículo 178 del Código Penal en el cual establece que “incurrirá en la misma pena quien cometa la conducta (tortura) con fines distintos a los descritos en el inciso anterior”. De todos modos, así no existiera ese artículo en nuestro ordenamiento jurídico, se debe tener en cuenta el principio *pro homine* a la hora de interpretar cualquier tratado de derechos humanos, lo que significa que no se puede utilizar un tratado que tiene por finalidad defender derechos humanos para sostener que cuando la tortura se comete con una finalidad distinta de las previstas en los convenios internacionales no se configura dicho delito.

partir de la lectura del artículo 16 de la Convención Internacional contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes se desprende que la diferencia entre aquella y estos es de grado, es decir, que dependiendo de la intensidad del dolor o sufrimiento ocasionado a la persona, así como de las condiciones físicas, morales o sociales de la víctima y las circunstancias de tiempo, modo y lugar, se puede clasificar una conducta como tortura o como un trato cruel, inhumano o degradante. Este criterio es demasiado general y ambiguo, y dificulta en gran medida el trabajo de jueces y fiscales a la hora de determinar con absoluta precisión cuándo se está ante una tortura y cuándo frente a un trato cruel, inhumano o degradante¹³⁰, pero a pesar de esto se han intentado hacer algunas definiciones:

a) Trato cruel. Cuando es excesivo o insufrible; el victimario se complace en hacer sufrir a la víctima y se deleita con el dolor. Del mismo modo una pena es cruel si no hay proporcionalidad entre la medida punitiva y el delito cometido.

b) Trato inhumano. Cuando se aplica un intenso dolor o sufrimiento físico o mental, que denota falta de sensibilidad del victimario.

c) Trato degradante. Cuando se busca humillar, degradar o reducir las cualidades inherentes de la persona.

La forma como estos criterios han sido aplicados es diversa. La Corte Europea de Derechos Humanos se pronunció sobre el tema cuando tuvo que decidir si el Reino Unido había violado los derechos de varias personas que por ser sospechosas de pertenecer al IRA fueron sometidas a interrogatorios en los que se emplearon las

¹³⁰ “No resulta fácil, en la práctica, establecer la línea divisoria que separa la tortura de los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En cada caso en concreto el juez deberá esforzarse por determinar tanto la naturaleza y extensión del daño físico o mental hecho a la víctima como las circunstancias en que se le inflingieron los dolores o sufrimientos. También le será necesario inquirir si el actor del acto violento procedió premeditadamente y con el ánimo de lograr una finalidad. Ciertos intentos jurisprudenciales de distinguir entre el acto de tortura y el acto de maltrato han resultado desastrosos”. MADRID-MALO GARIZÁBAL MARIO, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Defensoría del Pueblo, Santafé de Bogotá, 1994, pp. 54-55.

siguientes técnicas: encapuchar a los detenidos, exponerlos a un ruidoso y continuo chillido, privarlos del sueño, limitar su alimentación al mínimo y obligarlos a permanecer de pie contra un muro, durante períodos de varias horas y en posiciones dolorosas. La Corte, a partir de un criterio de “intensidad”, consideró que el empleo de dichas técnicas no era constitutivo de tortura, pues no se habían causado sufrimientos de la intensidad y crueldad particulares que esta implica y estas técnicas solo alcanzaban el nivel de tratos inhumanos y degradantes. Así, a juicio de la Corte, es importante determinar si el trato causante de sufrimientos físicos y psicológicos fue aplicado de manera sistemática, calculada, deliberada y prolongadamente, con un alto nivel de intensidad para poder calificarlo como tortura.

En su voto disidente, el juez Matscher expresó que los métodos modernos de tortura difieren enormemente de los métodos brutales y primitivos que se emplearon en épocas anteriores, y “en este sentido, la tortura no es en forma alguna, un grado más elevado de un trato inhumano”, por lo tanto, las cinco técnicas empleadas sí eran actos constitutivos de tortura castigados por el artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos¹³¹.

Una posición totalmente contraria a la anterior fue la adoptada en el voto disidente del juez Fitzmaurice, quien consideró que la utilización de esas técnicas acumulativas de interrogatorio, si son aplicadas sistemáticamente, constituyen, sin duda, “un trato un poco rudo, un poco brutal”, pero no pueden ser calificadas en forma alguna de tratos inhumanos o degradantes, y menos de tortura.

Diversas críticas se formularon a esta decisión de la Corte Europea, por considerar que se equivocó al no tener en cuenta que con el paso del tiempo los métodos de tortura se vuelven más sofisticados, sin que esto implique que dejen de ser tortura. En palabras del profesor PIERRE MARIE-MARTÍN, “de ahora en

¹³¹ Este coincide con el artículo 5 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (Derecho a la Integridad Personal).

adelante nos encontramos más y más, dentro del terreno de la tortura, en el desnivel ya existente, a títulos diversos, entre países en vías de desarrollo, y países industrializados. Los primeros continuarán a suscitar, por las torturas que llevan cabo, una reprobación universal en todo horizonte. Los segundos no podrán ser culpables más que de tratos inhumanos o degradantes, o incluso solamente culpables de malos tratos”¹³². Son acertadas las críticas a la decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos, pues si bien es cierto el criterio de intensidad es el más aceptado para identificar un acto como constitutivo de tortura, en el caso concreto la Corte se equivoca al considerar que sólo los tratos y técnicas más aberrantes que causen un altísimo dolor físico a la víctima son susceptibles de constituir tortura; pensamos que la Corte no se detuvo en las condiciones personales de las víctimas y el sufrimiento que les ocasionaron dichas técnicas, pues no se necesita ser sometido a choques eléctricos o a quemaduras para predicar una tortura. Técnicas más “sofisticadas” como obligar a escuchar ruidos agudos por períodos prolongados de tiempo son actos que atentan abiertamente contra el derecho a la integridad personal, ocasionando gran angustia a las víctimas, angustia que puede no ser física pero sí psicológica, y que por lo tanto pueden constituir un acto de tortura.

Afortunadamente, esta postura de la Corte Europea cambiaría posteriormente¹³³. Hoy en día las conductas que antes la Corte calificó de tratos inhumanos o degradantes son vistas como tortura. Del mismo modo la Corte Europea ha planteado la posibilidad de la tortura psicológica¹³⁴, siguiendo la línea del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas¹³⁵.

¹³² MARTIN, PIERRE-MARIE. A propos del article 3 de la convention européenne des droits de l'homme: l'Arret de la Cour Européenne des droits de l'homme dans l'Affaire Irlande c. Royaume-Uni. *Revue Générale de droit international public*, Tomo LXXIII, 1979, pp. 104-105. Citado por ALFONSO GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO. *Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*, México, Editorial Porrúa, UNAM, 2000.

¹³³ Lo cual se puede observar en el caso *Selmouni vs. Francia*.

¹³⁴ Caso *Soering vs. United Kingdom*, Sentencia de 7 de julio de 1989 y caso *Campbell vs. Cosans*, Sentencia de 25 de febrero de 1982, citados en la Sentencia del caso *Cantoral Benavides vs. Perú* y el caso *Villagrán Morales vs. Guatemala* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¹³⁵ Sobre el tema se puede ver el caso *Miguel Angel Estrella vs. Uruguay*, N° 74/1980 de 29 de marzo de 1983.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha abordado el tema y ha adoptado un criterio similar al más reciente del tribunal europeo, al decir que “la infracción del derecho a la integridad física y psíquica de las personas es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta”¹³⁶. En un fallo posterior, la Corte abandona el criterio restrictivo de la alta intensidad del sufrimiento como criterio definitorio de la tortura, para sostener que la sola amenaza de cometer un acto de tortura, siempre que el riesgo sea real e inmediato, puede ser una conducta calificada como tortura psicológica o trato inhumano¹³⁷. De otro lado, la Corte Interamericana también ha establecido que la negativa del Estado a suministrar información sobre las investigaciones a los familiares de las víctimas de tortura o de ejecuciones extrajudiciales, o la no realización de actos tendientes a la identificación de los responsables y entrega de los cadáveres, constituyen actos crueles e inhumanos.

A nivel nacional, la mayor dificultad surge cuando no se acepta la entidad del delito de tortura precisamente acudiendo al criterio restrictivo de grado, prefiriendo catalogar la conducta como constitutiva de lesiones personales y abuso de autoridad. Así sucedió en relación con la investigación que se adelantó contra un grupo de policías que golpeó, esposó, amenazó con cometer actos de violencia sexual y retuvo por un periodo de tiempo a un grupo de jóvenes estudiantes luego de que estos dirigieran un piropo a una mujer que acompañaba a un agente de policía. A este no le agradó la actitud de los jóvenes y por ese solo hecho

¹³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Loaiza Tamayo vs. Perú*, Sentencia del 17 de septiembre de 1997, Serie C, N° 33.

¹³⁷ Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cantoral Benavides, Sentencia del 18 de agosto de 2000. Serie C, N° 69. En este caso el señor Cantoral Benavides fue mantenido durante un año bajo aislamiento riguroso, hacinado con otros presos en una celda pequeña, sin ventilación ni luz natural. Las visitas que podía recibir estaban sumamente restringidas, la atención médica fue muy deficiente y, además, cuando aún no había sido procesado, y mucho menos condenado, fue exhibido ante los medios de comunicación, vestido con ropas infamantes, junto a otros detenidos, como autor del delito de traición a la patria.

procedió a tomar su arma de dotación, exigir a los autores del piropo que se bajaran del automotor en el que iban al tiempo que se comunicó por radio solicitando apoyo a unidades cercanas para la captura. Los jóvenes descendieron del bus y emprendieron la huida adentrándose en un centro comercial, pero en el aparcadero de éste fueron atrapados por los miembros de la fuerza pública, quienes procedieron a propinar golpes y demás vejámenes a los muchachos. El proceso penal fue asumido por la jurisdicción penal militar haciendo imputaciones por los delitos de lesiones personales, abuso de autoridad, privación ilegal de la libertad y falsa denuncia contra persona determinada. No obstante, el juzgado de instrucción penal militar que tenía el caso consideró que los hechos eran constitutivos del delito de tortura y por lo mismo la jurisdicción competente para investigarlos era la jurisdicción ordinaria. Una fiscal especializada de la Unidad de Derechos Humanos consideró que no se trataba de un caso de tortura porque “no todos los atentados contra la integridad física (lesiones personales, tentativa de homicidio), ni los excesos o desmanes que cometen los funcionarios públicos (abuso de autoridad), constituyen actos de tortura. Aquí lo que se vislumbra es que se puede estar ante cualquiera de los comportamientos delictivos arriba enunciados...”¹³⁸.

En realidad resulta inaceptable la argumentación de la Fiscalía en este caso para justificar su incompetencia, en tanto acude a una distinción de grado para llegar a la conclusión de que no se configuraba en el caso un delito de tortura. Si acudimos a los criterios indicados para identificar este tipo de conducta violatoria de los derechos humanos, tenemos que, en primer lugar, en cuanto al sujeto activo, se trataba de servidores públicos implicados en los hechos, y en segundo lugar en relación con la finalidad, claramente se observa que se pretendió castigar a las víctimas por un acto cometido, en este caso el piropo y las monerías que no fueron del agrado del agente de la policía. Ahora bien, en cuanto al criterio de la alta intensidad del sufrimiento como criterio definitorio de la tortura, tal como lo ha

¹³⁸ Ver Sentencia de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura del 25 de octubre de 2002, radicación 2002062301236, M.P.: Rubén Darío Henao Orozco.

definido la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la sola amenaza de cometer un acto de tortura, siempre que el riesgo sea real e inmediato, puede ser una conducta calificada como tortura psicológica o trato inhumano. Para el caso concreto, además de los golpes propinados y la gravedad de las lesiones causadas, las víctimas fueron amarradas, golpeadas en los genitales e incluso fueron amenazados con que serían violados al llegar a la estación de policía, por lo que sin duda eran hechos constitutivos de tortura y resulta inadmisibles que no lo reconociera así una fiscal de la Unidad de Derechos Humanos.

Finalmente, hay que resaltar la enorme utilidad de las directrices contenidas en el Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Protocolo de Estambul, en el cual están dadas una serie de pautas para lograr una mayor eficacia en las investigaciones que se adelantan por este delito.

5. VIOLENCIA SEXUAL

Por violencia sexual se entiende todo acto de tipo sexual que atente contra la integridad física y la dignidad de la persona (ya sea mujer u hombre), que sea ocasionado por un agente del Estado o un particular que actúe con el apoyo, la tolerancia o complicidad de una persona vinculada al Estado. La Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer dispone, en su artículo 1, que por violencia contra la mujer “se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada”. El Estatuto de Roma incluyó como crimen de lesa humanidad (artículo 7) la “violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable”.

La violencia sexual es una grave violación de los derechos humanos que cuando es cometida en la persona de una mujer comporta en sí misma la violación simultánea de varios derechos. De una parte, constituye una forma de discriminación, al tiempo que comporta una grave afectación del derecho a la integridad física, psíquica y moral, y configura también un atentado contra la honra y el reconocimiento de la dignidad humana. De igual manera, especial gravedad revisten estos hechos cuando la víctima es menor de edad.

Para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “la violación sexual cometida por miembros de las fuerzas de seguridad de un Estado contra integrantes de la población civil constituye en todos los casos una grave violación de los derechos humanos protegidos en los artículos 5 y 11 de la Convención Americana, así como de normas de Derecho Internacional Humanitario”¹³⁹. A nivel interno el Código Penal tipifica varias conductas constitutivas de delitos contra la libertad, integridad y pudor sexuales¹⁴⁰.

La Comisión Interamericana también ha planteado que en determinadas circunstancias la violación constituye además un acto de tortura. El Relator Especial de las Naciones Unidas contra la tortura ha señalado que la violación es uno de los métodos de tortura física, utilizada en algunos casos para castigar, intimidar y humillar, y en términos similares se ha pronunciado al respecto la Corte Europea de Derechos Humanos. La jurisprudencia internacional y los informes del Relator Especial muestran una tendencia hacia la definición de la violación como tortura cuando se verifica en el marco de la detención e interrogatorio de las personas y se utiliza por el propio interrogador o por otras personas asociadas con el interrogatorio de una persona detenida, como medio de castigar, intimidar, coaccionar o humillar a la víctima, o de obtener información, o una confesión de la víctima o de una tercera persona.

¹³⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 53/01, Caso 11.565, Ana, Beatriz y Celia González Pérez. México, 4 de abril de 2001, párr. 45.

¹⁴⁰ Artículos 205 y ss. de la Ley 599 de 2000 (Código Penal).

