

APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO A LOS
PROCESOS DICIPLINARIOS DE LAS FUERZAS MILITARES Y POLICIA
NACIONAL EN CONCORDANCIA CON LOS FALLOS DE LA CORTE
INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

EMIRSON ALDAHIR NAZARITH HERNÁNDEZ

UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA
BUCARAMANGA
2017

APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO A LOS
PROCESOS DICIPLINARIOS DE LAS FUERZAS MILITARES Y POLICIA
NACIONAL EN CONCORDANCIA A LOS FALLOS DE LA CORTE
INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

EMIRSON ALDAHIR NAZARITH HERNÁNDEZ

TRABAJO DE GRADO PRESENTADO COMO REQUISITO PARA OPTAR AL
TITULO DE ABOGADO

DIEGO HERNANDO HERNÁNDEZ VELÁSQUEZ
DIRECTOR DE PROYECTO

UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA
BUCARAMANGA
2017

A mí, por nunca desfallecer y siempre tener claro a donde quiero llegar.

A mi madre, que contra todo pronóstico logro criarme solita... O por lo menos hizo el esfuerzo a pesar de las dificultades y a pesar de mí mismo.

A mis abuelos que siempre me tienen presente.

A mis amigos y colegas, Carlos Villarreal y Sebastián Arcos por su desinteresada amistad.

Indudablemente a mi director de tesis, Diego H. por su paciencia, sus aportes, pero sobre todo por el apoyo y por haber encaminado y haberle dado sentido a este proyecto de grado

*Si nuestro propio gobierno fuera responsable de la muerte de casi cien mil personas ¿de verdad te gustaría saber?
V de Venganza.*

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	12
1. EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO	15
1.1 CONCEPTO	15
1.2 ORIGEN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO	16
1.3 FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO	16
1.3.1 Los Tratados	16
1.3.2 La Costumbre	18
1.4 PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO	18
1.4.1 Principios Fundamentales	19
1.4.1.1 Principio del Derecho Humano	19
1.4.1.2 Principio del Derecho Humanitario	19
1.4.1.3 Principio del Derecho de Ginebra	19
1.4.1.4 Principio del Derecho de la Guerra	19
1.4.2 Principios aplicables a las víctimas de los conflictos	19
1.4.2.1 Principio de Neutralidad	19
1.4.2.2 Principio de Normalidad	20
1.4.2.3 Principio de Protección	20
1.4.3 Principios propios del derecho de la guerra	20
1.4.3.1 Principio de Limitación - <i>Ratione Personae</i> -	20

1.4.3.2 Principio de Limitación - <i>Ratione Loci</i> -	20
1.4.3.3 Principio de Limitación - <i>Ratione Conditionis</i> -	21
1.5 CONFLICTO ARMADO INTERNO O NO INTERNACIONAL	21
1.5.1 Elementos constitutivos de la situación de conflicto no internacional	21
1.5.1.1 El conflicto tiene lugar en el territorio de un Estado.	21
1.5.1.2 Oposición de dos o más fuerzas.	21
1.5.1.3 Fuerzas organizadas y con estructura de mando.	22
1.5.1.4 Ejercer un dominio territorial focalizado.	22
1.5.2 Sistema normativo de los conflictos armados no internacionales.	22
1.5.2.1 Normativa del artículo 3 común.	22
1.5.2.2 Normativa del Protocolo adicional II.	23
1.6 ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DIH	23
1.6.1 Ámbito Material	23
1.6.2 Ámbito Personal	25
1.6.3 Ámbito Temporal	25
1.7 SANCIONES AL INCUMPLIMIENTO DEL DIH	26
1.8 EL DIH EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO	29
1.8.1 Carácter <i>Ius Cogens</i> de las Normas del DIH	29
1.8.2 Bloque de Constitucionalidad	30
2 DERECHO ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIO	32
2.1 OBJETO DEL DERECHO DISCIPLINARIO	32

2.2 EL DERECHO DISCIPLINARIO Y LAS INFRACCIONES AL DIH	34
2.3 LA FALTA DISCIPLINARIA	36
2.4 PRINCIPIO DE TIPICIDAD	37
2.5 PRINCIPIO DE CULPABILIDAD	41
2.6 LA ILICITUD SUSTANCIAL	42
3 EL CONFLICTO ARMADO COLOMBIANO Y LAS INFRACCIONES AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO	46
3.1 FUERZAS ARMADAS COMO SUJETO DISCIPLINABLE	50
3.1.1 La Posición de Garante	53
3.2 GRAVEDAD DE LAS FALTAS DISCIPLINARIAS CONTRA EL DIH	55
3.2.1 La Población Civil como Persona Protegida a la luz del DIH	58
3.3 ANÁLISIS PRACTICO DE CASOS	64
3.3.1 Masacre de Mapiripán	65
3.3.2 Masacre de Pueblo Bello	69
3.3.3 Masacre de El Aro – Ituango	73
3.3.4 Masacre de los 19 Comerciantes	74
3.3.5 Masacre de La Rochela	76
3.3.6 Masacre de Santo Domingo	77
4 TÉRMINOS DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA	80
4.1 LA PRESCRIPCIÓN	80
4.2 PRESCRIPCIÓN EN EL DERECHO DISCIPLINARIO	81

4.2.1 Prescripción en los Regímenes Disciplinarios de la Fuerza Pública	82
4.3 IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA	84
4.4 PROPUESTA FINAL	86
4.5 LA ANTERIOR PROPUESTA A LA LUZ DEL ACUERDO DE PAZ Y LEY DE AMNISTÍAS	88
5 CONCLUSIONES	90
BIBLIOGRAFÍA	94

RESUMEN

- 1. TÍTULO:** APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO A LOS PROCESOS DISCIPLINARIOS DE LAS FUERZAS MILITARES Y LA POLICIA NACIONAL EN CONCORDANCIA A LOS FALLOS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOSⁱ
- 2. AUTOR:** EMIRSON ALDAHIR NAZARITH HERNÁNDEZⁱⁱ
- 3. PALABRAS CLAVE:** Derecho Internacional Humanitario, Conflicto Armado Interno, Fuerza Pública, Población Civil, Posición de Garante, Derecho Administrativo Disciplinario, Acción Disciplinaria, Prescripción.
- 4. DESCRIPCIÓN:** La fuerza pública tiene la obligación, entre otras, de salvaguardar la integridad personal de todas y cada una de las personas que se encuentren dentro del territorio Nacional según el artículo 217 de la Constitución Política. Del mismo modo tiene la misión de defender y preservar el cumplimiento de los Derechos Humanos y de todos los tratados que Colombia tiene ratificados con relación al Derecho Internacional Humanitario. A pesar de esto, bajo el contexto del Conflicto Armado que se ha dado en Colombia y obedeciendo a la prestación de su servicio de salvaguardar la soberanía sobre el territorio Nacional, en el ejercicio de la misma se pueden presentar excesos u actuaciones arbitrarias y desmedidas que atenten contra la integridad misma de la población civil y que son cometidas durante la prestación del servicio o con relación al mismo, violando así la posición de garante que tienen las fuerzas públicas.

El presente trabajo plantea analizar la posibilidad de proscribir la prescripción de la acción disciplinaria para así poder dar seguimiento a los procesos que están inactivos y por consiguiente y acatando los fallos de la Corte Interamericana de derechos humanos, continuar con las investigaciones correspondientes y emitir su respectiva sanción según sea el caso.

ⁱ Trabajo de Investigación.

ⁱⁱ Facultad de Ciencias Humanas. Escuela de Derecho y Ciencia Política. Director: Diego Hernando Hernández Velásquez.

ABSTRACT

1. **TITLE:** IMPLEMENTATION OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW IN ACCORDANCE WITH THE SENTENCES OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS BY THE INTERNAL JURISDICTION IN THE FIELD OF DISCIPLINARY LAW*
2. **AUTHOR:** EMIRSON ALDAHIR NAZARITH HERNANDEZ**
3. **KEYWORDS:** International Humanitarian Law, Internal Armed Conflict, Public Force, Civilian Population, Guarantor Position, Administrative Disciplinary Law, Disciplinary Action, Prescription.
4. **DESCRIPTION:** The public force has the obligation, among other things, to safeguard the personal integrity of each and every one of the people within the national territory according to article 217 of the Political Constitution. Likewise, it has the mission of defending and preserving the fulfillment of Human Rights and of all the treaties that Colombia has ratified in relation to International Humanitarian Law. In spite of this, in the context of the Armed Conflict that has occurred in Colombia and obeying the provision of its service to safeguard sovereignty over the National territory, in the exercise of the same may occur arbitrary and excessive measures that affect the same integrity of the civilian population and are committed during or in connection with the provision of the service, thereby violating the position of guarantor of the public forces.

The present investigation raises the possibility of proscribing the prescription of disciplinary action in order to follow up the processes that are inactive and, consequently, complying with the decisions of the Inter-American Court of Human Rights, continuing with the corresponding investigations and issuing their respective Penalty as the case may be.

* Graduation Project for a law degree

** Faculty of Human Sciences. School of Law and Political Science. Director: Diego Hernando Hernández Velásquez.

INTRODUCCIÓN

La fuerza pública tiene la obligación, entre otras, de salvaguardar la integridad personal de todas y cada una de las personas que se encuentren dentro del territorio Nacional según el artículo 217 de la Constitución Política¹. Del mismo modo tiene la misión de defender y preservar el cumplimiento de los Derechos Humanos y de todos los tratados que Colombia tiene ratificados con relación al Derecho Internacional Humanitario.

No obstante, dentro del ámbito del Conflicto Armado que se ha presentado en Colombia y en relación con la prestación de su servicio de salvaguardar la soberanía sobre el territorio Nacional, en el ejercicio de la misma se pueden presentar excesos u actuaciones arbitrarias y desmedidas que atenten contra la integridad misma de los nacionales y que son cometidas durante la prestación del servicio o con relación al mismo, violando así la posición de garante que tienen las fuerzas públicas.

Es por esto que ante la renuente impunidad que se presenta en los diferentes casos de violación de Derechos Humanos que ocurren en Colombia y en los que se han visto relacionados miembros activos de las FFMM, dichos casos han llegado hasta la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha emitido varias sentencias sobre diferentes casos de violaciones de Derechos Humanos por las cuales se ha Condenado al Estado Colombiano. Aun así, existen casos particulares en los cuales, a pesar de existir una Condena Internacional de la CIDH, no existe o no se ha emitido aun una condena individual, ni sanción por los entes de control.

La presente investigación se centra en analizar el cumplimiento y ejecución de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte del Estado Colombiano, con relación a los casos en que la Fuerza Pública ha incumplido con su Posición de Garante del bienestar de la población civil ya sea por acción u omisión en diferentes hechos que se han presentado dentro del contexto del Conflicto Armado que se ha vivido en el país desde 1960.

A pesar de que la Población Civil es un Sujeto Jurídicamente Protegido, durante todo el transcurso del Conflicto Armado se ha conocido de acciones llevadas a cabo por diferentes facciones del mismo en contra de civiles ajenos al conflicto, las cuales han sido cometidas

¹ COLOMBIA. Constitución Política, Artículo 217: La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio.

ya sea por los grupos guerrilleros de extrema izquierda como el ELN o las FARC, o por el grupo de extrema derecha AUC o por agentes de la Fuerza Pública en contravía de su función y misión.

Como ya se dijo anteriormente en el presente trabajo, a partir de un análisis de casos específicos, como son el caso de la Masacre de Mapiripán y el caso del Bombardeo de Santo Domingo, se busca comprobar el seguimiento Interno que se le ha dado a los fallos emitidos por la CIDH en los mencionados procesos en materia de Derecho Disciplinario para saber si ya se tienen individualizados y sancionados los sujetos disciplinariamente responsables por parte de la Fuerza pública en los acontecimientos que se dieron de vulneración de derechos humanos contra la población civil en tales hechos. Entendiendo que se trata de casos en los cuales la FFMM incumplió con su Posición de Garante y permitieron que se dieran tales violaciones o peor aún fueron participes activos de las mismas.

El Derecho Disciplinario se ha convertido en un óptimo instrumento para prevenir y sancionar a los agentes públicos y particulares en ejercicio de funciones públicas que transgredan el deber funcional con acciones contrarias a este y por consiguiente atentan contra los Fines Esenciales del Estado y el interés general. Ahora bien en tratándose de violaciones al Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Disciplinario y sus sanciones se enfocan en individuos que tienen una relación especial de sujeción para con el Estado, siendo su cumplimiento una cuestión sumamente importante a los ojos de entidades internacionales y de otros países ya que conlleva el hecho de demostrar que el Estado Colombiano cumple a cabalidad con todos los pactos y tratados que ha circunscrito en esta materia y cumplir con el esclarecimiento de lo ocurrido para dar firme cumplimiento a los fines de Verdad, Justicia y Reparación.

Por lo anterior, se torna necesario el estudio y análisis del tema planteado, en primera medida debido a que es un tema que goza de una especial relevancia social toda vez que estamos tratando circunstancias relacionadas con los Derechos Humanos, y más aún si nos enfrentamos al hecho de que se puede llegar al supuesto de crearse otro tipo de vulneraciones en los derechos como lo sería una afectación posterior más grave a la integridad personal, dignidad de las víctimas y otras cuestiones de orden tanto social como individual.

Para tales fines, el presente trabajo está conformado por 4 Capítulos:

En el primer capítulo, se tratarán los principios y conceptos fundamentales que se desarrollan dentro del ámbito del Derecho Internacional Humanitario y permiten entender su naturaleza, función, misión y los mecanismos con que cuenta para hacerse efectivo dentro del ordenamiento jurídico interno.

En el segundo capítulo, se analizará la estructura y funcionamiento del Derecho Administrativo Disciplinario de forma general, al igual que la configuración de una falta disciplinaria en relación a las violaciones al DIH por miembros de la Fuerza Pública según el Código Disciplinario Único, además de los Regímenes Disciplinarios de la policía y Fuerzas militares. La aplicación de los conceptos que definen una falta disciplinaria: tipicidad, culpabilidad e ilicitud sustancial dentro del ámbito de los casos que den origen a una infracción al DIH.

El tercer capítulo, por su parte, se referirá a los hechos específicos ocurridos dentro del Conflicto Armado Interno que se ha vivido en el país durante los últimos 50 años. Concretamente los acontecimientos más notorios que han sido objeto de análisis de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, explicando brevemente los hechos ocurridos en cuestión, los fallos existentes sobre estos en la jurisdicción interna y las sentencias emitidas por la CIDH sobre los mismos.

Finalmente, el cuarto capítulo abordará la regulación existente al respecto de la prescripción de la acción disciplinaria en los regímenes aplicables a la Fuerza pública. Además de un análisis de las consecuencias, sociales, políticas, nacionales e internacionales y demás que puedan ocasionarse por la declaratoria de prescripción de una investigación disciplinaria. A su vez que se concluirá este capítulo, y el trabajo investigativo en sí, con la formulación de la Imprescriptibilidad de la acción disciplinaria, obedeciendo al hecho de que se trata de vulneraciones graves al Derecho Internacional Humanitario y los Derechos humanos. Teniendo en cuenta que con esto se busca evitar la impunidad en materia disciplinaria, además de preservar el buen nombre y el sano funcionamiento de la administración, así mismo como dar un correcto cumplimiento a los compromisos internacionales en la materia, del mismo modo que se da la preservación de los estándares internacionales en materia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario.

1. EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

1.1 CONCEPTO

El Derecho Internacional Humanitario se ha definido como “el cuerpo de normas internacionales, de origen convencional o consuetudinario, específicamente destinado a ser aplicado en los conflictos armados, internacionales o no internacionales, y que limita, por razones humanitarias, el derecho de las partes en conflicto a elegir libremente los métodos y los medios utilizados en la guerra, o que protege a las personas y a los bienes afectados, o que puedan estar afectados, por el conflicto”²

Es una Rama del Derecho Internacional Público que busca limitar las acciones bélicas de las partes involucradas en un conflicto, además de implementar medidas especiales de protección para los individuos afectados en medio de tal conflicto. No determina si un Estado tiene o no tiene derecho a recurrir a la fuerza, pero si define y restringe los actos que se pueden o no llevar a cabo dentro del contexto del conflicto armado sea de carácter nacional o internacional.

Del mismo modo se han generado lineamientos normativos en procura de la defensa de la población civil, sus bienes y demás individuos que se encuentren en medio del conflicto pero que no hagan parte activa de ninguna de las facciones que se encuentren dentro de este. Igualmente, estas normativas se dirigen a la protección de combatientes heridos.

La Corte Constitucional se ha pronunciado al respecto del DIH señalando que “El derecho internacional humanitario no es otra cosa que la codificación del núcleo inderogable de normas mínimas de humanidad que rigen en los conflictos armados y que como tales constituyen un valioso instrumento jurídico para lograr la efectividad plena del principio de la dignidad humana aún en las más difíciles y hostiles circunstancias, y sus disposiciones se aplican independientemente de si los países se han comprometido o no jurídicamente en la adopción de tales disposiciones, por tratarse de prácticas consuetudinarias de carácter imperativo que responden a presupuestos éticos mínimos y exigibles a todas las partes del conflicto, se trate de un conflicto nacional o internacional”³

² SWINARSKI. Christophe. Introducción al Derecho Internacional Humanitario. Ginebra, Suiza: Comité Internacional de la Cruz Roja. 1984, pág. 15

³ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-240 de 2009. Magistrado ponente: Mauricio Gonzales Cuervo.

1.2 ORIGEN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

El nacimiento del DIH se dio en 1864 con la Primera Convención de Ginebra, aunque muchas de las reglas implementadas en esta no eran nuevas, sino que eran usos y costumbres reconocidas con el pasar del tiempo. No obstante, del hecho que muchas de estas prácticas tenían una función netamente económica, aun así, sus efectos fueron humanitarios.

En dicho tratado se sientan las bases de principios fundamentales dentro del DIH como lo es el principio de Neutralidad, por medio del cual, el cuerpo médico, enfermeros y auxiliares ya no serían considerados como parte combatiente, ni serían atacados, asesinados o capturados. Igualmente, se les permitiría prestarle atención a cualquier militar que se encontrara herido, sin importar a que facción perteneciera.

El Convenio de Ginebra dictaba las bases de lo que sería el Derecho Internacional Humanitario contemporáneo en el cual establecía pautas como el hecho de que serían normas escritas, permanentes, abiertas a todos los países y destinadas a la protección de las víctimas de los conflictos armados.

1.3 FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

1.3.1 Los Tratados

El Convenio de Ginebra con un contenido de apenas diez artículos es la base fundamental de todo el DIH ya que, es en este, donde, los Estados reconocen como neutral al personal sanitario, médicos y auxiliares, del mismo modo que se comprometen a respetarlos y protegerlos mientras se encuentren brindando sus servicios de ayuda. De igual forma se señala la permisión de socorrer a militares heridos en conflicto, recogerlos, transportarlos y atenderlos. Así mismo como a los individuos no participantes del conflicto, independientemente de a que nación pertenecieran. También se adopta el emblema de una cruz roja sobre un fondo blanco, con el cual se distinguirá a todo el personal sanitario, como a su equipamiento y los sitios donde se establecieran sus campamentos.⁴

Así mismo, con el Convenio de Ginebra de 1864 se imponen las pautas para toda la codificación concerniente al derecho de la guerra. El cual ha tenido un amplio desarrollo y Del que se desprenden como normativas importantes las siguientes:

⁴ Convenio de Ginebra de 1864. Manual de la Cruz Roja. Ginebra. 1975.

La Declaración de San Petersburgo de 1868, el cual señala la prohibición en el uso de determinados proyectiles en tiempo de guerra.

La Declaración de la Haya de 1899, prohibiendo el empleo de las balas que generan cierta reacción, más perjudicial que las balas comunes, en el cuerpo humano.

Reglamento de la Haya de 1907, relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre.

Protocolo de Ginebra de 1925, sobre la prohibición del uso en la guerra, de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos.

Convenio de Ginebra de 1949, para aliviar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña.

Convenio de Ginebra de 1949, para aliviar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar.

Convenio de Ginebra de 1949, sobre el trato a los prisioneros de guerra.

Convenio de Ginebra de 1949, sobre la protección de personas civiles en tiempos de guerra.

Convención de la Haya de 1954, para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado.

Convención de 1972, sobre la prohibición del desarrollo, de la producción y del almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción.

Protocolos I y II de 1977, adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949.

Convención de Ginebra de 1980, sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados con:

- Protocolo sobre fragmentos no localizables
- Protocolo sobre prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampas y otros artefactos
- Protocolo sobre prohibiciones o restricciones del empleo de armas incendiarias
- Protocolo sobre armas láser cegadoras de 1995

Convención de 1997, sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonales y sobre su destrucción.

Convención de Roma de 1998, sobre el establecimiento de la Corte Penal Internacional.

1.3.2 La Costumbre

El DIH es un derecho consuetudinario el cual, posteriormente, pasa a ser convencional. Así mismo, la evolución progresiva del DIH convencional no hubiera sido posible sin las normas consuetudinarias sobre la guerra pre-existentes a la codificación. Es así como, por ejemplo, la Cláusula Martens demuestra dicha coexistencia entre el DIH consuetudinario y el DIH convencional que se soluciona a favor de la opción que mejor responda al fin primordial del DIH, el cual no es otro sino la protección de las víctimas de los conflictos armados. Por lo anterior es que muchas de las normativas adoptadas en diferentes tratados como el Convenio de Ginebra de 1949 o sus protocolos adicionales, no son más que la compilación de usos y costumbres que se implementaban en momentos de guerra. En este punto, el DIH consuetudinario puede cumplir una importante función llenando los vacíos del Derecho convencional que, por definición, solo vincula a los estados que lo han ratificado. No obstante, existe la dificultad a la hora de aplicar el DIH consuetudinario en el entendido que toda costumbre se enmarca en una práctica generalizada, representativa y uniforme de los Estados en su aplicación y, para determinar su validez, esta debe ser revisada y analizada en un contexto de escaso cumplimiento. Esto, toda vez que se debe definir cuáles son las costumbres que han alcanzado tal nivel y del mismo modo el como lo han hecho.

1.4 PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Como toda rama del derecho, el DIH también posee una serie de principios los cuales sirven como lineamiento a la hora de dar una adecuada interpretación y aplicación de sus normas. De los cuales haremos a continuación una clasificación.

1.4.1 Principios Fundamentales

- 1.4.1.1 Principio del Derecho Humano**⁵. Señala que “Las exigencias militares y el mantenimiento del orden público serán siempre compatibles con el respeto a la persona humana. Puesto que, la conducción de las hostilidades y, en todo tiempo, el mantenimiento del orden público no podrá menospreciar los imperativos irreductibles del derecho humanitario.”⁶
- 1.4.1.2 Principio del Derecho Humanitario**⁷. Según el cual “las partes en conflicto no causaran a su adversario males desproporcionados con respecto al objetivo de la guerra, que es destruir o debilitar el potencial militar del enemigo.”⁸
- 1.4.1.3 Principio del Derecho de Ginebra**⁹. Desarrolla la distinción por medio de la cual “las personas puestas fuera de combate y las que no participan directamente en las hostilidades serán respetadas, protegidas y tratadas con humanidad.”¹⁰
- 1.4.1.4 Principio del Derecho de la Guerra**¹¹. El cual limita el derecho de las partes en conflicto a elegir los métodos y los medios de la guerra.

1.4.2 Principios aplicables a las víctimas de los conflictos

- 1.4.2.1 Principio de Neutralidad**¹² Según el cual no se puede considerar como injerencia en el conflicto la ayuda y asistencia humanitaria.

⁵ Artículo 27 Convenio IV de Ginebra de 1949, artículo 75 Protocolo Adicional I de 1977, artículo 3° común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, artículo 4° Protocolo Adicional II de 1949

⁶ PICTET, Jean. Desarrollo y Principios del Derecho Internacional Humanitario [en línea] Comisión Internacional de la Cruz Roja, 1986 [Consultado 12 de octubre de 2016] Disponible en https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/desarrollo_y_principios.htm

⁷ Artículos 35, 48, 57 y 58 del Protocolo Adicional II de 1977

⁸ PICTET. Ob Cit.

⁹ Artículos 48, 50 y 52 del Protocolo Adicional I de 1977

¹⁰ PICTET. Ob Cit.

