

SISTEMA INTERAMERICANO Y DERECHO PÚBLICO INTERNO: AMPLIACIÓN DE LOS EFECTOS DE LA ACCIÓN DE REVISIÓN EN EL CASO DE VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS Y AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Alejandro Aponte

RESUMEN. El presente texto aborda la configuración de la acción de revisión penal en casos de graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, como punto de contacto entre las decisiones de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos y el derecho público interno colombiano. La orden de reapertura de casos que proviene del sistema interamericano por falta al deber del Estado de investigar y juzgar seria, genuina e imparcialmente este tipo de casos ha generado discusiones en el lenguaje de los derechos humanos dentro de las corporaciones judiciales competentes, en torno a su modo de incorporación en el ámbito interno.

Palabras clave: acción de revisión penal, sistema interamericano de derechos humanos, falta al deber de investigación y juzgamiento, graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, derecho público interno colombiano.

ABSTRACT. This paper addresses the structure of the action for judicial review in criminal proceedings for serious violations of human rights and breaches of international humanitarian law as an interface between the decisions of the Inter-American human rights system and Colombian public law. The order to reopen cases issued by the Inter-American system due to the State's dereliction of its duty to investigate and prosecute such cases in a serious, genuine and impartial manner has generated discussions in terms of human rights within the competent judicial institutions with regard to how such an order can be incorporated into the national system.

Keywords: action for judicial review, Inter-American human rights system, dereliction of duty to investigate and prosecute, serious violations of human rights and grave breaches of international humanitarian law, Colombian public law.

ZUSAMMENFASSUNG. Der vorliegende Text befasst sich mit der Ausgestaltung der strafrechtlichen Wiederaufnahmeklage bei schweren Menschenrechtsverletzungen und Verstößen gegen das humanitäre Völkerrecht als Schnittstelle zwischen den Entscheidungen der Organe des interamerikanischen Systems zum Schutz der Menschenrechte und dem kolumbianischen öffentlichen Recht. Das interamerikanische System erlaubt den Erlass von Anordnungen zur Wiederaufnahme von Strafverfahren, wenn der Staat seine Verpflichtung zur Durchführung eines angemessenen, fairen und unparteiischen Ermittlungs – und Gerichtsverfahrens verletzt hat. Dies hat bei den zuständigen Gerichten eine in der Fachsprache der Menschenrechte geführte Diskussion über die Art und Weise angestoßen, wie solche Anordnungen im innerstaatlichen Recht umgesetzt werden können.

Schlagwörter: Wiederaufnahme eines Strafverfahrens, interamerikanisches Menschenrechtssystem, Nichterfüllung der Verpflichtung zur Durchführung eines Untersuchungs- und Gerichtsverfahrens, schwere Menschenrechtsverletzungen und Verstöße gegen das humanitäre Völkerrecht, innerstaatliches öffentliches Recht Kolumbiens.

1. Introducción

El impacto de las decisiones de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos en el derecho público interno tiene lugar en varios ámbitos normativos. Esto se puede constatar, para citar un ejemplo, dentro del ámbito constitucional, como es el caso de materias reguladas de manera diversa en la Carta Política en relación con la Convención Americana, o que son concebidas de forma diferente por la jurisprudencia interna. Desde el punto de vista del derecho penal y, más concretamente, del procedimiento penal, este impacto se refleja, de una manera más clara, en la ampliación que ha tenido lugar, primero por vía jurisprudencial y luego legal, de los efectos de la acción de revisión en materia penal, contra sentencias ejecutoriadas. Este es el aspecto que ha sido escogido en el presente informe para ilustrar el impacto de las decisiones de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos en el derecho público interno.

De esta forma, se da cuenta de cómo el Tribunal Constitucional colombiano, en sentencia del año 2003, amplió las posibilidades de revisión en materia penal, regulando, por vía jurisprudencial y sin existencia de una referencia legal previa, los efectos de esta acción, instaurando su procedencia no solo frente a sentencias condenatorias sino también absolutorias, siempre y cuando se trate de graves violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario (DIH). Se trata —hay que destacarlo desde ya— de una salida, dentro del ámbito jurídico, a una opción de protección penal

de derechos humanos, tema que en otras latitudes ha sido objeto de deducciones *ad hoc* de todo tipo de fuentes, muchas de ellas casi propias de un cuasiderecho natural de los derechos humanos.

Es una salida que hace parte, desde luego, de la puesta en marcha del nuevo constitucionalismo en el caso colombiano, que ha permitido al juez constitucional ampliar al máximo sus márgenes de acción, a través de sentencias condicionadas, integradoras, etcétera, tema complejo que en el país ha sido siempre objeto de debates y de reflexiones sobre el papel del juez como creador de derecho. No obstante, como se dice, respecto de este tema específico y, sobre todo, en razón de los casos que han sido objeto de la acción de revisión, esta posibilidad ha tenido efectos muy positivos, ya que, de lo contrario, en casos por ejemplo fallados por la justicia penal militar, habría operado sin duda una mancha vergonzosa de impunidad. A propósito, se incluye en el informe una reflexión sobre la reforma constitucional al fuero penal militar, que tuvo lugar en el mes de diciembre de 2012, posterior a la reunión de nuestro Grupo de Estudios en el mes de septiembre.

2. El juez constitucional y la ampliación de los efectos de la acción de revisión en materia penal

Como se estableció en la introducción, para ilustrar el impacto de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos en el ordenamiento interno se ha escogido el tema relacionado con la ampliación de los efectos de la acción de revisión en sede penal, de modo que el impacto del sistema no estaría ligado, en principio, a una operación compleja de los funcionarios colombianos, de deducir consecuencias de un uso indiscriminado de las fuentes internacionales, sino de hallar respuesta en el propio ordenamiento jurídico-penal. En adelante se describe el proceso y se reseñan las principales decisiones de carácter constitucional y de carácter penal respecto del tema que nos ocupa.

En el año 2003, la Corte Constitucional profirió un fallo de exequibilidad a través del cual interpretó la causal 3.^a del artículo 220 de la ley 600 de 2000, norma que dispone la procedencia de la acción de revisión contra sentencias ejecutoriadas.¹ La demanda

¹ El artículo 220 de la ley 600 de 2000, o Código de Procedimiento Penal vigente en aquella época, dispone: "Procedencia. La acción de revisión procede contra las sentencias ejecutoriadas, en los siguientes casos: [...] 3. Cuando

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

de inconstitucionalidad cuestionó un presunto favorecimiento ilegítimo asignado por el legislador al procesado penalmente, de manera que podía revisarse el proceso de condena por prueba nueva o hecho nuevo, siempre y cuando este estuviese dirigido a establecer su inocencia o carencia de responsabilidad penal. Según el actor de la demanda de inconstitucionalidad, la imposibilidad de reabrir el proceso para agravar la situación del condenado —bien sea para aumentar la pena o el *quantum* de la reparación— por hechos nuevos o pruebas nuevas comporta una restricción indebida a los derechos de las víctimas del delito, además de ser contrario al deber de las autoridades públicas de asegurar la vigencia de un orden social justo (Preámbulo y artículo 2.º de la Constitución Política).²

La Corte, en su respuesta, resaltó que la cosa juzgada y el *ne bis in idem* desarrollan el valor constitucional de la seguridad jurídica necesario para la estabilización de los conflictos sociales resueltos por la jurisdicción. La cosa juzgada brinda efectividad a la función pacificadora del proceso, en la medida en que confiere a toda decisión judicial el carácter de inmutable, vinculante y definitivo de la resolución adoptada por el funcionario que pone fin a una controversia. A su vez, el principio del *ne bis in idem*, concebido como garantía, refuerza el principio más general de la cosa juzgada, tratándose de procesos penales en cuyo marco se debate la limitación al derecho fundamental a la libertad personal. La prohibición de doble enjuiciamiento por unos mismos hechos constituye uno de los límites —y, como tal, una garantía para el ciudadano— frente al poder punitivo.