5.1. CRITERIOS PARA IDENTIFICAR UN CASO DE VIOLENCIA SEXUAL QUE CONFIGURA UNA GRAVE VIOLACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS

- a) Que el autor sea un agente del Estado o un particular que actúe con el apoyo, tolerancia o complicidad de una persona vinculada al Estado.
- b) La causa o motivo del acto, lo que permitirá establecer si se trata de un tipo de violencia de género¹⁴¹ o de un acto de violencia sexual constitutivo de tortura.
- c) Las circunstancias o contexto, así como la forma que adopta el acto mismo, como por ejemplo los actos manifiestamente sexuales, desnudo forzoso, mutilación de partes sexuales del cuerpo.
- d) Las consecuencias del abuso: embarazo, vergüenza y victimización secundaria de la víctima por su comunidad.

Igualmente, de acuerdo con los elementos establecidos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, son elementos que configuran el crimen de guerra de violación los siguientes¹⁴²:

- a) Que el autor haya invadido el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual o del orificio anal o genital de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo.
- b) Que la invasión se haya cometido por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia,

¹⁴¹ Según la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, la violencia basada en el género tiene o puede tener como resultado daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer e incluye las amenazas, la coacción y la privación arbitraria de la libertad.

¹⁴² Aquí se toman algunos de los elementos señalados en el *Manual de calificación de conductas violatorias de derechos humanos* de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de Naciones Unidas para identificar la violación como crimen de guerra, ob. cit., volumen II, p. 166.

la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder contra esa persona u otra aprovechando el entorno coercitivo, o se haya realizado en condiciones en que la persona era incapaz de dar su libre consentimiento.

Un ejemplo de una violación sexual que se convierte en un acto de tortura lo encontramos en un caso tramitado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Miembros de las fuerzas militares de Perú se presentaron en el domicilio de Raquel Mejía, de donde se llevaron a su esposo, abogado y activista político. Minutos más tarde uno de los agentes regresó a la casa y acusó a Raquel Mejía de ser sospechosa de subversión y posteriormente procedió a violarla. En este caso la Comisión Interamericana consideró, que más que una simple violación, lo que buscaba el agente era torturar a la víctima con el fin de castigarle por su presunta actividad delincencial¹⁴³. Se verificó que el hecho fue perpetrado por un agente estatal y que por la motivación resultó constitutivo de tortura.

A nivel nacional vale la pena mencionar un caso que llegó a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia relacionado con la violencia sexual de la que fue víctima una niña de 13 años que fue visitar a su novio a un batallón de policía militar, y en el momento en que la pareja se disponía a tener relaciones sexuales en un sector aledaño a la base, apareció un cabo que le ordenó al soldado, novio de la menor, retirarse, luego intimidó con el arma de dotación a la menor para que se quitara la ropa, procediendo a incitar a los soldados que lo acompañaban para que sexualmente abusaran de ella. El caso fue tramitado ante la jurisdicción ordinaria y culminó con la sentencia condenatoria por los delitos de acto sexual violento y acceso sexual violento agravado en contra del cabo. En sede de casación, la Corte consideró que los actos erótico-sexuales a los que el servidor público incitó a los soldados y a los que fue sometida la menor nada tenían que ver con los deberes que como miembro de la fuerza pública la Constitución y la ley le imponen, y por lo tanto no había ninguna relación de la conducta con el servicio,

¹⁴³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 5/96, caso 10.970.

lo que hacía que fuera la justicia ordinaria para conocer el caso¹⁴⁴. Aunque en este caso la argumentación de la Corte se concentró en la determinación de la relación de la conducta con las tareas encomendadas a la fuerza pública, también habría podido justificarse la exclusión de la competencia de la justicia penal militar por tratarse de una grave violación a los derechos humanos, al tratarse de actos de violencia sexual, con la circunstancia adicional de ser la víctima una menor de edad.

6. DETENCIONES ARBITRARIAS Y DETENCIONES ILEGALES

La libertad personal es el derecho “que tienen todas las personas para autodeterminarse y autogobernarse en el tiempo y en el espacio y ser protegidas contra detenciones arbitrarias y sin estar sometidas a condiciones opresivas”¹⁴⁵, pero este no es un derecho absoluto y por lo tanto los Estados pueden restringir su ejercicio, siempre que se cumplan ciertas condiciones. La jurisprudencia de la Corte Interamericana ha realizado una interpretación de los alcances del artículo 7 de la Convención Americana que establece las garantías necesarias para salvaguardar la libertad personal al limitar el ejercicio del poder público y prohibir expresamente las detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, prohibiciones que deben ser entendidas en los siguientes términos: “nadie puede verse privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal)”¹⁴⁶.

Por lo mismo, nadie puede ser detenido sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente y siempre y cuando ese mandamiento escrito cumpla con las formalidades legales y se profiera por motivo previamente expreso en la ley.

¹⁴⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 28 de octubre de 2002, radicación 15356, M.P.: Herman Galán Castellanos.

¹⁴⁵ DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Manual de calificación de conductas violatorias de Derechos Humanos*, ob. cit., p. 33.

¹⁴⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Gangaran Panday vs. Suriname*, Sentencia del 21 de enero de 1994, Serie C, N° 16, párr. 47.

No obstante, existen dos excepciones a este principio, según las cuales se permite privar de la libertad a una persona sin orden judicial: en caso de flagrancia, supuesto en el cual se autoriza la aprehensión por parte de cualquier persona (particular y fuerza pública)¹⁴⁷, y en el caso de lo que la jurisprudencia ha denominado la captura administrativa o detención preventiva gubernativa, que tiene lugar cuando en determinadas circunstancias y con el cumplimiento de ciertas formalidades las autoridades no judiciales están habilitadas para aprehender materialmente a una persona hasta por 36 horas, sin contar con previa orden judicial¹⁴⁸.

Así mismo, una detención que en principio es legítima por haberse realizado con observancia de los requisitos constitucionales y legales puede convertirse en detención arbitraria, como ocurre cuando una persona es detenida y mantenida en prisión incomunicada o sin que se le informen las razones de su detención. La arbitrariedad o ilegalidad de la detención también puede configurarse atendiendo a las razones que se invocan, cuando se está tratando de disfrazar lo que en realidad es una criminalización de la protesta social, acudiendo al derecho penal de manera infundada, con procedimientos irregulares, testigos falsos o acudiendo a montajes. Por lo tanto, no basta con que la restricción de la libertad se rija formalmente por la legalidad. Para no devenir arbitraria la imposición de la privación de la libertad, especialmente cuando se trata de una detención preventiva como medida cautelar en el marco de una investigación penal, debe estar orientada según los principios de legalidad, necesidad, previsibilidad,

¹⁴⁷ Los artículos 345 de la Ley 600 de 2000 y 301 de la Ley 906 de 2004 definen los tres eventos en los que se configura la flagrancia, así: i) la persona es sorprendida y aprehendida cometiendo un delito; ii) la persona es sorprendida e individualizada en el momento en que comete un delito, pero es aprehendida inmediatamente después como consecuencia del acatamiento de una voz de auxilio o de una persecución, y iii) la persona es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas a partir de los cuales se pueda deducir fundadamente que es autora o partícipe de un delito. Según la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia sólo puede hablarse de flagrancia si concurren tres requisitos: i) la inmediatez o actualidad de los hechos para quienes proceden a la aprehensión; ii) la individualización de la persona autora de la conducta punible, y iii) la aprehensión de quien ha incurrido en una conducta punible en el momento de la comisión del delito o durante los momentos inmediatamente siguientes. Ver, entre otras, Corte Suprema de Justicia, radicado 9602, Sentencia del 19 de agosto de 1997, M.P.: Jorge Córdoba Poveda y Corte Constitucional, Sentencia C-024 de 1994, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

¹⁴⁸ Al respecto ver Sentencia C-024 de 1994, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

razonabilidad, proporcionalidad y presunción de inocencia, y debe ser entendida como una medida excepcional¹⁴⁹ y de corta duración¹⁵⁰. El carácter excepcional que debe tener la detención preventiva y la brevedad de su duración han sido afirmados como criterios generales para limitar el poder estatal de restricción de la libertad de las personas, en la medida en que su aplicación constituye un riesgo que puede atentar contra el principio de presunción de inocencia y las garantías del debido proceso legal, incluido el derecho de defensa.

6.1. CRITERIOS PARA IDENTIFICAR UNA DETENCIÓN ARBITRARIA¹⁵¹

- a) Cuando es imposible invocar base legal o fundamento jurídico que justifique la detención, como cuando se mantiene a una persona en detención tras haber cumplido la pena o a pesar de que hay una ley de amnistía que le sea aplicable.

- b) Cuando la privación de la libertad resulta del enjuiciamiento o condena por el ejercicio de los derechos de igualdad, libre circulación y escogencia de residencia, de asilo en caso de persecución, de reunión, libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, libertad de opinión y de expresión, los derechos de participación política y la prohibición de propaganda a favor de la guerra que contempla el artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por ejemplo, cuando se detiene a un grupo de personas que en ejercicio del derecho a la libertad de reunión celebran un encuentro comunitario.

¹⁴⁹ El artículo 9.3 del Pacto Internacional dispone: "La prisión preventiva de las personas (...) no debe ser la regla general".

¹⁵⁰ Comité de Derechos Humanos, *Observación general N° 8. El derecho a la libertad y a la seguridad personales*, 16º período de sesiones, 30 de julio de 1982, párr. 3.

¹⁵¹ Se siguen acá las categorías establecidas por el Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias de Naciones Unidas. Comisión de Derechos Humanos, Informe del grupo de trabajo sobre la detención arbitraria, 60º período de sesiones, doc.E/CN.4/2004/3/Add.1, 26 de noviembre de 2003, p. 3.

- c) Cuando la inobservancia total o parcial de las normas internacionales relativas al derecho a un juicio imparcial, establecidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los instrumentos internacionales pertinentes aceptados por los Estados es de una gravedad tal que confiere a la privación de la libertad, en cualquier forma que fuere, un carácter arbitrario.

De acuerdo con la oficina en Colombia del Alto Comisionado de la Naciones Unidas para los Derechos Humanos, una privación de la libertad, además de los anteriores supuestos, se considera arbitraria también en las siguientes circunstancias:

- a) Cuando la privación de la libertad se realiza conforme a una ley nacional, pero esta es incompatible con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Por ejemplo si la privación de la libertad surgiera de una ley que otorga facultades de policía judicial a miembros del ejército, lo cual es considerado violatorio de tratados internacionales.
- b) Cuando se desvían las facultades de la detención con fines impropios o en abuso de poder o mala fe, lo que implica la utilización de la facultad de detención con fines distintos a los que la Constitución reconoce, como cuando la detención se hace sin mandamiento judicial, a menos que se esté en las dos excepciones de flagrancia y detención administrativa. No obstante, hay que tener cuidado en que en realidad las circunstancias alegadas por las autoridades como flagrancia correspondan a lo que constitucional y legalmente se entiende por tal.

De acuerdo con esta tipología, junto con las detenciones arbitrarias puede hablarse de otra conducta violatoria tipificada como detención ilegal, que ocurren cuando la privación de la libertad se realiza sin fundamento en una norma

jurídica¹⁵², o cuando es realizada sin observar las garantías procedimentales consagradas en los tratados internacionales, en particular el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Americana de Derechos Humanos, lo mismo que en la Constitución Política. Esto ocurre en los siguientes eventos:

- a) A la persona no se le informan los motivos de la detención.
- b) La persona privada de la libertad no es puesta a disposición de la autoridad competente antes de 36 horas o es liberada.
- c) No se permite a la persona privada de la libertad o a otros la interposición del recurso de habeas corpus, o cuando el recurso no es idóneo.
- d) Cuando se prolonga injustificadamente la privación de la libertad aunque esta haya sido legalmente ordenada.
- e) Cuando se detiene utilizando procedimientos distintos a los previstos en la ley o sin el lleno de los requisitos formales. Así, por ejemplo, cuando no existe orden de captura o la orden de captura se expide durante o después de la detención. También cuando no hay una identificación e individualización previa y adecuada de la persona respecto de la cual se expide la orden de captura.
- f) Cuando se detiene por disposición de funcionarios que no tienen la competencia para ordenar la privación de la libertad.
- g) Cuando se detiene a una persona por motivos que no están previamente definidos en la ley, así el funcionario tenga competencia para hacerlo.

¹⁵² Nótese que coincide acá con el primer criterio para calificar una detención arbitraria de acuerdo con el Grupo de Trabajo de Detenciones Arbitrarias de Naciones Unidas.

- h) Cuando la privación de la libertad se aplica extensivamente a familiares o amigos de la persona que está siendo investigada judicialmente.
- i) Cuando se produce una detención preventiva que no está debidamente justificada a la luz de los parámetros de razonabilidad y excepcionalidad que le inspiran, y por el contrario se configura alguna de las siguientes circunstancias:
- La medida privativa de la libertad únicamente se justifica en la sospecha de que esa persona ha cometido un delito que se le imputa sin haber motivos fundados, se produce la manipulación de testimonios y pruebas.
 - No se está ante un inminente peligro de ocultamiento o fuga, por lo que se podrían utilizar otros medios como la fianza o la prohibición de salida del país, antes que la detención preventiva.
 - No existe el riesgo de que la persona cometa nuevos delitos.
 - De forma abstracta y general se invocan necesidades de investigación.
 - No existen motivos fundados para creer que la persona intimidará a los testigos.
 - No se justifica en la preservación del orden público.
 - Las autoridades no han empleado la debida diligencia en la investigación del caso o en la conducción del procedimiento.
- j) Cuando se viola el derecho de la persona privada de la libertad a ser oída por un tribunal competente, independiente e imparcial.
- k) Cuando el miembro de la fuerza pública recibe sin el cumplimiento de los requisitos legales a una persona para privarla de la libertad o mantenerla bajo medida de seguridad.

- I) Cuando los miembros de la fuerza pública encargados de la custodia de la persona desconozcan los contenidos de las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos o la privación de la libertad implique violación del derecho a la integridad por el sometimiento a torturas, tratos inhumanos, crueles o degradantes en la persona del detenido.

Las conductas violatorias del derecho a la libertad personal están descritas en el ordenamiento interno en los artículos 174, 175, 176 y 177 del Código Penal, que consagra los delitos de privación ilegal de libertad, desconocimiento de habeas corpus, detención arbitraria especial y prolongación ilícita de privación de la libertad. Finalmente, cabe mencionar que las detenciones arbitrarias pueden ser individuales o masivas, en atención al número de personas que sean capturadas en el mismo acto. En los últimos años se han presentado numerosos casos de detenciones masivas que resultan abiertamente arbitrarias. Así, por ejemplo, el 9 de febrero de 2004 fueron detenidas 11 personas por miembros de la Policía Nacional, adscritos a la Estación de Policía de Circasia (Quindío) luego de que los policías interceptaran el bus de servicio público en el cual se movilizaban. Las personas detenidas se dedicaban a labores agrícolas pero se habían visto obligadas a desplazarse de su región por los combates que durante esos días se presentaron entre el Ejército y la guerrilla. Los policías dijeron que tenían información sobre un grupo de personas presuntamente armadas, pertenecientes a un grupo guerrillero que traían consigo monedas de \$50, \$200 y \$500 que harían parte de \$190.000.000 que habían sido hurtados en los días anteriores a un carro de la compañía de valores Thomas Greg & Sons, en hechos en los cuales resultaron muertos un oficial y un suboficial de la Policía. El 6 de febrero de 2004 otras tres personas fueron detenidas por iguales motivos. El 6 de junio de 2004 la Fiscalía calificó el mérito del sumario, precluyendo la investigación a favor de 11 de ellos, y en cuanto a los otros tres procesados se dictó resolución de acusación.