¹¹ Artículos 35, 48, 53, 55 y 56 del Protocolo Adicional I de 1974

¹² Artículo 27 Párr. 3 del Convenio I de 1949, artículo 16 Párr. 1, artículo 17 Párr. 1, artículo 64 Párr. 1 y artículo 70 del Protocolo Adicional I de 1977

1.4.2.2 Principio de Normalidad¹³ En virtud del cual las personas protegidas deben poder llevar una vida lo más normal posible a pesar de las circunstancias del conflicto.

1.4.2.3 Principio de Protección¹⁴ Por el cual los Estados se encuentran obligados a asumir la protección de las personas que tengan en su poder.

1.4.3 Principios propios del derecho de la guerra

“Desde 1977, se dispone de un conjunto de reglas dignas de este nombre, que remedia una intolerable deficiencia, en particular por lo que atañe a la protección de la población civil contra los ataques aéreos. Esta reciente codificación confirma ampliamente los principios formulados en 1966. Asimismo, los desarrolla y los completa añadiendo varias nociones nuevas, sumamente acertadas.”¹⁵

1.4.3.1 Principio de Limitación -*Ratione Personae*-¹⁶ La población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares. Las personas no combatientes no pueden ser objetivo de las hostilidades en medio del conflicto.

1.4.3.2 Principio de Limitación -*Ratione Loci*-¹⁷ Los ataques deben limitarse estrictamente a los objetivos militares. En virtud de este principio se prohíben los ataques en localidades específicas que por lo regular prestan algún servicio a la ciencia o a la beneficencia; aquellos cuyo ataque puedan generar un peligro para la población civil o aquellos indispensables para la supervivencia de la población civil.

¹³ Artículos 13, 14, 15 y 16 del Protocolo Adicional II de 1977,

¹⁴ Artículo 2° y 5 del Protocolo Adicional II de 1977, artículos 1, 10, 11, 51 y 75 del Protocolo Adicional I de 1977, artículos 4 y 5 III Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949

¹⁵ PICTET. Ob Cit.

¹⁶ Artículos 48, 50, 51 Párrs. 1, 2 y 6, 52, 57 y 58 del Protocolo Adicional I de 1977.

¹⁷ Artículos 52 Párr. 2, 53 y 56 del Protocolo Adicional I de 1977

1.4.3.3 Principio de Limitación -*Ratione Conditionis*¹⁸ Se prohíben a todos las armas y los métodos de guerra que puedan causar pérdidas inútiles o sufrimientos excesivos. Este principio ya no se dirige solamente a evitar los ataques hacia la población civil no combatiente; sino de evitar, también en los combatientes, los daños y perjuicios desproporcionados y más que suficientes para dejarlo fuera de combate.

1.5 CONFLICTO ARMADO INTERNO O NO INTERNACIONAL

Para tener un claro entendimiento de lo que es un Conflicto Armado Interno o No Internacional (CANI) se prioritario dirigirse al Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, así mismo como al Protocolo adicional II de 1977, los cuales precisamente se refieren a la protección de las víctimas de los conflictos armados que se desarrollan por dos o más grupos dentro del territorio de una sola nación.

Entonces es así como se tiene que a la luz del Protocolo adicional II de 1977. Un conflicto armado interno es un “conflicto que tiene lugar...en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo”.¹⁹

1.5.1 Elementos constitutivos de la situación de conflicto no internacional

1.5.1.1 El conflicto tiene lugar en el territorio de un Estado. Si el conflicto se extiende fuera de los límites territoriales de un Estado, entonces se trata de un conflicto Internacional.

1.5.1.2 Oposición de dos o más fuerzas. Para que haya conflicto armado, es necesario que existan, al menos, dos partes claramente identificadas que se enfrenten. En la situación en la que una parte de la población del Estado ya no quiere someterse a la autoridad del Estado, pero que todavía no se ha constituido como fuerza organizada de oposición, falta este elemento constitutivo y no se puede, en tal caso, deducir que hay conflicto. Si los desacuerdos entre la población y las autoridades se manifiestan de manera no organizada, no se puede llegar a la

¹⁸ Artículo 23, Lit. e del Reglamento de la Haya de 1907, Artículos 35 Párr. 2, 51 Párr. 4, 54 Párr. 1, 57 Lit. a – iii del Protocolo Adicional I de 1977,

¹⁹ Artículo 1 del Protocolo adicional II de 1977

conclusión de que hay una parte identificable en el conflicto y, por consiguiente, no se puede comprobar la existencia de la situación de conflicto armado no internacional. Sino que se trata de una disidencia.²⁰

1.5.1.3 Fuerzas organizadas y con estructura de mando. El mero hecho de estar organizadas como fuerzas armadas no basta para estar seguros de que estas fuerzas tengan un nivel de organización y de coherencia suficientes para poder constituir una parte en el conflicto. Necesitan, además, tener una dirección militar o política que asuma la responsabilidad de las mismas.²¹

1.5.1.4 Ejercer un dominio territorial focalizado. El control sobre una parte del territorio del Estado que permita realizar operaciones militares continuadas y hacer aplicar, de manera responsable, las disposiciones del derecho humanitario, confirma que se trata, en realidad, de un conflicto, y no de un enfrentamiento pasajero o de enfrentamientos esporádicos, entre el Estado y quienes al Estado se oponen.²²

1.5.2 Sistema normativo de los conflictos armados no internacionales.

Existen dos cuerpos normativos que regulan un CANI. Por un lado, está el Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y, del otro, el Protocolo Adicional II. Estas normas guardan una relación diferencial en el entendido de que el Protocolo Adicional II hace referencia a disposiciones encaminadas a la regulación de los conflictos como por ejemplo la protección de las víctimas, entre otras normas. Mientras que, por su parte, el Artículo 3 común se encamina más a establecer normas mínimas de respeto entre los combatientes²³.

1.5.2.1 Normativa del artículo 3 común. Su finalidad es integrar al derecho internacional convencional la mayor protección que el derecho pueda otorgar a las víctimas de conflictos armados y, en todo caso, un mínimo de trato humano, conceptualizado como la protección mínima que se debe al ser humano, en cualquier tiempo y lugar. Este mínimo de trato humano se garantiza a todas las personas que no participan en las hostilidades, incluso a los miembros de las fuerzas

²⁰ SWINARSKI, Christophe. Introducción al Derecho Internacional Humanitario [en línea] Comisión Internacional de la Cruz Roja, 1984 [Consultado 12 de octubre de 2016] Disponible en <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdl7w.htm#5>

²¹ *Ibidem*.

²² *Ibidem*.

²³ Las disposiciones del artículo 3 y del Protocolo II son, juntas, el derecho convencional humanitario aplicable en situación de conflicto armado no internacional. Además, a estas disposiciones se añaden las disposiciones del Derecho de La Haya cuando hay reconocimiento de insurgencia en la situación de tal conflicto

armadas de las dos Partes que hayan depuesto las armas y a las personas que hayan quedado fuera de combate, sin discriminación alguna, en la situación de conflicto armado caracterizada por hostilidades en las que se enfrentan fuerzas armadas en el territorio de un Estado Parte en los Convenios de Ginebra.²⁴

1.5.2.2 Normativa del Protocolo adicional II. Este sistema de protección se inspira, esencialmente, en los sistemas de protección existentes en el ámbito de los conflictos armados internacionales. Encontramos en él las mismas categorías de personas protegidas y las mismas reglas fundamentales para garantizarles tal protección. En el ámbito del conflicto no internacional, todos los heridos, enfermos y náufragos, deben ser respetados y protegidos, tratados humanamente y asistidos médicamente sin discriminación alguna.²⁵

Puesto que desarrolla y completa las disposiciones del artículo 3, común a los Convenios, el Protocolo II es un útil progreso, por lo que respecta a la protección de las víctimas de un conflicto armado no internacional, porque amplía las categorías de personas y de los bienes protegidos, y porque establece regímenes más específicos para la protección de ciertas categorías de víctimas.²⁶

1.6 ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DIH

Los diversos conflictos que se pueden presentar dentro de un territorio determinado, revisten de cierta complejidad que hace necesario el diferenciar de si se trata de hechos relevantes al DIH en el entendido de que ocurren con ocasión del conflicto armado, sea internacional o no, y refieren la aplicabilidad de las distintas normativas del DIH.

1.6.1 Ámbito Material

En este punto es importante definir la utilización del término “Conflicto Armado” ya que este constituye un requisito indispensable al momento de determinar las condiciones de la aplicación del DIH. En este punto se tienen una jurisprudencia variada de tribunales penales internacionales como lo es el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) que en sentencia del proferida el 12 de junio de 2002 bajo radicado IT-96-23, asunto “Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros” señala que:

²⁴ SWINARSKI. Ob Cit.

²⁵ Artículos 7 y 8 del Protocolo II.

²⁶ SWINARSKI. Ob Cit.

La región donde se desarrollan efectivamente los combates no coincide necesariamente con la zona geográfica cubierta por el derecho de la guerra. Este último se aplica al conjunto del territorio de los Estados beligerantes o, en el caso de los conflictos armados internos, al conjunto del territorio controlado por una parte en el conflicto, independientemente de que allí se desarrollen combates o no, y continúa a aplicarse hasta la consecución de una paz general o, en el caso de los conflictos armados internos, hasta que un arreglo pacífico sea alcanzado. De hecho, una violación de las leyes o costumbres de la guerra puede ser cometida en un momento y en un lugar donde no se desarrolle combate alguno. Tal como lo ha indicado la Sala de Primera Instancia, puede existir un vínculo estrecho entre los actos de los acusados y el conflicto armado, incluso así los crímenes no se cometan simultáneamente con los combates efectivos, ni tampoco se ejecuten en el mismo sitio. Para que la anterior condición sea cumplida, bastará, por ejemplo, con que los crímenes alegados se hallen estrechamente vinculados con las hostilidades que se desarrollan en otros sitios del territorio controlado por las partes en conflicto.²⁷

Por su parte el Artículo 3 Común no delimita ningún tipo de clasificación para los Conflictos Armados Internos por lo que su noción se debe orientar a aquellas hostilidades de carácter colectivo que enfrentan grupos armados organizados y dirigidos por un mando responsable. Al tiempo que, se debe tener en cuenta que, los actos aislados y esporádicos de violencia, definidos por el artículo 1 del Protocolo II de 1977 como tensiones internas y disturbios interiores, no son conflictos armados. Este Conflicto Armado se debe dar entre dos o más partes adversas. Tal disposición se puede aplicar a fuerzas o grupos armados tanto regulares como irregulares, por lo cual no se requiere, para su ejecución, la participación de las fuerzas armadas Estatales.

²⁷ Radicado: IT-96-23. Asunto "Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros". Sentencia proferida el 12 de junio de 2002 por la Sala de Apelaciones del TPIY.

Consultada en <http://www.icty.org/x/cases/kunarac/acjug/en/kunaj020612e.pdf> "There is no necessary correlation between the area where the actual fighting is taking place and the geographical reach of the laws of war. The laws of war apply in the whole territory of the warring states or, in the case of internal armed conflicts, the whole territory under the control of a party to the conflict, whether or not actual combat takes place there, and continue to apply until a general conclusion of peace or, in the case of internal armed conflicts, until a peaceful settlement is achieved. A violation of the laws or customs of war may therefore occur at a time when and in a place where no fighting is actually taking place. As indicated by the Trial Chamber, the requirement that the acts of the accused must be closely related to the armed conflict would not be negated if the crimes were temporally and geographically remote from the actual fighting. It would be sufficient, for instance, for the purpose of this requirement, that the alleged crimes were closely related to hostilities occurring in other parts of the territories controlled by the parties to the conflict." Párr. 57 traducción extraída de Jurisprudencia Penal internacional Aplicable en Colombia, Ramelli Arteaga Alejandro, GIZ, Universidad de los Andes, Embajada de la República Federal de Alemania, Bogotá 2011

El enfrentamiento, puede ser entre fuerzas armadas o entre grupos armados, o entre aquellas y éstos, debiendo, pues, discernirse su ocurrencia en los siguientes casos: a) entre las fuerzas armadas regulares, cuando una parte del propio ejército gubernamental se subleva; b) entre las fuerzas armadas y grupos armados, cuando el gobierno se enfrenta a rebeldes; c) entre fuerzas armadas que toman el poder y otras fuerzas armadas o grupos armados que organiza la población para resistirlas; d) entre varios grupos armados, intervengan o no las fuerzas armadas gubernamentales, cuando varias facciones se enfrentan.²⁸

Todos los actores armados implicados en el Conflicto Armado están en la obligación de respetar e implementar la normativa concerniente al DIH. Por lo cual no se puede imponer ningún tipo de distinción en lo que a su grado de responsabilidad concierne, entre los actores del conflicto, sean legales o ilegales, puesto que el DIH es de aplicación inmediata dentro de las acciones llevadas a cabo durante el Conflicto Armado y que afecten a la población no combatiente. Este es un gran avance dentro de la normativa del DIH y lo diferencia del Derecho Internacional de los Derechos humanos, cuyo cumplimiento recae única y exclusivamente sobre el Estado.

1.6.2 Ámbito Personal

Las personas protegidas por las disposiciones del DIH son quienes no participen directamente en las hostilidades, inclusive los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas e igualmente las personas que se encuentren fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán en toda circunstancia, tratadas con humanidad, sin ningún tipo de distinción que les sea desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o las creencias, el sexo, el nacimiento o su patrimonio, o cualquier otro criterio.

La participación directa en las acciones hostiles implica una relación causal entre la actividad que se lleva a cabo y el daño ocasionado al enemigo en el lugar y en el tiempo en los cuales la actividad tuvo lugar. Cualquier sujeto que se encuentre fuera de esta relación causal es protegido por el artículo 3 común.

1.6.3 Ámbito Temporal

El determinar el ámbito de aplicación temporal del DIH se encuentra relacionado a la existencia de un Conflicto Armado. Los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales I y II establecen una indicación objetiva respecto de su ámbito de

²⁸ MONTEALEGRE, Hernán. La Seguridad del Estado y los derechos humanos. Santiago de Chile: Edición Academia de Humanismo Cristiano, 1981. p. 39.

aplicación en el tiempo; en la medida que se produzca un conflicto armado, serán aplicables las normas destinadas a los conflictos armados sean internos o internacionales, según corresponda. Del mismo modo, teniendo en cuenta que las principales normativas sobre delimitación de métodos y medios de combate tienen carácter consuetudinario, su aplicación en una circunstancia de conflicto armado resulta obedecer a un ámbito inmediato.

La indeterminación que existe en la actualidad al respecto del inicio del Conflicto Armado resulta ser adecuada para una óptima aplicación del Artículo 3 Común. Esto en el entendido de que cualquier definición de carácter jurídico, implica el riesgo de elevar su umbral de aplicabilidad.

Del mismo modo tampoco se tiene una precisión sobre el punto final de su aplicación. Ya que se tienen provisiones referidas al “cese general de las operaciones militares”²⁹, para el caso de los conflictos armados no internacionales, y al “fin del conflicto armado”³⁰, para el caso de los conflictos armados no internacionales. Sin embargo, la amplitud en la redacción de las disposiciones referidas cumple el propósito de mantener vigente la aplicabilidad del DIH, en la medida en que las hostilidades sigan produciéndose en los hechos.

1.7 SANCIONES AL INCUMPLIMIENTO DEL DIH

Se entiende por infracciones graves al DIH cualesquiera de los actos siguientes, cuando ocasionan la muerte o perjudican gravemente a la integridad física o a la salud; los ataques contra la población civil, contra las personas civiles contra los bienes civiles, los ataques indiscriminados o los ataques contra obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas a sabiendas de que ese ataque causará pérdidas en vidas humanas, heridos entre las personas civiles o daños a bienes civiles que sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista; los ataques contra las localidades no defendidas y las zonas desmilitarizadas, los ataques contra las personas reconocidas fuera de combate y el uso péfido del signo de la Cruz Roja o de la Media Luna Roja o de otros signos protectores reconocidos.³¹

Los Gobiernos se encargarán de tomar todas las medidas legislativas necesarias que se deban realzar con el fin de determinar las sanciones adecuadas que se deban aplicar a la o las personas que cometan o dirijan a otra a cometer cualquiera de las infracciones graves. Del

²⁹ Artículo 6 del Convenio IV de Ginebra de 1949 y artículo 3.b del Protocolo I adicional.

³⁰ Artículo 2.2 del Protocolo II adicional.

³¹ NUÑEZ, Susana. El incumplimiento del Derecho Humanitario - Acciones internacionales. [en línea] Comisión Internacional de la Cruz Roja, 1999. [Consultado 18 de octubre de 2016] Disponible en <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdmr6.htm>

mismo modo que perseguirán a las personas acusadas de haber cometido dichas infracciones incluidas las que resulten de una omisión contraria a un deber de actuar. Los jefes militares deben velar por impedir las infracciones contra los Convenios y el Protocolo, y, en caso necesario, reprimirlas y denunciarlas a las autoridades competentes.

El Tribunal de Núremberg en sentencia del 30 de septiembre de 1946 señaló lo siguiente:

" Hace tiempo se ha reconocido que el derecho internacional impone deberes y responsabilidades a los individuos igual que a los Estados. Los crímenes contra el derecho internacional son cometidos por los hombres, no por entidades abstractas, y sólo mediante el castigo a los individuos que cometen tales crímenes pueden hacerse cumplir las disposiciones del derecho internacional. El principio de derecho internacional que, en ciertas circunstancias, protege a los representantes de un Estado, no puede aplicarse a los actos que tal derecho condena como criminales. Los autores de dichos actos no pueden resguardarse tras sus cargos oficiales para librarse de la sanción de los juicios apropiados. Quien viola las leyes de la guerra no puede lograr la inmunidad por el sólo hecho de actuar en obediencia a la autoridad del Estado, cuando el Estado, al autorizar su actuación, sobrepasa su competencia según el derecho internacional. El hecho de que se ordene a un soldado que mate o torture, en violación de la ley internacional de la guerra, jamás se ha reconocido como una defensa de tales actos de brutalidad."

En caso de una imposibilidad del Estatal para definir las responsabilidades por violaciones del DIH, existe la posibilidad de que sean las instancias internacionales quienes establezcan dicha responsabilidad; ya sea que se declare responsable al Estado como tal o que sea imputable a un individuo o individuos en específico.

No obstante, en los últimos años, se ha vivido un fenómeno por el cual Instituciones que en su origen funcional no se habían constituido para dar seguimiento y posteriormente sancionar las violaciones al DIH, sino que su función era la preservación de los Derechos Humanos como lo son la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que en diversas ocasiones a imponer sanciones por infracciones de los derechos humanos que también constituían violaciones al DIH.³²

³² PHILIPPE, Xavier. Las sanciones por infracciones del derecho internacional humanitario: el problema de la división de competencias entre las autoridades nacionales y entre las autoridades nacionales e internacionales. [en línea] Comisión Internacional de la Cruz Roja, 2008. [Consultado 18 de octubre de 2016] Disponible en <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/article/review/review-870-p359.htm>

La CIDH hace referencia a su competencia en la respuesta a las excepciones preliminares que fueron presentadas por el Estado Colombiano en el caso de “Las Palmeras”³³

“La Corte es asimismo competente para decidir si cualquier norma del derecho internacional aplicada por un Estado, en tiempos de paz o de conflicto armado, es compatible o no con la Convención Americana. En esta actividad la Corte no tiene ningún límite normativo: toda norma jurídica es susceptible de ser sometida a este examen de compatibilidad.

Para realizar dicho examen la Corte interpreta la norma en cuestión y la analiza a la luz de las disposiciones de la Convención. El resultado de esa operación será siempre un juicio en el que se dirá si tal norma o tal hecho es o no compatible con la Convención Americana. Ésta última sólo ha atribuido competencia a la Corte para determinar la compatibilidad de los actos o de las normas de los Estados con la propia Convención y no con los Convenios de Ginebra de 1949.”

Así mismo, reiteró:

“La existencia de un conflicto armado de carácter no internacional no exonera al Estado de observar sus obligaciones de respetar y garantizar los derechos consagrados en la Convención Americana a todas las personas bajo su jurisdicción, así como tampoco suspende su vigencia.”³⁴

Finalmente, precisa:

“En su jurisprudencia la Corte ha establecido claramente que tiene la facultad de interpretar las normas de la Convención Americana a luz de otros tratados internacionales, para lo cual en reiteradas oportunidades ha utilizado normas de otros tratados de derechos humanos ratificadas por el Estado demandado, para dar contenido y alcance a la normativa de la Convención. (...) En dicha jurisprudencia, la Corte ha indicado que esta orientación tiene particular importancia para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que ha avanzado sustancialmente mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección. Estos parámetros permiten a la Corte utilizar las normas del Derecho Internacional Humanitario, ratificadas por el Estado demandado, para dar contenido y alcance a las normas de la Convención Americana.”³⁵

³³ CIDH, Caso Las Palmeras, Sentencia de 4 de febrero de 2000 (excepciones preliminares)

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ *Ibidem*.

1.8 EL DIH EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

Los Convenios de Ginebra fueron incorporados al Ordenamiento Jurídico interno mediante la Ley 5 de 1960 y ratificados el 8 de noviembre de 1961 momento en el que el país experimentaba las primeras manifestaciones de violencia interna.

Por su parte los dos Protocolos fueron incorporados por el Congreso de la Republica, el Protocolo I mediante la ley 11 del 21 de Julio de 1992. El Protocolo II, que desarrolla el artículo 3º común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, fue aprobado mediante la Ley 171 de 1994 en medio de un intenso debate generado por las posiciones provenientes de diferentes sectores de la opinión.

1.8.1 Carácter *Ius Cogens* de las Normas del DIH

Según la Corte Constitucional³⁶ “Las normas de *ius cogens*, o normas imperativas de derecho internacional, son reglas que, por su naturaleza fundamental, tienen una especial jerarquía dentro del conjunto de las normas de derecho internacional, y por lo mismo no pueden ser desconocidas por los Estados, limitando así su libertad para celebrar tratados y realizar actuaciones unilaterales”.

Elevar una normativa a esta categoría tiene múltiples efectos entre los cuales se puede mencionar el caso de conflicto entre obligaciones internacionales, una de las cuales surge de una norma imperativa de derecho internacional, la norma imperativa debe prevalecer. De conformidad con el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados entre Estados, un tratado que entre en conflicto con una norma imperativa de derecho internacional es nulo; a la vez, de conformidad con el artículo 64 de la misma convención, los tratados que entren en conflicto con normas de *ius cogens* posteriores a su celebración, son igualmente nulos. Del mismo modo, los Estados no pueden dispensar a otros Estados de su obligación de cumplir con normas de *ius cogens*. Por ejemplo, un Estado no puede permitir voluntariamente que otro deje de cumplir sus obligaciones cometiendo genocidio o tortura. En el ámbito de la responsabilidad internacional, el artículo 26 del Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas de 2001 dispone que no se admitirá la invocación de causales de exclusión de responsabilidad internacional cuando el hecho ilícito correspondiente surja del desconocimiento de normas imperativas o de *ius cogens*.

³⁶ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-291 de 2007 Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

En otras palabras, las circunstancias que excluyen la responsabilidad internacional, tal como lo es el estado de necesidad o la fuerza mayor, no autorizan, excusan ni justifican la violación de una norma de *ius cogens*; así, un Estado que adopta una contramedida no puede incumplir una norma imperativa de derecho internacional.³⁷

1.8.2 Bloque de Constitucionalidad

El artículo 93 de la Constitución Política establece que, “los tratados y Convenios Internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en estados de excepción, prevalecen en el orden interno”. Mientras que, a su vez, el artículo 214 señala que, “en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”. Mediante las anteriores normas se ha establecido que toda normativa la cual consagre los derechos humanos y el derecho internacional humanitario opera el denominado Bloque de Constitucionalidad³⁸.

Así mismo, la Corte Constitucional ha definido la finalidad del Bloque de Constitucionalidad dentro del ordenamiento jurídico:

El hecho de que las normas que integran el bloque de constitucionalidad tengan jerarquía constitucional hace de ellas verdaderas fuentes del derecho, lo que significa que los jueces en sus providencias y los sujetos de derecho en sus comportamientos oficiales o privados deben atenerse a sus prescripciones. Las disposiciones que integran el bloque superior, cumplen la cuádruple finalidad que les asigna Bobbio, a saber, i) regla de interpretación respecto de las dudas que pueda suscitarse al momento de su aplicación; ii) la de integrar la normatividad cuando no exista norma directamente aplicable al caso; iii) la de orientar las funciones del operador jurídico, y iv) la de limitar la validez, de las regulaciones subordinadas.³⁹

³⁷ *Ibídem*.