Para la Corte Constitucional, el diseño legislativo de la acción de revisión, en cualquiera de sus causales, busca establecer una mínima limitación al principio de cosa juzgada y a la garantía del *ne bis in idem* —ambos de raigambre constitucional— establecidos en principio a favor del condenado. La decisión de configuración legislativa de la acción de revisión ha preferido la seguridad jurídica frente a otros valores y principios constitucionales, lo cual implica que su naturaleza sea extraordinaria, su procedencia, excepcional, y solo por las específicas y taxativas causales de interpretación restrictiva establecidas en la ley.³

después de la sentencia condenatoria aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia del condenado, o su inimputabilidad”.

² Se trata de la providencia de la Corte Constitucional, sentencia C-004 de 2003, MP: Eduardo Montealegre Lynett.

³ En otro fallo se resalta lo siguiente: “El carácter extraordinario de la acción alude a su capacidad para remover la cosa juzgada, en situaciones en que ella es el producto de errores de hecho que afectan la verdad histórica y se

Según la Corte, la libertad de configuración legislativa le permite al Congreso decidir el equilibrio (realización/restricción) entre principios, valores y derechos constitucionales al regular una determinada materia. Junto con la seguridad jurídica, el legislador pudo haber decidido desarrollar otros valores y principios en la confección de la acción de revisión, entre los cuales se encuentran los derechos de las víctimas del injusto penal, bajo la ampliada concepción actual —triada de justicia, verdad y reparación—, acompañados por el deber correlativo del Estado de investigar, juzgar y sancionar a los responsables.

La acción extraordinaria de revisión refleja la tensión intrínseca que existe entre estos principios y valores de rango constitucional; conflicto que el legislador decidió resolver otorgando prevalencia a la seguridad jurídica frente a los derechos de las víctimas y al postulado de justicia material del Estado de derecho. La tarea de la Corte es establecer si la ponderación entre estos opuestos es proporcional en la regulación legislativa y, por tanto, legítima, o si, por el contrario, afecta de manera no razonable la función punitiva del Estado.

2.1. La acción de revisión frente a hechos constitutivos de violaciones de derechos humanos

Para adelantar el análisis de proporcionalidad entre valores y principios constitucionales, la Corte adelantó una distinción entre hechos punibles en general y hechos punibles constitutivos de violaciones a los derechos humanos y graves infracciones al DIH. Entre los derechos de las víctimas de los hechos punibles en general y las garantías judiciales del condenado, la Corte encontró que, aun cuando ambos tienen la misma fuerza e importancia dentro del orden constitucional, el legislador actuó razonablemente dentro de sus facultades de libre configuración de la causal de revisión, al dar un mayor peso a la seguridad jurídica que ampara de manera favorable la situación del condenado penalmente.⁴

proyecta en una inequidad que contraviene los fines de una recta administración de justicia". Corte Constitucional, sentencia C-979 de 2005, MP: Jaime Córdoba Triviño, fundamento 9.

⁴ Así lo explicó la Corte: "Es cierto que el Legislador hubiera podido elegir una regulación más favorable a los derechos de las víctimas de los hechos punibles y a la consecución de un orden justo, pero la Carta no lo obliga a preferir esos derechos, en vez de optar por una mayor garantía de la seguridad jurídica y del *non bis in idem*. No existiendo un imperativo constitucional evidente para que la ley escoja privilegiar los derechos de las víctimas y la vigencia de un

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

En tal escenario, es legítimo que la acción de revisión proceda, en la causal que se estudia, solo contra la sentencia condenatoria y por hecho nuevo o prueba nueva que establezca la inocencia o no culpabilidad de la persona procesada. No obstante, para el segundo tipo de víctimas —esto es, aquellas que sufren un menoscabo como resultado de una violación a los derechos humanos o de infracciones graves al DIH—, el resultado de ponderación no es el mismo. En efecto, esta clase de delitos, a juicio de la Corte, generan un daño social de mayor entidad, que atenta gravemente contra la dignidad humana y las bases de la convivencia pacífica, por lo cual la comunidad internacional ha expresado su compromiso de reprimir y sancionar tales conductas. Por lo tanto, para este tipo de crímenes el ejercicio de ponderación debe realizarse con otros matices:

Los derechos de las víctimas adquieren una importancia directamente proporcional a la gravedad del hecho punible. Entre más daño social ocasione un delito, mayor consideración merecen los derechos de quienes fueron víctimas o perjudicados por ese comportamiento. Igualmente, la obligación estatal de investigar los hechos punibles es también directamente proporcional a la manera como el hecho punible pudo afectar bienes jurídicos fundamentales. Entre más grave sea un hecho punible, mayor debe ser el compromiso del Estado por investigarlo y sancionar a los responsables, a fin de lograr la vigencia de un orden justo.⁵

La regulación de la causal de revisión en este supuesto resulta ser, para el juez constitucional, desproporcionada. La intensa afectación a los derechos de las víctimas en esta clase de delitos exige una respuesta estatal para enfrentar el fenómeno de impunidad, máxime si ha sido el mismo Estado quien ha contribuido a tal situación por faltar a su deber de investigar, juzgar y sancionar de manera seria, imparcial y genuina a los perpetradores de este tipo de crímenes.⁶

orden justo en su tensión con la seguridad jurídica y la prohibición del doble enjuiciamiento, la Corte considera que bien podían las expresiones acusadas elegir amparar la seguridad jurídica y el *non bis in idem*, pues dicha regulación asegura la vigencia de esa garantía procesal, sin que la limitación genérica de los derechos de las víctimas aparezca en sí misma excesiva". Corte Constitucional, sentencia C-004 de 2003, MP: Eduardo Montealegre Lynett, fundamento 28.

⁵ Ibidem, fundamento 24.

⁶ Hay que anotar que el juez constitucional no se detiene en las diferencias entre violaciones de derechos humanos y delitos como tales. Se trata de un tema arduamente discutido por el Grupo de Estudios, como también desde luego el propio concepto de protección penal de derechos humanos. La explicación puede yacer, en principio, en el hecho de que, como se verá, la revisión se amplía sobre todo para dar cabida a decisiones del sistema y justo aquí se tematiza, en principio, el lenguaje de los derechos humanos y no del derecho penal estrictamente.

Así, como bien se ha reseñando, para estos hechos punibles de mayor entidad, la garantía del *ne bis in idem* y el principio de cosa juzgada son susceptibles de ser relativizados o flexibilizados para dar cabida a la realización de la justicia material, y con ello satisfacer los derechos a la verdad, justicia y reparación de las víctimas.