El 26 de julio de 2004, en segunda instancia, se precluyó la investigación a favor de esas tres personas¹⁵³.

Analizando los hechos narrados a la luz de los criterios de identificación de lo que constituye una detención ilegal o arbitraria, tenemos que en primer lugar la detención no fue realizada de conformidad con las pautas y procedimientos expresamente tipificados en la ley, pues la policía nacional llevó a cabo las detenciones sin que mediara orden de captura en contra de alguna de las personas detenidas, ni existiera situación de flagrancia. Pese a lo anterior, permanecieron privados de la libertad por más de 15 días. También hubo inobservancia de las normas relativas al debido proceso al haber presentado como testigo de cargo a un informante que después fue investigado por falso testimonio y rebelión.

7. DESPLAZAMIENTO FORZADO: INDIVIDUAL O COLECTIVO

El desplazamiento forzado es un fenómeno social que implica la vulneración “múltiple, masiva y continua de los derechos de las personas obligadas a migrar internamente”¹⁵⁴. Comporta afectación de los derechos a la vida y a la integridad personal, del derecho a la libre escogencia de domicilio, libre circulación y al libre desarrollo de la personalidad, además por las condiciones que deben afrontar como consecuencia del desplazamiento se afecta la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Adicionalmente, el desplazamiento forzado es considerado una infracción al Derecho Internacional Humanitario¹⁵⁵, un crimen de lesa humanidad¹⁵⁶ y un crimen de guerra¹⁵⁷.

¹⁵³ Caso tomado del informe del Observatorio de derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario de la coordinación Colombia-Europa. Estados Unidos. Libertad: rehén de la seguridad democrática, resumen ejecutivo, 2005.

¹⁵⁴ Sentencia SU-1150 de 2000. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁵⁵ El artículo 17 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 consagra la prohibición de los desplazamientos forzados.

¹⁵⁶ El artículo 7 del Estatuto de Roma establece: “A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por «crimen de lesa humanidad» cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: (...) d) Deportación o traslado forzoso de población; (...)”.

Conforme al artículo 1º de la Ley 387 de 1997, “es desplazado toda persona que se ha visto forzada a migrar dentro del territorio nacional abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertad personales han sido vulneradas o se encuentran directamente amenazadas, con ocasión de cualquiera de las siguientes situaciones: conflicto armado interno, disturbios y tensiones interiores, violencia generalizada, violaciones masivas de los derechos humanos, infracciones al Derecho Internacional Humanitario u otras circunstancias emanadas de las situaciones anteriores que puedan alterar o alteren drásticamente el orden público”. Igualmente, el desplazamiento puede ser individual o masivo. Este último se entiende configurado cuando se produce “el desplazamiento conjunto de diez (10) o más hogares, o de cincuenta (50) o más personas. Se entiende por hogar el grupo de personas, parientes, o no, que viven bajo un mismo techo, comparten los alimentos y han sido afectadas por desplazamiento forzado por la violencia”¹⁵⁸.

Las personas desplazadas, además de tener derecho a recibir la especial atención del Estado por razón de su condición de especial vulnerabilidad, tienen también el derecho a conocer la verdad acerca de quién fue el causante del desplazamiento, a que se haga justicia y a la reparación de los daños sufridos como consecuencia de dicho desplazamiento. En consonancia con lo anterior, la legislación penal colombiana tipifica en el capítulo de delitos contra la autonomía personal el

¹⁵⁷ El artículo 8 del Estatuto de Roma establece: “...2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por «crímenes de guerra»: a) Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente: (...) viii) El traslado, directa o indirectamente, por la Potencia ocupante de parte de su población civil al territorio que ocupa o la deportación o el traslado de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio”.

¹⁵⁸ Artículo 12 del Decreto 2569 de 2000 “Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 387 de 1997 y se dictan otras disposiciones”.

desplazamiento forzado (C.P., art. 180), y así mismo tipifica la deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población (C.P., art. 159)¹⁵⁹.

7.1. CRITERIOS PARA IDENTIFICAR UN DESPLAZAMIENTO FORZADO¹⁶⁰:

- a) Que el autor haya ordenado el desplazamiento de una población civil.
- b) Que la orden no haya estado justificada por la seguridad de las personas civiles o por necesidades militares.
- c) Que el autor haya tenido la capacidad de generar el desplazamiento mediante la orden dada.
- d) Que la conducta haya tenido lugar en el contexto del conflicto armado interno y haya estado relacionada con él.
- e) Que el autor haya sido conciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

La situación de desplazamiento interno en Colombia es verdaderamente dramática. Miles de personas son víctimas de esta situación, pero en muy pocos casos las víctimas del desplazamiento han visto realizado su derecho a la justicia, pues en la mayoría de los casos se investigan otros delitos relacionados con la situación que generó el desplazamiento pero no el desplazamiento mismo. Hay

¹⁵⁹ Dispone el artículo 159 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal) modificado por artículo 14 de la Ley 890 de 2004: “El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado y sin que medie justificación militar, deporte, expulse, traslade o desplace forzosamente de su sitio de asentamiento a la población civil, incurrirá en prisión de ciento sesenta (160) a trescientos sesenta (360) meses, multa de mil trescientos treinta y tres punto treinta y tres (1.333.33) a tres mil (3.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ciento sesenta (160) a trescientos sesenta (360) meses”.

¹⁶⁰ Aquí se siguen los elementos señalados en el *Manual de Calificación de conductas violatorias de derechos humanos* de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de Naciones Unidas para identificar el crimen de guerra de desplazar forzosamente a población civil consagrado en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, ob. cit., volumen II, pp. 191-192.

que resaltar también que el desplazamiento forzado así como comporta la violación de múltiples derechos, también puede resultar como consecuencia de otras violaciones. Piénsese, por ejemplo, en el desplazamiento de una persona y su grupo familiar que se origina en la amenaza efectiva de parte de un grupo paramilitar, quienes le dan la orden de abandonar de manera inmediata su lugar de residencia so pena de ser asesinado, ya que consideran que esta persona debido a su trabajo como dirigente sindical es colaborador de la guerrilla. Esta persona ante la dificultad de abandonar su tierra, su trabajo y todos los asuntos que tiene en dicho lugar, no da cumplimiento a la orden de desplazarse. Días después es asesinado y ante esta circunstancia y el grave temor de correr la misma suerte la esposa del fallecido decide abandonar su residencia junto con los demás miembros del núcleo familiar, quedando entonces en una condición de completa vulnerabilidad, afectándose sus derechos de libre circulación y residencia, sumado a la desprotección en la que quedan los menores hijos de la víctima.

Claramente puede verse la aplicabilidad de los criterios esbozados en tanto se ordenó el desplazamiento de personas civiles sin que hubiera ninguna justificación para ello. Evidentemente los autores, en este caso, el grupo paramilitar, tuvieron la capacidad de generar el desplazamiento y la conducta estuvo relacionada con el conflicto interno, pues las razones aducidas para la amenaza y posterior ejecución del líder sindical fue su supuesta vinculación con el grupo subversivo. Finalmente, es evidente que el autor tiene plena conciencia de la dinámica del conflicto, ya que es precisamente esta la que guía este tipo de actos.

8. DESAPARICIÓN FORZADA

La desaparición forzada de personas es un crimen de lesa humanidad cuya práctica es catalogada como terrorismo de Estado, que configura una gravísima violación a los derechos humanos y que atenta contra varios de ellos simultáneamente. Se está ante una conducta de desaparición forzada cuando se

produce “la privación de la libertad de una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de la libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes”¹⁶¹. Es además una conducta que se prolonga en el tiempo y por lo tanto un delito de ejecución continuada.

La desaparición forzada viola la libertad personal porque se priva arbitrariamente a la víctima de su autonomía y de su capacidad para autodeterminarse en el tiempo y el espacio. Viola la integridad personal porque las condiciones en que la víctima es detenida constituyen tratos crueles, inhumanos o degradantes que menoscaban su integridad física y psíquica. Viola el debido proceso porque se deja a la persona al margen de la protección judicial y las garantías que supone un juicio justo. También viola el derecho al libre desarrollo de la personalidad porque se impide al individuo el ejercicio de la autonomía para decidir sobre su propia vida, así como el derecho a disfrutar de su familia. Igualmente viola el derecho a la vida porque generalmente la desaparición forzada culmina en la ejecución extrajudicial de la víctima y en el ocultamiento del cadáver. La desaparición forzada suele tener como finalidad castigar a la víctima por sus actividades o su condición social y amedrentar a grupos sociales afines a ella, al tiempo que se asegura la impunidad de los crímenes. Por lo mismo, las víctimas de desaparición forzada usualmente son los defensores de derechos humanos, los líderes sindicales, abogados de presos políticos, líderes religiosos o de izquierda que son acusados de ser auxiliares, simpatizantes o informantes de grupos subversivos.

Como crimen de lesa humanidad y grave violación de los derechos humanos ha sido expresamente excluida de conocimiento por parte de los tribunales militares. Así, la declaración sobre la protección de todas las personas contra la

¹⁶¹ Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, artículo 2.

desaparición forzada de las Naciones Unidas estipula que los autores o cómplices de desaparición forzada solo “podrán ser juzgados por las jurisdicciones de derecho común competentes, en cada Estado, con exclusión de toda otra jurisdicción especial, en particular la militar”¹⁶². Igualmente, la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de personas excluye del ámbito de competencia de los tribunales castrenses la desaparición forzada y además establece que, en ningún caso, los hechos constitutivos puedan ser considerados como actos del servicio o delito cometido con ocasión del servicio¹⁶³. A nivel nacional el artículo 3º de la Ley 522 de 1999, excluye expresamente del conocimiento de la justicia castrense estas conductas¹⁶⁴.

Aunque la Corte Constitucional a partir de la Sentencia C-317 de 2002 permite que la desaparición forzada como delito sea cometida por particulares, es claro que como violación de derechos humanos se requiere la participación de un agente estatal, ya sea de manera directa o indirecta. Además, no resulta técnicamente correcto afirmar que los grupos de delincuencia común o subversivos cometen desapariciones forzadas, pues el sujeto activo de esta conducta, esto es, el responsable en términos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos es una persona con un vínculo directo con el Estado. Por eso, cuando un particular o un guerrillero priva de la libertad a otro mediante actos en los que no se compromete la responsabilidad estatal, se está ante un secuestro y no frente a una desaparición forzada.

8.1. CRITERIOS PARA IDENTIFICAR QUE SE ESTÁ ANTE UNA VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS CONSTITUTIVA DE DESAPARICIÓN FORZADA

¹⁶² Artículo 16.2. Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. Aprobada por la Asamblea General en su Resolución 47/133 de 18 de diciembre 1992.

¹⁶³ El artículo IX dispone: “Los presuntos responsables de los hechos constitutivos del delito de desaparición forzada de personas sólo podrán ser juzgados por las jurisdicciones de derecho común competentes en cada Estado, con exclusión de toda jurisdicción especial, en particular la militar. Los hechos constitutivos de la desaparición forzada no podrán considerarse como cometidos en el ejercicio de las funciones militares (...)”. Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada de Personas. Adoptada en Belém do Pará, Brasil el 9 de junio de 1994, en el 24º período ordinario de sesiones de la Asamblea General.

¹⁶⁴ Ver *supra* nota 16.

- a) Se priva de la libertad a cualquier persona contra su voluntad.
- b) La privación de la libertad, a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos debe ser cometida por servidores públicos o por particulares que actúan bajo las órdenes de aquellos, o que obran con su aquiescencia o colaboración directa. Según el derecho colombiano, cualquier persona indistintamente de su calidad puede cometerla.
- c) No se requiere que la aprehensión haya sido ilegal o arbitraria. Puede darse el caso de que la persona detenida legalmente termine después siendo desaparecida. Por lo mismo tampoco se requiere que desde el comienzo la persona haya sido detenida en lugares clandestinos de reclusión. Puede suceder que la víctima haya estado detenida en instalaciones militares, de policía o de los organismos de seguridad pero no se registre su ingreso a estos.
- d) Los captores niegan tener en su poder a la víctima; hay un ocultamiento de ésta. En relación con este criterio no hay unanimidad, pues así como hay quienes sostienen que se requiere la negativa dolosa de las autoridades a reconocer la detención y a informar el lugar de reclusión, otro criterio que ha sido sostenido por la Corte Constitucional señala que no es necesario el requerimiento o la negativa a suministrar la información, pues basta con desconocer el paradero de la persona. Sin duda este último es un criterio más adecuado y garantista.
- e) Se impide a la persona privada de la libertad el ejercicio de los recursos legales y de las garantías legales pertinentes.

Vale la pena, a manera de ejemplo, traer a colación los hechos ocurridos en agosto de 1987 cuando Nidia Erika Bautista fue detenida en la ciudad de Bogotá por miembros de la fuerza pública y conducida a las instalaciones de la Brigada

XX, sin que desde esa fecha se volviera a conocer sobre su paradero. Solo hasta el año 1990 se pudo establecer que un cuerpo encontrado en la vía que de Bogotá conduce a Villavicencio correspondía al cadáver de la señora Bautista. Por estos hechos la Unidad Nacional de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación inició la correspondiente investigación penal, en la que resultaron vinculados cuatro miembros de la fuerza pública. Posteriormente la justicia penal militar se declaró competente para adelantar la investigación, lo que originó un conflicto de competencias que fue resuelto por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura a favor de la justicia penal militar, afirmando que entre los hechos denunciados y las funciones de inteligencia y contrainteligencia que cumple el Ejército Nacional había una relación directa. En el año 2000, a través de una acción de tutela¹⁶⁵, se dejó sin efecto la decisión del Consejo Superior de la Judicatura y se le ordenó que nuevamente decidiera quién era el competente, puesto que se había admitido la relación de la conducta con el servicio sin dar ninguna explicación para ello, omitiendo que se trató de una persona que fue detenida contra su voluntad por miembros de la fuerza pública que luego la llevaron a una instalación militar, no suministraron ninguna información a sus familiares y posteriormente decidieron “deshacerse de ella abandonándola en «Quebradablanca» pasando un túnel”¹⁶⁶.

9. CONDUCTAS VIOLATORIAS DEL DERECHO A LA INTIMIDAD Y SUS DERECHOS CONEXOS

El derecho a la intimidad “protege a la persona contra injerencias ilícitas de autoridades o particulares en aquellos hechos que, por ser propios de la vida privada y familiar de la persona, deben permanecer bajo reserva y secreto”¹⁶⁷. Es un derecho que comporta una doble dimensión: por una parte faculta a la persona para adoptar en su esfera más profunda y reservada las conductas adecuadas o

¹⁶⁵ Sentencia T-806 de 2000, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

¹⁶⁶ Esta fue la expresión usada por la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación para describir la forma como ocurrieron los hechos, en la resolución de acusación que después tuvo en cuenta la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura para resolver el conflicto suscitado entre las dos jurisdicciones.