³⁸ “El bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional estricto”

Corte Constitucional Sentencia C-225 de 1995.

³⁹ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C – 067 de 2003. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Igualmente, sobre las funciones del Bloque se ha dicho:

Las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad cumplen diversas funciones dentro del ordenamiento jurídico colombiano; en relación con el establecimiento de límites al margen de configuración del Legislador en materia penal, el bloque de constitucionalidad cumple dos funciones distintas: una función interpretativa –sirve de parámetro guía en la interpretación del contenido de las cláusulas constitucionales y en la identificación de las limitaciones admisibles a los derechos fundamentales-, y una función integradora -provisión de parámetros específicos de constitucionalidad en ausencia de disposiciones constitucionales expresas, por remisión directa de los artículos 93, 94, 44 y 53 Superiores.⁴⁰

Es por lo anterior que, en el ordenamiento jurídico interno, los Convenios de Ginebra y sus dos Protocolos adicionales, instrumentos contentivos de las normas humanitarias, integran el Bloque de Constitucionalidad, en virtud del cual, el control de constitucionalidad de una ley deberá verificarse no solo frente al texto formal de la Carta, sino también a partir de su comparación con otras disposiciones con carácter "supralegal" que tienen relevancia constitucional.

⁴⁰ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C – 291 de 2007 Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

2 DERECHO ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIO

2.1 OBJETO DEL DERECHO DISCIPLINARIO

El Derecho Disciplinario se ha constituido como uno de los principales mecanismos de control para garantizar el cumplimiento de los fines constitucionales y legales que se le han dispuesto salvaguardar. Como un medio persuasivo hacia quienes desempeñan funciones estatales para que su actuar se rijan por los principios propios de la Función Pública.

“El derecho disciplinario es quizá la más antigua rama del derecho como expresión ética y sociológica de la humanidad, aunque bastante tarde se haya pensado en darle contenido positivo, y en estudiarla como instrumento auxiliar de la buena marcha de las más diversas instituciones que congregan a los hombres y mujeres.”⁴¹

La Corte Constitucional señala que “El Derecho Disciplinario comprende el conjunto de normas sustanciales y procesales en virtud de las cuales el Estado asegura la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo.”⁴²

El derecho disciplinario se traduce en una herramienta fundamental para la administración y una rama del derecho administrativo a la que en múltiples oportunidades se ha referido la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado para destacar no solo su naturaleza, finalidad e importancia sino las características que se le atribuyen y que hacen de esta una rama autónoma e independiente, esencial al funcionamiento del Estado.⁴³

Del mismo modo, ha reiterado la importancia de esta rama del derecho en el entendido de poder encaminar las conductas de los servidores públicos hacia el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. Según lo anterior, “El derecho disciplinario comprende el conjunto de normas, sustanciales y procesales, en virtud de las cuales el Estado asegura la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo.”⁴⁴

⁴¹ BALLÉN, Rafael. Derecho Administrativo Disciplinario. Bogotá D.C. Editorial Temis S.A. 1998. ISBN: 958.35.0163.8

⁴² COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-391 de 1996. Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía.

⁴³ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-181 de 2002. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁴⁴ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-341 de 1996. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

Dando cumplimiento a tales fines esenciales del Estado y en el cumplimiento de sus funciones o cargos, a los funcionarios públicos no se les tiene permitido distanciarse de ese objetivo principal para el cual fueron vinculados a la administración pública, como lo es el servir al Estado y a la sociedad de la forma que les fue establecida constitucionalmente, por la ley y el reglamento. Por lo que pueden verse sometidos a una responsabilidad disciplinaria, cuando en ejecución de sus funciones vulneren el ordenamiento legal vigente, del mismo modo que por la omisión o extralimitación en tal ejercicio de sus funciones.⁴⁵

Lo anterior se debe a lo que la doctrina ha llamado como Relación Especial de Sujeción y que la Corte Constitucional ha utilizado para referirse al “porque una persona se encuentra vinculada como sujeto de derecho disciplinario y muy especialmente para justificar por qué y para que de una disciplina dentro de los cometidos del Estado”⁴⁶

La "relación especial de sujeción como categoría dogmática del derecho público de origen constitucional y aplicable al ámbito de la función pública, es la especial posición que tiene un servidor público frente al Estado, del cual surgen obligaciones y deberes reforzados de exigencias en el resorte de la conducta oficial, en búsqueda de su configuración y encauzamiento en el ámbito de una ética de lo público, que prefiguran de una manera sui generis la estructura de la responsabilidad disciplinaria en el marco del respeto a los derechos fundamentales.”⁴⁷

La Corte Constitucional se ha referido a dicha relación para explicar el fundamento de la acción disciplinaria:

"La acción disciplinaria se produce dentro de la relación de subordinación que existe entre el funcionario y la administración en el ámbito de la función pública y se origina en el incumplimiento de un deber o de una prohibición la omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones, la violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades etc., y su finalidad es la de garantizar el buen funcionamiento, la moralidad y prestigio del organismo público respectivo.”⁴⁸

⁴⁵ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-708 de 1999. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis

⁴⁶ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. La Relación Especial de Sujeción como categoría dogmática superior del derecho disciplinario. Colección de Derecho Disciplinario N° 5. Bogotá D.C.: Procuraduría General de la Nación. 2007. ISBN: 978.958.8295.58.9

⁴⁷ *Ibidem.* p. 57.

⁴⁸ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-244 de 1996. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

Del mismo modo, precisa:

"Constituye elemento básico de la organización estatal y de la realización efectiva de los fines esenciales del Estado social de derecho, la potestad del mismo de desplegar un control disciplinario sobre sus servidores, dada la especial sujeción de éstos al Estado, en razón de la relación jurídica surgida por la atribución de una función pública; de manera que, el cumplimiento de sus deberes y responsabilidades se efectúen dentro de una ética del servicio público y con sujeción a los principios de moralidad, eficacia y eficiencia que caracterizan la actuación administrativa y el cabal desarrollo de la función pública."⁴⁹

Haciendo precisión, "la Ley Disciplinaria tiene como finalidad específica la prevención y buena marcha de la gestión pública, así como la garantía del cumplimiento de los fines y funciones del Estado en relación con las conductas de los servidores públicos que los afecten o pongan en peligro."⁵⁰ O en palabras de Gómez Pavajeau⁵¹ "El Derecho Disciplinario en general tiene como fin o función encauzar o dirigir la conducta de sus destinatarios específicos, vinculados por las relaciones especiales de sujeción, dentro de un marco de parámetros éticos que aseguren la función social que cumplen dentro de un Estado social y democrático de derecho."

2.2 EL DERECHO DISCIPLINARIO Y LAS INFRACCIONES AL DIH

El actuar del Derecho Disciplinario frente a las infracciones del DIH es tal y como con cualquier conducta que atente contra los fines esenciales del Estado y el buen ejercicio de la función pública que provenga de las acciones de quienes se encuentran vinculados a aquel a través de una relación especial de sujeción. No obstante que las infracciones al DIH se enmarcan en la especial atención e interés que sobre las mismas recae por parte de la comunidad internacional.

En tal entendido, la Corte Constitucional señala la importante función que tiene el Derecho Disciplinario en aras de buscar la verdad y hacer justicia, "legitimadas para intervenir en el proceso disciplinario para que en éste se esclarezca la verdad de lo ocurrido, es decir, para que se reconstruya con fidelidad la secuencia fáctica acaecida, y para que en ese específico

⁴⁹ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-708 de 1999. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ GÓMEZ PAVAJEAU. Ob. Cit. p. 64.

ámbito de control esas faltas no queden en la impunidad”⁵². No obstante que el Derecho Disciplinario es ajeno a la órbita de la protección de bienes jurídicos y de la reparación de las víctimas en tanto la acción disciplinaria está ligada con exclusividad a la infracción de deberes funcionales.

La CIDH se ha referido a la función disciplinaria llevada a cabo por la Procuraduría General de la Nación respecto a los Derechos Humanos:

“La Corte observa que el procedimiento desarrollado en esta sede administrativa tuvo por objeto la determinación de la responsabilidad individual de funcionarios públicos por el cumplimiento de sus deberes en función de la prestación de un servicio. Ciertamente la existencia misma de un órgano dentro de la Procuraduría General de la Nación para la atención de casos de violaciones de derechos humanos reviste un importante objetivo de protección y sus resultados pueden ser valorados en el tanto coadyuven al esclarecimiento de los hechos y el establecimiento de este tipo de responsabilidades. No obstante, una investigación de esta naturaleza tiende a la protección de la función administrativa y la corrección y control de los funcionarios públicos, por lo que puede complementar, pero no sustituir a cabalidad la función de la jurisdicción penal en casos de graves violaciones de derechos humanos.”⁵³

De lo anterior se puede inferir que, los resultados de los procesos disciplinarios llevados a cabo como consecuencia de hechos constitutivos de infracciones al DIH no son suficiente para satisfacer los compromisos del Estado Colombiano en dicha materia a nivel internacional. Pese a que son un importante agregado, no sólo al esclarecimiento de los hechos sino a corregir y prevenir estos comportamientos.

Respecto del procedimiento disciplinario, la Corte ha considerado que puede ser valorado en tanto coadyuve al esclarecimiento de los hechos y sus decisiones son relevantes en cuanto al valor simbólico del mensaje de reproche que puede significar ese tipo de sanciones para funcionarios públicos y miembros de instituciones públicas. A su vez, en tanto tiende a la protección de la función administrativa y la corrección y control de los funcionarios públicos, una investigación de esta naturaleza puede complementar, pero no sustituir a cabalidad la función de la jurisdicción penal en casos de graves violaciones de derechos humanos. En el presente caso, la Corte

⁵² COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-014 de 20 de enero de 2004 Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

⁵³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 31 de enero de 2006, Caso Masacres de Pueblo Bello Vs. Colombia, http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=9

considera que el procedimiento disciplinario ha contribuido a determinar la responsabilidad del Estado.”⁵⁴

En el caso de la Masacre de Ituango⁵⁵, sobre las excepciones propuestas por el Estado Colombiano, la CIDH también hizo similar mención al advertir que, “Los pronunciamientos de carácter disciplinario no satisfacen las obligaciones establecidas por la Convención en materia de protección judicial, ya que no constituyen una vía eficaz y suficiente para juzgar, sancionar y reparar las consecuencias de la ejecución extrajudicial de personas protegidas por la Convención”

2.3 LA FALTA DISCIPLINARIA

La falta disciplinaria está conformada por dos elementos fundamentales como son la conducta llevada a cabo por quien ejerce funciones públicas y los deberes, adquiridos por este, como normas subjetivas de determinación. Establecidas en virtud de la relación especial de sujeción.

Dicha conducta se delimita en la imposición de una serie de deberes que están consagrados en la Constitución, la ley y los reglamentos, todos estos, encaminados a cumplir con los fines esenciales del Estado. Igualmente, “del artículo 113 de la Constitución se desprende que la consecución de los fines del Estado depende, en gran parte, del estricto y cabal cumplimiento de los deberes funcionales confiados a sus agentes.”⁵⁶

Tales normas subjetivas de determinación son quebrantadas en el momento que, con su conducta, el servidor público incurre en incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad que la ley establece.⁵⁷ Incumplir el Deber Funcional abarca todos y cada uno de los estos presupuestos. ⁵⁸

⁵⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 30 de noviembre de 2012, Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_259_esp.pdf

⁵⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 01 de julio de 2006, Caso Masacres de Ituango Vs. Colombia, http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=9

⁵⁶ ORDÓÑEZ MALDONADO, Alejandro. Justicia Disciplinaria, De la ilicitud sustancial a lo sustancial de la ilicitud Bogotá D.C. Procuraduría General del Nación, Instituto de Estudios del ministerio público, 2009, p. 28

⁵⁷ Artículo 23, Código Disciplinario Único.

⁵⁸ ORDÓÑEZ MALDONADO. Ob. Cit. p. 31.

Tras lo anteriormente descrito, el derecho disciplinario, al ser una especie del Derecho Sancionador se rige por derechos y garantías encaminadas a salvaguardar o garantizar los derechos fundamentales del disciplinado. Sobre esto, la Corte⁵⁹ señala:

“El derecho disciplinario es una modalidad del derecho sancionatorio, por lo cual los principios del derecho penal se aplican, *mutatis mutandi* en este campo, pues la particular consagración de garantías sustanciales procesales a favor de la persona investigada se realiza en aras del respeto de los derechos fundamentales del individuo en comento, y para controlar la potestad sancionadora del Estado”

Estos principios son el debido proceso, el reconocimiento de la dignidad humana, la presunción de inocencia, el principio de favorabilidad, la igualdad material y la proporcionalidad de las sanciones. No obstante, como rama autónoma que es, el Derecho Disciplinario tiene sus propios criterios rectores como son las relaciones especiales de sujeción, el principio de legalidad o de cobertura legal, el principio de tipicidad, el principio de culpabilidad y el principio de ilicitud sustancial, los cuales se encuentran directamente relacionados con la estructura de la falta disciplinaria y se impone su exigencia al momento de imputar disciplinariamente una conducta.

2.4 PRINCIPIO DE TIPICIDAD

Por la Relación Especial de Sujeción, los servidores públicos tienen permitido hacer únicamente lo que la ley establezca de forma explícita que pueden hacer. Pero para el legislador resulta difícil definir, como se hace en el derecho penal, las conductas con las que, en el ámbito específico de sus funciones, quebranta sus deberes. Lo anterior ha sido reiterado por la Corte en el sentido que “el régimen disciplinario se caracteriza, a diferencia del penal, porque las conductas constitutivas de falta disciplinaria están consignadas en tipos abiertos, ante la imposibilidad del legislador de contar con un listado detallado de comportamientos donde se subsuman todas aquellas conductas que están prohibidas a las autoridades o de los actos antijurídicos de los servidores públicos.”⁶⁰ Por lo anterior, en materia disciplinaria, la ley consagra una serie de deberes y prohibiciones de competencia del servidor público y que, al momento de ser imputada una falta disciplinaria, exigen que el operador disciplinario acuda a las disposiciones jurídicas que las consagran, tales como reglamentos internos y manuales de funciones.

⁵⁹ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-310 de 1997. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

⁶⁰ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-708 de 1999. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

Es por esto que, como la función pública se delimita por la ley y los reglamentos internos de cada institución, se difiere sustancialmente como se tipifican las faltas en materia disciplinaria de como se hace en materia de derecho penal. Así pues, las faltas disciplinarias están tipificadas de manera general en lo que se conoce como Tipos en Blanco⁶¹

Así mismo, la corte reitera la previsión de los tipos en blanco señalando que:

“Dada la particular naturaleza de las conductas interferidas por el derecho disciplinario al legislador le está permitido describir los tipos con cierto grado de generalidad o indeterminación y acudir a una técnica de tipos abiertos que configura un margen valorativo para el aplicador de la norma. No obstante, al amparo de la legitimidad constitucional de esa técnica legislativa no se puede llegar al extremo de tipificar una serie de ilícitos disciplinarios que remiten a conductas que cuestionan la conducta del servidor público haciendo abstracción de los deberes funcionales que le incumben, ni tampoco consagrar cláusulas de responsabilidad disciplinaria que permiten la imputación de faltas desprovistas del contenido sustancial de todo ilícito disciplinario.”⁶²

También precisa:

“Es de anotar como peculiaridad propia del derecho disciplinario, la posibilidad de que las conductas constitutivas de faltas disciplinarias se encuadren en forma de tipos abiertos. A diferencia de la materia penal, en donde la descripción de los hechos punibles es detallada, en la disciplinaria el fallador cuenta con un mayor margen de valorización e individualización de las faltas sancionables por la diversidad de los comportamientos que pugnan contra los propósitos de la función pública y del régimen disciplinario, por las razones que a continuación se señalan: la prohibición de la conducta delictiva involucra un conjunto de patrones que establecen una precisión tipológica en la que se describen de manera detallada los elementos conformantes del tipo, de manera que, sujeto activo, conducta, intensidad, sujeto pasivo y circunstancias llevan en el procedimiento penal a una exhaustiva

⁶¹ Para la Corte Constitucional “consisten precisamente en descripciones incompletas de las conductas sancionadas, o en disposiciones que no prevén la sanción correspondiente, pero que en todo caso pueden ser complementadas por otras normas a las cuales remiten las primeras. La jurisprudencia constitucional ha admitido la existencia de tipos en blanco en materia disciplinaria, sin que ello vulnere los principios de tipicidad y de legalidad, siempre y cuando sea posible llevar a cabo la correspondiente remisión normativa o interpretación sistemática que le permita al operador jurídico establecer y determinar inequívocamente el alcance de la conducta reprochable y de la sanción correspondiente”. Sentencia C-030 de 2012. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

⁶² COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C - 373 de 2002. Magistrado Ponente: Jaime Córdova Triviño.

delimitación legal de las conductas; mientras que en la definición de las faltas disciplinarias, entran en juego, elementos propios de la función pública que interesan por sobre todo a contenidos político institucionales, que sitúan al superior jerárquico en condiciones de evaluar con mayor flexibilidad, y de acuerdo con criterios que permiten un más amplio margen de apreciación.”⁶³

Con posterioridad, igualmente señaló:

“En relación con el uso de conceptos indeterminados en normas que tipifican actos que se someten a sanciones disciplinarias, la jurisprudencia constitucional ha precisado que las normas del derecho disciplinario entran frecuentemente en conflicto con derechos fundamentales como la intimidad y la autonomía personal, colisiones que deben ser resueltas a través de la ponderación de los bienes jurídicos en conflicto. En ese sentido, resultan inconstitucionales aquellas normas que tipifican como faltas disciplinarias, conductas que no tengan relación con el desempeño de la función pública o no correspondan a ninguno de los deberes de los servidores públicos. De esta forma, aunque se admite la validez constitucional de tipos abiertos en las conductas constitutivas de faltas disciplinarias, ante la imposibilidad de contar con un catálogo de conductas donde se subsuman todas aquellas que se alejan de los propósitos de la función pública y por ende sancionables, esto no significa que en la tipificación de tales faltas se puedan utilizar expresiones ambiguas, vagas e indeterminadas que quebranten el principio de legalidad y tipicidad consagrado en el artículo 29 de la Constitución, fundamental en el derecho sancionatorio.”⁶⁴

No obstante, a lo anteriormente descrito, en el artículo 48 de la Ley 734 de 2002 se encuentra un listado de conductas constitutivas de falta disciplinaria gravísima, entre las que se encuentra establecida como falta la justificación central de este estudio: “Incurrir en graves violaciones al Derecho internacional Humanitario.”⁶⁵ Aun así, particularmente, este numeral establece un tipo abierto que requiere, para su adecuación típica, acudir a otras normas jurídicas. En este caso, el intérprete debe acudir a las normas del DIH.

Vale resaltar que, para este tipo de conductas, bien se podría, imputar la falta disciplinaria gravísima consagrada en el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 734 que refiere la realización objetiva de una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, es decir la realización del tipo objetivo de un delito, teniendo en cuenta los elementos materiales de cualquier delito, como son, sujeto activo, sujeto pasivo, objeto jurídico, objeto

⁶³ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-124 de 2003. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería.

⁶⁴ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-350 de 2009. Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa.

⁶⁵ Artículo 48, numeral 7. Ley 734 de 2002

material e ingredientes normativos y descriptivos. Esto en atención a que el Código Penal Colombiano consagra como delito el homicidio en persona protegida.

Sobre lo anterior, el Procurador General de la Nación ha señalado:

“El marco de juzgamiento disciplinario para los involucrados en estos hechos es el previsto en los parámetros legales fijados por el numeral 7° del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, tipo abierto que, en virtud de la aplicación de la norma de integración normativa, permite seleccionar el precepto en el que se concreta la prohibición y por ende el deber posiblemente infringido y precisado en el artículo 3° común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y 13 numeral 2° del Protocolo II.”⁶⁶

Por lo anterior, el ente de control disciplinario en variadas decisiones ha señalado que no es necesario recurrir al marco de tipicidad penal que consagra el injusto punitivo de homicidio en persona protegida.

Así mismo, es importante mencionar que la Ley 734 de 2002 prevé, de forma expresa, para este tipo de conductas un término de prescripción especial, que es superior al establecido para las otras conductas disciplinables. Así pues, el artículo 30 de esta ley dispuso cinco años como término de prescripción general y doce años para las conductas que constituyen violaciones a los derechos humanos e infracciones graves al derecho internacional humanitario.

Para la Corte Constitucional “el numeral 7 del artículo 48 de la Ley 774 de 2002, es una norma disciplinaria de contenido abierto, en la medida en que opera un reenvío al derecho internacional para efectos de precisar su contenido y alcance. De allí que sea necesario dilucidar, a la luz de la legalidad internacional, qué se entiende por violación grave al DIH.”⁶⁷

Para lo anterior se debe tener en cuenta que, a la hora de analizar si determinada actuación conlleva una violación al DIH, esto no implica su revisión únicamente bajo el criterio del artículo 3 común y del Protocolo II, ya que los instrumentos del DIH no se limitan solo a estos 2 preceptos; sino que se debe acudir, además, a otras disposiciones convencionales como lo son el Protocolo I o la jurisprudencia de Tribunales Internacionales. Así pues, las normas de otros convenios de DIH que sean compatibles con la naturaleza de los conflictos

⁶⁶ Procuraduría General de la Nación, Directiva 016 de 2010.

⁶⁷ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-1076 de 2002. Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández

no internacionales se deben, en general, considerar aplicables a los mismos, incluso si ellas no aparecen consagradas en el Protocolo II.

2.5 PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

Según la Ley 734 de 2002, en materia disciplinaria se encuentra proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y las faltas disciplinarias se pueden cometer a título de dolo o culpa.⁶⁸ Exceptuando las conductas no culposas que presuponen un ingrediente subjetivo que presupone que dicha conducta solo pueda realizarse a título de dolo. La Corte se ha pronunciado al respecto en el sentido que:

La circunstancia de que las conductas que vulneran el régimen jurídico merezcan sanción sólo cuando se realizan de manera culposa o dolosa no significa que todas las infracciones admitan ser ejecutadas en ambas modalidades de conducta. La determinación de si un comportamiento puede ser ejecutado a título de dolo o culpa depende de la naturaleza misma del comportamiento. En otros términos, el dolo o la culpa son elementos constitutivos de la acción, son sus elementos subjetivos estructurales. De allí que sea la propia ontología de la falta la que determina si la acción puede ser cometida a título de dolo o de culpa o, lo que es lo mismo, que la estructura de la conducta sancionada defina las modalidades de la acción que son admisibles.⁶⁹

Posteriormente, señala:

“El legislador en ejercicio de su facultad de configuración también ha adoptado un sistema amplio y genérico de incriminación que ha sido denominado *numerus apertus*, en virtud del cual no se señalan específicamente cuales comportamientos requieren para su tipificación ser cometidos con culpa –como si lo hace la ley penal-, de modo que en principio a toda modalidad dolosa de una falta disciplinaria le corresponderá una de carácter culposa, salvo que sea imposible admitir que el hecho se cometió culposamente como cuando en el tipo se utilizan expresiones tales como *a sabiendas, de mala fe, con la intención de* etc. Por tal razón el sistema de *numerus apertus* supone igualmente que el fallador es quien debe establecer cuáles tipos disciplinarios admiten la modalidad culposa partiendo de la estructura del tipo, del bien tutelado o del significado de la prohibición.”⁷⁰

⁶⁸ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-181 de 2002. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ *Ibidem*.

En el ámbito del Derecho Disciplinario, el reproche se hace sobre la mera conducta y no del resultado de esta. Según el doctrinante Gómez Pavajeau⁷¹, “el ilícito se construye sobre la base de la teoría de la norma subjetiva de determinación que prescinde de un todo del resultado aun entendido en términos jurídicos, pues el mismo es infracción de un deber y, para infringir un deber, basta que la persona: conozca que está obligada ante un contexto situacional típico, tenga conciencia de su capacidad individual de acción, y no realice el deber.”

De igual forma, dice Gómez Pavajeau⁷², “la culpa disciplinaria presupone la infracción al deber objetivo de cuidado” a su vez que se presenta en las modalidades de gravísima y grave. Nótese que la culpa leve no es sancionable en materia disciplinaria.