La relativización de la seguridad jurídica no conlleva su abierto y arbitrario desconocimiento, razón por la cual se exigen ciertas garantías formales que den cuenta de un incumplimiento manifiesto del Estado en investigar de manera seria e imparcial los hechos constitutivos de violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al DIH. Por tanto, se requiere una decisión judicial en el ámbito interno, o bien un pronunciamiento de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos cuya competencia haya sido reconocida formalmente por Colombia, que declare un incumplimiento “protuberante” del Estado en su deber de investigar de manera seria e imparcial una violación a los derechos humanos o infracción grave al DIH, tal como lo dice expresamente la Corte.⁷

En razón a que el incumplimiento en el deber investigativo del Estado no puede ser siempre atribuido a una conducta típica de un juez o un tercero, o a la incorporación de una prueba falsa dentro del proceso (causales 4.^a y 5.^a para la procedencia de la acción), la Corte encontró que sobre este tema existía una omisión legislativa, razón por la cual procedió a dictar una sentencia integradora. Así, sin importar si aparece prueba nueva o hecho nuevo, no conocido en los tiempos de los debates, siempre que exista un pronunciamiento judicial interno o de un organismo internacional competente que constate el incumplimiento protuberante del Estado en investigar seria e imparcialmente este tipo de delitos, procederá la revisión de cualquier decisión absolutoria que haya puesto fin a la actuación.⁸

⁷ “En efecto, esas decisiones internacionales, adelantadas por organismos imparciales a los cuales Colombia ha reconocido competencia, muestran que la cosa juzgada no era más que aparente, pues el proceso investigativo no había sido adelantado con la seriedad que exigen la Constitución y los tratados de derechos humanos”. Ibídem, fundamento 35.

⁸ Por tanto, “la acción de revisión procede frente a la preclusión de la investigación, la cesación de procedimiento o la sentencia absolutoria, siempre y cuando una decisión judicial interna, o una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, aceptada formalmente por nuestro país, constaten un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado colombiano de investigar, en forma seria e imparcial, las mencionadas violaciones. Esa decisión judicial interna o de una instancia internacional [...] es entonces el elemento que justifica dejar sin efecto la decisión absolutoria que había hecho formalmente tránsito a cosa juzgada, pues pone en evidencia que la cosa juzgada era en realidad aparente”. Ibídem, fundamento 37.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Respecto de esta decisión y a modo de conclusión, nótese que la decisión de la Corte se refiere, en forma expresa y contrariamente a la manera como tradicionalmente se ha regulado, a decisiones absolutorias y solo en relación con aquellas conductas que hoy, más técnicamente, pueden denominarse constitutivas de crímenes internacionales. Pero los efectos se extienden más allá de las sentencias y tienen que ver también con otras decisiones, como la preclusión o la cesación de procedimiento.

Hay que agregar, además, que la acción de revisión, en este caso, no puede interponerse por un sujeto individual; allí se acentúa aún más el carácter excepcional de esta ampliación. Se trata de una evolución que ha tenido lugar en la jurisprudencia penal una vez dictada la sentencia de 2003 por el juez constitucional: solo instituciones como la Fiscalía o la Procuraduría pueden hacerlo. (Para el lector extranjero se aclara que en Colombia la Procuraduría es diversa de la Fiscalía. Es una institución del orden nacional cuyos funcionarios actúan en los procesos penales, verificando que en ellos se respeten la ley y la Constitución. Se trata de una figura, en sede penal, por supuesto muy compleja, con arraigo institucional en el país, pero muy extraña en el derecho comparado.)

2.2. Regulación legislativa en función del fallo del juez constitucional

La ley 906 de 2004, nuevo Código de Procedimiento Penal que incorporó el sistema acusatorio en el país, en su artículo 192.4, estableció la causal para la procedencia de la acción de revisión contra los fallos absolutorios en casos de violación a los derechos humanos, con el sentido antes expuesto de la sentencia C-004 de 2003.⁹ No obstante, se demandó la expresión *absolutorios* de la mencionada causal, al considerar que limitar la procedencia de la acción contra esa clase de providencias resulta contrario a los derechos de las víctimas, al deber de las autoridades de garantizar la vigencia de un orden justo y, por consiguiente, a la prevalencia de los tratados internacionales de derechos humanos sobre el orden interno (artículo 93 de la Constitución Política).

⁹ El artículo 192.4 de la ley 906 de 2004 dispone: "Procedencia. La acción de revisión procede contra sentencias ejecutoriadas, en los siguientes casos: [...] 4. Cuando después del fallo en procesos por violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, se establezca mediante decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la cual el Estado colombiano ha aceptado formalmente la competencia, un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado de investigar sería e imparcialmente tales violaciones. En este caso no será necesario acreditar existencia de hecho nuevo o prueba no conocida al tiempo de los debates".

Para resolver la demanda, la Corte recordó su doctrina sobre el sentido de la acción de revisión en la jurisprudencia constitucional, en tanto desarrollo de la cosa juzgada y de la garantía judicial del *ne bis in idem*. Estos valores, a juicio de la corporación, no tienen carácter absoluto y son susceptibles de ser relativizados en aras de realizar otros valores y principios constitucionales de igual jerarquía.¹⁰

Para la Corte, la investigación, el juzgamiento y la sanción de los hechos punibles que configuran violaciones a los derechos humanos e infracciones al DIH imponen deberes para el Estado respecto de su cumplimiento. La protección internacional de los derechos humanos proviene del derecho internacional de los derechos humanos (Convención Americana de Derechos Humanos y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y del derecho penal internacional. Aun cuando la declaratoria de responsabilidad que hacen sus órganos autorizados en sus respectivos ámbitos es diferente —uno condena al Estado y el otro a individuos—, las decisiones que en ejercicio de sus competencias adoptan son trascendentes para determinar el grado de seriedad e imparcialidad de los procedimientos de juzgamiento que adelantan las autoridades jurisdiccionales locales.

Una vez resaltado el valor preferente de los derechos de las víctimas de violaciones a los derechos humanos y de infracciones al DIH, la Corte concluyó que era inconstitucional restringir la procedencia extraordinaria de la acción de revisión solo para los fallos absolutorios, con exclusión de aquellos condenatorios. Aun cuando exista firmeza sobre una decisión penal condenatoria, el proceso será susceptible de ser reabierto si se dan las condiciones establecidas por la vía legal, a saber:

(i) Que la acción se interponga contra un fallo ejecutoriado en procesos por violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario

(ii) Que mediante decisión sobreviniente proveniente de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la cual el Estado colombiano ha aceptado formalmente la competencia, se establezca un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado de investigar seria e imparcialmente tales violaciones.¹¹

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-979 de 2005, MP: Jaime Córdoba Triviño.

¹¹ *Ibidem*, fundamento 11.