¹⁶⁷ DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Manual de conductas calificadoras...*, ob. cit., p. 73.

propias de las preferencias y orientaciones que adopte en el ejercicio de la libertad de decidir sobre su modo de vida, y de otro lado garantiza a toda persona que los asuntos de su vida privada no sean expuestos al conocimiento de extraños.

El derecho a la intimidad se encuentra estrechamente ligado con otros derechos como el secreto profesional, la inviolabilidad del domicilio, la inviolabilidad de las comunicaciones privadas y el habeas data. El derecho a la inviolabilidad del domicilio protege a todas las personas contra irrupciones violentas, ilegales o arbitrarias en su lugar de habitación, y en general en todos los lugares donde debe gozar de intimidad. El domicilio protegido constitucionalmente por la inviolabilidad es cualquier lugar de habitación, de trabajo, de hospedaje y en general todo espacio cerrado en donde no exista acceso libre para el público.

La única causa legítima para que alguien pueda entrar en el domicilio sin el consentimiento del titular es un allanamiento. La diligencia de allanamiento persigue “la aprehensión de la persona contra quien obra orden de captura o el rescate de la víctima de un delito, como también de las armas, instrumentos o efectos con los cuales se ha cometido el delito o que provienen de su ejecución, luego el objeto de la diligencia son las personas o las cosas”¹⁶⁸. Para la práctica de un allanamiento se requiere un mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con el lleno de las formalidades legales previstas y por motivos previamente indicados en la ley. Excepcionalmente pueden practicarse allanamientos sin orden judicial en los siguientes eventos: a) cuando un delincuente ha sido sorprendido en flagrancia; b) cuando los agentes de la autoridad persigan al sorprendido en flagrancia, y c) cuando el perseguido se refugia en un domicilio propio o ajeno. En este último caso, antes de entrar se debe requerir al morador. Según el Código Penal es posible allanar sin mandato judicial cuando se está cometiendo un delito en un lugar no abierto al público para impedir que el hecho se siga cometiendo.

¹⁶⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 27 de septiembre de 2005, Proceso N° 23770, M.P.: Alfredo Gómez Quintero.

Por su parte, el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas protege contra interceptaciones o registros ilegales de cualquier forma de comunicación que empleen las personas para relacionarse entre sí, tales como las cartas, envíos postales, despachos telegráficos y llamadas telefónicas. La interceptación y registro de las comunicaciones privadas solo puede hacerse en cumplimiento de una orden judicial y en los casos y con las formalidades previstas en la ley. El derecho al habeas data protege la posibilidad de que la persona pueda conocer, actualizar y rectificar informaciones que las autoridades o los particulares hayan recolectado sobre ellas. Especial importancia reviste el alcance del derecho al habeas data respecto de las informaciones recolectadas por organismos de seguridad del Estado. De conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en ejercicio del derecho al habeas data, el interesado puede conocer, actualizar y rectificar las informaciones recolectadas por los organismos de seguridad del Estado a partir de la etapa de investigación previa. Antes, esto es, durante la etapa de recolección y evaluación de la información de inteligencia, no puede tener acceso por razones de defensa del interés general y de lograr la eficacia de la investigación¹⁶⁹.

9.1. CRITERIOS PARA IDENTIFICAR QUE SE ESTÁ ANTE UNA VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD Y SUS DERECHOS CONEXOS:

- a) El registro de domicilio sin orden escrita de autoridad judicial competente o cuando no se realice el control posterior del allanamiento por parte del juez de garantías dentro de las 36 horas siguientes a su realización.

¹⁶⁹ Sentencia T-444 de 1992. M.P.: Alejandro Martínez Caballero. En esta oportunidad la Corte se pronunció con ocasión de la acción de tutela presentada por una ciudadana contra las fuerzas armadas y los organismos de inteligencia para que se les ordenara la rectificación de la información de inteligencia recolectada sobre ella, según la cual era señalada como integrante de un grupo guerrillero. Aunque en el caso se consideró que no se vulneró ningún derecho porque la información no fue divulgada por fuera de los organismos de seguridad, la Corte recaló que en el ejercicio de la actividad de recolección y evaluación de la información que realizan la Fuerza Pública y el Departamento Administrativo de Seguridad acerca de los individuos, están en todo casos limitados por el respeto de los derechos humanos y el debido proceso.

- b) El allanamiento producido en condiciones en que se haya maltratado a alguno de los presentes, se les haya obligado a firmar el acta sin estar de acuerdo o hayan sido objeto de cualquier tipo de maltrato.
- c) La injerencia o restricción del derecho que no se cumple conforme a una ley que la permita, especificando con detalle las circunstancias precisas en que puede realizarse siempre que esta sea razonable.
- d) La interceptación o registro de correspondencia y comunicaciones sin previa orden judicial.
- e) La retención de la correspondencia que un implicado, sindicado o alguien que esté detenido reciba o remita a su defensor o reciba de este o cuando la finalidad que persiga la retención de la correspondencia no se justifique teniendo en cuenta las características del caso concreto o la medida fuere desproporcionada con la finalidad que se persiga mediante la retención de correspondencia. Si la apertura de correspondencia retenida o interceptada no se realiza en presencia del imputado o su defensor, o en general no se cumple con el procedimiento previsto en la ley para ello.
- f) Que no se realice el control posterior de la interceptación de comunicaciones por parte del juez de garantías.

Las violaciones del derecho a la intimidad también pueden ser consideradas graves violaciones a los derechos humanos atendiendo a las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se desarrollen, a la calidad de la víctima y a los móviles de la conducta. Piénsese, por ejemplo, en los reiterados casos en que se practican allanamientos sin orden judicial respecto de personas que tienen algún vínculo con partidos políticos de izquierda, o en aquellos eventos en que los miembros de la fuerza pública se instalan por varios días en un domicilio privado —afectación de la inviolabilidad del domicilio—, o cuando se interceptan líneas

telefónicas de organizaciones de derechos humanos, sindicatos y otras asociaciones o de domicilios particulares como parte de los planes de inteligencia previa que terminan en la consumación de atentados contra la vida. Todas estas conductas son sin duda graves violaciones a los derechos humanos, que además encuentran una descripción típica en el Código Penal (arts. 189 y ss.) y por lo mismo deben ser investigadas en todo caso por la jurisdicción ordinaria.

IV. INFRACCIONES AL DIH

Al lado del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se encuentra el Derecho Internacional Humanitario (DIH), que se ocupa de la reglamentación de la guerra, ya sea de carácter internacional como aquella que se da entre dos o más Estados, o interna, que es aquella que se da entre los Estados y las fuerzas insurgentes o de oposición. Su finalidad es prevenir sufrimientos y daños innecesarios y hacer menos graves los efectos de la guerra, y puede definirse como el conjunto de reglas encaminadas a proteger las víctimas y bienes afectados por los conflictos armados y a restringir los métodos de la confrontación. De acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional, así como en caso de graves violaciones a los derechos humanos se rompe todo nexo con el servicio, lo propio sucede con las graves infracciones al DIH: *“hay ciertos comportamientos que siempre resultan ajenos al servicio «como aquellas violaciones graves a los derechos humanos o al Derecho Internacional Humanitario, porque en ellas no puede afirmarse que la fuerza pública está realizando un fin constitucionalmente legítimo»*¹⁷⁰, y por lo mismo estas deben ser de conocimiento de la justicia ordinaria.

Para clarificar entonces el tema de la competencia en relación con las infracciones graves al DIH, se presentan a continuación algunas nociones generales de lo que debe entenderse por violaciones al derecho de los conflictos armados, y

¹⁷⁰ Sentencia SU-1184 de 2001, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

posteriormente se ofrece una suerte de dogmática sobre algunas de las principales infracciones al DIH ofreciendo algunos criterios para su identificación.

¿QUÉ ES UNA INFRACCIÓN AL DIH?

Una infracción al Derecho Internacional Humanitario es un hecho ilícito cometido en relación con el conflicto armado, que sea perpetrado por un agente del Estado o por un miembro de un grupo armado al margen de la ley. Lo anterior nos permite ubicar dos elementos identificadores de una conducta violatoria del DIH: En primer lugar un elemento subjetivo, en el cual tenemos como posibles autores de la infracción a los miembros de las fuerzas armadas estatales y a los integrantes de las fuerzas armadas no estatales, en nuestro caso miembros de grupos guerrilleros y paramilitares¹⁷¹. Claramente, se tiene establecido que el Derecho Internacional Humanitario debe ser aceptado y respetado por todas las partes en conflicto, y por lo mismo no es legítimo que un actor armado irregular, o una fuerza armada estatal, considere que no tiene que respetar sus contenidos.

En el caso de los grupos armados irregulares no pueden justificar el desconocimiento del DIH bajo el argumento de no haber suscrito directamente los convenios internacionales respectivos, porque “la fuerza normativa del Derecho Internacional Humanitario deriva de la universal aceptación de sus contenidos normativos por los pueblos civilizados y de la evidencia de los valores de humanidad que estos instrumentos internacionales recogen. Todos los actores armados, estatales o no estatales, están entonces obligados a respetar estas normas que consagran aquellos principios mínimos de humanidad que no pueden ser derogados ni siquiera en las peores situaciones de conflicto armado”¹⁷². Para el caso colombiano la imperatividad de estas normas está dada por el carácter de

¹⁷¹ No obstante se debe señalar el debate que existe entre quienes opinan que los paramilitares son un tercer actor del conflicto armado colombiano, y quienes consideran que estos son parte de la estrategia desplegada por Estado y por lo mismo no son un actor diferenciado.

¹⁷² Sentencia C-225 de 1995, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

normas de *ius cogens*¹⁷³, por la integración del DIH al bloque de constitucionalidad y por el contenido del artículo 214 de la Constitución que dispone que aun durante los estados de excepción “en todo caso se respetarán las reglas del Derecho Internacional Humanitario”.

El segundo elemento se refiere a un aspecto material, expresado por la comisión de un hecho ilícito que debe tener relación con el conflicto armado y que se configura cuando se realiza alguna de las conductas prohibidas por las normas que integran el DIH, o aquellas que expresamente están definidas como infracciones en la legislación penal nacional. Las fuentes normativas del Derecho Internacional Humanitario son los Convenios de La Haya de 1889 y 1907, los cuatro Convenios de Ginebra de 1949¹⁷⁴, los dos Protocolos adicionales a estos Convenios¹⁷⁵ y las demás declaraciones, protocolos o convenciones internacionales destinadas a restringir el uso de ciertos medios de guerra, así como el derecho consuetudinario de la guerra.

El Derecho Internacional Humanitario se rige por unos principios fundamentales:

Principio de humanidad. Implica que las exigencias militares y el mantenimiento del orden público deben ser siempre compatibles con el respeto de la persona humana.

Principio de limitación. La población civil gozará de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares, de modo que no se afecten ni personas ni bienes no relacionados con los objetivos de la guerra y que no se causen sufrimientos superfluos.

¹⁷³ Sobre *ius cogens* ver Sentencia C-127 de 1993 M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

¹⁷⁴ Los Cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 entraron en vigencia para Colombia el 8 de mayo de 1962, en virtud de la Ley 5ª de 1960.

¹⁷⁵ Protocolos I y II que entraron en vigencia en Colombia el 1º de marzo de 1994 y el 15 de febrero de 1996, respectivamente.

Principio de protección. Salvaguarda de la dignidad humana en toda circunstancia y prescribe todo sufrimiento innecesario que no esté ligado necesariamente a la obtención de una ventaja militar sobre el adversario.

Principio de proporcionalidad. Según este principio la legitimidad de un blanco militar no otorga licencia ilimitada para atacarlo, por lo que se prohíbe cualquier ataque que pueda producir incidentalmente la muerte de civiles, lesiones a civiles, daños a bienes civiles o una combinación de ellas, que sería excesiva en relación con la ventaja militar concreta que se espera.

Principio de distinción. Según este principio se debe distinguir entre combatientes y no combatientes, siendo los segundos personas protegidas¹⁷⁶. Se entiende por combatientes las personas que participan directamente de las hostilidades. Todas las demás personas se entienden no combatientes, y por tanto personas protegidas, entre las cuales están:

- a) La población civil: toda persona que no es miembro de las fuerzas armadas o de un grupo armado disidente de alguna de las partes en conflicto. En caso de duda la persona debe ser considerada civil.
- b) Los miembros de las fuerzas armadas de ambos bandos cuando hayan depuesto las armas o hayan sido puesto fuera de combate por enfermedad, herida, detención, o por cualquier otra causa.

Según el párrafo del artículo 35 del Código Penal colombiano, son personas protegidas:

- a) Los integrantes de la población civil.

¹⁷⁶ Art. 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y 4 del Protocolo II adicional a las convenciones de Ginebra.

- b) Las personas que no participan en las hostilidades y los civiles en poder de la parte adversa.
- c) Los heridos, enfermos o náufragos puestos fuera de combate.
- d) El personal sanitario y religioso.
- e) Los periodistas en misión o corresponsales de guerra acreditados.
- f) Los combatientes que hayan depuesto las armas por captura, rendición o causa análoga.
- g) Quienes antes del comienzo de las hostilidades fueren considerados apátridas o refugiados.
- h) Cualquier otra persona que tenga aquella condición en virtud de los Convenios I, II, III y IV de Ginebra de 1949, y los Protocolos Adicionales I y II de 1977 y otros que llegaren a ratificarse.

Para efectos de la definición de la competencia en un caso de grave infracciones al DIH, resulta importante establecer con claridad no solo en qué consisten las infracciones y cuáles son las personas protegidas, sino que además hay que saber en qué momento este se debe aplicar. Al respecto, dos aspectos son muy importantes para tener en cuenta: el primero, que el DIH se debe aplicar en todo el territorio nacional sin hacer distinción específica de las zonas conflictivas¹⁷⁷, y el segundo aspecto, tiene que ver con que una conducta solo podrá ser considerada infracción al DIH si tiene relación con el conflicto, vale decir, que la conducta no haya sido cometida por motivos personales o ajenos al desarrollo del conflicto armado¹⁷⁸.

¹⁷⁷ Al respecto véase la Sentencia del 13 de abril de 2005, de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicación 23472, M.P.: Álvaro Pérez Pinzón.

¹⁷⁸ “La Comisión también desea hacer énfasis en que, en conflictos armados internos, el derecho humanitario se aplica en todo el territorio nacional, no solamente en áreas geográficas específicas donde se llevan a cabo las hostilidades. Por consiguiente, cuando el derecho humanitario prohíbe a las partes del conflicto dirigir ataques contra personas civiles o tomar rehenes en cualquier circunstancia, prohíbe dichos actos en todas partes. Por lo tanto, dichos actos de violencia cometidos por las partes en áreas en las que no hay hostilidades no son menos violatorios del Derecho Internacional Humanitario que aquellos que se cometen en las zonas más conflictivas del país”. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Tercer informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia, febrero de 1999, Capítulo IV, párr. 83.