Para el autor “Si el resultado pasa a un segundo plano en el derecho disciplinario puesto que rige en la configuración del ilícito la concepción de la norma como norma de determinación y, en consecuencia, su esencia es el desvalor de la acción, conclúyase que las nociones de dolo y culpa de que da cuenta el derecho penal no pueden utilizarse por el derecho disciplinario.”⁷³

Posteriormente, señala que “para que exista dolo basta que la persona haya tenido conocimiento de la situación típica aprehendida en el deber que sustancialmente se ha infringido, y haya captado que le corresponde actuar conforme al deber. El conocer ya involucra al querer, pues si conozco y realizo la conducta es porque quiero, lo cual ha sido pregonado por Hruschka al sentenciar que quien sabe lo que hace y lo hace, quiere hacerlo.”⁷⁴

Finaliza Gómez Pavajeau diciendo “existirá imputación por culpa cuando los supuestos fácticos que aprehende el deber sustancialmente infringido se realizaron sin el conocimiento actual del deber infringido por parte del sujeto, esto es, los desconoció cuando estaba en situación de conocerlos.”⁷⁵

2.6 LA ILICITUD SUSTANCIAL

La ley 734 de 2002 dispone que las faltas disciplinarias serán antijurídicas cuando afecten, injustificadamente, el deber funcional. Esto se ve en el Artículo 5 de dicha ley donde además consagra el termino de *Ilícitud Sustancial*.

⁷¹ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Dogmática del Derecho Disciplinario. Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia, 3ª edición, 2004, p. 24.

⁷² *Ibidem*. p. 27.

⁷³ *Ibidem*. p. 34.

⁷⁴ *Ibidem*. p. 217.

⁷⁵ *Ibidem*. p. 229.

Como ya se ha dicho reiteradamente, la comisión de una falta disciplinaria implica el desconocimiento de los deberes impuestos para el ejercicio de un cargo o función pública por parte del sujeto disciplinable. No obstante, el quebrantamiento del orden jurídico, no se produce meramente por el desconocimiento de dichos deberes, sino por la afectación sustancial a la función que ese comportamiento conlleva.

Al hablar de Ilicitud Sustancial existen dos posturas claramente diferenciadas. La primera de estas, la ilicitud sustancial es aplicable desde el ámbito de la antijuridicidad material, por cuanto la valoración de la conducta debe ser observada como tal en la efectividad de la lesión o puesta en peligro de la administración pública, para que el comportamiento sea típicamente antijurídico, de no ser así, no habría determinación en las faltas disciplinarias, pues estas muchas veces no guardan relación con el deber funcional.⁷⁶ Lo anterior implica que el elemento material es al que apunta dicha postura, en cuanto que la afectación al deber funcional no es formal.

La otra postura, sostenida reiteradamente por la Corte Constitucional y por varios tratadistas, propone la ilicitud sustancial como la afectación de los deberes funcionales, pero no la compara con la antijuridicidad sustancial. En este orden de ideas, basta la mera infracción de los deberes contemplados en los diferentes cuerpos normativos para configurar la infracción disciplinaria.

Sobre esto, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura⁷⁷ manifestó que “los tipos disciplinarios son tipos de *infracción de deberes* que se caracterizan por ser de sujetos activos calificados, no admitir la tentativa, y por ser tipos de mera conducta, es decir que no es necesario un resultado dañoso, basta con la simple infracción a los deberes para que se configure dicha conducta”.

Sobre el mismo entendido, Gómez Pavajeu indica que “para entender sustancialmente quebrantado el deber se requiere que la conducta enjuiciada haya desconocido no solo el ropaje jurídico del deber, sino también la razón de ser que el mismo tiene en un estado social y democrático de derecho”.⁷⁸

⁷⁶ MEJÍA OSSMAN, Jaime y SAN MARTÍN QUIÑONES, Silvio. Procedimiento Disciplinario. Bogotá D.C.: Ediciones Doctrina y Ley, 2004. p. 137.

⁷⁷ CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Sentencia del 16 de diciembre de 1992, Rad. No 664 -106 -1, M.P. Edgardo José Maya Villazón.

⁷⁸ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Asuntos disciplinarios: Praxis y jurisprudencia. Bogotá D.C.: Axel, 2008. p. 2

Alejandro Ordoñez también se ha pronunciado al respecto de la Ilícitud Sustancial señalando que “La ilicitud sustancial disciplinaria debe ser entendida como la afectación sustancial de los deberes funcionales, siempre que ello implique el desconocimiento de los principios que rigen la función pública”. “La falta disciplinaria no exige para su configuración la producción de un resultado consistente en la lesión o interferencia de bienes jurídicos, ya que basta obrar en contravía de los deberes funcionales, exigibles al disciplinado.”⁷⁹

“En materia disciplinaria, la ley debe orientarse a asegurar el cumplimiento de los deberes funcionales que le asisten al servidor público o al particular que cumple funciones públicas, pues las faltas le interesan al derecho disciplinario en cuanto interfieren tales funciones. De allí que el derecho disciplinario valore la inobservancia de normas positivas en cuanto ella implique el quebrantamiento del deber funcional, esto es, el desconocimiento de la función social que le incumbe al servidor público o al particular que cumple”

La Corte Constitucional⁸⁰, al referirse al artículo 5 de la ley 734 de 2002, sentó uno de los precedentes más importantes:

Al respecto la Corte constata que la norma traduce la adopción por el Legislador de una postura clara a favor de la autonomía del derecho disciplinario en materia de determinación de la antijuridicidad de las conductas que dicho derecho sanciona frente a las categorías propias del derecho penal.

El incumplimiento de dicho deber funcional es entonces necesariamente el que orienta la determinación de la antijuridicidad de las conductas que se reprochan por la ley disciplinaria. Obviamente no es el desconocimiento formal de dicho deber el que origina la falta disciplinaria, sino que, como por lo demás lo señala la disposición acusada, es la infracción sustancial de dicho deber, es decir el que se atente contra el buen funcionamiento del Estado y por ende contra sus fines, lo que se encuentra al origen de la antijuridicidad de la conducta.

Y finalmente, reitera:

“Así ha podido señalar esta Corporación que no es posible tipificar faltas disciplinarias que remitan a conductas que cuestionan la actuación del servidor público haciendo abstracción de los deberes funcionales que le incumben como

⁷⁹ ORDÓÑEZ MALDONADO. Ob Cit. p. 37.

⁸⁰ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-373 del 15 de 2002. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

tampoco es posible consagrar cláusulas de responsabilidad disciplinaria que permitan la imputación de faltas desprovistas del contenido sustancial de toda falta disciplinaria. Dicho contenido sustancial remite precisamente a la inobservancia del deber funcional que por sí misma altera el correcto funcionamiento del Estado y la consecuencia de sus fines.”⁸¹

⁸¹ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-014 de 2004. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

3 EL CONFLICTO ARMADO COLOMBIANO Y LAS INFRACCIONES AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Es necesario, antes de ahondar en el tema, analizar las características del conflicto armado que se ha vivido en Colombia, teniendo en cuenta que su existencia es un presupuesto fundamental al momento de aplicar las normativas del DIH. Ya que, como anteriormente se ha dicho, las tensiones y disturbios internos no entran en el ámbito de aplicación del DIH.

El reconocimiento de un Conflicto Armado Interno no es algo que un gobierno haga con facilidad. Tanto es así que, por ejemplo, el Gobierno de Álvaro Uribe Vélez negó la existencia de tal conflicto armado que ya había sido reconocido anteriormente en los gobiernos de Cesar Gaviria y Ernesto Samper. Señalando que lo que se vivía en Colombia era un grupo terrorista y que un conflicto armado era “el término contemporáneo que se utiliza para designar una situación de guerra civil. Aquí no podemos hablar de enfrentamiento de dos sectores de la población que dirimen sus diferencias por las armas”⁸²

En dicho comunicado se señala la existencia de grupos armados al margen de la ley que utilizan recursos provenientes de actividades ilícitas como el narcotráfico, el secuestro y la extorción para perpetrar ataques terroristas contra la población civil y la infraestructura. No obstante, se rechaza la existencia de un conflicto armado y del mismo modo se indica que el gobierno y las fuerzas militares respetan y acatan las normas del DIH al punto que “ni el gobierno dejará de educar a los miembros de la Fuerza Pública en el respeto al DIH, ni se violarán los derechos fundamentales de los terroristas cuando caigan bajo el poder de las autoridades. Tampoco se violará, como dicen algunos, el principio de distinción, que obliga a las Fuerzas Armadas a respetar a los civiles.”⁸³

Sin embargo, el Presidente Juan Manuel Santos reconoció, con ocasión del trámite legislativo llevado a cabo para la implementación de la Ley de Víctimas, que en Colombia si existía un conflicto armado interno. Aun así, la Corte Constitucional⁸⁴, indicó que no era necesaria la existencia ni el reconocimiento de tal conflicto armado para respetar y hacer cumplir las normativas del DIH por disposición expresa de la Constitución Política.

⁸² RESTREPO RAMÍREZ, Luís Carlos. Alto Comisionado para la Paz, ¿Conflicto armado o amenaza terrorista?, 2007 [en línea] Presidencia de la Republica. 2006. [Revisado el 06 de noviembre de 2016] Disponible en <http://historico.presidencia.gov.co/columnas/columnas92.htm>

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-225 de 1995. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Las normas del DIH no establecen que autoridad, nacional o internacional, es la encargada de determinar la existencia de un conflicto armado. Doctrinariamente, se ha dicho que el Estado donde ocurren los hechos es el encargado de reconocer, constatar y de clara su existencia. A pesar de lo anterior, la Corte Constitucional⁸⁵ ha dicho que “es usual que los gobiernos prefieran recurrir a otras variedades de calificativos antes que aquél de conflicto armado interno: alteración del orden público; actos de terrorismo; bandolerismo, etcétera.”

Igualmente, el Tribunal Penal Internacional de Ruanda en sentencia proferida el dos de septiembre de 1998 en el caso *Fiscal vs Jean Paul Akayesu*, indicó:

“conviene señalar que la labor de determinar la intensidad del conflicto que no presenta un carácter internacional no se deja a la apreciación subjetiva de las partes en conflicto. Conviene recordar que los cuatro convenios de Ginebra, así como los dos protocolos, tienen por vocación proteger a las víctimas, y a aquellas que lo sean en potencia, de los conflictos armados. Si la aplicación del derecho internacional humanitario dependiese únicamente de la aplicación subjetiva de las partes en conflicto, aquellas tendrían la tendencia a minimizar la intensidad de aquel.”⁸⁶

De lo anterior, se puede ver que muchas veces son instancias internacionales las que han indicado la existencia de un conflicto armado interno en el territorio de un país, ya sea por cuestiones de individualizar responsabilidades penales o para establecer la responsabilidad internacional de un Estado.

Lo anterior no indica expresamente que los jueces al interior de un Estado tengan la potestad de reconocer o no la existencia de tal conflicto en sus providencias. No obstante, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia han proferido sentencias haciendo tal señalamiento.

⁸⁵ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-291 de 2007. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

⁸⁶ Decisión consultada en <http://www.unict.org/Portals/0/Case/English/Akayesu/judgement/akay001.pdf> “It should be stressed that the ascertainment of the intensity of a non-international conflict does not depend on the subjective judgment of the parties to the conflict. It should be recalled that the four Geneva Conventions, as well as the two Protocols, were adopted primarily to protect the victims, as well as potential victims, of armed conflicts. If the application of international humanitarian law depended solely on the discretionary judgment of the parties to the conflict, in most cases there would be a tendency for the conflict to be minimized by the parties thereto.” Traducción extraída de: Ramelli Arteaga, Alejandro. *Jurisprudencia Penal internacional Aplicable en Colombia*. Bogotá D.C. Universidad de los Andes, Embajada de la República Federal de Alemania, 2011.

La Corte Suprema de Justicia en decisión de segunda instancia proferida dentro del marco de la Ley de Justicia y paz, consideró:

“No desconoce la Sala que el reconocimiento de la existencia de un conflicto armado es un acto político de complicadas consecuencias que no corresponde declarar a la Judicatura, pero esa situación no impide que exclusivamente, para efectos de la aplicación de la ley de Justicia y Paz, conforme su naturaleza y fines, el operador judicial, al momento de investigar y juzgar las conductas que pueden encajar en las descripciones típicas de los “delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario”, verifique la existencia de esa situación en aras de salvaguardar los valores protegidos por el derecho internacional humanitario, que están por encima de cualquier consideración política. En este sentido, la verificación judicial de que ciertos comportamientos se encuentran vinculados con el conflicto armado se halla legitimada en el contexto de la ley 975 de 2005, precisamente porque el acto político ya ha sido consignado expresamente dentro de los fundamentos de la norma, en particular, cuando allí se establecen como fines de la misma, la consecución de la paz y la reconciliación nacional, significando de entrada que la desmovilización que allí se consagra opera respecto de miembros de grupos armados al margen de la ley, cuyo accionar no podría desvincularse del DIH.”⁸⁷

Igualmente, la Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad de la Ley 975 de 2005, denominada Ley de Justicia y Paz, indicó:

“El legislador aprobó la ley 975/05 en tanto instrumento para materializar la paz en el país; esto es, como un medio para superar el conflicto armado interno que afecta a Colombia hace varias décadas.

Al valor de la paz no se le puede conferir un alcance absoluto, ya que también es necesario garantizar la materialización del contenido esencial del valor de la justicia y del derecho de las víctimas a la justicia, así como los demás derechos de las víctimas, a pesar de las limitaciones legítimas que a ellos se impongan para poner fin al conflicto armado.”⁸⁸

En consecuencia, aunque no existen disposiciones jurídicas que señalen las pautas o criterios que se deban tener en cuenta para el reconocimiento de un conflicto interno o señalen la autoridad, nacional o internacional, a la que le competa dar tales reconocimientos, como se

⁸⁷ COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 21 de septiembre de 2009. radicado 32.022. Postulado: Giancarlo Gutiérrez Suárez.

⁸⁸ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C – 370 de 2006. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda.

dijo anteriormente, es una atribución propia de los Estados afectados. Lo cual no impide que sean los jueces o tribunales, nacionales o internacionales, quienes en ejercicio de sus funciones determinen la existencia de tal conflicto; esto ante la tendencia de que, precisamente los Estados implicados, se nieguen a reconocer la existencia de aquel o le den otro calificativo.

Del mismo modo, es pertinente determinar si la Procuraduría General de la Nación como ente máximo de control disciplinario estatal, en ejercicio y ejecución de su autonomía e independencia, tiene la facultad para establecer, por medio de sus fallos, si las situaciones de violencia que se presentan dentro del territorio colombiano constituyen o no un conflicto armado interno.

En primer término, cabe recordar que, la Procuraduría General de la Nación no hace parte de la Rama Judicial, por el contrario, forma parte de los Órganos de Control del Estado⁸⁹ Del mismo modo que es “titular preferente del poder disciplinario”⁹⁰. Concretamente, la Corte Constitucional, reiteradamente, ha resaltado su función como *Juez Disciplinario*, “en materia disciplinaria también rige el principio de juez natural”⁹¹. Del mismo modo dijo: “el ejercicio de la potestad disciplinaria del Estado plantea un espacio en el que también se imparte justicia”⁹² y finaliza: ““las autoridades disciplinarias despliegan una actividad con contenidos materiales propios de la función de administrar justicia.”⁹³

También el Consejo de Estado ha señalado que “la Procuraduría como órgano de vigilancia de la conducta oficial de los empleados públicos, tiene la potestad de interpretar las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias pertinentes al caso, para proferir la decisión que corresponda.”⁹⁴ Esta misma idea la expone la Corte Constitucional indicando que “se actúa como verdadero juez cuando se interpreta la ley y se le da aplicación en los casos particulares y concretos, dirime conflictos, y, en general aplica el derecho a casos específicos”.⁹⁵

Entonces el juez disciplinario en el momento de decidir si un hecho se constituye como violación del DIH, igualmente deberá, de forma previa, determinar si los hechos fueron cometidos en el contexto de un conflicto armado interno. Una labor ineludible que hace parte de un razonamiento lógico para efectos de aplicar las normas del DIH.

⁸⁹ Artículo 275, Constitución Política.

⁹⁰ Numeral 6 Artículo 277 Constitución Política y Artículo 3 Ley 734 de 2002

⁹¹ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-429 de 2001. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería.

⁹² COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-014 de 2004. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 4 de abril de 2000 Consejero Ponente: Roberto Medina López

⁹⁵ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 1996. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

3.1 FUERZAS ARMADAS COMO SUJETO DISCIPLINABLE

Las fuerzas armadas, Fuerza Pública y Policía Nacional, están vinculados al servicio del Estado a través de una relación legal y reglamentaria son servidores públicos,⁹⁶ sometidos a un régimen especial en virtud de las funciones que desempeñan para el Estado. Sobre la cual la Corte Constitucional se ha pronunciado, en el entendido que "las fuerzas militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, de la independencia, de la integridad del territorio nacional y del orden constitucional"⁹⁷ y sobre la Policía Nacional ha dicho "tiene como fin primordial el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y para asegurar que los habitantes de Colombia vivan en paz."⁹⁸

Los anteriores preceptos constitucionales, establecen unos importantes parámetros en lo que respecta a las funciones, atribuciones, competencias y el eje sobre el cual se enmarcan todas las actuaciones de las Fuerzas Armadas. Esas funciones y competencias deben estar en concordancia con la razón de ser y la misma finalidad del Estado. Esto dentro del ámbito de la misión de militares y policías como es la defensa de la Nación, comprendiendo la soberanía del territorio y la integridad de todas las personas dentro del territorio nacional. Lo cual es, a grandes rasgos, el punto esencial de la política de defensa.

Primordialmente se tiene, como se dijo anteriormente, "la defensa de la nación como misión de las Fuerzas Militares dentro del marco político, ideológico, económico, jurídico, cultural, ambiental, de derechos fundamentales que recoge, reconoce y regula la Carta Constitucional."⁹⁹ A partir de esta misión, prevista para la fuerza pública, se obtienen elementos sumamente importantes en lo que respecta a definir los lineamientos básicos de diferentes aspectos relevantes para la sociedad a los que hace referencia la carta política. Por ejemplo, el tipo y la forma de Estado, el régimen jurídico de la propiedad privada, el derecho a la libre expresión, entre otros.

Este papel importante que tienen las Fuerzas Militares dentro del Estado tiende a adquirir una mayor relevancia cuando se trata de una situación de conflicto armado, como el que se ha presentado en Colombia. La "concepción del Estado muestra los parámetros y los límites esenciales, la reglamentación y la proyección conductual de los servidores públicos que integran los organismos militares y de policía, en quienes se deposita la facultad de usar la

⁹⁶ Artículo 123 de la Constitución Política.

⁹⁷ Artículo 217 de la Constitución Política.

⁹⁸ Artículo 218 de la Constitución Política.

⁹⁹ SEPÚLVEDA, Oswaldo. Constitución y Fuerza Pública. Bogotá D.C.: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1995. p. 77

violencia física ínsita al ordenamiento jurídico."¹⁰⁰ Por esta razón, los miembros de la Fuerza Pública no podrán, en ejercicio de sus funciones, llevar a cabo conductas que vaya en contravía de los fines propios de un Estado social y democrático de derecho. En caso tal que lo hagan deberán asumir, como cualquier otro servidor público, la responsabilidad que dichas acciones conlleve. Así pues, los miembros de la Fuerza Pública, en general, son sujetos disciplinables como cualquier otro funcionario estatal, pero están sometidos a un régimen especial.¹⁰¹

Dicho régimen especial se torna necesario “En razón de las necesidades de seguridad y de defensa propias de la sociedad requieren de un singular régimen disciplinario, de evidente naturaleza jurídica, que preserve la unidad jerárquica y disciplinaria de esos cuerpos, atendiendo a las peculiaridades de sus funciones, en nada identificables con las de otros servidores públicos, sin perjuicio del poder disciplinario preferente que la Constitución y la ley han conferido a la Procuraduría General de la Nación.”¹⁰² Sobre esto, la Corte Constitucional¹⁰³ ha dicho que:

“Tener un régimen especial de carácter disciplinario significa simplemente que existe un conjunto de normas singulares o particulares en las que se consagran las faltas, las sanciones, los funcionarios competentes para imponerlas y el procedimiento o trámite que debe seguir el proceso respectivo, incluyendo términos, recursos, etc., aplicables a un determinado grupo de personas, en este caso a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, que se distinguen de las que rigen para los demás servidores del Estado, debido a la específica función o actividad que les corresponde cumplir. Dicho régimen por ser especial prevalece sobre el general u ordinario, en este caso, sobre el Código Disciplinario Único.”

Por medio de la Ley 836 de 2003, se expidió el reglamento del régimen disciplinario para las fuerzas militares y por medio de la Ley 1015 de 2006 el régimen disciplinario para la Policía Nacional. No obstante, esto no significa que no se pueda aplicar el régimen disciplinario general sobre los miembros de la Fuerza Pública. Al respecto, ha dicho la Corte¹⁰⁴:

¹⁰⁰ *Ibidem*. p. 78.

¹⁰¹ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C - 431 de 2004. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁰² Procuraduría General de la Nación y Banco Interamericano de Desarrollo BID, La Función Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación a Propósito de la Investigación de los integrantes de la Fuerza Pública y de los servidores que Funciones de Policía Judicial, Edición Programa de Modernización PGN-BID, Colombia 2007.

¹⁰³ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C - 431 de 2004 Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁰⁴ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C - 431 de 2004. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

“Lo que constituye la diferencia específica de ese régimen frente al general aplicable a los demás servidores públicos es el señalamiento de una serie de faltas disciplinarias y de sus correspondientes sanciones, que son diferentes de las que pueden ser impuestas a la generalidad de los mencionados servidores públicos, y cuya previsión se justifica por la especial actividad que corresponde cumplir a las Fuerzas Militares. No obstante, esta especialidad del régimen disciplinario de los militares no impide que también estén sujetos a las normas del régimen disciplinario general de los servidores del Estado.”

“Lo esencial del régimen especial es su aspecto sustancial - es decir el catálogo de faltas y sanciones especiales aplicables sólo a las Fuerza Militares- y no el aspecto procesal - es decir las normas rituales para hacer efectiva la responsabilidad disciplinaria -, aspecto este último que puede regularse por las normas generales del procedimiento disciplinario.”

Así es como el artículo 12 de la Ley 836 consagra el principio de especialidad, el cual dice:

“Artículo 12. Especialidad. En desarrollo de los postulados constitucionales, al personal militar le serán aplicables las faltas y sanciones de que trata este régimen disciplinario propio, así como las faltas aplicables a los demás servidores públicos que sean procedentes.”

A pesar de esto, la Corte Constitucional ha reiterado que, en ocasión de las funciones especiales de la Fuerza Pública, la aplicación de un régimen especial no opera en los casos que el sujeto disciplinable lleve a cabo comportamientos ajenos al ejercicio de sus funciones, por lo cual queda sometido al régimen ordinario penal y disciplinario.

"Los regímenes especiales disciplinarios sólo pueden comprender las regulaciones íntimamente vinculadas con su objeto específico. Para la Corte es claro que. Las conductas que trascienden la función propiamente militar o policiva, por carecer de relación directa con el servicio, no podrán quedar cobijadas dentro de las indicadas regulaciones, lo cual se predica, entre otros casos, de las conductas que violan los derechos humanos. Tales comportamientos quedan, entonces, sometidos a la normatividad ordinaria, penal o disciplinaria."¹⁰⁵

¹⁰⁵ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-620 de 1998. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

En otra sentencia, indicó:

“El régimen disciplinario especial de las Fuerzas Militares no puede incluir cualquier tipo de falta, sino únicamente aquellas relacionadas con la función militar, es decir aquellas cuya comisión afecta directamente el servicio público encomendado a tales Fuerzas.”¹⁰⁶

La Fuerza Pública se constituye como una de las partes interviniente en un conflicto armado, por lo cual está obligado a respetar el DIH. Una violación al DIH, cometida por cualquiera de las partes involucradas, genera responsabilidades penales que puede, incluso, trascender al ámbito internacional. Además, si el infractor es un miembro de la Fuerza Pública, tal comportamiento genera responsabilidad disciplinaria, debido a que no infringe solo las normas del DIH sino también el régimen disciplinario al que se encuentra sometido como servidor público que es.