3. Influencia del derecho internacional en la creación de la causal de revisión y el uso del bloque de constitucionalidad

El bloque de constitucionalidad ha sido un instrumento privilegiado para introducir el denominado *nuevo constitucionalismo* en el derecho público interno. No obstante, hay que decir igualmente que hoy es objeto de numerosas críticas, en cuanto permitiría quebrantar la ley y la Constitución en función de la aplicación de fuentes de carácter internacional. No es un tema pacífico, ciertamente; aquí nos restringimos a reseñar aspectos metodológicos centrales que ha desarrollado el juez constitucional para la aplicación de la herramienta. Así, se tiene que el bloque de constitucionalidad ha sido definido por la Corte Constitucional como una unidad jurídica compuesta 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”.¹²

Toda normatividad internacional sobre derechos humanos que entra a ser parte de la Carta Política en virtud de las cláusulas de reenvío o recepción expresamente consagradas (verbigracia, artículos 93, 94, 214.2), cumplido el trámite de perfeccionamiento del instrumento, puede solo ser entendida conforme a los principios, valores y derechos constitucionales. Por lo tanto, su interpretación y aplicación está condicionada a una integración sistemática, armónica y coherente que el operador judicial debe realizar con el conjunto de las disposiciones constitucionales preexistentes en el orden interno.¹³

En razón a lo anterior, la Corte Constitucional ha considerado que las normas del bloque de constitucionalidad no son de manera alguna referentes deónticos autó-

¹² Corte Constitucional, sentencia C-225 de 1995, MP: Alejandro Martínez Caballero, fundamento 12.

¹³ En efecto, la Corte Constitucional ha sostenido: “[...] la pertenencia de una determinada norma internacional al llamado bloque de constitucionalidad, de manera alguna puede ser interpretada en términos de que esta última prevalezca sobre el Texto Fundamental; por el contrario, dicha inclusión conlleva necesariamente a adelantar interpretaciones armónicas y sistemáticas entre disposiciones jurídicas de diverso origen [...] Así las cosas, la técnica del bloque de constitucionalidad parte de concebir la Constitución como un texto abierto, caracterizado por la presencia de diversas cláusulas mediante las cuales se operan reenvíos que permiten ampliar el espectro de normas jurídicas que deben ser respetadas por el legislador [...] En ese sentido, la confrontación de una ley con un tratado internacional no puede dar lugar a una declaratoria automática de constitucionalidad o inconstitucionalidad, ya que es necesario, a su vez, interpretarla sistemáticamente con el texto de la Constitución” (destacado añadido). Corte Constitucional, sentencia C-028 de 2006, MP: Humberto Sierra Porto, fundamento 6.5.

nomos para juzgar la validez formal y material de las demás normas del ordenamiento jurídico;¹⁴ en este entendido, el cargo de inconstitucionalidad que se postula contra una norma, por necesidad, tendrá que estar conformado con los artículos de la Constitución (principios, valores, derechos y deberes) que alegan ser desconocidos por la disposición de inferior jerarquía.¹⁵ Esta es una conclusión importante que ha permitido a la Corte Constitucional declararse inhibida en sede de constitucionalidad en aquellas ocasiones en que se ha esgrimido una norma internacional como único referente normativo vulnerado por determinada disposición del orden interno.¹⁶ (Es una forma de evitar el uso desregulado y arbitrario de todo tipo de fuentes, etéreas y vagas, situadas en una especie de cuasiderecho natural de los derechos humanos.)

El bloque de constitucionalidad, de acuerdo con la Corte Constitucional, cumple dos funciones distintas en relación con la imposición de límites a la facultad de libre configuración legislativa. Así, tiene 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”.¹⁷ Estas funciones descritas se desprenden de la estructura del artículo 93 de la Constitución, como bien lo explica la Corte:

En cuanto a la forma de incorporación de los tratados al bloque de constitucionalidad, la jurisprudencia ha señalado dos vías:

(i) La primera consiste en la “integración normativa” en virtud de lo dispuesto en el primer inciso del artículo 93 de la Constitución. Para ello se requiere que un tratado ratificado por Colombia reconozca derechos humanos cuya limitación se prohíba en los estados de excepción.

¹⁴ “La Corte Constitucional no es juez de convencionalidad —es decir, no está llamada a verificar la concordancia abstracta de la legislación nacional con los tratados internacionales que obligan al Estado”. Corte Constitucional, sentencia C-291 de 2007, MP: Manuel José Cepeda Espinosa, fundamento C.

¹⁵ Se agrega: “Además, en ningún caso la disposición internacional constituye un referente autónomo para el control constitucional, por cuanto la integración normativa debe partir de una interpretación armónica, teleológica y sistemática de la Carta Política en su conjunto”. Corte Constitucional, sentencia C-488 de 2009, MP: Jorge Iván Palacio Palacio, fundamento 4.2. Esta providencia retoma a su vez el precedente establecido en sentencia C-028 de 2006, MP: Humberto Sierra Porto, y posteriormente utilizado en sentencia C-291 de 2007, MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁶ En este sentido, véase Corte Constitucional, sentencia C-290 de 2012, MP: Humberto Sierra Porto.

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-291 de 2007, MP: Manuel José Cepeda Espinosa, fundamento C.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Desde esta perspectiva su incorporación es *directa* y puede comprender incluso derechos que no estén reconocidos en forma expresa en la Carta.

[...] En este punto conviene precisar que, de conformidad con el artículo 101 Superior, también hacen parte del bloque de constitucionalidad los tratados que definen los límites del Estado. *Así mismo, por mandato del artículo 214-2 de la Constitución, se incluyen aquí las normas convencionales y consuetudinarias de derecho internacional humanitario.*

[...] (ii) La segunda forma de incorporación de tratados al bloque de constitucionalidad es como “referente interpretativo” y opera al amparo del inciso segundo del artículo 93 de la Carta. En este sentido la jurisprudencia ha reconocido que algunos tratados de derechos humanos cuya limitación no está prohibida en los estados de excepción también hacen parte del bloque de constitucionalidad, aunque por una vía de incorporación diferente; es decir, no como referentes normativos directos sino como herramientas hermenéuticas para juzgar la legitimidad de la normatividad interna.¹⁸

En relación con la función interpretativa, es importante poner de presente que en la aplicación de una disposición de derechos humanos tendrá lugar el mandato hermenéutico del principio *pro homine*, según el cual “se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trate de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria”.¹⁹ Esta cláusula, consagrada en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, establece el imperativo de seleccionar para la aplicación del caso la norma nacional o internacional que provea la mayor protección a los intereses jurídicos tutelados por la ley.

Es en este escenario donde encuentran utilidad los pronunciamientos de los organismos judiciales de protección de los derechos humanos. El mayor uso jurisprudencial

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia C-488 de 2009, MP: Jorge Iván Palacio Palacio, fundamento 4.2 (cursivas añadidas). También se ha precisado el sentido y el alcance de las funciones antes mencionadas del siguiente modo: “En tales condiciones, el inciso primero del artículo 93 de la Carta permite incorporar ciertos derechos y principios al bloque de constitucionalidad, incluso cuando éstos no han sido reconocidos por el articulado constitucional, pero para ello se requiere que sean derechos no limitables en estados de excepción. Este artículo 93-1 adquiere entonces una verdadera eficacia cuando se trata de derechos o principios que no aparecen expresamente en el articulado constitucional, pero que se refieren a derechos intangibles incorporados en tratados ratificados por Colombia. Por su parte, el inciso segundo del artículo 93 superior tiene otra finalidad pues esa norma completa y dinamiza el contenido protegido de un derecho que ya está consagrado en la Carta, puesto que, conforme a ese inciso, tal derecho debe ser interpretado de conformidad con los tratados ratificados por Colombia”. Corte Constitucional, sentencia T-1319 de 2001, MP(e): Rodrigo Uprimny Yepes, fundamento 12.