De otro lado, hay que considerar que si bien los mecanismos de protección de los derechos humanos están mucho más desarrollados que los mecanismos para la protección del DIH, existen otros mecanismos de sanción como la Corte Penal Internacional, que no solo sanciona la violación del DIH sino también otros crímenes internacionales. Además, es importante anotar que también puede existir competencia de la Corte Penal Internacional cuando no se garantizan estándares de verdad, justicia y reparación frente al trámite de las denuncias por las violaciones del Derecho Internacional Humanitario y la comisión de otros crímenes internacionales.

A nivel interno varias de las conductas consideradas prohibidas por el DIH han sido tipificadas como delitos, y por lo tanto sus autores también deben ser investigados y sancionados por la justicia nacional. El siguiente cuadro muestra algunas de las más graves conductas violatorias del Derecho Internacional Humanitario y la expresión correlativa que estos tienen en el ámbito nacional como bienes jurídicos tutelados a través de la tipificación de delitos¹⁷⁹:

	Derecho Internacional Humanitario	Derecho Nacional Código Penal (Ley 599 de 2000) y Código Penal Militar (Ley 522 de 1999)
	Conducta prohibida por el DIH	Tipo penal que sanciona la conducta
Empleo de medios ilícitos	Utilización de armas prohibidas (Declaración de	Utilización de medios y métodos de guerra ilícitos

¹⁷⁹ Las cuatro categorías a partir de las cuales se hizo la clasificación fueron tomadas de las que maneja el Banco de Datos de CINEP y Justicia y Paz.

de guerra	San Petersburgo noviembre 29-diciembre 11 de 1868; Protocolo de Ginebra sobre la prohibición del empleo, en la guerra, de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos de 1925; Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados de 1980 y sus tres protocolos; Protocolo enmendado sobre prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos (Prot. II [enmendado] de la Convención de 1980)	(C.P., art. 142)
Empleo de métodos ilícitos de guerra	Perfidia (Protocolo I Adicional, art. 37)	Perfidia (C.P., art. 153)
	Uso indebido de emblemas reconocidos (Protocolo I Adicional, art. 38)	Utilización de medios y métodos de guerra ilícitos (C.P., art. 142)
	Uso de signos de Nacionalidad (Protocolo I	Utilización de medios y métodos de guerra ilícitos

	Adicional, art. 38)	(C.P., art. 142)
	Guerra sin cuartel (Protocolo I Adicional, art. 40)	Actos de barbarie (C.P., art.145)
	Salvaguardia del enemigo fuera de combate (Protocolo I Adicional, art. 41)	Utilización de medios y métodos de guerra ilícitos (C.P., art. 142)
	Prohibición de obstaculizar tareas sanitarias y humanitarias (Protocolo II Adicional, arts. 9º, 10 y 11)	Obstaculización de tareas sanitarias y humanitarias (C.P., art. 153)
Ataque a objetivos ilícitos	Ataque a bienes civiles (Protocolo I Adicional, art. 52)	Destrucción y apropiación de bienes protegidos (C.P., art. 154, numeral 1 del párrafo) Devastación (C.P.M., art. 174)
	Ataque a bienes indispensables para la supervivencia de la población civil (Protocolo II Adicional, art. 14)	Destrucción y apropiación de bienes protegidos (C.P., art.154, numeral 3 del párrafo) Devastación (C.P.M., art. 174)
	Ataque a bienes culturales y lugares de culto (Protocolo II Adicional, art. 16, y Protocolo I Adicional, art. 53)	Destrucción y utilización indebida de bienes culturales y lugares de culto (C.P., art. 156) Devastación (C.P.M., art. 174)
	Daños al Medio Ambiente que comprometan la salud o la supervivencia de la población (Protocolo I	Destrucción del Medio Ambiente (C.P., art. 164) Devastación (C.P.M., art. 174)

	Adicional, art. 55)	
	Ataque a obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas (Protocolo I Adicional, art. 55 y Protocolo II Adicional, art. 15)	Ataque contra obras o instalaciones que contienen fuerzas peligrosas (C.P., art. 157) Devastación (C.P.M., art.174)
Trato indigno al ser humano	Atentado contra la vida de persona protegida (numeral 1 literal A del art. 3 común a las convenciones de Ginebra de 1949, y Protocolo II Adicional, art. 4, numeral 2 literal A)	Homicidio en persona protegida (C.P., art. 135)
	Atentado contra la integridad corporal de persona protegida (numeral 1 literal A del Art. 3 común a las convenciones de Ginebra de 1949, y Protocolo II Adicional, art. 4, numeral 2 literal A)	Lesiones en persona protegida (C.P., art. 136)
	Tortura y tratos crueles en persona protegida (numeral 1 literal A del art. 3 común a las Convenciones de Ginebra de 1949, y Protocolo II Adicional, art. 4, numeral 2 literal A)	Tortura en persona protegida. Art. 137 del C. P.
	Atentados contra la	Acceso carnal violento en

	<p>dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor. (numeral 1 literal C del art. 3 común a las convenciones de Ginebra de 1949, y Protocolo II Adicional, art. 4, numeral 2 literal E)</p>	<p>persona protegida (C.P., art. 138)</p> <p>Actos sexuales violentos en persona protegida (C.P., art. 138)</p> <p>Tratos inhumanos y degradantes y experimentos biológicos en persona protegida (C.P., art. 146)</p> <p>Actos de discriminación racial (C.P., art. 147)</p>
	<p>Esclavitud y trata de esclavos en todas sus formas (Protocolo II Adicional, art. 4, numeral 2 literal F)</p>	<p>Prostitución forzada o esclavitud sexual (C.P., art. 141)</p>
	<p>Toma de rehenes (numeral 1 literal B del art. 3 común a las convenciones de Ginebra de 1949, y Protocolo II Adicional, art. 4, numeral 2 literal C)</p>	<p>Toma de rehenes (C.P., art. 148)</p>
	<p>Castigos colectivos (Protocolo II Adicional, art. 4, numeral 2 literal B)</p>	
	<p>Actos de terrorismo (Protocolo II Adicional, art. 4, numeral 2 literal D)</p>	<p>Actos de terrorismo (C.P., art. 144)</p>

	Pillaje (Protocolo II Adicional, art. 4, numeral 2 literal G)	Despojo en el campo de batalla (C.P., art. 151) Saqueo (C.P.M., art. 165)
	Amenazas de cometer conductas prohibidas (Protocolo II Adicional, art. 4, numeral 2 literal H)	Represalias (C.P., art. 158)
	Desplazamientos forzados (Protocolo II Adicional, art. 17)	Deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil (C.P., art. 159)
	Reclutamiento de menores de 15 años (Protocolo II Adicional, art. 4, numeral 3 literal C)	Reclutamiento ilícito en menores de 18 años (C.P., art.162)

A manera de ilustración, a continuación se describen algunas de las conductas que constituyen graves infracciones al DIH, con la idea de proporcionar elementos para que en aquellos casos en que se presente una de estas circunstancias, el caso sea de conocimiento de la justicia ordinaria, en cabeza de la Unidad Nacional de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación¹⁸⁰.

1. RECLUTAMIENTO FORZOSO

El DIH establece unas garantías y una protección especial a los niños, por lo que prohíbe expresamente el reclutamiento de menores de 15 años¹⁸¹. Por su parte, el Código Penal colombiano reproduce esta conducta prohibitiva en su artículo 162, con la diferencia de que este habla de menores de 18 años. Si bien en principio

¹⁸⁰ Debe entenderse que la caracterización de conductas es ejemplificativa, puesto que la gama de conductas constitutivas de graves infracciones al DIH es bastante extensa.

¹⁸¹ Protocolo II Adicional, art. 4, numeral 3 literal C.

existe una aparente contradicción, ha de tenerse en cuenta que el Derecho Internacional Humanitario fija unos parámetros mínimos de protección, de modo que nada se opone a que los Estados, en sus legislaciones internas, consagren un mayor ámbito de protección¹⁸², por lo que ha de entenderse que en Colombia está prohibido el reclutamiento de menores de 18 años.

La conferencia que dio origen al Protocolo II Adicional prefirió no dar una definición precisa del término “niño”, en parte porque el momento en que el ser humano deja de ser niño para convertirse en adulto no se valora universalmente de la misma manera. Según las culturas, puede variar entre la edad de quince y dieciocho años. Para el Comité Internacional de la Cruz Roja: *“la fijación del límite de edad dio lugar a largos debates. Algunas delegaciones consideraban que la edad de quince años era demasiado baja y preferían los dieciocho años. La excesiva diversidad de legislaciones nacionales en la materia no les permitió alcanzar la unanimidad. Se optó finalmente por la edad de quince años, propuesta por realismo en el proyecto del CICR. Para hacer esta propuesta, el CICR se basó en la edad límite estipulada en el IV Convenio para que los niños puedan beneficiarse de medidas privilegiadas”*¹⁸³.

1.1. CRITERIOS DE IDENTIFICACIÓN

El DIH no sólo prohíbe el simple reclutamiento forzoso, sino que además existen otras conductas violatorias de este principio de no reclutamiento:

- a) Aceptar el alistamiento voluntario de niños.
- b) Permitir a los niños que participen en las hostilidades.

¹⁸² Corte Constitucional, Sentencia C-177 de 2001, M.P.: Fabio Morón Díaz.

¹⁸³ Comité Internacional de la Cruz Roja. Comentario del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, puede consultarse en: <http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/iwpList103/950B5D7D9CEA18B2C1256E2100501C7D>.

- c) Permitir que los niños tomen parte en operaciones militares tales como la obtención de informaciones, la transmisión de órdenes, el transporte de municiones y víveres o los actos de sabotaje.

Si un grupo armado utiliza un niño de 14 años para llevar información confidencial entre dos bases militares, ya que debido a su condición rara vez es requisado y se puede desplazar con facilidad por todo el territorio del conflicto sin despertar sospechas del grupo enemigo, estamos ante una infracción al DIH ya que tenemos todos los elementos necesarios para que se configure la infracción al artículo 4 del Protocolo II adicional y el artículo 162 del C. P., es decir:

Criterio subjetivo: menor de 18 años.

Criterio objetivo: reclutamiento del niño para labores de transmisión de órdenes y obtención de información.

En estos casos no se tiene en cuenta la voluntad del niño, es decir, no importa si el niño actuaba contra su voluntad o si lo hacía por iniciativa propia, de todos modos existe una infracción al DIH y los responsables podrían ser investigados y juzgados por el delito de reclutamiento ilícito conforme al art. 162 del C. P.

2. USO DE ARMAS ILÍCITAS: MINAS ANTIPERSONALES

Según la Convención de Ottawa de 1997 se entiende por mina antipersonal “toda mina concebida para que explote por la presencia, la proximidad o el contacto de una persona, y que incapacite, hiera o mate a una o más personas. Las minas diseñadas para detonar por la presencia, la proximidad o el contacto de un vehículo, y no de una persona, que estén provistas de un dispositivo

antimanipulación, no son consideradas minas antipersonal por estar así equipadas”¹⁸⁴.

Colombia ratificó el Tratado de Ottawa en el 2001 y quedó incorporado en la legislación nacional en la Ley 759 de 2002, con lo cual el Estado se comprometió a destruir todas las existencias de minas antipersonales en un plazo no mayor de cuatro años. Es de anotar que este tratado es sólo vinculante para los Estados que lo ratifiquen y no hace parte de los tratados que conforman el DIH, más concretamente el Derecho de La Haya o derecho de la guerra.

Por su parte, el DIH no prohíbe pero sí restringe el uso de ciertas armas, atendiendo al principio de proporcionalidad. Estas restricciones las encontramos principalmente en la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados de 1980 y sus tres protocolos. En el caso de las minas antipersonales el principal tratado a tener en cuenta es el Protocolo sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos según fue enmendado el 3 de mayo de 1996 (Protocolo II según fue enmendado el 3 de mayo de 1996). Este protocolo es aplicable en el caso de los conflictos armados no internacionales y es de obligatorio cumplimiento para todas las partes del conflicto.

Dentro de las restricciones generales al empleo de las minas, armas trampa y otros artefactos, tenemos¹⁸⁵:

- a) Emplear minas, armas trampa y otros artefactos concebidos de tal forma o que sean de tal naturaleza, que causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios.

¹⁸⁴ Art. 2 de la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción (Convención de Ottawa).

¹⁸⁵ Art. 3 del Protocolo sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos según fue enmendado el 3 de mayo de 1996.

- b) El empleo de minas, armas trampa y otros artefactos provistos de un mecanismo o dispositivo concebido específicamente para hacer detonar la munición ante la presencia de detectores de minas fácilmente disponibles como resultado de su influencia magnética u otro tipo de influencia que no sea el contacto directo durante su utilización normal en operaciones de detección.
- c) Emplear minas con autodesactivación provistas de un dispositivo antimanipulación diseñado de modo que este dispositivo pueda funcionar después de que la mina ya no pueda hacerlo.
- d) Emplear minas, armas trampa y otros artefactos como medio de ataque, como medio de defensa o a título de represalia, contra la población civil propiamente dicha o contra personas civiles o bienes de carácter civil.
- e) El empleo indiscriminado de cualquiera de estas armas. Se entiende que hay un empleo indiscriminado cuando i) no se ubiquen en un objetivo militar ni esté dirigido contra un objetivo militar; en caso de duda de si un objeto que normalmente se destina a fines civiles, como un lugar de culto, una casa u otro tipo de vivienda, o una escuela, se utiliza con el fin de contribuir efectivamente a una acción militar, se presumirá que no se utiliza con tal fin, y ii) si es posible prever que su utilización puede causar fortuitamente pérdidas de vidas de personas civiles, heridas a personas civiles, daños a bienes de carácter civil o más de uno de estos efectos, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista.

Del mismo modo, cada parte es responsable de la colocación, limpieza y destrucción de las minas que utilice.

2.1. RESTRICCIONES ESPECIALES A LAS MINAS ANTIPERSONALES¹⁸⁶

¹⁸⁶ Arts. 4º y 5º del Protocolo sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos según fue enmendado el 3 de mayo de 1996.

- a) Está prohibido el empleo de toda mina antipersonal que no sea detectable (según se especifica en el párrafo 2 del Anexo Técnico del protocolo sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos según fue enmendado el 3 de mayo de 1996).
- b) Las minas deben ser colocadas en una zona con el perímetro marcado que esté vigilada por personal militar y protegida por cercas u otros medios para garantizar la exclusión efectiva de personas civiles de la zona. Las marcas deberán ser inconfundibles y duraderas, y ser por lo menos visibles a una persona que esté a punto de penetrar en la zona con el perímetro marcado.
- c) La parte que colocó las minas está obligada a limpiar la zona de esas armas antes de abandonarla, a no ser que se entregue el control de la zona a las fuerzas de otro Estado que acepten la responsabilidad del mantenimiento o limpieza de las minas.