Lo anterior se encuentra consagrado en el numeral 34 del artículo 48 de la Ley 836 de 2003 que establece como falta gravísima incurrir en cualquiera de las faltas definidas en los numerales 4 al 16 del artículo 48 de la ley 734 de 2002, lo cual incluye el numeral 7 que es donde se establece como falta disciplinaria gravísima incurrir en graves violaciones del derecho internacional humanitario. A su vez, la Ley 1015 de 2006 no prescribe como faltas disciplinarias este tipo de conductas, aun así, en su artículo 37 señala como otras faltas “el incumplimiento de los deberes consagrados en la Constitución Política, los tratados públicos ratificados por el Gobierno colombiano, las leyes y los actos administrativos”.

Por lo anterior, y de acuerdo con la Corte, cuando un miembro de la Fuerza Pública incurra en conductas violatorias del DIH se le debe aplicar el régimen disciplinario ordinario. Ya que tales comportamientos no guardan relación directa con el servicio.

3.1.1 La Posición de Garante

Se entiende, según la doctrina, como *Garante* a “aquella persona que tiene el deber jurídico de vigilar y garantizar la indemnidad de uno o varios bienes pertenecientes a determinadas personas y que se hallan previamente individualizados. Para tal fin, además del deber jurídico de abstenerse de iniciar procesos causales que conduzcan a la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos a su cuidado, debe evitar que un proceso causal en el curso también los produzca, y por ello deberá anular o desviar esos cursos causales, de lo contrario se le

¹⁰⁶ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C - 431 de 2004. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

imputará el resultado cómo si él mismo lo hubiera causado, o responderá de una omisión pura agravada por el resultado según el caso”¹⁰⁷

Refiriéndose a los hechos ocurridos en Mapiripán – Meta, la Corte Constitucional en Sentencia SU 1184 de 2001 señaló:

“En una grave violación a los derechos fundamentales, la conducta del garante que interviene activamente en la toma de una población, es similar a la de aquel que no presta la seguridad para que los habitantes queden en una absoluta indefensión. En virtud del principio de igualdad, cuando la acción y la omisión son estructural y axiológicamente idénticas, las consecuencias deben ser análogas: Si la conducta activa es ajena al servicio, también deberá serlo el comportamiento omisivo.”

Ahora bien, en materia disciplinaria, se ha dicho que “todo servidor público debe responder personalmente por las tareas y por el ejercicio de la autoridad que se le delegue, en consecuencia, puede infringir la ley disciplinaria de manera directa por lo que haga o por lo que otros, bajo su vigilancia, hagan”.¹⁰⁸ De esto podría decirse que se puede incurrir en una falta disciplinaria por las conductas de terceros, lo anterior tanto exista un deber o función frente a tal, el cual se está incumpliendo.

La Corte Constitucional hace un planteamiento al respecto de ese papel de vigilancia que tienen los miembros de la Fuerza Pública:

“Un miembro de la fuerza pública puede ser garante cuando se presenten cualquiera de los dos fundamentos de la responsabilidad explicados: creación de riesgos para bienes jurídicos o surgimiento de deberes por la vinculación a una institución estatal.

Los peligros para los bienes jurídicos pueden surgir no sólo por la tenencia de objetos (una lámpara de gas, una teja deteriorada) armas (una pistola, una dinamita) animales (un perro desafiante), sino también de personas que se encuentran bajo nuestra inmediata subordinación. En efecto, en las relaciones de jerarquía, el superior con autoridad o mando, tiene el deber de tomar medidas especiales (deberes de seguridad

¹⁰⁷ FORERO RAMÍREZ, Juan Carlos. El Delito de Omisión en el Nuevo Código Penal. Bogotá D.C.: Legis, Bogotá 2005. p. 55.

¹⁰⁸ Artículo 34 Ley 734 de 2002: Son deberes de todo servidor público: 10) Realizar personalmente las tareas que le sean confiadas, responder por el ejercicio de la autoridad que se le delegue, así como por la ejecución de las órdenes que imparta, sin que en las situaciones anteriores quede exento de la responsabilidad que le incumbe por la correspondiente a sus subordinados

en el tráfico) para evitar que personas que se encuentran bajo su efectivo control, realicen conductas que vulneren los derechos fundamentales. Vg. Si el superior no evita -pudiendo hacerlo- que un soldado que se encuentra bajo su inmediata dependencia cometa una tortura, o una ejecución extrajudicial, o en general un delito de lesa humanidad, por ser garante se le imputa el resultado lesivo.”¹⁰⁹

Del mismo modo, el Consejo de Estado, haciendo referencia a las graves violaciones de los Derechos Humanos y del DIH, ha emitido variadas sentencias de suma importancia sobre el tema. Es así como, por ejemplo, ha dicho sobre la posición de garante, mediante sentencia proferida el 4 de diciembre de 2007 en el expediente n.º 16.898, C.P. Enrique Gil Botero:

“Por posición de garante debe entenderse aquélla situación en que coloca el ordenamiento jurídico a un determinado sujeto de derecho, en relación con el cumplimiento de una específica obligación de intervención, de tal suerte que cualquier desconocimiento de ella acarrea las mismas y diferentes consecuencias, obligaciones y sanciones que repercuten para el autor material y directo del hecho.”

Frente a las infracciones al DIH, la posición de garante ha sido sumamente útil al momento de imputar responsabilidades disciplinarias, principalmente contra aquellos que plantean como estrategia de defensa el argumento del no haber cometido la conducta materialmente. Puesto que, si bien es cierto que no fueron ellos quienes llevaron a cabo de forma directa la acción, estuvieron en capacidad de haber evitado el resultado de esta y no lo hicieron.

3.2 GRAVEDAD DE LAS FALTAS DISCIPLINARIAS CONTRA EL DIH

No es válido afirmar que cualquier transgresión cometida por un funcionario público, dentro del marco de un Conflicto Armado, sea considerada como una infracción grave a las normas del DIH y por tanto una falta gravísima a la luz del numeral 7 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002. Por esta razón, se hace necesario definir que conductas se pueden considerar como transgresiones graves al DIH y por tanto faltas gravísimas dentro del Derecho Disciplinario. Internacionalmente no todas las transgresiones al DIH son consideradas como graves. El artículo 3 común a los convenios de Ginebra y el Protocolo II adicional no tienen referencias que den luces de lo que debe entenderse como infracciones graves al DIH. Es así como, los instrumentos que se deben tener en cuenta al momento de resolver los casos disciplinarios se encuentran en el Protocolo I, y a ellos se debe acudir para una correcta aplicación el Protocolo II.

¹⁰⁹ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia SU 1184 de 2001. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

Al respecto, la Corte ha dicho:

“La aplicación de tales normas a los conflictos armados internos es aún más evidente, por cuanto la Constitución señala que en todo caso se respetarán las normas del derecho internacional humanitario. Además, incluso en aquellos casos en los que no exista norma escrita, las víctimas de los conflictos armados no internacionales se encuentran protegidas por los principios de humanidad, según se desprende no sólo de la Cláusula Martens sino del artículo 94 de la Carta, el cual expresa la misma filosofía de esta cláusula, pues precisa que la enunciación de 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.”¹¹⁰

Por otro lado, las infracciones que, al no ser consideradas como graves violaciones al DIH, no puedan imputarse con fundamento en el numeral 7 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 como faltas gravísimas, deberán ser atribuidas como faltas graves o leves, según sea el caso, en el marco establecido por el numeral 1 del artículo 34 que impone a todo servidor público el deber de cumplir y hacer cumplir los deberes constitucionales.

Para las infracciones graves al DIH que tengan afectación contra la población civil se debe remitir al artículo 85 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra que dice:

1. Además de las infracciones graves definidas en el artículo 11, se consideran infracciones graves del presente Protocolo los actos siguientes, cuando se cometan intencionalmente, en violación de las disposiciones pertinentes del presente Protocolo, y causen la muerte o atenten gravemente a la integridad física o a la salud:
 - a) Hacer objeto de ataque a la población civil o a personas civiles.
 - b) Lanzar un ataque indiscriminado que afecte a la población civil o a bienes de carácter civil a sabiendas de que tal ataque causará muertos o heridos entre la población civil.

¹¹⁰ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C 225 de 1995. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Es así como la Procuraduría General de la Nación, tratando casos de homicidio en persona protegida como una infracción grave al DIH, ha dicho:

“La conducta de homicidio en persona protegida, tipificada en el derecho internacional humanitario como una grave infracción, es una grave violación a los derechos humanos, especialmente, porque el derecho a la vida se ha visto afectado en el marco del conflicto armado que vive el Estado, en donde este y especialmente sus fuerzas armadas, están en la obligación de proteger y no involucrar a la población civil.”¹¹¹

La Corte Constitucional ha recibido varias demandas de inconstitucionalidad de la disposición del numeral 7 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, por considerar que la expresión “Graves” vulnera la constitución y restringe el ámbito de aplicación material de la ley disciplinaria puesto que beneficia a los funcionarios públicos al dejar sus conductas impunes o con sanciones mínimas, en el entendido que la norma acusada tiene como requerimiento que la infracción llevada a cabo por el funcionario debe tener la calidad de falta “grave” al DIH y, según quien demanda la norma, todo atentado perpetrado contra la población civil debe ser juzgado de igual forma, sin distinción, como falta gravísima.

Por su lado, la Corte Constitucional ha encontrado la norma acusada como ajustada a la Constitución y ha dicho al respecto:

“Fue la voluntad del legislador sancionar con destitución no cualquier desconocimiento de las normas que integran el DIH sino aquellas infracciones verdaderamente graves a las mismas.

En suma, el legislador jamás tuvo en mente sancionar como falta gravísima cualquier infracción al DIH, sino tan sólo aquellas que, por las condiciones de modo, tiempo y lugar en las que son cometidas, son calificadas como graves.”¹¹²

Y finalmente, precisa:

“No cabe duda entonces que el numeral 7 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 alude a numerosos ilícitos que se inscriben perfectamente en la noción de crimen de guerra, como son, entre otros, los siguientes: el homicidio en persona protegida, el acceso

¹¹¹ Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, fallo de primera instancia 008-74002-2002 de 28 de noviembre de 2008.

¹¹² COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-1076 de 2002. Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

carnal violento en persona protegida, la toma de rehenes, la perfidia, los actos de barbarie, el despojo en el campo de batalla, los actos de terrorismo, la destrucción y apropiación de bienes protegidos, la utilización de medios y métodos ilícitos de combate, el reclutamiento ilícito, etcétera. En tal sentido, el legislador interno, lejos de violar la normatividad internacional, se ajustó perfectamente a la misma.”

“En suma, los tratados internacionales que recogen el derecho internacional humanitario hacen referencia a algunas infracciones al mismo, que son calificadas en términos de graves debido a las especiales condiciones en las que son cometidas, y en tal sentido, el legislador interno se limitó a tomar en consideración tal categorización para efectos de calificar como gravísimas aquellas faltas disciplinarias que revistiesen ese mismo carácter.”¹¹³

En este mismo orden de ideas, expuesto por la Corte, se constituyen como infracciones graves al DIH las conductas referidas entre las que se encuentra el *Homicidio en Persona Protegida*.

3.2.1 La Población Civil como Persona Protegida a la luz del DIH

El concepto de persona protegida “Se trata de una connotación o consideración no sólo jurídica, sino ético-política. En el marco de situaciones particulares, fáctica y jurídicamente definidas como situaciones ligadas a conflictos armados, tanto de carácter externo como interno, se otorga un reconocimiento especial a diversos tipos de personas que se hallan en situación particular de vulnerabilidad: sus derechos se protegen de manera particular en función de la situación fáctica y específica de vulnerabilidad. Son personas protegidas aquellas a las que se aplica un tratado humanitario en particular, es decir, las personas a las que se aplican las normas de protección estipuladas en el derecho internacional humanitario”¹¹⁴

Para establecer qué personas son protegidas por el DIH al remitirnos a la normatividad internacional el artículo 4° del Protocolo II señala:

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ Vicepresidencia de la República, Programa Presidencial de Derechos Humanos y DIH, Protocolo para el reconocimiento de casos de violaciones a los Derechos Humanos e Infracciones al Derecho Internacional Humanitario, con especial énfasis en el homicidio en persona protegida, Bogotá 2008.

Garantías fundamentales.

1. Todas las personas que no participan directamente en las hostilidades o que hayan dejado de participar en ellas, estén o no privadas de la libertad, tienen derecho a que se respeten su persona, su honor, sus convicciones y sus prácticas religiosas. Serán tratadas con humanidad en toda circunstancia, sin ninguna distinción de carácter desfavorable.
2. Sin perjuicio del carácter general de las disposiciones que preceden, están y quedarán prohibidos en todo tiempo y lugar con respecto a las que se refiere el párrafo 1: a. Los atentados contra la vida, la salud o la integridad física o mental de las personas, en particular el homicidio.

Por su parte, el artículo 13 del Título IV denominado Población Civil establece:
Protección a la población civil

1. La población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares. Para hacer efectiva esa protección, se observarán en todas las circunstancias las normas siguientes.
2. No serán objeto de ataque la población civil como tal, ni las personas civiles. Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil.
3. Las personas civiles gozarán de la protección que confiere este Título, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación.

Igualmente, el numeral 1, artículo 50 del mencionado Protocolo también establece quiénes debe entenderse que son personas civiles y población civil, concretamente, cualquiera que no pertenezca a una de las categorías de personas que se refieren en el artículo 4° A. 1), 2), 3), y 6), del III Convenio, y el artículo 43 del Protocolo I. Por lo cual, son personas civiles todos aquellos que no se encuentren dentro de las siguientes categorías:

- Los prisioneros de guerra.
- Las Fuerzas Armadas.
- La población que tome las armas para combatir, siempre que se cumpla con unos presupuestos específicos.

De lo anterior se puede decir que las personas protegidas por el DIH no son únicamente la población civil, también quienes han depuesto las armas. Esto se da mediante el, anteriormente mencionado, principio de Distinción. Del cual dice la Corte¹¹⁵:

“El principio de distinción, que es una de las piedras angulares del Derecho Internacional Humanitario, se deriva directamente del postulado según el cual se debe proteger a la población civil de los efectos de la guerra, ya que en tiempos de conflicto armado sólo es aceptable el debilitamiento del potencial militar del enemigo. El principio de protección de la población civil tiene carácter medular para el Derecho Internacional Humanitario”

“El deber general de distinguir entre civiles y combatientes es un deber básico de las partes a todo conflicto armado no internacional, en el sentido de diferenciar en todo momento entre los civiles y los combatientes, para efectos de preservar a las personas civiles y sus bienes. En efecto, es obligación de las partes en un conflicto el esforzarse por distinguir entre objetivos militares y personas o bienes civiles. Esta norma está plasmada en tratados internacionales aplicables a conflictos armados internos y vinculantes para Colombia, forma parte del derecho internacional humanitario consuetudinario, y tiene en sí misma el rango de *ius cogens*”.

A pesar que, en el Protocolo Adicional II no existe una definición de población civil personas no combatientes o fuera de combate para efectos de dar aplicabilidad al Principio de Distinción en conflictos armados de carácter no internacional. Los Tribunales Internacionales han recurrido a definiciones consuetudinarias, jurisprudenciales y doctrinales de las cuales la Corte Constitucional ha indicado:

“Para los efectos del principio de distinción en su aplicación a los conflictos armados internos, el término “civil” se refiere a las personas que reúnen las dos condiciones

¹¹⁵ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C – 291 de 2007. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

de (i) no ser miembros de las fuerzas armadas u organizaciones armadas irregulares enfrentadas y (ii) no tomar parte en las hostilidades, sea de manera individual como “*personas civiles*” o “*individuos civiles*”, o de manera colectiva en tanto “*población civil*”. La definición de “*personas civiles*” y de “*población civil*” es similar para los distintos propósitos que tiene en el Derecho Internacional Humanitario en su aplicación a los conflictos armados internos.”¹¹⁶

Sobre el concepto de Población Civil, ha dicho:

“Una población se considera como “*población civil*” si su naturaleza es predominantemente civil. La noción de “*población civil*” comprende a todas las personas civiles individualmente consideradas. La presencia entre la población civil de miembros de las fuerzas armadas o de grupos armados irregulares, de personas puestas fuera de combate, de personas activamente involucradas en el conflicto o de cualquier otra persona que no quede amparada por la definición de “*civil*”, no altera el carácter civil de dicha población. No es necesario que todos y cada uno de los miembros de esa población sean civiles es suficiente con que sea de naturaleza predominantemente civil, y puede incluir, por ejemplo, individuos puestos fuera de combate”.¹¹⁷

Y por “*personas civiles*” ha dicho:

“Una persona civil, para los efectos del principio de distinción en los conflictos armados no internacionales, es quien llena las dos condiciones de no ser miembro de las Fuerzas Armadas o de los grupos armados irregulares enfrentados, y no tomar parte activa en las hostilidades.

El primer requisito -el de no ser miembro de las Fuerzas Armadas o grupos armados irregulares-, ha sido señalado en la Sistematización del CICR como una definición consuetudinaria de la noción de “*civil*”. Por su parte, el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia ha indicado que para efectos de la aplicación de las protecciones consagradas en las normas que penalizan los crímenes de guerra, los civiles son las personas que no son, o han dejado de ser, miembros de las fuerzas armadas, entendidas éstas para comprender tanto a los cuerpos armados estatales oficiales como a los grupos armados irregulares.”¹¹⁸

¹¹⁶ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C – 291 de 25 de 2007. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ *Ibidem*.

Por otro lado, el artículo 13 del Protocolo Adicional II de Ginebra de 1977, consagra la protección a las personas civiles contra los ataques “*salvo si participan directamente en las hostilidades*”. Este apartado ha sido objeto de pronunciamiento por parte de organismos internacionales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el Comité Internacional de la Cruz Roja

En el Informe 55/97 de 18 de noviembre de 1997, caso 11.137 “Juan Carlos Abella vs. Argentina”, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos hizo el siguiente pronunciamiento:

“Cuando civiles como los que atacaron el cuartel de La Tablada asumen el papel de combatientes al participar directamente en el combate, sea en forma individual o como integrantes de un grupo, se convierten en objetivos militares legítimos. En tal condición, están sujetos al ataque directo individualizado en la misma medida que los combatientes. Por consiguiente, en virtud de sus actos hostiles, los atacantes de La Tablada perdieron los beneficios de las precauciones antes mencionadas en cuanto al ataque y contra los efectos de ataques indiscriminados o desproporcionados, acordados a los civiles en actitud pacífica. En contraposición, esas normas del derecho humanitario siguen aplicándose plenamente con respecto a los civiles pacíficos presentes o residentes en los alrededores del cuartel de La Tablada, al momento de ocurrir las hostilidades”¹¹⁹

Tratando el mismo tema, refiriéndose a los Derechos Humanos en Colombia, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha dicho:

La Comisión considera, por lo tanto, que es necesario aclarar la distinción entre participación "directa" o "activa" y participación "indirecta" de personas civiles en las hostilidades a fin de identificar aquellas situaciones limitadas en las que no es ilegal atacar personas civiles. En derecho humanitario generalmente se entiende que la frase "participación directa en las hostilidades" significa actos que, por su naturaleza y propósito, buscan infligir un daño a personal o material enemigo. Tal participación también sugiere una "relación causal directa entre la actividad en desarrollo y el daño infligido al enemigo en el tiempo y lugar en que la actividad se lleva a cabo".

¹¹⁹ Informe 55/97 de 18 de noviembre de 1997, caso 11.137 “Juan Carlos Abella vs. Argentina”, Caso “La Tablada”, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Consultada en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/97span/Argentina11.137.htm>

En la práctica, una persona civil participa directa o activamente en hostilidades cuando, individualmente o como miembro de un grupo, asume el papel de combatiente. Dichas personas civiles constituyen una amenaza inmediata de daño cuando se preparan, participan y retornan del combate. Como tales, quedan expuestas a ataque directo. Más aún, debido a sus actos hostiles, esas personas civiles pierden los beneficios de los que gozan los civiles pacíficos, de precaución al atacar y contra los efectos de ataques indiscriminados o desproporcionados

En contraste, las personas civiles que tan sólo apoyen el esfuerzo militar o de guerra del adversario o de otra forma sólo participen indirectamente en las hostilidades no pueden ser consideradas combatientes por esa única razón. Esto se debe a que la participación indirecta, tal como vender mercaderías a una o varias de las partes en el conflicto, expresar simpatía por la causa de una de las partes o, más claro aún, no haber actuado para prevenir la incursión de una de las partes en contienda, no implica actos de violencia que constituyan una amenaza inmediata de daño actual a la contraparte. Las Nuevas Reglas confirman esta apreciación al señalar que "civiles que apoyan a las Fuerzas Militares (o grupos armados) aportando trabajo, transportando pertrechos, actuando como mensajeros o distribuyendo propaganda no pueden ser objeto de ataque directo individual, pero permanecen sujetos a la legislación doméstica que sancione dar ayuda y apoyo a enemigos domésticos".¹²⁰

Como ya se dijo anteriormente, la participación directa en las hostilidades implica la suspensión de la protección de una persona civil contra los ataques directos. Es por esto que la CICR¹²¹ se ha pronunciado acerca de cuándo se considera que una persona ha tenido una participación directa en las hostilidades y ha definido unos requisitos a cumplirse conjuntamente, que son:

1. Debe haber probabilidades de que el acto tenga efectos adversos sobre las operaciones militares o sobre la capacidad militar de una parte en un conflicto armado, o bien, de que cause la muerte, heridas o destrucción a las personas o los bienes protegidos contra los ataques directos (umbral de daño).

¹²⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Tercer Informe sobre los Derechos Humanos en Colombia, 1999, Capítulo IV "Violencia y la violencia del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario", Párr. 53 y ss.

Consultada en <http://www.cidh.org/countryrep/colom99sp/capitulo-4.htm>

¹²¹ MELZER, Nils. Guía Para Interpretar La Noción De Participación Directa En Las Hostilidades Según El Derecho Internacional Humanitario. [en línea] Comisión Internacional de la Cruz Roja. [Consultado 10 de Noviembre de 2016] Disponible en https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_0990.pdf

2. Debe haber un vínculo causal directo entre el acto y el daño que pueda resultar de ese acto o de la operación militar coordinada de la que el acto constituya parte integrante (causalidad directa).
3. El propósito específico del acto debe ser causar directamente el umbral exigido de daño en apoyo de una parte en conflicto y en menoscabo de otra (nexo beligerante).

3.3 ANÁLISIS PRACTICO DE CASOS

A continuación, se hará un análisis de los casos más relevantes ocurridos en Colombia en los últimos años en los que se cometieron infracciones a las normatividades del DIH. A la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Como bien se mencionó antes, a la Corte IDH no le compete dar un cumplimiento irrestricto de las normativas del DIH, sino que, por el contrario, utiliza estas normas como guía de orientación para señalar cuando se ven vulnerados los derechos consagrados en la Convención y esto lo hace ver en sus sentencias donde justifica que una vulneración del DIH conlleva una violación de los DDHH.

Dentro del caso del bombardeo de Santo Domingo¹²², la CIDH hace referencia a esta complementariedad y dice:

Del mismo modo, con respecto a la aplicación del Derecho Internacional Humanitario, el Tribunal señaló en otras oportunidades que si bien “la Corte carece de competencia para declarar que un Estado es internacionalmente responsable por la violación de tratados internacionales que no le atribuyen dicha competencia, se puede observar que ciertos actos u omisiones que violan los derechos humanos de acuerdo con los tratados que le compete aplicar infringen también otros instrumentos internacionales de protección de la persona humana, como los Convenios de Ginebra de 1949 y, en particular, el artículo 3 común. al utilizar el DIH como norma de interpretación complementaria a la normativa convencional, la Corte no está asumiendo una jerarquización entre órdenes normativos, pues no está en duda la aplicabilidad y relevancia del DIH en situaciones de conflicto armado. Eso sólo implica que la Corte puede observar las regulaciones del DIH, en tanto normativa

¹²² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia, Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Consultada en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_259_esp.pdf

concreta en la materia, para dar aplicación más específica a la normativa convencional en la definición de los alcances de las obligaciones estatales.

3.3.1 La Masacre de Mapiripán

Los hechos que acontecieron fueron los siguientes¹²³:

El 12 de julio de 1997 aproximadamente un centenar de miembros de las AUC aterrizaron en el aeropuerto de San José de Guaviare en vuelos irregulares procedentes de Necoclí y Apartadó y fueron recogidos por miembros del Ejército sin que éstos últimos practicaran ningún tipo de control. El Ejército colombiano permitió el aterrizaje de las aeronaves que transportaban a dichos paramilitares, sin practicar ningún tipo de registro o anotación en los libros, y que abordaran libremente los camiones que allí esperaban al grupo, “como si se tratara de una operación militar, exceptuada habitualmente de este control”.