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia T-284 de 2006, MP: Clara Inés Vargas Hernández, fundamento 3.2.4.

del bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos reside en la función interpretativa, por cuanto existe, por lo general, coincidencia e identidad entre los derechos consagrados por una convención internacional y aquellos plasmados de forma directa en la Constitución. Cuando esta situación se presenta, la Corte Constitucional ha considerado:

Sólo es posible (i) fundir ambas normas (la nacional y la internacional) y (ii), acoger la interpretación que las autoridades competentes hacen de las normas internacionales e integrar dicha interpretación al ejercicio hermenéutico de la Corte [...] Así, en relación con el primer caso —fusión—, ha de observarse que por lo general los tratados internacionales disponen que sus contenidos no pueden entenderse o interpretarse en contra de aproximaciones normativas más amplias. Esta regla se traduce en el ordenamiento interno en el principio de maximización de la esfera protegida por las normas constitucionales. Respecto del segundo caso —acoger interpretación oficial—, esta solución es necesaria por cuanto la interpretación conforme a un texto no puede hacerse al margen del sentido asignado a dicho texto.²⁰

4. El nuevo constitucionalismo en marcha: la acción de revisión en la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia

Desde 2007, año en que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (CSJ) decidió de fondo, por primera vez, una demanda de revisión por incumplimiento *manifiesto* del deber investigativo del Estado en asuntos de graves violaciones a los derechos humanos y DIH (artículo 192.4 de la ley 906 de 2004), ha tenido lugar un proceso de respuesta a diversos problemas jurídicos, entre los cuales se incluyen: a) la naturaleza y el efecto de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Com IDH), b) la legitimidad para el ejercicio de la acción de revisión, c) la aplicación de la ley procesal en el tiempo, en particular, de la causal de revisión materia de estudio. A continuación se explicará cada uno de estos puntos. Se trata, tal como se verá, de un proceso complejo, que no ha sido pacífico ni unívoco.

²⁰ Corte Constitucional, sentencia T-1319 de 2001, MP(e): Rodrigo Uprimny Yepes, fundamento 13.

4.1. La naturaleza y el efecto de las recomendaciones de la Com IDH

Respecto de la causal revisada, se tiene que, en razón a la jurisprudencia, en cuanto hace a las sentencias proferidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), hay claridad en los operadores respecto de los efectos que ellas producen en el ordenamiento jurídico interno. Así, en decisión de la Sala de Casación Penal de la CSJ, se dice que la misma Convención Americana de Derechos Humanos establece que los fallos de dicha instancia judicial se caracterizan por ser “motivados, obligatorios, definitivos e inapelables”.²¹ De esta forma, si en un caso dado este órgano jurisdiccional comprueba un incumplimiento “protuberante” del Estado de su deber de investigación, ello es suficiente para acreditar la causal de revisión. En tal supuesto, la Sala Penal no tendrá necesidad de entrar a desarrollar mayores argumentos sobre la situación, por lo cual deberá proceder a dejar sin efecto las decisiones que hicieron tránsito a cosa juzgada y declarar fundada la causal de revisión.

Por el contrario, las decisiones que expide la Com IDH no tienen el mismo efecto vinculante que los fallos de la Corte IDH. Así, a manera de ejemplo, se encuentra la decisión de admisibilidad de un caso llevado ante la Com IDH, o el informe final que esta expide, en el cual se incluye una serie de recomendaciones para el Estado con el fin de remediar una situación litigiosa. Sobre el primer tipo de decisiones, la Sala Penal ya ha desestimado que ellas tengan la potencialidad de lograr la reapertura de un proceso penal en Colombia, dado que la admisibilidad solo exige un mínimo de condiciones formales y no supone un ejercicio investigativo de fondo que conduzca a una atribución de responsabilidad al Estado por violación de las disposiciones de la Convención Americana.²²

No sucede lo mismo con la expedición del informe final en un caso de violación de derechos humanos en el que la Com IDH formula recomendaciones al Estado infractor, entre las cuales puede estar la reapertura de procesos penales en contra de los presuntos responsables del crimen. En esta hipótesis, la Sala Penal ha entendido que

²¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de revisión del 1 de noviembre del 2007, radicado 26 077, MP: Sigifredo Espinosa Pérez. Los artículos 63 y siguientes de la Convención Americana establecen las características mencionadas de las sentencias de la Corte IDH.

²² Es el caso del asesinato del periodista Nelson Carvajal Carvajal, cuya demanda de revisión fue inadmitida. Véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de revisión del 1 de abril del 2009, radicado 30 689, MP: Julio Enrique Socha Salamanca.

tales recomendaciones habilitan a la corporación para iniciar un estudio de fondo sobre el caso, en el que se alleguen pruebas y se permitan alegatos de los sujetos procesales. Ello posibilita verificar la existencia de un incumplimiento en el deber investigativo del Estado.²³ Así lo ha establecido la Sala Penal:

En consecuencia, la definición de si se cumple o no la causal que demanda revisar el proceso, no surge, en estricto sentido, como lo dispone el artículo 192 de la Ley 906 de 2004, en su numeral cuarto, de que esa instancia internacional haya establecido mediante una decisión que, en efecto, se violaron las garantías de seriedad e imparcialidad en la investigación, sino producto de que la Corte Suprema de Justicia, una vez habilitada la posibilidad de examinar el procedimiento, gracias a la recomendación de la Comisión Interamericana, encuentre que en verdad ello ocurrió así, pues, en caso contrario, dada la carencia de efecto vinculante de la dicha recomendación, a la Sala no le corresponde más que avalar el proceso seguido en nuestro país.²⁴

La Sala Penal agrega, en todo caso, lo siguiente:

Para la Corte es claro, en primer lugar, que la intervención de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a través de la recomendación efectuada al Estado colombiano, habilita que ahora se decida de fondo la acción legítimamente instaurada por el Ministerio Público, pero, como se anotó atrás, no faculta automática la decisión revisora, pues, es menester que se demuestre, en el análisis concreto obligado de efectuar a la Sala, que efectivamente se presentó violación a garantías fundamentales, que afectaron la seriedad e imparcialidad de los juzgadores, violándose el principio del juez natural y afectando por contera los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación.²⁵

²³ Para la Sala Penal, las recomendaciones formuladas por la Com IDH no conducen, por sí solas, “al Estado colombiano a anular, sin ningún tipo de análisis, la actuación ventilada ante la justicia penal militar, y a realizar, en consecuencia, una investigación imparcial y efectiva ante la jurisdicción ordinaria con el fin de juzgar y sancionar a los responsables”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de revisión del 1 de noviembre del 2007, radicado 26077, MP: Sigifredo Espinosa Pérez.

²⁴ *Ibidem*. Entre las providencias que confirman esta postura, y solo como ejemplo, se mencionan las siguientes: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de revisión del 9 de diciembre de 2010, radicado 26180, MP: Alfredo Gómez Quintero; sentencia de revisión del 24 de febrero de 2010, radicado 31195, MP: Sigifredo Espinosa Pérez; sentencia de revisión del 1 de abril de 2009, radicado 30689, MP: Julio Enrique Socha Salamanca.

²⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de revisión del 1 de noviembre del 2007, radicado 26077, MP: Sigifredo Espinosa Pérez.