Las partes sólo se liberan de las obligaciones de los numerales 2 y 3 cuando pierden el control de la zona minada por la fuerza como resultado de una acción militar enemiga, evento en el cual la parte que adquiere el control de la zona se hace responsable por el cumplimiento de las restricciones con el objetivo de evitar que personal civil sea víctima de las minas.

Un primer ejemplo ilustrativo de lo anterior puede verse en el caso en que las fuerzas insurgentes de un país instalan varias minas en un camino público por donde presumen va a pasar un contingente de soldados enemigos. Horas después varios niños que se dirigían a su escuela pisaron las minas y sufrieron varios daños a su integridad física, entre ellos la pérdida de sus extremidades inferiores. Este caso configura una grave infracción al DIH ya que:

- a) Los miembros de las fuerzas insurgentes hicieron uso indiscriminado de las minas antipersonales, ya que era previsible que personas civiles resultaran afectadas, pues el campo minado era un camino público transitado por varios

civiles, entre ellos varios niños, de igual modo un camino público no es un objetivo militar.

- b) Los miembros de la fuerza insurgente no protegieron la zona con cercas o señales que avisaran del peligro a las personas civiles.
- c) No había personal militar vigilando el campo minado.

En un segundo caso, en el que se trata de un operativo del Ejército Nacional en el que varios soldados asaltan un campamento de fuerzas insurgentes, al entrar al campamento un soldado pisa una mina antipersonal y muere. En este caso no se configura una infracción al DIH ya que:

- a) Las minas habían sido instaladas en un objetivo militar con el fin de protegerlo.
- b) Habían varios miembros del grupo insurgente vigilando la zona minada con el fin de evitar que personas civiles o integrantes del mismo grupo pisaran las minas.
- c) La minas instaladas cumplían con los requerimientos técnicos del Anexo Técnico del Protocolo sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos según fue enmendado el 3 de mayo de 1996 (no tenían ningún dispositivo antimanipulación diseñado de modo que este dispositivo pueda funcionar después de que la mina ya no pueda hacerlo, ni tenía mecanismos de activación que reaccionaran con la presencia de detectores de minas, etc.).

Es de aclarar que en el caso de Colombia, por haberse ratificado la Convención de Ottawa, ningún militar ni miembro de la Policía Nacional pueden utilizar minas antipersonales.

3. PERFIDIA¹⁸⁷

¹⁸⁷ Protocolo Adicional I, art. 37 y C.P., art. 153.

Se entiende por perfidia aquellos actos que, apelando a la buena fe del adversario con intención de traicionarlo, den a entender a éste que tiene derecho a protección, o está obligado a concederla, de conformidad con las normas de derecho internacional aplicables a los conflictos armados. Son ejemplo de perfidia:

- a) Simular que tiene un estatuto de protección por medio del empleo de signos, emblemas o uniformes de las Naciones Unidas o de Estados neutrales o de otros Estados que no sean parte en el conflicto.
- b) Simular una incapacidad por herida o enfermedad.
- c) Simular la intención de negociar bajo bandera de parlamento o de rendición.
- d) Simular el estatuto de persona civil no combatiente.

Por el contrario, hay ciertos actos que tienden a engañar al adversario y que si son permitidos, estos reciben la denominación de estrategias, que se pueden definir como actos que tienen por objetivo inducir a error a un adversario o hacerle cometer imprudencias, pero que no infligen ninguna norma de DIH aplicable en el conflicto; la diferencia con los actos de perfidia es que estos no apelan a la buena fe del adversario con respecto al estado de protección que brinda el DIH. Son ejemplos de estrategias el camuflaje, las operaciones simuladas, las informaciones falsas, etc.

3.1. CRITERIOS DE IDENTIFICACIÓN DE UN DELITO DE PERFIDIA

- a) Simulación del estado de persona protegida por el DIH.
- b) Que se apele a la buena fe del adversario.
- c) Que la simulación de persona protegida tenga como propósito dañar o atacar al adversario.

Un ejemplo de este tipo de conducta puede darse en la situación en que miembros de un grupo insurgente vestidos de civil y con una bandera blanca se dirigen hacia un campamento de la fuerza pública, los cuales al ver la bandera blanca consideran que se trata de personas civiles que no tiene intenciones bélicas, por lo que no toman ninguna precaución. Unos metros antes de llegar al campamento los insurgentes sacan sus armas y disparan contra las personas del campamento dándoles muerte. En este caso la conducta constituye una infracción al DIH ya que fue cometida con ocasión y en desarrollo de un conflicto armado, los insurgentes al vestir como civiles y ocultar sus armas simulaban la condición de civiles, los cuales están protegidos por el DIH, además al utilizar la bandera blanca apelaron a la buena fe del bando enemigo que consideró que estaba obligado a concederles protección y no atacarlos. Por último, la finalidad de los guerrilleros era dar muerte a los integrantes de la fuerza estatal.

4. ATAQUE A MISIÓN MÉDICA, RELIGIOSA O HUMANITARIA

Atendiendo a la importancia de las actividades de la misión médica, religiosa y humanitaria, el DIH los considera personas de especial protección. En el caso de la Misión Médica, por esta se debe entender no sólo a los médicos, sino también a todas las personas que ejerzan profesionalmente una actividad médica, como el personal enfermero, las comadronas, los farmacéuticos o los practicantes en medicina así no hayan obtenido aún su título profesional. Del mismo modo, en cuanto a la expresión “actividad médica”, se debe entender por esta no sólo los cuidados del médico sino también otras actividades tales como administrar una vacuna, establecer un diagnóstico, dar consejos profesionales, actividades de prevención, etc.¹⁸⁸.

En cuanto al personal sanitario, se entiende por este a todas las personas destinadas por una parte en el conflicto exclusivamente a los fines sanitarios, es

¹⁸⁸ Comité Internacional de la Cruz Roja. Comentario del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, puede consultarse en: <http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/iwpList103/950B5D7D9CEA18B2C1256E2100501C7D>.

decir, a la búsqueda, transporte, diagnóstico o tratamiento de heridos, enfermos o náufragos o la administración de las unidades sanitarias y el funcionamiento de los medios de transporte sanitarios¹⁸⁹. El destino a tales servicios podrá tener un carácter permanente o temporal. También se incluye dentro del personal sanitario a los miembros de las sociedades nacionales de la Cruz Roja, la Media Luna Roja o el León y Sol Rojos u otras sociedades nacionales voluntarias de socorro, debidamente reconocidas y autorizadas por una parte en el conflicto.

Según el art. 8 literal d del Protocolo I adicional, personal religioso son todas aquellas personas, bien sean militares o civiles, tales como los capellanes, dedicadas exclusivamente al ejercicio de su ministerio y adscritas:

- a) A las fuerzas armadas de una parte en conflicto.
- b) A las unidades sanitarias o los medios de transporte sanitarios de una parte en conflicto.
- c) A las unidades o medios de transporte sanitarios mencionados en el párrafo 2 del art. 9 del Protocolo I.
- d) A los organismos de protección civil de una parte en conflicto.

Es de aclarar que la expresión personal religioso es genérica e incluye todas las religiones. Igualmente cuando el DIH habla de capellanes lo hizo a manera de ejemplo y no para proteger únicamente a los capellanes cristianos.

Por último, es importante tener en cuenta que estas personas deben permanecer neutrales en el conflicto, por lo que su participación en las hostilidades les quita el estatus de persona protegida.

4.1. CRITERIOS DE IDENTIFICACIÓN DE UN ATAQUE A LA MISIÓN MÉDICA, RELIGIOSA O HUMANITARIA

¹⁸⁹ Protocolo I Adicional, art. 8.

- a) Que se ataque a una persona que hace parte de la misión médica, sanitaria o personal religioso, o se le obligue a hacer algo en contra de las normas morales que rigen su profesión, o se le castigue por brindar ayuda al adversario.
- b) Que el ataque se realice con ocasión o en desarrollo del conflicto armado.
- c) Que se le impida realizar su función o se le obligue a brindar un trato privilegiado a los combatientes de una parte en el conflicto.

Para ver cómo operan los criterios en un caso concreto, imaginemos que después de un combate entre miembros del Ejército Nacional y un grupo armado ilegal, los militares llevan a varios de sus hombres heridos a un hospital, y al mismo tiempo llegan integrantes del grupo armado ilegal también con varios heridos. Al encontrarse los dos grupos al frente del hospital se produce otro enfrentamiento. Finalmente, los militares recogen a sus compañeros heridos y los entran al hospital, al tiempo que prohíben a los médicos y enfermeras salir a prestar ayuda a los heridos del grupo armado ilegal hasta que no atiendan primero a sus compañeros. Este caso constituye una infracción al DIH ya que se está obligando al personal médico a brindar un trato privilegiado a los militares, al tiempo que se les obliga a actuar en contra de las normas éticas que rigen su profesión respecto de la obligación de atender a todas las personas con el fin de salvar sus vidas.

5. ATAQUE A BIENES CIVILES

El Protocolo I Adicional¹⁹⁰ establece que los bienes de carácter civil no pueden ser objeto de ataques ni represalias. Se entiende que son bienes de carácter civil todos los bienes que no son objetivos militares, entendiendo por estos aquellos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a

¹⁹⁰ Protocolo I, art. 52.

la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida.

5.1. CRITERIOS DE IDENTIFICACIÓN DE LA CONDUCTA VIOLATORIA DEL DIH

- a) Que se trate de un bien civil conforme al art. 52 del Protocolo I Adicional.
- b) Que el bien no se utilice para contribuir eficazmente a la acción militar.
- c) En caso de duda se presume que es un bien civil.

Conforme a lo anterior, si en un municipio en el que existen asentamientos de grupos guerrilleros que realizan operaciones militares en la zona, por recomendación del comandante de la estación de policía del municipio el alcalde autoriza que los policías y militares utilicen la escuela del pueblo como sitio de alojamiento, debido a que según informes de inteligencia el grupo guerrillero pretendía tomarse el municipio, desde la escuela se planean operaciones militares y días después la guerrilla ingresa al pueblo y ataca la estación de policía y la escuela del municipio donde están alojados policías y militares, en este caso no se configura una infracción al DIH. En primer lugar hay que definir si la escuela era o no un bien de carácter civil, para lo cual nos encontramos que en principio sí lo es, pues se trata de un lugar que tiene por finalidad la educación de niños. Sin embargo, en el momento en que los policías y militares decidieron darle otra finalidad, como el alojamiento de tropas y convertirla en el lugar desde donde se dirigían operaciones militares, la escuela, que por su naturaleza es un bien de carácter civil, por su destinación se convirtió en un objetivo militar, ya que estaba siendo utilizada por una de las partes para contribuir eficazmente a la acción militar. Por lo tanto, en el presente caso no se configura una infracción al DIH por parte del grupo guerrillero.

6. ATAQUE A BIENES INDISPENSABLES PARA LA SUPERVIVENCIA DE LA POBLACIÓN CIVIL

Según el art. 14 del Protocolo II se prohíbe atacar, destruir, sustraer o inutilizar los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, tales como los artículos alimenticios y las zonas agrícolas que los producen, las cosechas, el ganado, las instalaciones y reservas de agua potable y las obras de riego, con el fin de hacer padecer de hambre a la población civil. Es necesario aclarar que la lista de bienes protegidos y los actos violatorios son solamente indicativos.

La razón de ser del art. 14 de Protocolo II es proteger a la población civil contra las hambrunas como método de guerra, desarrollando el principio de la prohibición de hacer padecer de hambre a la población civil, por lo que los bienes que protege este artículo son todos aquellos necesarios para la supervivencia de la población civil. El texto no hace distinción entre los bienes destinados a los militares y los destinados a los civiles, por lo que constituiría una infracción al DIH destruir o atacar los bienes indispensables para la supervivencia, incluso si el adversario se aprovechara de ello. De lo contrario la prohibición no tendría ningún alcance, ya que se podría invocar la eventualidad de una utilización por miembros de las fuerzas armadas o de la oposición armada para atacar un bien indispensable para la supervivencia de la población civil. No se puede excluir, por ejemplo, que una fuente de agua potable la utilicen alguna vez los soldados.

A la hora de identificar estos bienes hay que tener en cuenta que el DIH utiliza la palabra hambre en el sentido de hambruna, es decir, se requiere que la destrucción de los bienes genere o ponga en peligro la existencia de personas civiles, por lo que se debe mirar la cantidad de los bienes destruidos, la necesidad de estos y el impacto de su destrucción en la población civil. Así, por ejemplo, si constantemente los guerrilleros asentados en un municipio se refugian en un extenso campo de maíz, desde donde lanzan ataques y preparan emboscadas a los militares y se refugian después de realizar retenes ilegales en la vía pública, y

por esta razón los militares optan por destruir parte de los cultivos, ¿puede el propietario del cultivo alegar una infracción al DIH? En este caso es importante tener en cuenta los siguientes aspectos: en primer lugar la utilización de los cultivos, la cantidad de los cultivos destruidos, la necesidad de los cultivos para la supervivencia de la población civil y el impacto de la destrucción en la población.

En cuanto a lo primero vemos que los cultivos son utilizados con fines militares por parte de los guerrilleros, por lo que su utilización los podría convertir en objetivos militares. En segundo lugar, los militares sólo destruyeron parte y no la totalidad de los cultivos, y en cuanto a la necesidad de los cultivos debe tenerse en cuenta si existen otras fuentes de alimentación en el pueblo, tales como otros cultivos del mismo producto u otros productos que suplan al alimento destruido. Finalmente, la destrucción de la cosecha debe tener como consecuencia el peligro de la supervivencia de la población civil, es decir, debe de causar una hambruna. En el ejemplo propuesto, la destrucción de los cultivos por parte de los militares no constituye una infracción al DIH ya que no se pone en peligro la supervivencia de la población civil, la cual si bien es cierto se puede ver afectada en el suministro del maíz, el daño no es tan grave como para poner en peligro su supervivencia.

Al respecto es importante tener en cuenta los comentarios al art. 14 del Protocolo II Adicional del Comité internacional de la Cruz Roja: *“¿Qué ocurre si esos bienes estorban al enemigo en la observación o en el ataque? Este podría ser el caso de cultivos muy altos, propicios para ocultarse en ellos en una zona de enfrentamientos. Está prohibido destruir o atacar bienes con la intención de hacer padecer hambre a las personas civiles. Pero si esos bienes son utilizados por el adversario con fines militares, pueden convertirse en un objetivo militar y no puede excluirse que, excepcionalmente, sean destruidos, a condición de que tal acción no acarree el riesgo de que la población civil pase hambre”*¹⁹¹.

¹⁹¹ Comité Internacional de la Cruz Roja. Comentario del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, puede consultarse en: <http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/iwpList103/950B5D7D9CEA18B2C1256E2100501C7D>.