El Ejército colombiano facilitó el transporte de los paramilitares hasta Mapiripán. Los paramilitares fueron transportados desde el aeropuerto en dos camiones tipo “reo” de los que usualmente utiliza el Ejército, los cuales fueron autorizados para acceder a la pista ante una llamada efectuada por una persona que se identificó como oficial del Batallón “Joaquín París”. Los camiones se dirigieron a un paraje cercano a la llamada “Trocha Ganadera” que conduce al llano y selva adentro. En la carretera, se les unieron paramilitares de Casanare y Meta y desde allí, por vía fluvial, pasando por “El Barrancón” –donde se encontraban la Brigada Móvil II y la Infantería de Marina– continuaron su recorrido sin inconvenientes hasta Charras, en la orilla opuesta al río Guaviare, frente a Mapiripán.

Durante el recorrido de San José del Guaviare a Mapiripán los miembros del grupo paramilitar transitaron sin ser detenidos por áreas de entrenamiento de las tropas de la Brigada Móvil II, esta última bajo el mando del Coronel Lino Hernando Sánchez Prado.

El 14 de julio de 1997 las AUC irrumpieron en el poblado de Charras, reunieron a los habitantes en la plaza principal y les repartieron la revista “Colombia Libre”, con un inserto titulado “Al Pueblo de Guaviare”, firmado por el “Frente Guaviare” de las AUC, que amenazaba de muerte a todo aquel que “pagara impuestos” a las FARC.

¹²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Masacre de Mapiripán vs Colombia, Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Consultada en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serieec_134_esp.pdf

Al amanecer del 15 de julio de 1997, más de 100 hombres armados rodearon Mapiripán por vía terrestre y fluvial. Los hombres que conformaban el grupo paramilitar vestían prendas de uso privativo de las Fuerzas Militares, portaban armas de corto y largo alcance, cuyo uso era monopolio del Estado, y utilizaban radios de alta frecuencia.

Al llegar a Mapiripán, los paramilitares tomaron control del pueblo, de las comunicaciones y de las oficinas públicas y procedieron a intimidar a sus habitantes, y a secuestrar y producir la muerte de otros. Las declaraciones del señor Edison Londoño Niño, miembro de la Brigada Móvil II, sobre la colaboración entre los miembros del Ejército y las AUC, revelan que ésta no se limitó a abstenerse de impedir su llegada a Mapiripán, sino que también involucró el suministro de pertrechos y comunicaciones.

El 15 de julio de 1997 el General Jaime Humberto Uscátegui Ramírez tuvo conocimiento de la presencia de las AUC en Mapiripán y del inminente atentado contra la vida de sus habitantes. En efecto, el Mayor Hernán Orozco Castro envió al señor Brigadier General Jaime Humberto Uscátegui, Comandante de la VII Brigada, un memorando de información urgente donde informaba sobre la incursión y pronosticaba la violación de derechos fundamentales de la población de Mapiripán.

La Fiscalía General de la Nación concluyó que el Brigadier General Jaime Humberto Uscátegui Ramírez, Comandante de la Brigada VII, y el Coronel Lino Hernando Sánchez Prado, Comandante de la Brigada Móvil II, exhibieron completa inactividad funcional y operativa a pesar de tener conocimiento sobre la masacre. Más aún, dicha Fiscalía determinó que, ante el arribo de las AUC, se dispuso la movilización de las tropas del Batallón Joaquín París desde San José de Guaviare hacia otras localidades, dejando desprotegidas a las poblaciones de dicho lugar y de Mapiripán. El Teniente Orozco Castro declaró que cuando se hizo necesario enviar fuerzas militares a Mapiripán, éstas estaban desplegadas en otras localidades tales como Puerto Concordia, el Retorno y Calamar. A su vez, el 15 de julio de 1997 se dispuso la movilización de las últimas compañías del Batallón Joaquín París hacia Calamar, a pesar de que no existía confirmación sobre incidentes de perturbación del orden público en este lugar. La movilización de las tropas del Ejército fue injustificada y se basó en conjeturas o simples contingencias.

Los testimonios de los sobrevivientes indican que el 15 de julio de 1997 las AUC separaron a 27 personas identificadas en una lista como presuntos auxiliares, colaboradores o simpatizantes de las FARC y que estas personas fueron torturadas y descuartizadas por un miembro de las AUC conocido como “Mocha Cabezas”. Los

paramilitares permanecieron en Mapiripán desde el 15 hasta el 20 de julio de 1997, lapso durante el cual impidieron la libre circulación a los habitantes de dicho municipio, y torturaron, desmembraron, desvisceraron y degollaron aproximadamente a 49 personas y arrojaron sus restos al río Guaviare. Además, una vez concluida la operación, las AUC destruyeron gran parte de la evidencia física, con el fin de obstruir la recolección de la prueba.

La fuerza pública llegó a Mapiripán el 22 de julio de 1997, después de concluida la masacre y con posterioridad a la llegada de los medios de comunicación, cuando los paramilitares ya habían destruido mucha de la evidencia física.

La incursión de los paramilitares en Mapiripán fue un acto minuciosamente planeado desde varios meses antes de la masacre, ejecutado con previsiones logísticas y con la colaboración, aquiescencia y omisión de miembros del Ejército. La participación de agentes del Estado en la masacre no se limitó solamente a facilitar el ingreso de las AUC a la región, ya que las autoridades tuvieron conocimiento del ataque perpetrado contra la población civil en Mapiripán y omitieron adoptar las medidas necesarias para proteger a los miembros de la comunidad.

Las omisiones de la VII Brigada no se equiparaban a un simple incumplimiento de su deber legal de controlar la zona, sino que, según la Fiscalía General de la Nación, involucró “abstenciones en necesaria connivencia con la agrupación armada ilegal, así como en actitudes positivas eficaces tendientes a que los paramilitares logaran su propósito, pues indudablemente sin ese concurso no hubieran logrado actuar”

En relación con estos hechos se inició una investigación¹²⁴ disciplinaria que conllevó a su posterior sanción, según la cual se ordenó:

PRIMERO: Sancionar disciplinariamente con **SEPARACIÓN ABSOLUTA DE LAS FUERZAS MILITARES**, al Brigadier General (r) Jaime Humberto Uscátegui Ramírez, en su calidad de Comandante de la Séptima Brigada del Ejército Nacional, para la época de los hechos investigados, por haber incurrido en las faltas disciplinarias consagradas en el Decreto 85 de 1989, artículo 65, Sección C, literal a); Sección F, literal a); y artículo 184, literal g)

SEGUNDO: Sancionar disciplinariamente con **REPRENSION SEVERA**, al señor Mayor (hoy Teniente Coronel) Hernán Orozco Castro, en su calidad de Comandante

¹²⁴ Vice Procuraduría General de la Nación. Expediente 8-52234-2001, fallo disciplinario de 24 de abril de 2001.

encargado del Batallón de Infantería No. 19 “Joaquín París” del Ejército Nacional, para la época de los hechos investigados, por haber incurrido en las faltas disciplinarias [...] consagradas en el Decreto 85 de 1989, artículo 65, Sección C, literal a); Sección F, literales a) e i), de conformidad con las consideraciones planteadas en esta providencia.

TERCERO: Sancionar disciplinariamente con DESTITUCIÓN al señor Eduardo Brand Castillo, en su calidad de Secretario de Gobierno del Departamento del Guaviare, para la época de los hechos investigados por haber incurrido en la falta disciplinaria [...] Como pena accesoria se impondrá [...] la inhabilidad para ejercer funciones públicas por el término de dos (2) años [...] consagrada en la ley 200 de 1995, artículos 25, numeral 3, de conformidad con las consideraciones planteadas en esta providencia.

CUARTO: [...] ABSOLVER al Brigadier General Jaime Humberto Uscátegui Ramírez y al Mayor Hernán Orozco Castro por la no persecución del grupo armado que se desplazó a la inspección la Cooperativa, luego de los hechos sucedidos en Mapiripán.

QUINTO: [...] ABSOLVER a Jaime Calderón Moreno, en su calidad de Alcalde Municipal de Mapiripán, para la época de los hechos investigados; a Fernando Martínez Herrera, en su calidad de Registrador Municipal del Estado Civil de Mapiripán; a Luis Hernando Prieto Cárdenas, en su calidad de Inspector Municipal de Policía de Mapiripán; a César Augusto León Bermúdez, Personero Municipal y Juan Carlos López Pabón, Capitán de la Policía Nacional. [...]

SEXTO: [...] que se investigue disciplinariamente los hechos relacionados con la denuncia instaurada por el piloto Edmundo Schmitz Sicard [...] de conformidad con lo señalado en el punto referido a la conducta del oficial Juan Carlos López Pabón.

SEPTIMO: Compulsar copias ante la Fiscalía General de la Nación y ante la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares para investigar la posible comisión del delito de falso testimonio en que pudo incurrir Coronel Carlos Eduardo Ávila Beltrán.

Vale la pena resaltar que, si bien se dio una destitución con separación absoluta del Ejército Nacional, ello se debió a que se incurrió en otra falta catalogada como gravísima y que consistió en la obstaculización de las investigaciones. De no haber sido así, la sanción hubiera

sido la de Suspensión hasta por 90 días. Esto deja ver la ineficacia de los regímenes disciplinarios anteriores a la Ley 734 de 2002 para reprimir las infracciones al DIH.

Por otro lado, la Corte Interamericana encontró responsable al Estado colombiano de los hechos y del mismo modo le ordeno, en un plazo razonable, llevar a cabo toda investigación pertinente que llevase a cabo con el enjuiciamiento de los autores materiales e intelectuales, así como de quienes hubieran sido colaboradores de la masacre. Igualmente ordeno la plena identificación de las víctimas, protección integral para sus familiares y una indemnización significativa por el daño ocasionado.

3.3.2 La Masacre de Pueblo Bello

Masacre ocurrida el 14 de enero de 1990, cuando 43 pobladores murieron por órdenes de Fidel Castaño. Los hechos acontecieron de la siguiente forma, según testimonios de algunas víctimas¹²⁵:

“Entre el 13 y 14 de enero de 1990 un grupo de aproximadamente 60 hombres fuertemente armados, pertenecientes a una organización paramilitar creada por Fidel Antonio Castaño Gil denominada "los tangueros" por la relación de éstos con su finca “Las Tangas”, salieron de la finca “Santa Mónica” de su propiedad, ubicada en el municipio de Valencia, Departamento de Córdoba. Su propósito era realizar un ataque en el corregimiento de Pueblo Bello, para secuestrar a un grupo de individuos presuntamente colaboradores de la guerrilla con base en una lista de la que eran portadores”

La motivación personal de Fidel Castaño para realizar dicho ataque habría sido que a finales de diciembre de 1989 la guerrilla habría robado varias cabezas de ganado de su propiedad y las habrían transportado a través de Pueblo Bello hacia otra localidad. En razón de este hecho, Fidel Castaño habría considerado que los habitantes de Pueblo Bello fueron autores o cómplices de dicho robo. Además, en fecha no determinada el “mayordomo” de la finca “Las Tangas” habría sido asesinado en la plaza de Pueblo Bello.

¹²⁵ Testimonios de los señores Mariano Manuel Martínez, José Daniel Álvarez y Rubén Díaz Romero rendidos ante la Corte Interamericana durante la audiencia pública celebrada el 19 de septiembre de 2005.

El 14 de enero de 1990, entre las 20:30 y las 22:50 horas de la noche, incursionó violentamente en el corregimiento de Pueblo Bello dicho grupo de paramilitares, en dos camiones marca Dodge-600, aparentemente hurtados, divididos en cuatro grupos. Cada grupo estaba al mando de un “jefe de comisión” y tenía funciones específicas: ocupar el centro de la población y “capturar” a las personas “sospechosas”; cubrir las vías de escape aledañas a Pueblo Bello; y bloquear las vías que de Pueblo Bello conducen a Turbo y a San Pedro de Urabá. Dichos paramilitares portaban armas de fuego de diferente calibre, vestían de civil, así como prendas de uso privativo de las Fuerzas Militares, y llevaban en el cuello trapos rojos y rosado.

Los paramilitares saquearon algunas viviendas, maltrataron a sus ocupantes y sacaron de sus casas a un número indeterminado de hombres, a quienes llevaron a la plaza del pueblo. Asimismo, algunos miembros del grupo armado ingresaron a la iglesia ubicada frente a dicha plaza, donde ordenaron a las mujeres y niños que permanecieran en el interior y a los hombres que salieran y se dirigieran a la plaza. Allí los colocaron boca abajo en el suelo y, lista en mano, escogieron a 43 hombres que fueron amarrados, amordazados y obligados a abordar los dos camiones utilizados para el transporte de los paramilitares.

Los dos camiones, con los 43 secuestrados, salieron de Pueblo Bello aproximadamente a las 23:30 horas y se desplazaron nuevamente hacia la finca “Santa Mónica” por el camino que comunica Pueblo Bello con San Pedro de Urabá en una zona declarada “de emergencia y de operaciones militares”

El retén ubicado entre Pueblo Bello y San Pedro de Urabá tenía por función controlar el tránsito de vehículos y personas. La requisita consistía en solicitar los documentos de identidad a los transeúntes, revisar los vehículos, sus ocupantes y carga y de todo tipo de tránsito durante los paros armados. Cuando se declaraba un paro armado los retenes militares de la zona funcionaban de seis de la mañana a seis de la tarde y luego de esa hora se cerraba el paso a todo vehículo hasta el día siguiente.

Aproximadamente a la 1:30 de la madrugada del 15 de enero de 1990, llegaron a la finca “Santa Mónica”, donde fueron recibidos por Fidel Castaño Gil, quien ordenó que los individuos secuestrados fueran conducidos hasta una playa del río Sinú, ubicada en la finca “Las Tangas”. Una vez allí, Fidel Castaño Gil dispuso retirar los camiones y que los detenidos fueran divididos en dos grupos de tres a cinco personas para interrogarlos “sobre un ganado que se le había perdido días antes y sobre la muerte de Humberto Quijano.

Como resultado de esos primeros interrogatorios, habrían perdido la vida 20 personas. Los sobrevivientes habrían sido trasladados a una arboleda para evitar que fueran vistos. Alrededor de las siete de la mañana del 15 de enero de 1990, Fidel Castaño Gil procedió personalmente con el interrogatorio; los sobrevivientes habrían sido "golpeados a patadas y puñetazos", hasta su muerte

Posteriormente, los paramilitares trasladaron los cadáveres a las fincas "Las Tangas". Cerca de 22 cadáveres fueron transportados hacia otra playa del Río Sinú en la misma finca "Las Tangas", donde habrían sido enterrados. No obstante que, a la fecha se desconoce el paradero de 37 de esas personas.

En la mañana del 15 de enero de 1990 varios familiares de las personas secuestradas se dirigieron a la base militar de San Pedro de Urabá con el fin de obtener información sobre el paradero de los desaparecidos. En la base fueron recibidos por el Teniente Fabio Enrique Rincón Pulido, quien les indicó que los camiones que transportaban a las personas retenidas en Pueblo Bello no habían pasado por el retén militar y mencionó que los pobladores de Pueblo Bello "cambiaron gente por ganado".

Aproximadamente una semana después de ocurridos los hechos, algunos familiares de las personas desaparecidas, acompañados por personal de la Procuraduría, revisaron la base militar para verificar si los secuestrados se encontraban allí, pero no encontraron a nadie.

Ocho días después de los hechos, hombres vestidos de militar, supuestamente provenientes de la base militar de Carepa, llegaron a Pueblo Bello en helicóptero y, con base en una lista, repartieron sobres con 50.000,00 pesos entre familiares de las personas desaparecidas, pero muchas de ellas no los recibieron.

En razón de la publicación de un artículo periodístico el 16 de enero de 1990, la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación, ordenó iniciar de oficio el 19 de enero de 1990 la indagación preliminar sobre la presunta violación de los derechos humanos a raíz de los sucesos de Pueblo Bello, y ordenó la recepción de declaraciones y la práctica de visitas sobre lugares, batallones, guarniciones militares y domicilios privados.¹²⁶

¹²⁶ Resolución de 19 de enero de 1990 emitida por la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación.

A partir de esa fecha y hasta noviembre de 1991 se llevaron a cabo diferentes actuaciones por parte de la procuraduría delegada para la defensa de los derechos humanos con el fin de dar esclarecimiento a los hechos. No obstante, el 27 de noviembre de ese año se decidió absolver a los investigados, Capitán del Ejército Nacional Álvaro Gómez Luque, en su condición de Comandante de la Base Militar de San Pedro de Urabá, Teniente del Ejército Nacional Néstor Enrique Barrera Vega en su condición de Comandante del Retén Militar de San Pedro de Urabá.¹²⁷

El 16 de agosto de 1998 la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos ordenó iniciar investigación disciplinaria contra el Teniente Fabio Enrique Rincón Pulido. En su resolución, advirtió que la investigación debía contraerse a la conducta de desaparición forzada de personas, sin que se pudiera extender a las posibles torturas y homicidio múltiple dado que éstas últimas habrían prescrito.¹²⁸

Posteriormente, en sentencia de julio del 2000 la Procuraduría Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos dictó fallo de primera instancia en la investigación disciplinaria seguida en contra del Teniente del Ejército Nacional Fabio Enrique Rincón Pulido, por medio de la cual decidió absolverlo de toda responsabilidad disciplinaria por los cargos imputados y su presunta participación en los hechos descritos. En el entendido que “no obstante existir algunos elementos de prueba que permitieron, al proferir el auto de cargos, inferir la presunta colaboración del sujeto disciplinable en los hechos materia de esta averiguación, se hace evidente que del análisis precedente surgen una serie de dudas razonables en cuanto a la participación por acción del mencionado teniente en los hechos investigados, dudas que no se pudieron eliminar y, por consiguiente, deben ser resueltas en favor del disciplinado”¹²⁹

Por su parte, la Corte IDH¹³⁰ encontró responsable al Estado colombiano de las vulneraciones contra los derechos a la integridad personal y a la libertad personal, consagrados en los artículos 4.1, 5.1, 5.2, 7.1 y 7.2 de la Convención, en relación con la obligación general de respetar y garantizar los 151 derechos establecida en el artículo 1.1 de dicho tratado, en razón del incumplimiento de su obligación de garantizar esos derechos, por haber faltado a sus deberes de prevención, protección e investigación.

¹²⁷ Resolución de 27 de noviembre de 1991 emitida por la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos.

¹²⁸ Resolución de 16 de agosto de 1998 emitida por la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos.

¹²⁹ Procuraduría General de la Nación. Sentencia de 31 de julio de 2000, Procuraduría Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos, investigación radicada bajo el No. 008-120607.

¹³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, Sentencia de 31 de enero de 2006. Consultada en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_140_esp.pdf

Del mismo modo, ordenó que el Estado realice las diligencias necesarias para que las violaciones a los derechos humanos cometidas sean efectivamente investigadas en procesos en los que se otorguen todas las garantías judiciales, con el fin de evitar la repetición de hechos tan graves como los que ocurrieron en la masacre de Pueblo Bello.

Este caso, en particular, tiene una gran relevancia en el presente trabajo ya que, a pesar de las investigaciones realizadas, los testimonios y otras pruebas que fueron halladas por los entes encargados. Como se ve en la sentencia de la Corte IDH, dentro de la jurisdicción interna de Colombia no se tiene ningún agente estatal como responsable de los hechos, lo cual conlleva, a la fecha, poco más de 25 años de impunidad.

3.3.3 Masacre de El Aro – Ituango

Entre el 22 de octubre y el 12 de noviembre de 1997 se dio una incursión paramilitar en el corregimiento de Buitópolis, mejor conocido como El Aro, en la región de Ituango. La masacre inició en el corregimiento de Puerto Valdivia y contó con el beneplácito de las Fuerzas Militares.¹³¹

Se tiene que 15 personas fueron torturadas y asesinadas en la incursión paramilitar que se llevó a cabo en esos días, además de la destrucción de viviendas, establecimientos de comercio, el robo de bienes como cabezas de ganado y el desplazamiento forzado de cerca de 1400 personas.¹³²

En el 2001 la Procuraduría archivó el proceso que se llevaba en contra del Mayor General Carlos Ospina Ovalle, por su presunta participación en los hechos. Bajo el argumento de que no se encontraron pruebas suficientes que dieran certeza de las presuntas omisiones que permitieron la ocurrencia de tales hechos.

Del mismo modo en enero del 2002 la Procuraduría Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos se inhibió de proseguir actuación disciplinaria en contra del Teniente capitán Germán Morantes Hernández y resolvió formular cargos al Teniente Everardo Bolaños Galindo y el capitán Germán Alzate Cardona.

¹³¹ Declaración rendida en confidencialidad ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 28 de octubre de 2004.

¹³² Declaración rendida por la señora María Resfa Posso de Areiza el 17 de agosto de 2005 con destino a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Esta investigación conllevó a la posterior destitución del Teniente Everardo Bolaños Galindo y el capitán Germán Alzate Cardona, mediante fallo emitido el 30 de septiembre de 2002, por haberlos encontrado responsables de colaborar y facilitar, a título de dolo, la ocurrencia de la masacre de El Aro. Esta decisión fue ratificada en noviembre del 2002, por la sala disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, en segunda instancia.

Por lo anterior la Corte IDH decidió declarar la responsabilidad del Estado colombiano en los hechos y ordenó a las autoridades respectivas realizar las debidas diligencias para activar y completar eficazmente las investigaciones para determinar la responsabilidad de todos los autores de la masacre y de las personas responsables por acción o por omisión del incumplimiento de la obligación estatal de garantizar los derechos violados. El Estado debe llevar a término el proceso penal sobre las masacres de Ituango, de forma que permita el esclarecimiento de todos los hechos y la sanción de los responsables. Los resultados de estos procesos deberán ser públicamente divulgados por el Estado, de manera que la sociedad colombiana pueda conocer la verdad acerca de los hechos del presente caso.¹³³

3.3.4 Masacre de los 19 Comerciantes

El 6 de octubre de 1987, 17 comerciantes que se movilizaban desde Cúcuta hasta la ciudad de Medellín, fueron asesinados, descuartizados y sus cuerpos fueron arrojados a las afluentes del río Magdalena, en un lugar conocido como Palo de Mango en inmediaciones del municipio de Puerto Boyacá.¹³⁴

Alrededor de quince días después de la desaparición de los 17 comerciantes, los señores Juan Alberto Montero Fuentes -cuñado de la presunta víctima Víctor Manuel Ayala Sánchez- y José Ferney Fernández Díaz, fueron en búsqueda de los desaparecidos. Cuando se encontraban realizando dicha búsqueda, miembros del mencionado grupo “paramilitar” que operaba en el Municipio de Puerto Boyacá detuvieron a los señores Montero y Fernández, quienes “corrieron la misma suerte de los primeros diecisiete (17) desaparecidos”¹³⁵

Ante estos hechos, los familiares de las víctimas acudieron a las autoridades respectivas, pero estas no realizaron una búsqueda inmediata de los 19 cuerpos. Hasta la fecha, no se tiene conocimiento del paradero de los cuerpos.

¹³³ Corte IDH. Caso Masacre de Ituango vs. Colombia, Sentencia de 01 de julio de 2006. Consultada en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_148_esp.pdf

¹³⁴ Copia del expediente ante la Fiscalía de la Unidad Nacional de Derechos Humanos en la causa contra Jairo Iván Galvis Brochero, Robinson Gutiérrez de la Cruz, Waldo Patiño García y otros por delitos de secuestro extorsivo, homicidio agravado, radicado 087-DH.

¹³⁵ *Ibidem*.