4.2. Legitimidad para impetrar la acción de revisión

La legitimidad en la acción de revisión es un asunto que tiene expresa regulación legal en los códigos de procedimiento penal.²⁶ De acuerdo con estos preceptos, cuya regulación es muy similar en las dos leyes de procedimiento penal ordinarias, la titularidad para incoar la acción extraordinaria de revisión se encuentra radicada en los sujetos procesales reconocidos dentro de la actuación penal que se pretende revisar y que, a su vez, hayan demostrado un interés jurídico para ello. (Se reseñan los dos estatutos procesales, ya que el sistema penal acusatorio entró a regir desde enero de 2005, pero progresivamente, de modo que en diversos distritos judiciales los códigos operaban de manera simultánea. Ello ha enriquecido sustancialmente, además, la discusión sobre favorabilidad.)

No obstante, en la práctica judicial no hubo solicitud, por la causal que se estudia, de sujeto procesal alguno que haya participado en la investigación y el enjuiciamiento materia de revisión. Resulta razonable que no sea el propio funcionario, sino el fiscal o procurador del caso —se descarta la presentación por la defensa—, el que solicite la revisión de una actuación procesal de la que estuvo encargado en otros tiempos, máxime si se considera el prolongado lapso transcurrido desde el fin del proceso hasta la demanda de revisión.

Por lo tanto, las demandas que en este sentido se han interpuesto ante la Sala de Casación Penal han sido promovidas por procuradores y fiscales delegados ajenos al procedimiento que pretende ser revisado. La base de su legitimidad no proviene de la disposición legal del Código de Procedimiento Penal, sino de una designación especial por comisión que de sus agentes hace el procurador general o el fiscal general, en ejercicio de sus funciones constitucionales.²⁷

De esta forma, sin importar si el funcionario tuvo presencia en la actuación cuya revisión se busca —entre otras razones porque para la época de los hechos ni siquiera existía la Fiscalía General de la Nación—, tendrá legitimación siempre y cuando haya sido comisionado para el efecto, bien sea por el procurador general o por el fiscal general.

²⁶ Ver el artículo 221 de la ley 600 de 2000 y el artículo 193 de la ley 906 de 2004.

²⁷ Refiriéndose a la legitimidad que le asiste al delegado de la procuraduría, la Corte sostuvo: “Sin embargo, en este particular asunto, la legitimidad del demandante deviene, no en razón a las funciones específicas que como sujeto procesal le asignan las Leyes 600 de 2000 y 906 de 2004, sino como consecuencia de las facultades generales previstas en el artículo 277 de la Constitución Política”. Véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de revisión del 1 de noviembre del 2007, radicado 26077, MP: Sigifredo Espinosa Pérez.

Esta ha sido una postura pacífica, por decirlo así, en la jurisprudencia desde los primeros fallos de revisión por esta causal hasta la actualidad. Así lo ha sostenido la corporación:

Si bien la Fiscal Delegada no intervino en el curso de la actuación en la cual se proferieron las sentencias absolutorias de primera y segunda instancia, entre otras razones, porque para aquella época no se había creado la Fiscalía General de la Nación y por consiguiente, en ningún momento fue legalmente reconocida durante la actuación procesal, lo cierto es que la legitimidad del demandante en revisión no deriva de las funciones específicas que como sujeto procesal le asignan las Leyes 600 de 2000 y 906 de 2004, sino de las facultades generales previstas en la Carta Política, de manera que si en su artículo 250 (modificado por el artículo 2.º del Acto Legislativo 003 de 2002) dispone que “La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento”, y en desarrollo de tales facultades puede deprecar “la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas”, además de solicitar “las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral de los afectados con el delito”, es evidente que le asiste legitimidad para accionar en revisión con el propósito de asumir, entre otros, los referidos cometidos constitucionales.²⁸

4.3. Aplicación atemporal de la causal de revisión

Otro aspecto, por demás complejo, de los que se ha ocupado de manera reiterada la Sala de Casación Penal de la CSJ ha sido la posibilidad de aplicar retroactivamente la causal de revisión por falta de investigación seria e imparcial en caso de violación de los derechos humanos y de afectaciones graves al DIH. En efecto, muchos de los casos de revisión que llegaron a su conocimiento en aducción de esta causal tuvieron lugar antes de la entrada en vigencia de la ley 600 de 2000; incluso se ha solicitado la revisión por hechos ocurridos desde principios de los años ochenta. Es decir, anteriores a la providencia del 2003.

De acuerdo con ello, el problema jurídico consistió en resolver si era procedente alegar la revisión de la actuación penal en amparo de la causal creada por la vía

²⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de revisión del 22 de junio de 2011, radicado 32407, MP: María del Rosario González de Lemos. Esta providencia ratifica la postura sobre la legitimidad que le asiste al fiscal general y a su delegado, en: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de revisión del 22 de septiembre de 2010, radicado 30380, MP: María del Rosario González de Lemos.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

jurisprudencial, por hechos acontecidos antes de los pronunciamientos judiciales referidos a ella, e incluso antes de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991.

Los fallos de constitucionalidad antes reseñados no aclararon a partir de cuándo producían sus efectos; por tanto, siguiendo las reglas de procedimiento de la Corte Constitucional, si esta no se pronuncia expresamente sobre su aplicación temporal, se entenderá que los efectos del fallo se producen hacia el futuro.²⁹

No obstante, la Sala de Casación Penal ha aplicado retroactivamente la causal de revisión contra las decisiones judiciales en los procesos penales en que se ha demostrado un incumplimiento protuberante del Estado en investigar seria e imparcialmente una violación a los derechos humanos y al DIH. La causal de revisión legal aplicada retroactivamente en algunas ocasiones ha sido la establecida en el artículo 192.4 de la ley 906 de 2004, y en otras la establecida en el artículo 220.3 de la ley 600 de 2000, conforme al alcance dado por la Corte Constitucional. De cualquier manera, se parte de la base de considerar que la causal de revisión en una u otra legislación es la misma y que, por consiguiente, puede ser aplicada de manera indiferenciada.

El principal argumento de la Sala Penal para adelantar una aplicación retroactiva de la ley procesal penal y de su estudio por la Corte Constitucional radica en el uso del bloque de constitucionalidad, que establece, según la interpretación más generalizada, una suerte de prevalencia de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia sobre el orden interno. (Esto por supuesto no es absoluto y está lleno de matices en la jurisprudencia sobre todo constitucional.) De hecho, así lo sostuvo la Sala Penal:

Se ofrece pertinente aclarar, que las disposiciones sobre revisión contenidas en la Ley 600 de 2000 y la Ley 906 de 2004, resultan aplicables al caso, no obstante que los hechos en que se funda la demanda tuvieron lugar el 27 de febrero de 1999, es decir con anterioridad a su vigencia, incluso antes del proferimiento de la Sentencia C-004 de 2003 pues, como ha sido precisado por la Sala, *“lo relevante frente a dicha discusión no es la legislación vigente al momento de los hechos, sino el marco constitucional en el cual ocurrieron los mismos y se impulsó la investigación objeto de la acción de revisión”*.³⁰

²⁹ El artículo 45 de la ley 270 de 1996 (Ley Estatutaria de la Administración de Justicia) dispone: “Reglas sobre los efectos de las sentencias proferidas en desarrollo del control judicial de constitucionalidad. Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario”.

³⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de revisión del 6 de julio de 2011, radicado 29075, MP: José Leonidas Bustos Martínez (cursivas añadidas). Esta jurisprudencia ha sido reiteradamente confirmada, y aun

Sumado a un argumento de especial protección constitucional a las víctimas de los hechos punibles constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al DIH, y con base en la idea de la prevalencia de tratados internacionales de derechos humanos, como la Convención Americana, la Sala Penal ha resuelto incluso adelantar una aplicación retroactiva de la causal de revisión para casos ocurridos antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991. Esto último para resolver el argumento de una abogada defensora, de acuerdo con el cual no era clara la relación del orden interno con el derecho internacional bajo la Constitución de 1886, por la carencia de disposiciones como el artículo 93 de la actual Carta Política, relativo al bloque de constitucionalidad. Sobre el particular la Sala Penal dispuso:

Si se tiene claro que los hechos [...] ocurrieron con posterioridad a la aprobación y ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que integra la legislación interna a través del bloque de constitucionalidad, no cabe duda de la pertinencia de acudir a la causal que contempla el numeral 4.º del artículo 192 de la Ley 906 de 2004.³¹

Este es un tema de discusión que de hecho ha sido abordado por el Grupo de Estudios en diversas ocasiones: primero, se establece como marco de referencia la actual Carta Política; luego, para los casos en los que esta aún no había sido promulgada, el juez penal busca respuestas en tratados, allende la Constitución y la ley. Es un argumento supremamente complejo que, en sede de legalidad, puede propiciar justamente la ilegalidad.

Pese a ello, que ciertamente puede generar críticas a las decisiones de la Sala Penal, respecto de la aplicación retroactiva se ha entendido que sin esa opción la decisión misma de la Corte Constitucional y el uso de la propia causal serían casi inocuos. Así, se dice, por ejemplo:

[...] si bien es cierto que el juez constitucional no se pronunció sobre este punto en la sentencia, en opinión de algunos expertos, esto no constituye obstáculo para analizar el tema

extendida, entre otras, en: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de revisión del 1 de noviembre del 2007, radicado 26 077, MP: Sigifredo Espinosa Pérez; sentencia de revisión del 4 de abril de 2010, radicado 31 091, MP: Jorge Enrique Socha Salamanca; sentencia de revisión del 9 de diciembre de 2010, radicado 26 180, MP: Alfredo Gómez Quintero.

³¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de revisión del 24 de febrero de 2010, radicado 31 195, MP: Sigifredo Espinosa Pérez.

y llegar a conclusiones en uno u otro sentido. Para Eduardo Montealegre, ex magistrado de la Corte, es posible aplicar la nueva causal de acción de revisión para reabrir procesos fallados con anterioridad a la mencionada sentencia, en la medida en que no se desconocen los principios de favorabilidad e irretroactividad [...] Se está frente a la aplicación de una disposición normativa que ya existía en el ordenamiento jurídico, y cuyo alcance fue precisado por el tribunal constitucional, de acuerdo al principio *de interpretación conforme* a la Constitución.³²

5. Estudio de casos

5.1. Sentencia de revisión del 1 de noviembre de 2007: el inicio de la discusión jurídica en el juez penal de mayor jerarquía

A continuación se transcriben los hechos más relevantes del caso:

Aproximadamente a las diez y media de la noche del sábado 21 de marzo de 1998, los jóvenes Nelson Javier González Macana, Miguel Ángel León y Jorge Luis y Leydi Dayán Sánchez Tamayo, se encontraban departiendo en una esquina [...] en el sur de la ciudad de Bogotá, cuando se percataron de la llegada de varios vehículos, situación que les hizo colegir que se trataba de las “milicias” —grupos armados ilegales operantes en la zona— y por ello emprendieron veloz carrera, con el fin de ocultarse en un callejón, los dos primeros, y en su casa, ubicada cerca de allí, los hermanos Sánchez Tamayo. A diferencia de su consanguíneo, la menor Leydi Dayán Sánchez Tamayo no pudo llegar a su destino, ya que fue alcanzada por el proyectil de un arma de fuego, que le causó graves lesiones en el cerebro, provocándole la muerte horas más tarde en un centro asistencial.

Se pudo establecer que en realidad los vehículos que alertaron a los jóvenes mencionados, correspondían a la motocicleta en que se desplazaban los patrulleros [...] y la camioneta en que se movilizaban los agentes de policía [...] quienes acudieron al sitio por indicación de la central de radio, con el objeto de contrarrestar la supuesta acción de una pandilla juvenil armada [...] Se comprobó que primero arribó al sitio la motocicleta, de la cual descendió el patrullero [...], quien desenfundó su revólver de dotación y accionó contra los jóvenes que corrían, según explicó, para responder a varios disparos que provenían de la oscuridad. Se ocasionó la muerte de la menor, quien para esta fecha, contaba con 14 años de edad.

³² Claudia Redondo Polo, “Nuevas dinámicas del sistema interamericano de derechos humanos: ¿Hacia una des-constitucionalización del derecho penal?”, en *Debate Interamericano*, vol. 2, Bogotá, 2009, p. 53.

La investigación del caso correspondió a un juzgado de instrucción penal militar, que recibió testimonios y practicó demás material probatorio integrado al expediente, para luego remitirlo al juzgado de conocimiento de primera instancia del comando de policía de Bacatá. La Unidad Nacional de Derechos Humanos y DIH de la Fiscalía General de la Nación propuso conflicto de competencias positivo al considerar que el hecho delictivo no tenía relación con la función policial. El conflicto fue resuelto por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, asignando la competencia del caso a la jurisdicción penal militar.

Tiempo después, frente a la queja instaurada por las víctimas de la menor ante la Com IDH, este organismo internacional tramitó las diligencias tendientes a establecer la posible responsabilidad del Estado por el homicidio. Como resultado de su investigación, se declaró al Estado responsable por la infracción de las normas de la Convención que consagran los derechos a la vida, a las garantías judiciales, a los derechos del niño, y a la protección judicial.

En el informe final de la Com IDH sobre el caso, se recomienda al Estado “realizar una investigación imparcial y efectiva ante la jurisdicción ordinaria con el fin de juzgar y sancionar a los responsables por la muerte de Leydi Dayán Sánchez Tamayo”.

Luego de recordar las consideraciones de la Corte Constitucional y de la propia Sala de Casación Penal de la CSJ sobre el fuero penal militar, en el sentido de que su aplicación es excepcional y estricta frente a las conductas punibles que prueben tener una relación directa con el servicio, la corporación concluyó:

[...] para la Sala asoma evidente que lo endilgado al procesado absuelto, no puede entenderse relacionado con el servicio que como agente de policía desempeñaba para el día de los hechos, así se realizara la conducta con ocasión de una dicha adscripción, pues, de ninguna forma es posible significar que dentro de esas funciones anejas a la condición policial que de él se releva, se halle la de atacar a una menor indefensa que de espaldas corre, dándole muerte con su arma de dotación.³³

Se debe añadir que este es ciertamente un caso emblemático, sobre todo por la ocurrencia de conflictos de competencia entre la jurisdicción penal militar y la jurisdicción

³³ Hay que aclarar que el litigio ante el sistema, en este caso, concluyó con un informe definitivo de conformidad con el artículo 51 de la Convención. Entre las recomendaciones de la Comisión cumplidas en este caso estuvo justamente el esfuerzo de la Sala Penal en el ámbito de justicia.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

penal ordinaria. Es aquí donde ciertamente ha tenido lugar un gran margen de impunidad en casos graves. Reconstruir un caso, tal como lo ha hecho el autor de este escrito en el primer informe sobre incorporación del Estatuto de Roma al derecho interno, por ejemplo, en el cual haya operado la jurisdicción penal militar, es una tarea de años, ardua, difícil. Incluso hasta que el caso llegue ante la Sala Penal pueden transcurrir diez años, de modo que es un tema muy complejo, en el que el discurso sobre la impunidad se hace más concreto y menos retórico. Un gran porcentaje de casos —tal como se ve en este— en los cuales ha actuado la justicia penal militar terminan en sentencias absolutorias, sin una correcta fundamentación y haciendo caso omiso al material probatorio. Por ello, es un tema de la mayor sensibilidad nacional e internacional y respecto del cual el sistema interamericano se ha pronunciado reiteradamente. Ha existido, con razón, una especial preocupación respecto de dichos órganos.