Un segundo ejemplo puede ayudarnos a explicarlo mejor. Piénsese en que miembros del Ejército Nacional al ver que grupos guerrilleros se refugian alrededor de un resguardo indígena, deciden hacer un retén permanente en la única vía de acceso al resguardo en donde requisan minuciosamente a todos los que pasan por el camino, obstaculizan el ingreso y destruyen los alimentos que consideran excesivos, pues a su juicio los indígenas se alimentan principalmente de frutos naturales y animales silvestres, por lo que presumen que los alimentos que compran los indígenas en la cabecera municipal están destinados a los guerrilleros, y fruto de la retención de alimentos, varios niños y adultos mayores han presentado graves problemas de salud a causa de la desnutrición.

Este caso constituye una infracción al DIH pues la cantidad de alimentos destruidos por los militares es bastante alta, prácticamente obstaculizan la entrada de todos los alimentos necesarios para los indígenas, ya que en la zona la tierra no es fértil y las fuentes alimenticias naturales son bastante precarias. Sumado a ello, los guerrilleros les impiden desplazarse a tierras más fértiles y debido a la falta de alimentos muchos niños y adultos se ven expuestos a enfermedades que les pueden llegar a causar la muerte poniendo de esta manera en peligro la supervivencia de la población civil.

7. ATAQUE A BIENES CULTURALES Y LUGARES DE CULTO

Conforme al art. 16 del Protocolo II Adicional está prohibido utilizar en apoyo del esfuerzo militar o cometer actos de hostilidad contra:

- a) Los monumentos históricos.
- b) Las obras de arte.
- c) Los lugares de culto que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos.

Según el Comité Internacional de la Cruz Roja se entiende por hostilidad todo acto relacionado con el conflicto que cause o pueda causar daños materiales a los bienes protegidos, de lo que se sigue que no es necesario que se produzcan los daños para que se configure una infracción al DIH¹⁹².

Por otro lado, se entiende por esfuerzo militar todas las actividades militares destinadas a la conducción de hostilidades, el objetivo de la prohibición es evitar que los bienes culturales que se utilicen en apoyo del esfuerzo militar se conviertan en objetivos militares, dado que su destrucción total o parcial ofrecería al adversario una ventaja militar concreta¹⁹³.

La finalidad de esta prohibición es destacar la importancia de la preservación del patrimonio de la humanidad, evitando que se repitan actos como la destrucción de la biblioteca de Alejandría, daños estos que afectan a toda la humanidad.

Según la Convención de La Haya¹⁹⁴, se considerarán bienes culturales, cualquiera que sea su origen y propietario:

- a) Los bienes, muebles o inmuebles, que tengan una gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos, tales como los monumentos de arquitectura, de arte o de historia, religiosos o seculares, los campos arqueológicos, los grupos de construcciones que por su conjunto ofrezcan un gran interés histórico o artístico, las obras de arte, manuscritos, libros y otros objetos de interés histórico, artístico o arqueológico, así como las colecciones científicas y las colecciones importantes de libros, de archivos o de reproducciones de los bienes antes definidos.

¹⁹² Comentario del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, puede consultarse en: <http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/iwpList103/950B5D7D9CEA18B2C1256E2100501C7D>.

¹⁹³ *Ibidem*.

¹⁹⁴ Art. 1 de la Convención de La Haya del 14 de mayo de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado.

- b) Los edificios cuyo destino principal y efectivo sea conservar o exponer los bienes culturales muebles definidos en el apartado a), tales como los museos, las grandes bibliotecas, los depósitos de archivos, así como los refugios destinados a proteger en caso de conflicto armado los bienes culturales muebles definidos en el apartado a).
- c) Los centros que comprendan un número considerable de bienes culturales definidos en los apartados a) y b), que se denominarán “centros monumentales”.

Del mismo modo ha de entenderse por lugares de culto aquellos lugares que, independientemente de su valor cultural, tienen un valor espiritual y expresan la conciencia de un pueblo; y por patrimonio cultural o espiritual de un pueblo aquellos bienes cuyo valor rebasa las fronteras y que presentan un carácter único, al estar relacionados con la historia y la cultura de un pueblo.

7.1. CRITERIOS DE IDENTIFICACIÓN DE LA CONDUCTA VIOLATORIA DEL DIH

- a) Que se cometan actos de hostilidad contra un bien cultural o lugar de culto.
- b) Que se utilice un bien cultural o lugar de culto en apoyo del esfuerzo militar.

Así, por ejemplo, si miembros de un grupo armado utilizan la torre de las campanas de una iglesia considerada patrimonio de la humanidad para vigilar la zona y lanzar ataques contra las tropas enemigas, ya que por su ubicación la torre ofrece una magnífica panorámica de toda la zona, se configura una infracción al DIH, pues se está utilizando un bien que se encuentra relacionado con la historia y la cultura del pueblo, además de ser un lugar de culto destinado para operaciones militares. Ha de recordarse que no es necesario que se cause un daño al bien, su simple utilización constituye de por sí una infracción.

DIFERENCIAS BÁSICAS ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario forman parte del derecho internacional público, y tienen en común haber sido concebidos para la protección de la vida, dignidad e integridad de todas las personas. No obstante, aunque ambos regímenes tienen la finalidad de proteger los derechos, existen entre ellos las siguientes diferencias:

Características	Derecho Internacional de los Derechos Humanos	Derecho Internacional Humanitario
Beneficiarios	Todas las personas	Las personas protegidas: <ul style="list-style-type: none"> - Población civil - Partícipes de las hostilidades que han quedado fuera de combate por enfermedad, herida, detención o cualquier otra causa. - Ciertos integrantes de las fuerzas combatientes cuyas funciones son humanitarias o religiosas como el personal sanitario y los capellanes.
Ámbito de aplicación	Se aplica en toda circunstancia y tiempo	Se aplica solo en las circunstancias de conflicto armado internacional o interno.
Sujetos vinculados	Sólo vincula a los Estados	Vincula a las partes en conflicto, sean las fuerzas

		armadas estatales o las fuerzas insurgentes.
--	--	--

Los hechos que son perpetrados por miembros de la fuerza pública dentro del marco de la dinámica del conflicto armado que desconocen las regulaciones de la guerra, constituyen infracciones al Derecho Internacional Humanitario, pero en algunos casos son simultáneamente violaciones a los derechos humanos. Como ya se indicó, se habla en estos casos de conductas con “doble identidad violatoria”, que hacen parte de aquellas que deben ser de conocimiento exclusivo de la jurisdicción ordinaria. Algunas de las conductas que tienen este doble carácter son las siguientes:

Modalidad en DIH

Homicidio en persona protegida
 Amenazas
 Tortura en persona protegida
 Lesiones en persona protegida
 Violencia sexual
 Desplazamiento

Modalidad en DIDH

Ejecución extrajudicial
 Amenazas
 Tortura
 Lesiones
 Violencia sexual
 Deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzoso población civil

V. CRITERIOS ADICIONALES PARA LA DEFINICIÓN DE LA COMPETENCIA

Buena parte de las controversias que eventualmente puedan presentarse en torno a la definición del competente para conocer las investigaciones por violaciones a los derechos humanos o infracciones al DIH, pueden ser resueltas aplicando el conjunto de criterios esbozados en los capítulos II y III anteriores, esto es, tomando en consideración los mandatos jurisprudenciales, en especial los

establecidos por la Corte Constitucional y los criterios subjetivo, material y contextual. Sin embargo, pueden presentarse situaciones que de tomarse en cuenta, bien pueden ser consideradas como criterios que adicionalmente contribuirían a esclarecer la definición de la competencia.

1. NO ES POSIBLE UNIFICAR EL CONOCIMIENTO DE LOS DELITOS AJENOS AL SERVICIO ACTIVO QUE RESULTAN CONEXOS CON DELITOS PROPIOS DEL SERVICIO

De conformidad con este criterio cuando en un caso dado se esté ante la ocurrencia de delitos comunes cometidos por militares en servicio activo, pero que resultan ajenos a su actividad oficial y se puedan mostrar conexos con delitos propios del fuero castrense, no puede unificarse su conocimiento por parte de los tribunales militares. En estos casos debe procederse a separar unos delitos de otros de manera que los delitos ajenos al servicio pasarán a la justicia ordinaria y aquellos propios del fuero militar a la justicia penal militar¹⁹⁵. Igualmente, cuando una misma conducta resulta violatoria de varios derechos, resulta útil acudir a los criterios que ofrece el derecho penal en torno al concurso de hechos punibles, lo que se expresa en la figura de la subsunción, según la cual un tipo penal que es cubierto por otro de mayor gravedad o de mayor riqueza descriptiva. De manera que en el respectivo caso deberá acudirse al tipo penal que tenga más riqueza descriptiva. Así, por ejemplo, si hay cargos contra miembros de la fuerza pública por homicidio de civiles y por encubrimiento, claramente los cargos por homicidio que deben ser de conocimiento de la justicia ordinaria arrastran consigo el tema del encubrimiento.

2. LA INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA A CARGO DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

¹⁹⁵ Este criterio fue esbozado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal en auto del 23 de agosto de 1989, M.P.: Gustavo Gómez Velásquez, que fue luego retomado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-358 de 1997.

Cuando la Procuraduría asume una investigación disciplinaria desde sus comienzos o por virtud del poder preferente disciplinario, realiza una calificación inicial y luego definitiva de la conducta, y en tal ejercicio puede llegar a determinar que se está ante una grave violación de los derechos humanos o una infracción al DIH. Esta definición determina también la oficina competente al interior de la institución: la Procuraduría Delegada para Derechos Humanos u otra dependencia.

Un indicio importante a favor de la tesis según la cual la investigación penal se asumirá como una violación a los derechos humanos o una infracción al DIH –y en consecuencia que estaría de cuenta de la justicia ordinaria– es que la investigación disciplinaria sea asumida por la Procuraduría –y no por una oficina de control interno– y que la misma haya sido calificada como una grave violación a derechos humanos o al DIH. Esto supondría que en la Procuraduría se tomarían igualmente en cuenta los criterios antes señalados.

3. LA ADMISIÓN DEL CASO ANTE INSTANCIAS INTERNACIONALES

Cada vez son más frecuentes los casos en los que se demanda al Estado por violación a los derechos humanos e infracciones al DIH, y muchas de tales acciones han llevado a la condena del Estado y/o al reconocimiento indemnizatorio a las víctimas por la vía de las soluciones amistosas.

La admisibilidad del caso exige una primera calificación de los hechos como constitutiva de violación a los derechos humanos o infracción al DIH. Parece sensato pensar que una vez esto ocurra en una instancia internacional –v.gr. la Comisión Interamericana de DDHH o la Fiscalía ante la Corte Penal Internacional–, esto es, por organismos expertos y autorizados por normas de derecho internacional para calificar conductas delictivas especiales, las decisiones internas en torno al tema deberían adecuarse en lo posible en esa misma línea interpretativa, máxime si a la postre la interpretación prevalente es la de los

órganos internacionales, como lo muestra algunas condenas hechas por la Corte Interamericana de DDHH, en donde se hace referencia a la incompatibilidad de la calificación hecha en las investigaciones adelantadas por el derecho interno, con la realizada por la Corte o la Comisión Interamericana de DDHH.

VI. CONCLUSIONES

Este trabajo intentó mostrar los principales criterios jurisprudenciales y doctrinales que resultan útiles para la definición de la competencia para investigar y juzgar graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, la que se encuentra determinada por un conjunto de criterios cuyo análisis integral está llamado a facilitar al operador jurídico la decisión correspondiente. Tales criterios son:

1. La estipulación constitucional y legal que indica, como mandato de obligatorio cumplimiento, qué conductas son excluidas del conocimiento de la justicia penal militar por ser consideradas graves violaciones a los derechos humanos y al DIH.
2. Las reglas establecidas por la jurisprudencia nacional e internacional. De manera sintética puede decirse que estas reglas son las siguientes:
 - El fuero penal militar tiene carácter excepcional y por lo mismo implica que la interpretación de sus alcances sea en todo caso restrictiva.
 - Los elementos que debe evaluar el funcionario a la hora de determinar si hay lugar a aplicar el fuero son los siguientes: un elemento subjetivo determinado por la calidad de miembro de la fuerza pública en servicio activo del implicado, y un elemento funcional que implica que se demuestre claramente la existencia de un vínculo próximo y directo entre la conducta y el servicio. Por

lo mismo, para que un delito sea de competencia de la justicia penal militar debe existir un vínculo claro de origen entre él y la actividad del servicio, esto es, el hecho punible debe surgir como una extralimitación o un abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado. Igualmente, elementos como el simple hecho de que se trate de uniformados, que se hayan valido de sus armas de dotación para cometer la conducta o que puedan demostrar la existencia de una orden de operaciones no son suficientes para señalar la existencia del vínculo con el servicio.

- La relación con el servicio requiere que se trate de actividades concretas que se orienten a cumplir o realizar las finalidades que legal y constitucionalmente son propias de las fuerzas militares y la policía nacional. Igualmente esta se rompe en dos circunstancias: en primer lugar cuando el agente desde antes de la iniciación de la ejecución de la conducta ya tenía un propósito criminal, pues en tales casos el ejercicio de funciones militares constituye un mero disfraz o fachada para la actividad delictiva, y en segundo lugar el vínculo entre el hecho delictivo y la actividad relacionada con el servicio se rompe cuando el delito adquiere una gravedad inusitada, tal como ocurre con las violaciones a derechos humanos y los delitos de lesa humanidad, los cuales deben ser excluidos del conocimiento de la justicia penal militar.
- Los mismos criterios establecidos para determinar los alcances de la expresión “en relación con el servicio” y los casos en que el nexo entre la conducta y el servicio se rompe son igualmente aplicables a las conductas omisivas.
- Existe un principio de *in dubio pro jurisdicción ordinaria* según el cual en las situaciones en las que exista duda acerca de cuál es la jurisdicción competente para conocer sobre un proceso determinado, la decisión deberá recaer a favor de la jurisdicción ordinaria.

- En virtud de la existencia de un fuero integral de altos mandos militares y de policía, el juzgamiento de estos, cualquiera sea el delito cometido, es siempre de la jurisdicción ordinaria en cabeza de la Corte Suprema de Justicia.

3. El esclarecimiento de lo que constituyen graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, con ayuda de los *criterios subjetivo, material u objetivo y contextual*.

4. El apoyo de los criterios adicionales: la imposibilidad de unificar el conocimiento de los delitos ajenos al servicio activo con los delitos conexos que si resultan propios del servicio; el análisis del tipo penal de mayor riqueza descriptiva a la hora de asignar la competencia; la valoración respecto a las evidencias de montaje, ocultamiento o tergiversación de pruebas por parte de los miembros de la fuerza pública; la calificación hecha en la investigación disciplinaria correspondiente por parte de la Procuraduría General de la Nación y la investigación por responsabilidad individual o del Estado a cargo de organismos internacionales como la Comisión o la Corte Interamericana de Derechos Humanos y/o la Corte Penal Internacional.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ANDREU-GUZMÁN FEDERICO, *Fuero militar y derecho internacional*, Bogotá, Comisión Internacional de Juristas, Comisión Colombiana de Juristas, 2003.