El 31 de agosto y el 6 de septiembre de 1990 la Asociación de Familiares de Detenidos Desaparecidos de Colombia (ASFADDES) presentó escritos ante el Procurador General de la Nación, en los cuales solicitó que se le brindara información oficial sobre las investigaciones que se estaban realizando sobre lo sucedido a las presuntas víctimas, sobre el lugar exacto en el cual fueron arrojados al río Magdalena y sobre la entrega de sus cadáveres. En septiembre de 1990 los familiares de las presuntas víctimas también presentaron un escrito al Procurador General de la Nación formulando la misma solicitud. Tales solicitudes fueron interpuestas en virtud de que diversos diarios nacionales publicaron artículos en los cuales se indicaba, con base en averiguaciones realizadas por el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), lo que supuestamente había sucedido a los 19 comerciantes y se señalaba que en tales hechos estaban vinculados varios miembros del Ejército¹³⁶

El 18 de diciembre de 1992, la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos emitió una resolución, en la cual decidió “inhibirse de abrir formal averiguación disciplinaria contra miembro alguno del Ejército y la Policía Nacional por los hechos objeto de investigación”, porque “se carecía de elementos probatorios para vincular como partícipes de la masacre a miembros del Ejército o la Policía” y, en consecuencia, dispuso “archivar de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3º inciso 2º del decreto 3404 de 1983, por falta de mérito.”¹³⁷

El 18 de julio de 1997 el Procurador Delegado para la Defensa de los Derechos Humanos emitió una resolución, en la cual decidió “abstenerse de decretar la reapertura” de las investigaciones relacionadas con los hechos ocurridos en octubre de 1987 bajo el argumento de que, para la fecha de la solicitud de reapertura, habían transcurrido más de nueve años desde la ocurrencia de la masacre término que supera el establecido por el artículo 34 de la ley 200 de 1995 para adelantar la respectiva acción disciplinaria.

La Corte IDH¹³⁸, en atención de los hechos anteriormente descritos, decidió declarar la responsabilidad en los hechos del Estado colombiano y violó los derechos a la libertad personal, a la integridad personal y a la vida consagrados en los artículos 7, 5 y 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma. Así como los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrados

¹³⁶ Procuraduría General de la Nación. Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos, expediente 008-107180.

¹³⁷ Resolución emitida por la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos el 18 de diciembre de 1992.

¹³⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de los 19 comerciantes vs Colombia, Sentencia de 05 de julio de 2004. Consultada en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_109_esp.pdf

en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma.

Por consiguiente, dispuso que el Estado debe efectuar, en un plazo razonable, una búsqueda seria, en la cual realice todos los esfuerzos posibles para determinar con certeza lo ocurrido con los restos de las víctimas y, en caso de ser posible, para entregarlos a sus familiares. Además de las oportunas investigaciones y juzgamientos que se deban realizar para determinar la responsabilidad de los agentes estatales que estuvieron implicados en las desapariciones.

3.3.5 Masacre de La Rochela

El 18 de enero de 1989 en la vereda de La Rochela - Simacota, departamento de Santander, fueron asesinados 13 funcionarios judiciales mientras se movilizaban por una carretera rural. A estos hechos sobrevivieron tres investigadores del Cuerpo Técnico de la Policía Judicial.

Esta masacre fue perpetrada por un grupo de hombres que pertenecían al grupo paramilitar conocido como “Los Masetos” que tenía su centro operacional en el Magdalena Medio, con la ayuda de miembros de la fuerza pública. Los integrantes de la Comisión judicial fueron asesinados, mientras investigaban algunas graves violaciones a los derechos humanos ejecutadas en esa zona, entre ellas la desaparición forzada de 19 comerciantes, ocurrida el 6 de octubre de 1987.

Después de realizar los asesinatos, el grupo de paramilitares se apropió de los expedientes que llevaban con ellos los investigadores, por lo que se dedujo que su misión era impedir el esclarecimiento de las investigaciones que estaban llevando a cabo.

Frente a estos hechos se inició una investigación disciplinaria el seis de febrero de 1989¹³⁹ contra el Teniente Oswaldo Prado y los “Tenientes de apellido Andrade y Pachón” por supuesta complicidad y amparo al grupo paramilitar “Los Masetos”. Que no condujo a ninguna sanción, puesto que el 7 de junio de 1994 la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares decretó la prescripción de la acción disciplinaria.¹⁴⁰

¹³⁹ Oficio 2012 de 12 de abril de 1989 suscrito por el Procurador Delegado para las Fuerzas Militares.

¹⁴⁰ Resolución No. 338 del 7 de junio de 1994 emitida por el Procurador Delegado para las Fuerzas Militares

Por estos hechos la Corte IDH decidió declarar la responsabilidad del Estado colombiano, en el entendido que violó los derechos a la libertad personal, a la integridad personal y a la vida consagrados en los artículos 7, 5 y 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma. Así como los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma.¹⁴¹

Del mismo modo, ordenó que el Estado debe, en un plazo razonable, conducir eficazmente los procesos penales que se encuentran en trámite y los que se llegaren a abrir, y debe adoptar todas las medidas necesarias que permitan el esclarecimiento de los hechos del presente caso, en aras de determinar la responsabilidad de quienes participaron en dichas violaciones ya que los procedimientos internos seguidos en el presente caso no han constituido recursos efectivos para garantizar un verdadero acceso a la justicia por parte de las víctimas sobrevivientes y de los familiares declarados víctimas, dentro de un plazo razonable, que abarque el esclarecimiento de los hechos, la investigación y sanción de todos los responsables y la reparación de las violaciones.¹⁴²

Este caso, en particular, resalta también una gran importancia puesto que no se tiene ningún responsable dentro de las investigaciones llevadas a cabo. Las cuales tienen además como un hecho de gravedad el dilatamiento y la inoperancia que tuvieron los encargados de dichas investigaciones y que conllevaron a la prescripción de estas investigaciones.

Otro punto a resaltar es el hecho de que en este caso las víctimas no eran población civil, sino que fueron agentes estatales que llevaban a cabo investigaciones judiciales con miras a esclarecer otros hechos violentos ocurridos con anterioridad.

3.3.6 Masacre de Santo Domingo

Los hechos acontecidos fueron los siguientes¹⁴³:

El 13 de diciembre de 1998 varias aeronaves sobrevolaban los alrededores de Santo Domingo en horas de la mañana y en mayor número a partir de las 09:00 am, las cuales posteriormente fueron identificadas. En que en el marco de las operaciones que

¹⁴¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Masacre de La Rochela Vs. Colombia, Sentencia de 11 de mayo de 2007.

¹⁴² *Ibidem*.

¹⁴³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia, Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Consultada en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_259_esp.pdf

se presentaban en la zona, a las 10:02:09 am, la tripulación del helicóptero UH1H 4407 de la Fuerza Aérea Colombiana integrada por el piloto Teniente C.R.P., el copiloto Teniente J.J.V. y el técnico de la aeronave H.M.H.A., lanzó un dispositivo clúster (“AN-M1A2”).

La población civil argumenta que la bomba tipo racimo fue lanzada sobre un caserío, ocasionando los daños anteriormente descritos. Esta hipótesis es respaldada por las investigaciones posteriores llevadas a cabo por la fiscalía.

De estos sucesos ocurridos entre el 12 y 14 de diciembre en Santo Domingo, resultaron muertas 17 personas, de las cuales 6 eran niños y niñas, y a su vez, según el Informe de Fondo de la Comisión⁹², resultaron heridas 27 personas, entre ellas 10 niñas y niños.

Por su lado, la Fuerza Aérea colombiana señala que la bomba fue lanzada en terreno despoblado a más de 500 metros de donde se encontraban los civiles y que los daños ocasionados ocurrieron con ocasión de un camión bomba dispuesto en el caserío por miembros del ELN.

El 13 de diciembre de 1998 el Director Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación inició de oficio una indagación preliminar disciplinaria.¹⁴⁴

El 13 de junio de 2000 la Procuraduría ordenó la apertura de investigación contra el Capitán C.R.P., el Teniente J.J.V., el Técnico de Vuelo H.M.H.A. y el Comandante del Batallón Contraguerrillas No, 36 "Comuneros", Mayor del Ejército Nacional J.M.G.G.

El 27 de octubre de 2000 se formularon cargos disciplinarios contra C.R.P., J.J.V. y H.M.H.A. Concretamente, al Capitán C.R.P. se le imputó el lanzamiento de un artefacto explosivo tipo clúster, teniendo conocimiento del peligro que ello acarrearía. La Procuraduría sostuvo que dicho comportamiento constituye una violación grave al Derecho Internacional Humanitario, el cual se estructuró en el marco del dolo eventual. Al Técnico de Vuelo H.M.H.A. se le imputó que, al momento de las operaciones militares en el caserío de Santo Domingo, atendiendo la orden impartida por el piloto de la aeronave mencionada, disparó un dispositivo clúster a un blanco previamente seleccionado, teniendo conocimiento que el mismo se encontraba

¹⁴⁴ Procuraduría General de la Nación, Comisión Especial Disciplinaria, radicación 155-45564-00, 2 de octubre de 2002.

situado dentro del caserío cerca al lugar donde la mayoría de los habitantes se hallaban reunidos. Dicha conducta se adecuó a título de dolo eventual

El 2 de octubre de 2002 la Comisión Disciplinaria Especial, creada por el Procurador General de la Nación, profirió fallo de primera instancia en el que sancionó al Capitán C.R.P. y al Técnico de Vuelo H.M.H.A. a suspensión en el ejercicio de sus cargos por tres meses y absolvió al Mayor J.M.G.G. y al Teniente J.J.V. Los sancionados apelaron el fallo y el 19 de diciembre de 2002 la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación resolvió confirmar el fallo de primera instancia.¹⁴⁵

Es así como, por lo anteriormente expuesto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos decide declarar como responsable de los hechos al Estado colombiano por las graves violaciones de derechos que se cometieron contra la población víctima del bombardeo aéreo de Santo Domingo. El Estado es responsable por la violación del derecho a la vida, reconocido en el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de dicho instrumento, en perjuicio de las personas fallecidas en los hechos del 13 de diciembre de 1998 en Santo Domingo, y en relación con el artículo 19 de la misma, respecto de las víctimas niñas y niños fallecidos. Así mismo como el derecho a la integridad personal, reconocido en el artículo 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de dicho instrumento.¹⁴⁶

Este caso tiene una connotación distinta a los demás anteriormente mencionados ya que, a diferencia de ellos, en este caso se trata de una actuación directa de las Fuerzas Armadas sin el involucramiento de grupos paramilitares o guerrilleros. A pesar de la versión que señalaba como responsables del bombardeo a las FARC, se logró demostrar que se trató de una mala actuación de miembros del ejército en medio de unas operaciones militares.

¹⁴⁵ Sala Disciplinaria, Procuraduría General de la Nación, radicación 161-01640, 19 de diciembre de 2002.

¹⁴⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia, Sentencia de 30 de noviembre de 2012.

4 TÉRMINOS DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA

Como ya se dijo anteriormente, la finalidad del Derecho Disciplinario es “la prevención y la buena marcha de la gestión pública, así como la garantía del cumplimiento de los fines y funciones del Estado en relación con las conductas de los servidores públicos que los afecten o pongan en peligro”.¹⁴⁷ Por esto existe esa *Relación Especial de Sujeción* en los servidores públicos, ya que con sus actuaciones, ya sea por acción directa, omisión o extralimitación, menoscaban los fines esenciales del Estado. Es por esto que, con el derecho disciplinario, se busca establecer unas pautas de conducta idónea dentro de los servidores públicos y fomentar una *ética de la función pública*.

4.1 LA PRESCRIPCIÓN

Existe un término, establecido por la ley, para que el operador disciplinario lleve a cabo las acciones investigativas y la posterior sanción disciplinaria. De no hacerlo dentro de estos límites de tiempo establecidos, la acción disciplinaria y el poder correctivo que tiene el Estado sobre sus funcionarios pierde su valor y se deforma. Tal ocurrencia de la pérdida de capacidad para perseguir, investigar y sancionar, conocida como *Prescripción*, se puede dar por diferentes factores como por ejemplo el transcurrir del tiempo, ya que con esto el ente disciplinario pierde su potestad punitiva y permite que el autor de la falta tenga el derecho a reclamar la desaparición de cualquier pretensión punitiva del Estado en su contra.¹⁴⁸

La Corte Constitucional, al pronunciarse sobre la materia en cuestión, señaló que es “un instituto jurídico procesal liberador, en virtud del cual, por el transcurso del tiempo,¹⁵ se extingue la acción o el poder del Estado de imponer una sanción”.¹⁴⁹

De igual forma, la Corte Constitucional ha dicho que “la defensa social no se ejerce dejando los procesos en suspenso, sino resolviéndolos. Si los procesos disciplinarios, no culminan, no será por obra del infractor, sino, ordinariamente, por obra de la despreocupación o de la insolvencia técnica de los encargados de juzgar”.¹⁵⁰

¹⁴⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-948 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

¹⁴⁸ ISAZA SERRANO, Carlos Mario. Derecho Disciplinario Parte General. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1998.

¹⁴⁹ Corte Constitucional, sentencia C-556 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

¹⁵⁰ Corte Constitucional, sentencia C-244 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Como ya se dijo anteriormente, la prescripción es una institución jurídica por medio de la cual, por haberse agotado los términos establecidos legalmente, se pierde el derecho a actuar en determinados casos.¹⁵¹

La Prescripción existe, en razón de mantener la seguridad jurídica, como regla general de diferentes procesos jurídicos. No obstante, esto no impide que el legislador, en pleno uso de sus potestades constitucionales, establezca la *Imprescriptibilidad* para algunos casos concretos con el fin de garantizar la protección de ciertos bienes jurídicos de orden superior. Un caso concreto y muy afín al presente estudio es el de la Imprescriptibilidad de la acción penal contra los crímenes cometidos contra la humanidad y crímenes de guerra, que protege los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario.

La Prescripción existe como una sanción ante la inoperancia del estado en perseguir a quien cometió el delito, al tiempo que se constituye como una garantía de este último para que se defina su situación jurídica dentro de un tiempo prudencial, previamente establecido por la ley.¹⁵²

Sobre este punto, la Corte Constitucional¹⁵³ ha señalado que “El Estado se encuentra en la obligación de investigar dentro de un determinado tiempo la presunta comisión de un hecho punible. Este principio es parte integrante de los principios que conforman un Estado social de derecho que vela por la dignidad de la persona y el respeto efectivo de los derechos humanos, de conformidad con los artículos 1º y 2º de la Constitución Política.”

Del mismo modo, algunos tratadistas como Isaza Serrano¹⁵⁴ se refieren a la Prescripción indicando que “como institución se encuentra al servicio de la seguridad y de la paz jurídicas, dado que, al permitir la extinción de las situaciones susceptibles de contradicción, prolongadas en el tiempo, clarifica los valores jurídicos y consecuentemente, los valores de convivencia”

4.2 PRESCRIPCIÓN EN EL DERECHO DISCIPLINARIO

La Prescripción, en materia disciplinaria, está establecida como una causal de extinción de la acción disciplinaria. Sobre esto la Corte¹⁵⁵ ha dicho:

¹⁵¹ Corte Constitucional, Sentencia C-607 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁵² Corte Constitucional, sentencia C- 556 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

¹⁵³ *Ibidem*.

¹⁵⁴ Ob Cit. Isaza Serrano.

¹⁵⁵ Corte Constitucional, sentencia C- 556 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

“Este fenómeno tiene operancia en materia disciplinaria, cuando la Administración o la Procuraduría General de la Nación, dejan vencer el plazo señalado por el legislador, que es de 5 años, sin haber adelantado y concluido el respectivo, con decisión de mérito. El vencimiento de dicho lapso implica para dichas entidades la pérdida de la potestad de imponer sanciones, es decir, que una vez cumplido dicho periodo sin que se haya dictado y ejecutoriado la providencia que le ponga fin a la actuación disciplinaria, no se podrá ejercitar la acción disciplinaria en contra del beneficiado con la prescripción”.

Continúa la Corte:

“El fin esencial de la prescripción de la acción disciplinaria, está íntimamente ligado con el derecho que tiene el procesado a que se le defina su situación jurídica, pues no puede el servidor público quedar sujeto indefinidamente a una imputación. Si la acción disciplinaria tiene como objetivo resguardar el buen nombre de la administración pública, su eficiencia y moralidad, es obvio que ésta debe apresurarse a cumplir con su misión de sancionar al infractor del régimen disciplinario, pues de no hacerlo incumpliría una de sus tareas y, obviamente, desvirtuaría el poder corrector que tiene sobre los servidores estatales. Esta idea es reiterada por Eissen cuando afirma que ello “implica un justo equilibrio entre la salvaguardia del interés general de la comunidad y el respeto de los derechos fundamentales del hombre, aunque atribuyendo un valor particular a estos últimos”.¹⁵⁶

Es así como existen dos tipos de Prescripción, la prescripción de la acción disciplinaria y la prescripción de la sanción disciplinaria. En cuanto a la acción, hace referencia a la imposibilidad de adelantar, o continuar adelantando, el proceso que se lleva a cabo con el fin de comprobar la ocurrencia de la falta disciplinaria y así lograr imponer su respectiva sanción disciplinaria, debido al vencimiento del plazo estipulado por la ley para tal fin en el entendido que no se puede someter al investigado indefinidamente a una imputación disciplinaria. Por su parte, la Prescripción de la sanción, se refiere a la incapacidad que tiene el Estado de ejecutar la sanción impuesta, o hacer efectiva, por sus autoridades después que haya transcurrido el tiempo debido para ello.

4.2.1 Prescripción en los Regímenes Disciplinarios de la Fuerza Pública

Hasta el año 1995 no existía ninguna regulación concerniente a los Derechos Humanos y el Derecho internacional humanitario dentro de los regímenes disciplinarios de la Fuerza Pública. En ese entonces sus únicos intereses eran velar por el cumplimiento de sus deberes

¹⁵⁶ *Ibidem*.

y el honor miliar, por lo cual dichos regímenes se enfocaban en castigar las faltas que atentaran contra tales criterios; tanto así que, dichas faltas eran castigadas con la máxima sanción que se establecía en estos regímenes.

No obstante, ante la ocurrencia de conductas tales como las desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales, abusos sexuales, entre otros delitos que fueron perpetrados por miembros activos de la fuerza pública o con el consentimiento de estos. Acciones las cuales han llamado la atención de la comunidad internacional, así mismo como han ocasionado varias condenas al Estado Colombiano por parte de la Corte IDH¹⁵⁷, igualmente que del Consejo de Estado.

Por lo anterior, el Legislativo se vio en la necesidad de promulgar leyes que permitieran la promoción y el respeto de los DDHH y del DIH dentro de las distintas normativas de la Fuerza Pública¹⁵⁸, castigando toda conducta que atente contra ellos. Por esto se puede decir que, en materia de normas, Colombia está cumpliendo con sus compromisos internacionales en la defensa y respeto de los DDHH y el DIH. Sin embargo, aún falta que se implementen mecanismos que permitan una real y efectiva protección.

El régimen disciplinario de las Fuerzas Militares está regulado en la actualidad por la Ley 836 de 2003 que, al respecto de la prescripción, establece:

Artículo 69. Términos de prescripción de la acción y de la sanción. La acción disciplinaria prescribe en cinco (5) años y en el término de doce (12) años, para las faltas señaladas en los numerales 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

La prescripción de la acción empezará a contarse para las faltas instantáneas desde el día de la consumación, y desde la realización del último acto en las de carácter permanente o continuado. La ejecución de la sanción disciplinaria prescribe en el término de cinco (5) años, contados a partir de la ejecutoria del fallo.

¹⁵⁷ La Convención Americana de Derechos Humanos suscrita el 22 de noviembre de 1969, fue aprobada por Colombia mediante Ley 16 de 1972. D.O. 33.780 y ratificada el 31 de julio de 1973. El país aceptó la competencia de la Corte y la Comisión, el 21 de junio de 1985. Colombia ha sido condenada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en dieciséis diferentes casos, que han sido objeto de análisis de dicho órgano judicial desde 1995 hasta la fecha.

¹⁵⁸ Además de las Leyes 200, 734, 836 y 1015, así como los Decretos 1797 y 1798, se han expedido, las Leyes 599 de 2000 (art. 101, 102, 135-164). (Código Penal); 600 de 2000 Código de Procedimiento Penal, 782 de 2002 (que prorrogó la vigencia de la Ley 418 de 1997); 975 de 2005 (Ley de justicia y paz).

Cuando fueren varias las conductas juzgadas en un solo proceso, la prescripción de las acciones se cumple independientemente para cada una de ellas. Parágrafo. Los términos prescriptivos aquí previstos quedan sujetos a lo establecido en los tratados internacionales

Artículo 70. Prescripción de varias acciones. Cuando fueren varias las conductas juzgadas en un solo proceso, la prescripción de las acciones se cumplirá independientemente para cada una de ellas.

Artículo 71. El disciplinado podrá renunciar a la prescripción de la acción disciplinaria. En este caso la acción sólo podrá proseguirse por un término máximo de dos (2) años contados a partir de la presentación personal de la solicitud.

Por su parte, el régimen disciplinario de la Policía Nacional se encuentra regulado por la Ley 1015 de 2006, la cual no tiene estipulaciones precisas sobre la prescripción, sino que hace una remisión al Código Único Disciplinario.

Artículo 32. Las causales de extinción de la acción. La acción disciplinaria, al igual que la Prescripción de la acción y de la sanción, se regularán por lo contemplado en la Ley 734 de 2002 “Código Disciplinario Único. (arts. 30 y ss.).

4.3 IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA

Hablar de *Imprescriptibilidad Disciplinaria* en casos de graves transgresiones a los DDHH y el DIH tiene sus complicaciones, más aun si tenemos en cuenta que al respecto de la Imprescriptibilidad Penal, en estos mismos casos, no existe una posición unánime a su favor.¹⁵⁹

Ese planteamiento se dio después de la Segunda Guerra Mundial y a partir de los posteriores Juicios de Núremberg ya que los Estados empezaron a seguir la práctica de declarar la imprescripción de delitos cometidos contra la humanidad para dar una plena identificación y persecución de los responsables de crímenes atroces en estos ámbitos de los Derechos Humanos y como una muestra en procura de darle una visión ético normativa al derecho interno de cada Estado.

¹⁵⁹ Corte Constitucional, sentencia C-580 del 31 de julio de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil. (Salvamentos de voto de los magistrados Jaime Araujo Rentarías y Clara Inés Vargas)

No se puede negar que la declaración de la prescripción jurídica de un hecho es un favorecimiento a la impunidad de estos, pues impiden el esclarecimiento, la búsqueda de la verdad y la endilgación de responsabilidades a los autores intelectuales y materiales de los mismos. Al respecto, la Corte IDH¹⁶⁰ se ha manifestado en reiteradas ocasiones, haciendo un rechazo a todo impedimento de carácter interno que promueva la impunidad y que impida alcanzar una administración de justicia, en cada caso particular, que logre esclarecer los hechos, así como sancionar a sus responsables y reparar a las víctimas.

Este Tribunal ya había señalado desde el Caso Barrios Altos que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Para algunos doctrinantes, que apoyan la imprescriptibilidad de crímenes que atenten contra los DDHH y el DIH, declarar la prescripción de las investigaciones no atenta solamente contra las normativas mencionadas, sino que, del mismo modo, vulneran otros derechos ya que esto “implica la afectación, dentro de los que cabe mencionar, el derecho a la verdad, el acceso a la justicia y el deber de prevenir, investigar y sancionar, así como la prohibición de la impunidad, lo que podría generar responsabilidad internacional del Estado”¹⁶¹

En cuanto al *Derecho a la Verdad*, se entiende por este que todo estado tiene la inherente obligación de investigar de forma pronta y oportuna la ocurrencia de hechos violatorios de los Derechos Humanos. Por lo cual, el Estado debe llevar a cabo todas las actividades posibles para lograr el esclarecimiento de los hechos y las circunstancias que dieron lugar a estos. Sobre esto la Corte IDH ha dicho que “toda investigación debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad”¹⁶²

¹⁶⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso La Cantuta vs Perú, Sentencia de 29 de noviembre de 2006.

¹⁶¹ BERNALES ROJAS, Gerardo. La Imprescriptibilidad de la Acción Penal en Procesos por Violaciones a los Derechos Humanos. *Ius et Praxis* [en línea]. 2007, vol.13, n.1 [revisado el 04 de diciembre de 2016]. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071800122007000100009&lng=es&nrm=iso

¹⁶² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988.

Posteriormente la Corte precisa sobre el mismo planteamiento:

El deber de investigar hechos de este género subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida. Incluso en el supuesto de que circunstancias legítimas del orden jurídico interno no permitieran aplicar las sanciones correspondientes a quienes sean individualmente responsables de delitos de esta naturaleza, el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos, representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance.¹⁶³

El Estado no puede renunciar a esta obligación de investigar y procurar la verdad sobre las violaciones de los Derechos Humanos puesto que esto conlleva a la impunidad y al incumplimiento de otros deberes del Estado.