BANCO DE DATOS DE CINEP Y JUSTICIA Y PAZ. *Marco Conceptual Noche y Niebla*, Bogotá.

COALICIÓN CONTRA LA VINCULACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y JÓVENES AL CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA. *Niños, niñas, jóvenes y conflicto armado: análisis jurídico de legislación internacional y colombiana*, Bogotá, 2005.

COLECTIVO DE ABOGADOS JOSÉ ALVEAR RESTREPO, *Redes de esperanza tejidas con memorias: verdad, justicia y reparación integral*. Bogotá, 2005.

Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú. Informe final, capítulo 4, www.derechos.org/nizkor/peru/libros/cv/.

Conciencia Colombia, Universidad de Los Andes. *Educación en Derecho Internacional Humanitario, Manual práctico para docentes*. Conciencia Colombia, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Bogotá, 2002.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Algunas precisiones conceptuales sobre la Violación a Derechos Humanos en Colombia*, Serie Textos de Divulgación, N° 2.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Manual de calificación de conductas violatorias de derechos humanos*, Bogotá, 2000.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Ejecuciones extrajudiciales: casos investigados por la Defensoría del Pueblo*, Lima, 2003.

Informe Anual Derechos Humanos y DIH 2000. Ministerio de Defensa Nacional, enero de 2001. En: www.mindefensa.gov.co/publicaciones

MADRID-MALO GARIZAZABAL MARIO, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Defensoría del Pueblo, Bogotá, 1994.

MADRID-MALO GARIZAZABAL MARIO, *Algunas precisiones sobre la violación de los derechos Humanos en Colombia*. Texto de la conferencia dictada el 6 de mayo de 1993 en el II Congreso de Personeros de Cundinamarca, Bogotá, 2003.

PROYECTO COLOMBIA NUNCA MÁS. *Colombia Nunca Más: crímenes de lesa humanidad*. Tomo I, Bogotá, 2000.

ROJAS BETANCOURTH DANILO, “Impunidad y conflictos de jurisdicción”, En: *Pensamiento Jurídico* N° 15, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Bogotá, 2002.

UNIVERSIDAD DE LOS ANDES. *La función disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación en las dependencias que tienen a su cargo la investigación de la Fuerza Pública y de los que cumplen funciones de Policía Judicial*. Programa de apoyo al fortalecimiento institucional PGN-BID, Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho y Centro de Investigaciones Sociojurídicas-CIJUS, Bogotá, 2005.

UPRIMNY YEPES INÉS MARGARITA, *Límites de la fuerza pública en la persecución del delito*, 1ª edición, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 1995.

UPRIMNY YEPES RODRIGO, “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad por la violación de los derechos humanos en la Constitución”, En: *La Responsabilidad en Derechos Humanos*, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Bogotá, 1996.

UPRIMNY YEPES INÉS MARGARITA, UPRIMNY YEPES RODRIGO, PARRA VERA OSCAR JAVIER, *Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario: Módulo de autoformación*, Consejo Superior de la Judicatura Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, Mimeo, 2006.

DOCUMENTOS DE LAS NACIONES UNIDAS Y LOS ORGANOS REGIONALES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Sistema universal de derechos humanos-Naciones Unidas

Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, aprobado por Resolución 34/169 de la Asamblea general de la ONU el 17 de diciembre de 1979.

Conjunto de principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad.

Convención internacional para la protección de todas las personas contra la desaparición forzada de personas.

Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio.

Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 8. El derecho a la libertad y a la seguridad personales, 16º período de sesiones, 30 de julio de 1982.

Documento de las Naciones Unidas, E/CN.4/2002/106/Add.2, de 17 de abril de 2002.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Grupo de trabajo sobre la detención arbitraria. Informe 60º periodo de sesiones, doc.E/CN.4/2004/3/Add.1,26 de noviembre de 2003.

Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Informe del 9 de marzo de 2000.

Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Manual de calificación de conductas violatorias de derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario*. Volúmenes I y II, Bogotá, 2004.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) aprobado en Colombia en virtud de la Ley 74 de 1968.

Principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abuso del poder.

Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias.

Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.

Resolución 53/147 “Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias” adoptada el 9 de diciembre de 1998.

Resolución 55/89 “La tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos y degradantes” adoptada el 22 de febrero de 2001.

Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas.

Comisión interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 5/96, caso 10.970 (Perú).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 5/98, Álvaro Moreno Moreno, caso 11.019 (Colombia).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 62/99, Santos Mendivelso Coconubo, caso 11.540 (Colombia).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 35/00, Los Uvos, caso 11.020 (Colombia).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 53/01, Caso 11.565, Ana, Beatriz y Celia González Pérez (México).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Tercer informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia de 1999.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe Anual-1997. OEA/Ser.L/V/II.98, doc.6; 17 febrero 1998.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe Anual-1998. OEA/Ser.L/V/II.102, doc.6 rev., 16 abril 1999.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe Anual-1999. OEA/Ser.L/V/II.106, doc.3, 13 abril 2000.

NORMAS NACIONALES

- Constitución Política de Colombia
- Ley 387 de 1997
- Ley 522 de 1999
- Ley 599 de 2000
- Ley 600 de 2000

JURISPRUDENCIA

Sentencias de la Corte Constitucional

- C-141 de 1995, M.P.: Antonio Barrera Carbonell
- C-225 de 1995, M.P.: Alejandro Martínez Caballero
- C-578 de 1995, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz
- C-358 de 1997, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz
- C-473 de 1999, M.P.: Martha Victoria Sáchica de Moncaleano
- T-298 de 2000, M.P.: Carlos Gaviria Díaz
- C-368 de 2000, M.P.: Carlos Gaviria Díaz
- T-806 de 2000, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra
- C-878 de 2000, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra
- SU-1150 de 2000, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz
- C-177 de 2001, M.P.: Fabio Morón Díaz
- C-330 de 2001, M.P.: Álvaro Tafur Galvis
- C-361 de 2001, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra
- C-551 de 2001, M.P.: Álvaro Tafur Galvis
- T-1001 de 2001, M.P.: Rodrigo Escobar Gil
- C-1068 de 2001, M.P.: Rodrigo Escobar Gil
- C-1149 de 2001, M.P.: Jaime Araújo Rentería
- SU-1184 de 2001, M.P.: Eduardo Montealegre Lynnet
- C-578 de 2002, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa
- C-580 de 2002, M.P.: Rodrigo Escobar Gil
- T-932 de 2002, M.P. : Jaime Araújo Rentería
- C-234 de 2003, M.P.: Jaime Araújo Rentería
- T-249 de 2003, M.P.: Eduardo Montealegre Lynnet

Sentencias de la Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Penal

- Sentencia de 26 de marzo de 1996, M.P.: Jorge Córdoba Poveda. Radicado N° 08827
- Sentencia de 27 de agosto de 1999, M.P.: Jorge Córdoba Poveda. Radicado N° 13433
- Sentencia de 21 de febrero de 2001, M.P.: Jorge Aníbal Gómez. Radicado N° 12308
- Sentencia de 18 de julio de 2001, M.P.: Carlos Galves Argote. Radicado N° 11660
- Sentencia de 30 mayo 2002, M.P.: Nilson Pinilla Pinilla. Radicado N° 15618
- Sentencia de 28 de octubre de 2002, M.P.: Herman Galán Castellanos. Radicado N° 15346
- Sentencia de 21 noviembre de 2002, M.P.: Marina Pulido de Barón. Radicado N° 13148
- Sentencia de 13 de febrero 2003, M.P.: Herman Galán Castellanos. Radicado N° 15705
- Sentencia de 6 de marzo de 2003, M.P.: Yesid Ramírez Bastidas. Radicado N° 17550
- Sentencia de 24 de julio de 2003, M.P.: Marina Pulido de Barón. Radicado N° 16295
- Sentencia de 6 de agosto de 2003, M.P.: Marina Pulido de Barón. Radicado N° 16135
- Sentencia de 8 de agosto de 2003, M.P.: Nilson Pinilla Pinilla. Radicado N° 16813
- Sentencia de 4 de septiembre de 2003, M.P.: Álvaro Pérez Pinzón. Radicado N° 15882
- Sentencia de 2 de octubre de 2003, M.P.: Jorge Aníbal Gómez. Radicado N° 18643
- Sentencia de 2 de octubre de 2003, M.P.: Marina Pulido de Barón. Radicado N° 18729

- Sentencia de 10 de marzo de 2004, M.P.: Mauro Solarte Portilla. Radicado N° 17946
- Sentencia de 15 de abril de 2004, M.P.: Marina Pulido de Barón y Édgar Lombana. Radicado N° 13742
- Sentencia de 2 de junio de 2004, M.P.: Marina Pulido de Barón y Édgar Lombana. Radicado N° 13813
- Sentencia de 13 de abril de 2005, M.P.: Álvaro Pérez Pinzón. Radicado N° 23472
- Sentencia de 10 de noviembre de 2005, M.P.: Marina Pulido de Barón. Radicado N° 22333
- Sentencia de 15 de febrero de 2006, M.P.: Édgar Lombana Trujillo. Radicado N° 21330

Sentencias del Consejo Superior de la Judicatura-Sala Jurisdiccional Disciplinaria

- Sentencia de 9 de octubre de 2002, M.P.: Leonor Perdomo Perdomo. Radicado N° 2001134701
- Sentencia de 30 de octubre de 2002, M.P.: Rubén Darío Henao Orozco. Radicado N° 2002 0623 01 236
- Sentencia de 30 de octubre de 2002, M.P.: Guillermo Bueno Miranda. Radicado N° 2002 147801/677-C
- Sentencia de 30 de octubre de 2002, M.P.: Eduardo Campo Soto. Radicado N° 2002 1845 01 1 -13
- Sentencia de 11 de diciembre de 2002, M.P.: Rubén Darío Henao Orozco. Radicado N° 2002 1262 01 268
- Sentencia de 6 de febrero de 2003, M.P.: Leonor Perdomo Perdomo. Radicado N° 2001 081701
- Sentencia de 2 de abril de 2003, M.P.: Leonor Perdomo Perdomo. Radicado N° 2000 0783 02

- Sentencia de 9 de abril de 2003, M.P.: Eduardo Campo Soto. Radicado N° 20031486-01 100-15
- Sentencia de 7 de mayo de 2003, M.P.: Eduardo Campo Soto. Radicado N° 20031741-01 159-15
- Sentencia de 4 de junio de 2003, M.P.: Guillermo Bueno Miranda. Radicado N° 20031814-01- C
- Sentencia de 16 de julio de 2003, M.P.: Guillermo Bueno Miranda. Radicado N 20032107-01-221- C
- Sentencia de 3 de septiembre de 2003, M.P.: Temístocles Ortega Narváez. Radicado N° 110010102000 20033092 01
- Sentencia de 3 de septiembre de 2003, M.P.: Rubén Darío Henao Orozco. Radicado N° 20030707 01 29
- Sentencia de 17 de septiembre de 2003, M.P.: Rubén Darío Henao Orozco. Radicado N° 20032928 01 09
- Sentencia de 5 de noviembre de 2003, M.P.: Fernando Coral Villota. Radicado N° 20033658 01/129.V.03
- Sentencia de 3 de diciembre de 2003, M.P.: Rubén Darío Henao Orozco. Radicado N° 20033965 01 76
- Sentencia de 10 de diciembre de 2003, M.P.: Fernando Coral Villota. Radicado N° 20034003 01/26.VI.03
- Sentencia de 20 de octubre de 2004, M.P.: Guillermo Bueno Miranda. Radicado N° 200401705 00/452-C
- Sentencia de 29 de septiembre de 2005, M.P.: Temístocles Ortega Narváez. Radicado N° 110011102000 2005 01321 00
- Sentencia de 29 de septiembre de 2005, M.P.: Guillermo Bueno Miranda. Radicado N° 2005 01172 00/604C
- Sentencia de 12 de octubre de 2005, M.P.: Fernando Coral Villota. Radicado N° 2005 01657 00 (191-III-05)
- Sentencia de 19 de octubre de 2005, M.P.: Guillermo Bueno Miranda. Radicado N° 2005 01558 00/611 C

- Sentencia de 16 de noviembre de 2005, M.P.: Temístocles Ortega Narváez. Radicado N° 2005 02151 00
- Sentencia de 16 de noviembre de 2005, M.P.: Fernando Coral Villota. Radicado N° 2005 02182 00 175 IV 05
- Sentencia de 22 de noviembre de 2005, M.P.: Jorge Alonso Flechas Díaz. Radicado N° 2005 02179 00
- Sentencia de 7 de diciembre de 2005, M.P.: Temístocles Ortega Narváez, Radicado N° 2005 02227
- Sentencia de 25 de enero de 2006, M.P.: Fernando Coral Villota. Radicado N° 2005 02325 00 (224 IV 05)
- Sentencia de 25 de enero de 2006, M.P.: Fernando Coral Villota. Radicado N° 2005 02302 00/213.IV.05
- Sentencia de 25 de enero de 2006, M.P.: Temístocles Ortega Narváez. Radicado N° 2005 02284 00
- Sentencia de 1º de febrero de 2006, M.P.: Rubén Darío Henao Orozco. Radicado N° 200600095
- Sentencia de 1º de febrero de 2006, M.P.: Jorge Alfonso Flechas Díaz. Radicado N° 200502251
- Sentencia de 1º de febrero de 2006, M.P.: Guillermo Bueno Miranda. Radicado N° 2005 02253 00/621-C
- Sentencia de 9 de febrero de 2006, M.P.: Jorge Alonso Flechas Díaz. Radicado N° 2005 02246 00
- Sentencia de 15 de febrero de 2006, M.P.: Jorge Alonso Flechas Díaz. Radicado N° 2005 02252
- Sentencia de 8 de marzo de 2006, M.P.: Guillermo Bueno Miranda. Radicado N° 2005 01059 01/620-C

Páginas Web

Corte Constitucional de Colombia: www.ramajudicial.gov.co

Corte Interamericana de Derechos Humanos: www.corteidh.or.cr

Corte Penal Internacional: www.icc-cpi.int/

Comisión Interamericana de Derechos Humanos: www.cidh.org

Comité Internacional de la Cruz Roja: www.icrc.org

Ministerio de Defensa: www.mindefensa.gov.co

Procuraduría General de la Nación: www.procuraduria.gov.co

Secretaría del Senado de la República: www.secretariasenado.gov.co

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia: www.un.org/icty/cases-e/index-e.htm

Tribunal Penal Internacional para Rwanda: www.ictr.org

Amnistía Internacional: web.amnesty.org/library/index/ESLAMR230061997

VIII. ANEXOS

1. Resumen ejecutivo
2. Fichas de sistematización de jurisprudencia
3. Tabla y gráficos sobre conflictos de jurisdicción entre el 2001 y el 2006