Así mismo, la verdad hace parte de la reparación, la cual debe ser integral, ya que no solo comprende el reconocimiento y posterior pago por los perjuicios causados; sino que también compromete la restitución de derechos, la rehabilitación y la garantía de no repetición de los hechos. Esto con aras a asegurar que lo ocurrido no quede en el olvido y que, por el contrario, la sociedad sepa y recuerde que pasó, por qué, a quienes y como evitar que vuelva a ocurrir.

No obstante y a pesar de las razones anteriormente expuestas, también existen posturas en contra de la Imprescriptibilidad, según las cuales, con esto las autoridades pueden entrar en aplazamientos y retardos injustificados de sus actuaciones y del mismo modo sería un obstáculo para las decisiones de la Corte IDH puesto que no se tendría claridad sobre si el Estado se encuentra o no llevando a cabo en debida forma las investigaciones pertinentes en determinado caso y esto impediría o retrasaría las condenas contra el Estado, además que generaría un menoscabo en el patrimonio estatal. Igualmente se señala que no se puede someter a un investigado a la incertidumbre de saber si será sancionado o absuelto en una indeterminación temporal de una investigación que puede nunca concluir, lo cual atenta contra los derechos de aquel.

4.4 PROPUESTA FINAL

A pesar de los argumentos que se puedan dar en contra de la *Imprescriptibilidad Disciplinaria*, hay que resaltar que no se trata de cualquier menoscabo al deber funcional por parte un servidor público, sino que está de por medio la integridad de la población civil ya que se vieron violadas normas de orden internacional que hacen parte del Bloque de

¹⁶³ *Ibidem*.

Constitucionalidad como lo son los DDHH y el DIH que fueron transgredidas por individuos que tenían como función primordial la protección de las mismas, como lo es la Fuerza Pública.

Se trata de agentes estatales que actuaron totalmente en contra de sus obligaciones, principios y deberes, con lo cual dieron vía libre a situaciones aberrantes en contra de la población civil ajena al Conflicto Armado y que además en muchos de esos casos lo hicieron de forma premeditada y sistemática con un total planeamiento de cómo llevar a cabo dichas acciones desde su inicio hasta su culminación y que además de ello, desviaron o entorpecieron las investigaciones que se llevaron a cabo con relación a tales hechos.

Si bien no se puede negar que genera cierta inconveniencia mantener un tiempo indeterminado una investigación y así mismo someter al investigado a esa incertidumbre en cómo se pueda resolver su situación. Hay que tener en cuenta que, así mismo, sería aún más perjudicial negarle a las víctimas el conocimiento de la Verdad. No sería justo para las víctimas, ni para sus allegados el que después de determinado lapso se torne imposible esclarecer los hechos ocurridos en un determinado caso. Además, que esto traería consecuencias tanto nacionales como internacionales como ya se ha expuesto anteriormente en las sanciones impuestas por la Corte IDH, del mismo modo que el Estado quedaría señalado por incumplir los compromisos internacionales que ha adquirido en materia de Derechos Humanos con los diferentes tratados que se han firmado.

Entonces en concordancia con los razonamientos anteriores y con todo lo expuesto en el presente trabajo, se llega a proponer una reforma en la Ley 734 de 2002 con miras a declarar la *Imprescriptibilidad Disciplinaria* en faltas que atenten contra los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, con la cual se modificaría el artículo 30 de dicha ley en los siguientes términos:

Artículo 30. Términos de prescripción de la acción disciplinaria. La acción disciplinaria prescribe en cinco años, contados para las faltas instantáneas desde el día de su consumación y para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último acto.

La acción disciplinaria NO tendrá término de prescripción para las faltas señaladas en los numerales 4, 5, 6,7, 8, 9, 10 del artículo 48 de este Código.

Cuando fueren varias las conductas juzgadas en un solo proceso, la prescripción de las acciones se cumple independientemente para cada una de ellas.

Parágrafo. Los términos prescriptivos aquí previstos quedan sujetos a lo establecido en los tratados internacionales que Colombia ratifique.

Al respecto de la sanción disciplinaria, así quedaría tras la modificación propuesta mediante el presente trabajo:

Artículo 32. Término de prescripción de la sanción disciplinaria. La sanción disciplinaria prescribe en un término de 10 años, contados a partir de la ejecutoria del fallo.

4.5 LA ANTERIOR PROPUESTA A LA LUZ DEL ACUERDO DE PAZ Y LEY DE AMNISTÍAS

Tras el acuerdo de Paz logrado con el grupo guerrillero de las FARC, en procura de lograr la mejor negociación posible se pactaron una serie de beneficios para los miembros de este grupo que depusieran las armas y del mismo modo se hizo para los miembros de la Fuerza Pública que se encuentren bajo investigaciones penales, disciplinarias o fiscales por hechos cometidos durante y con relación al conflicto armado vivido en Colombia.

En el capítulo 5 del mencionado acuerdo se especifica el “Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición”¹⁶⁴ donde se señala el “reconocimiento de las víctimas como ciudadanos con derechos; del reconocimiento de que debe existir verdad plena sobre lo ocurrido; del principio de reconocimiento de responsabilidad por parte de todos quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto y se vieron involucrados de alguna manera en graves violaciones a los derechos humanos y graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario; del principio de satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición, sobre la premisa de no intercambiar impunidades, teniendo en cuenta además los principios básicos de la Jurisdicción Especial para la Paz”¹⁶⁵

Entre las garantías que da el Acuerdo en su componente 5.1.2 que es el referente a la Jurisdicción Especial para la Paz, en su numeral 40 y 41 define las conductas que no estarán sujetas a amnistías, ni indulto, ni de beneficio equivalente. Y estas son los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los graves crímenes de guerra esto es, toda infracción del Derecho Internacional Humanitario cometida de forma sistemática, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de

¹⁶⁴ COLOMBIA, Acuerdo Final Para La Terminación Del Conflicto Y La Construcción De Una Paz Estable Y Duradera, 2016 [en línea] Disponible en: <https://www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/24-1480106030.11-1480106030.2016nuevoacuerdofinal-1480106030.pdf> [Revisado el 11 de feb. de 17]

¹⁶⁵ *Ibidem*.

menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores, todo ello conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma.

De lo anterior se infiere que la completa implementación del Acuerdo de Paz no afecta, ni contraría la propuesta del presente trabajo de investigación, sino que por el contrario esta podría verse como una complementación de aquel.

5 CONCLUSIONES

- 5.1** La Fuerza Pública cumple con una función de suma importancia dentro de cualquier Estado y dicha función torna una mayor importancia cuando ese Estado se encuentra en una situación de Conflicto Armado.
- 5.2** Colombia no ha sido ajena a estas situaciones y del mismo modo la Fuerza Pública ha tenido la misión de preservar el orden público, así como de preservar la vida y la integridad de todos los individuos dentro del territorio nacional combatiendo los grupos armados al margen de la ley que se han conformado. Tal función de salvaguardar la integridad de cada persona, está plasmada constitucionalmente y es de obligatorio cumplimiento de todos y cada uno de los miembros de la Fuerza Pública Nacional.
- 5.3** La Fuerza Pública ha incurrido en conductas que van en contravía de dicha misión encomendada en las mismas, ya sea de forma directa o permitiendo que un tercero las lleve a cabo con su aquiescencia, ocasionando desplazamientos, asesinatos y desapariciones de sujetos que no participan de las hostilidades, pero que en muchos casos si los presentan como miembros activos de los grupos al margen de la ley o colaboradores de estos y tales conductas deben ser perseguidas.
- 5.4** Colombia suscribió los Convenios de Ginebra y por tal razón tiene una obligación legal y ético-moral frente al país, frente a la comunidad internacional y frente a las mismas partes del conflicto, en hacer respetar todos los acuerdos y darles cumplimiento ya que al no hacerlo genera una mala imagen internacional, además de que puede implicar responsabilidades internacionales.
- 5.5** Hay una necesidad existente en que los Estados tengan políticas acordes y similares a las de otros Estados en la defensa y el fomento de los DDHH y el DIH. Estas políticas deben tener, indistintamente de cada Estado, unas normas mínimas de comportamiento, del mismo modo que señala la importancia en que cada Estado investigue y sancione toda violación de dichas normas, igual que de reparar a las víctimas tales violaciones.
- 5.6** Colombia ha tenido un notorio avance en lo que respecta a la legislación en defensa de los DDHH y el DIH. A pesar de lo cual, a su vez, el país se ha reconocido por las constantes violaciones de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario y esto ha traído, en repetidas ocasiones, condenas de organismos internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

- 5.7** La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido varias sentencias sobre diferentes casos de violaciones de Derechos Humanos por las cuales se ha Condenado al Estado Colombiano. Aun así, existen casos particulares en los cuales, a pesar de existir una Condena Internacional de la CIDH, no existe o no se ha emitido aun una condena individual dentro de la Jurisdicción Interna, o por parte de los entes de control disciplinario.
- 5.8** Otro tipo de sanciones son la exclusión que se le ha dado a Colombia en ciertas políticas económicas y sociales de países desarrollados los cuales no ven con buenos ojos el relacionarse con países violatorios de los Derechos humanos y que dé el mismo modo piden como condicionante para considerar acuerdos futuros la implementación de políticas que promuevan.
- 5.9** El Derecho Administrativo Disciplinario se ha vuelto una herramienta de suma importancia para reprimir no solo las conductas que atenten contra el buen funcionamiento de las diferentes entidades del Estado; sino, como se expuso en el presente trabajo, de las conductas llevadas a cabo por servidores públicos y que vulneran los DDHH y el DIH.
- 5.10** El Derecho Disciplinario ha tenido considerables avances en pro de la protección de los DDHH y el DIH. Avances gracias a los cuales se ha pasado de tener una aplicación nula a contar con fallos que enuncian como lineamiento principal las diferentes normativas existentes en materia de Derechos Humanos. Providencias que justificaban plenamente la existencia de un Conflicto Armado Interno.
- 5.11** No es una finalidad del Derecho Disciplinario, dentro de su aplicabilidad a violaciones del DDHH y el DIH, la sustitución de las vías penales y contencioso administrativas dentro de los casos particulares, sino que se debe tomar como una implementación conjunta de estas para lograr un impartimiento pleno de la justicia, así como del esclarecimiento de la verdad y una adecuada reparación del daño a las víctimas.
- 5.12** Es la búsqueda de la verdad ese principio primordial por el cual este trabajo concluye con la proposición de modificar el Código Único Disciplinario con el fin de que, al declararse la *Imprescriptibilidad Disciplinaria*, no existan impedimentos de ningún carácter que bloqueen o pongan fin a las acciones que se lleven a cabo para lograr castigar las conductas transgresoras. Lo cual, indiscriminadamente de su razón de ser estaría promoviendo la impunidad al dejar un proceso sin culminar, con lo cual se deja al Estado y la sociedad sin saber a ciencia cierta cómo ocurrieron los hechos, del mismo modo que a las víctimas.

5.13 La declaración de la *Imprescriptibilidad Disciplinaria* no pondrá fin, de por sí, a la impunidad que se presenta en los casos de investigaciones disciplinarias por conductas que atentan contra los DDHH y el DIH. No obstante, si es una garantía no solo para las víctimas, sino para la sociedad en general y para la comunidad internacional de que Colombia es un Estado Democrático, Social de Derechos respetuoso y protector de las libertades individuales. Por lo cual, es importante garantizar el correcto funcionamiento de la acción disciplinaria y para tales fines se hace necesario modificar la ley disciplinaria en lo concerniente a los términos de la acción disciplinaria para así poder dar seguimiento a casos que ya se encuentran por fuera del término actual establecido y que quedaron en la impunidad, de forma retrospectiva, así como a los hechos futuros que puedan llegar a ocurrir, ya sea proscribiendo la prescripción de la acción disciplinaria o, de no ser esto posible, haciendo una ampliación considerable en el término de prescripción.

5.14 Hay que tener en cuenta que no basta con hacer esta modificación a la Ley Disciplinaria para garantizar su efectividad y eficiencia. El Estado Colombiano se debe comprometer a dotar a la Procuraduría General de la Nación de todos los recursos que sean necesarios, ya sean económicos, de capital humano o tecnológicos para así poder realizar la acción disciplinaria de la forma más eficientemente posible, siguiendo en debida forma sus lineamientos y sin dejar de lado el debido proceso y el respeto por las garantías procesales del sujeto disciplinado.

NOTA: Durante la elaboración del presente trabajo investigativo surtió trámite legislativo una reforma al Código Único Disciplinario que deroga por completo el anterior código (Ley 734 de 2002), entre las modificaciones que trae el CODA encontramos que se amplió el término de investigación y sanción en las acciones disciplinarias. No obstante, en lo concerniente al Derecho Internacional Humanitario y los Derechos Humanos se mantienen los preceptos del código anterior.

Por lo cual es importante hacer la aclaración en el entendido que la expedición del CODA en nada afecta el desarrollo sustancial del presente trabajo, ni la propuesta final del mismo.

BIBLIOGRAFÍA

Artículo 3° común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949

BALLÉN, Rafael. Derecho Administrativo Disciplinario. Bogotá, Editorial Temis S.A., 1998.

BERNALES ROJAS, Gerardo. La Imprescriptibilidad de la Acción Penal en Procesos por Violaciones a los Derechos Humanos. Ius et Praxis [en línea]. 2007, vol.13, n.1 [revisado el 04 de diciembre 2016], pp.245-265. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000100009&lng=es&nrm=iso

COLOMBIA. Constitución Política de 1991.

COLOMBIA, Acuerdo Final Para La Terminación Del Conflicto Y La Construcción De Una Paz Estable Y Duradera, 2016 [en línea] Disponible en: <https://www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/24-1480106030.111480106030.2016nuevoacuerdofinal-1480106030.pdf> [Revisado el 11 de feb. de 17]

COLOMBIA. Consejo Superior De La Judicatura. Sentencia del 16 de diciembre de 1992, Rad. No 664 -106 -1, M.P. Edgardo José Maya Villazón.

_____. Corte Constitucional, Sentencia C-225 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

_____. Corte Constitucional Sentencia C-037 de 1996 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

_____. Corte Constitucional, Sentencia C-341 de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

_____. Corte Constitucional, Sentencia C-244 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

_____. Corte Constitucional, Sentencia C-391 de 1996 M.P. Jorge Arango Mejía.

_____. Corte Constitucional, Sentencia C-310 de 1997 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

_____. Corte Constitucional, Sentencia C-620 de 1998 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

_____. Corte Constitucional, Sentencia C-708 de 1999, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

_____. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 4 de abril de 2000 C.P. Roberto Medina López

_____. Corte Constitucional Sentencia C-429 de 2001 M.P Jaime Araujo Rentería.

_____. Corte Constitucional, sentencia C- 556 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

_____. Corte Constitucional Sentencia SU 1184 de 2001.

_____, Corte Constitucional, Sentencia C-181 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

_____. Corte Constitucional, Sentencia C – 373 de 2002, M.P. Jaime Córdova Triviño.

_____. Corte Constitucional, sentencia C- 580 del 31 de julio de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

_____. Corte Constitucional, Sentencia C-948 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

_____. Corte Constitucional, Sentencia C-1076 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández

_____. Corte Constitucional, Sentencia C – 067 de 2003 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

_____. Corte Constitucional, Sentencia C-124 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentarúa.

_____. Corte Constitucional, Sentencia C-014 de 20 de enero de 2004 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

_____. Corte Constitucional, Sentencia C - 431 de 2004 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

_____. Corte Constitucional Sentencia C – 370 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda.

_____. Corte Constitucional, Sentencia C-607 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

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

_____. Corte Constitucional, Sentencia C-240 de 2009.M.P. Mauricio Gonzales Cuervo.

_____. Corte Constitucional, Sentencia C-350 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa.

_____. Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 21 de septiembre de 2009, radicado 32.022, Postulado Giancarlo Gutiérrez Suárez.

_____. Corte Constitucional, Sentencia C-030 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

COLOMBIA. Decreto 1797 (14 de septiembre de 2000) Por el cual se expide el Reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares. Diario Oficial, Bogotá. 2000.

_____. Decreto 1798 (14 de septiembre de 2000) Por el cual se modifican las normas de disciplina y ética para la Policía Nacional. Diario Oficial, Bogotá. 2000.

COLOMBIA. Ley 200 (28 de julio de 1995). Por la cual se adopta el Código Disciplinario. Modificada por la Ley 734 de 2002. Diario Oficial, Bogotá. 1995.

_____. Ley 599 (24 de julio de 2000). Por la cual se expide el Código Penal. Diario Oficial, Bogotá. 2000.

_____. Ley 600 (24 de julio de 2000). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial, Bogotá. 2000.

_____. Ley 734 (05 de febrero de 2002). Por la cual se expide el Código Disciplinario Único. Diario Oficial, Bogotá. 2002.

_____. Ley 782 (23 de diciembre de 2002) Por medio de la cual se proroga la vigencia de la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y se modifican algunas de sus disposiciones. Diario Oficial, Bogotá. 2002.

_____. Ley 836 (16 de julio de 2003) Por la cual se expide el reglamento del régimen disciplinario para las fuerzas militares. Diario Oficial, Bogotá. 2003.

_____. Ley 975 (25 de julio de 2005) Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios. Diario Oficial, Bogotá. 2005.

_____. Ley 1015 (7 de febrero de 2006) Por medio de la cual se expide el Régimen Disciplinario para la Policía Nacional. Diario Oficial, Bogotá. 2006.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos Caso 11.137 (Argentina) Informe aprobado el 18 de noviembre de 1997, consultado en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/97span/Argentina11.137c.htm>

_____. Caso de los 19 comerciantes vs Colombia, Sentencia de 05 de julio de 2004. Consultada en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_109_esp.pdf

_____. Caso Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, Sentencia de 31 de enero de 2006. Consultada en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_140_esp.pdf

_____. Caso Masacre de Ituango vs. Colombia, Sentencia de 01 de julio de 2006. Consultada en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_148_esp.pdf

_____. Caso Masacre de Mapiripán vs Colombia, Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Consultada en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_134_esp.pdf

_____. Caso Masacre de La Rochela Vs. Colombia, Sentencia de 11 de mayo de 2007. Consultada en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_163_esp.pdf

_____. Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia, Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Consultada en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_259_esp.pdf

_____. Caso La Cantuta vs Perú, Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Consultada en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Tercer Informe sobre los Derechos Humanos en Colombia, 1999, Capítulo IV “Violencia y la violencia del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario”. Consultada en <http://www.cidh.org/countryrep/colom99sp/capitulo-4.htm>

Convenio de Ginebra de 1864. Para el mejoramiento de la suerte que corren los militares heridos en los ejércitos en campaña.

Convenio III de Ginebra de 1949. Relativo al trato debido a los prisioneros de guerra.

Convenio IV de Ginebra de 1949. Relativo a la protección de personas civiles en tiempos de guerra.

Copia del expediente ante la Fiscalía de la Unidad Nacional de Derechos Humanos en la causa contra Jairo Iván Galvis Brochero, Robinson Gutiérrez de la Cruz, Waldo Patiño García y otros por delitos de secuestro extorsivo, homicidio agravado, radicado 087-DH.

FORERO RAMÍREZ, Juan Carlos. El Delito de Omisión en el Nuevo Código Penal. Bogotá Legis, 2005.

GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. La Relación Especial de Sujeción como categoría dogmática superior del derecho disciplinario. Colección de Derecho Disciplinario N° 5, Instituto de Estudios del Ministerio Público, Imprenta Nacional de Colombia, 2003.

_____. Dogmática del Derecho Disciplinario. Bogotá Universidad Externado de Colombia, 3ª edición, 2004.

_____. Asuntos disciplinarios: Praxis y jurisprudencia. Bogotá, Axel, 2008.

ISAZA SERRANO, Carlos Mario. Derecho Disciplinario Parte General. Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1998.

MEJÍA OSSMAN, Jaime y SAN MARTÍN QUIÑONES, Silvio. Procedimiento Disciplinario. Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley, 2004.

MELZER, Nils. Guía Para Interpretar La Noción De Participación Directa En Las Hostilidades Según El Derecho Internacional Humanitario. [en línea] CICR, 2010 [Revisado el 10 de noviembre de 2016] Disponible en https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_0990.pdf

MONTEALEGRE, Hernán. La Seguridad del Estado y los derechos humanos. Santiago de Chile, Academia de Humanismo Cristiano, 1981.

NUÑEZ, Susana. El incumplimiento del Derecho Humanitario - Acciones internacionales, [en línea] CICR, 1999 [Revisado el 18 de octubre de 2016] Disponible en <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdmr6.htm>

ORDÓÑEZ MALDONADO, Alejandro. Justicia Disciplinaria. De la ilicitud sustancial a lo sustancial de la ilicitud. Bogotá, Procuraduría General del Nación, Instituto de Estudios del ministerio público, 2009

Oficio 2012 de 12 de abril de 1989 suscrito por el Procurador Delegado para las Fuerzas Militares.

PHILIPPE, Xavier. Las sanciones por infracciones del derecho internacional humanitario: el problema de la división de competencias entre las autoridades nacionales y entre las autoridades nacionales e internacionales. [en línea] CICR, 2008 [Revisado el 18 de octubre de 2016] Disponible en <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/article/review/review-870-p359.htm>

PICTET, Jean. Desarrollo y Principios del Derecho Internacional Humanitario. [en línea] CICR, 1986 [Revisado el 12 de octubre de 2016] Disponible en https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/desarrollo_y_principios.htm

Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, fallo de primera instancia 008-74002-2002 de 28 de noviembre de 2008.

Procuraduría General de la Nación, Comisión Especial Disciplinaria, radicación 155-45564-00, 2 de octubre de 2002.

Procuraduría General de la Nación, Directiva 016 de 2010.

Procuraduría General de la Nación. Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos, expediente 008-107180.

Procuraduría General de la Nación. Sala Disciplinaria, radicación 161-01640, 19 de diciembre de 2002.

Procuraduría General de la Nación y Banco Interamericano de Desarrollo BID. La Función Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación a Propósito de la Investigación de los integrantes de la Fuerza Pública y de los servidores que Funciones de Policía Judicial, Edición Programa de Modernización PGN-BID, Colombia 2007.

Procuraduría General de la Nación. Sentencia de 31 de julio de 2000, Procuraduría Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos, investigación radicada bajo el No. 008-120607. Resolución de 19 de enero de 1990 emitida por la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación.

Protocolo Adicional I de 1977. Relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales.

Protocolo Adicional II de 1977. Relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.

Resolución de 27 de noviembre de 1991 emitida por la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos.

Resolución emitida por la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos el 18 de diciembre de 1992.

Resolución No. 338 del 7 de junio de 1994 emitida por el Procurador Delegado para las Fuerzas Militares

Resolución de 16 de agosto de 1998 emitida por la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos

RESTREPO RAMÍREZ, Luís Carlos. Alto Comisionado para la Paz, ¿Conflicto armado o amenaza terrorista? [en línea] Presidencia de la Republica, 2007 [Revisado el 06 de noviembre de 2016] Disponible en <http://historico.presidencia.gov.co/columnas/columnas92.htm>

SEPÚLVEDA, Oswaldo. Constitución y Fuerza Pública. Bogotá. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1995.

SWINARSKI, Christophe. Introducción al Derecho Internacional Humanitario. [en línea] CICR, 1984 [Revisado el 12 de octubre de 2016] Disponible en <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdl7w.htm#5>

Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Caso Fiscal vs. Jean Paul Akayesu, Sentencia de 2 de septiembre de 1998, Sala de Primera Instancia. Consultada en <http://www.unictr.org/Portals/0/Case/English/Akayesu/judgement/akay001.pdf>

_____. Caso “Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros”. Sentencia de 12 de junio de 2002, Sala de Apelaciones del TPIY. Consultada en <http://www.icty.org/x/cases/kunarac/acjug/en/kun-aj020612e.pdf>

Vicepresidencia de la República, Programa Presidencial de Derechos Humanos y DIH, Protocolo para el reconocimiento de casos de violaciones a los Derechos Humanos e Infracciones al Derecho Internacional Humanitario, con especial énfasis en el homicidio en persona protegida, Bogotá 2008.

Vice Procuraduría General de la Nación. Expediente 8-52234-2001, fallo disciplinario de 24 de abril de 2001.