5.2. Sentencia de revisión del 11 de marzo de 2009, radicado 30 510, MP: Yesid Ramírez Bastidas, caso del general (r) Rito Alejo del Río

Pero la Sala Penal va mucho más allá incluso del hecho de que exista, como condición previa, la decisión de un organismo internacional, y en ella opera cierta discrecionalidad. Este es el caso siguiente, que se reseña, además, porque el sindicado fue condenado después, en el año 2012, por un juzgado de instancia. Se trata de un militar sobre el cual desde hace muchos años existen todas clase de denuncias por relación con grupos paramilitares.

La resolución de preclusión de la investigación adelantada contra el general (r) Rito Alejo del Río describía un contexto de violencia en la región del Urabá antioqueño y, en particular, sintetizaba los hechos por los que se lo investigaba, del siguiente modo:

El 11 de diciembre de 1995 asumió el Brigadier General RITO ALEJO DEL RÍO ROJAS el comando de dicha Brigada del Ejército Nacional, la cual comprendía los municipios de Mutatá, Chigorodó, Apartadó, Turbo, Necoclí, San Juan, Arboletes, San Pedro de Urabá, Río Sucio, Ungía y Acandí, todos ellos en la misma región violenta, donde actuaban desde los años ochenta las mencionadas organizaciones criminales.

En atención a que el mencionado oficial estuvo como comandante de dicha Brigada durante 1996 y 1997, se ha afirmado que éste pudo haber prestado colaboración a los “paramilitares”, mediante la omisión de procedimientos para combatirlos, facilitándoles medios para que pudieran actuar libremente y conformando agrupaciones de esa naturaleza.

Con este fundamento fáctico se tomó la decisión de abrir sumario contra el General (r) DEL Río el 21 de julio de 2002, se le oyó en indagatoria y se le definió su situación jurídica a través de resolución fechada 29 de mayo de 2003, por la cual se abstuvo el Despacho de dictarle medida de aseguramiento. Vencido el término máximo que permite la ley para instruir se declaró cerrada la investigación, por lo que corresponde calificar el mérito probatorio de ésta.³⁴

En la mencionada resolución, la fiscalía resolvió la situación jurídica del procesado absteniéndose de dictar medida de aseguramiento y, vencido el plazo para la etapa instructiva, se decretó la preclusión de la investigación a favor del procesado, por los delitos de concierto para delinquir, peculado sobre bienes de dotación y prevaricato por omisión. En esta providencia, la fiscalía consideró que no existía prueba suficiente para acusar al procesado por los mencionados delitos. No obstante, en el año 2009, por prueba testimonial sobrevenida ventilada en las versiones libres de Justicia y Paz rendida por los jefes paramilitares Salvatore Mancuso, alias *HH* y alias *el Iguano*, el procurador delegado solicitó la revisión de la preclusión de investigación a favor del general (r) Rito Alejo del Río en ejercicio de la causal 3.^a de la ley 600 de 2000, esto es, por prueba nueva no conocida al tiempo de los debates.

En la sustentación de la demanda, el procurador judicial sostuvo que, si bien la revisión solicitada se dirigía contra una decisión judicial absolutoria en un proceso penal (a) por graves violaciones a los derechos humanos (b), en el presente caso no existía pronunciamiento de un organismo internacional de protección de los derechos humanos que diera cuenta del incumplimiento protuberante del Estado en investigar las infracción (c). Antes bien, la causal de revisión bajo la cual se amparó la demanda era una especie de híbrido entre la interpretación constitucional dada por la Corte Constitucional y el texto legal original, que establece la procedencia por prueba nueva o hecho nuevo no conocido al tiempo de los debates.

La Sala Penal declaró fundada la causal de revisión. Así, argumentó la Sala:

8.7. Y en tanto los crímenes cometidos por los paramilitares constituyen delitos de lesa humanidad, no es posible que la jurisdicción se mantenga al margen de dicha realidad cuando prueba y hechos nuevos dan cuenta de servidores públicos que prevalidos de su condición contribuyeron por acción y omisión en la preparación y ejecución de crímenes de tal naturaleza. Lo anterior es así porque las especiales funciones que cumple la Sala de Casación Penal en los

³⁴ Cursivas añadidas.

términos de la Constitución y la ley, entre las que sobresale el mandato de pronunciarse en busca de la efectiva protección de los derechos constitucionales y el control de legalidad de los fallos, le fincan su razón de ser en la efectividad de tal cometido.

8.8. Ante tal circunstancia debe entenderse que la causal de revisión invocada es procedente a pesar de no satisfacerse el requisito del pronunciamiento de una autoridad judicial interna o una decisión de instancia internacional, exigencias que para el caso concreto resultan suplidas por la intervención como accionante de la Procuraduría General de la Nación, institución que por mandato de la Carta le corresponde la guarda y protección de los derechos humanos y que por expreso querer del legislador tiene atribuida la representación de las víctimas en los asuntos de Justicia y Paz.³⁵

Agrega la Sala, finalmente:

[...] como quiera que el militar procesado ha rendido descargos por un delito de lesa humanidad, la consecuencia inmediata para el orden jurídico interno consiste en evitar a toda costa la impunidad de los crímenes presuntamente cometidos y con ello, mostrar a la comunidad internacional que no es necesaria la intervención de la justicia penal internacional porque Colombia sí está en capacidad de juzgar e imponer las consecuencias punitivas establecidas en la ley penal nacional a los responsables de tales delitos.

5.3. Sentencia de revisión del 18 de marzo de 2009, radicado 28 860, MP: Julio Enrique Socha Salamanca, caso Masacre de Mondoñedo

En el caso *Masacre de Mondoñedo*, un grupo de oficiales de la Dirección de Investigación Criminal e Interpol (DIJIN) de la Policía Nacional, en seguimiento de los integrantes de una red urbana de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) que habían perpetrado un atentado contra la estación de policía de Kennedy, dieron muerte, fuera de combate, a los miembros responsables del hecho terrorista e incineraron los cuerpos para perder todo rastro de evidencias.

Realizadas las investigaciones, se vinculó al proceso penal a los oficiales, incluido un teniente que por la época de los hechos estaba a cargo del grupo especial de la DIJIN encargado de hacer los rastreos de inteligencia a las milicias urbanas responsables del mencionado hecho. Al no encontrar prueba directa contra el mencionado oficial, sino solo

³⁵ Cursivas añadidas.

prueba indiciaria considerada insuficiente, la fiscalía decidió precluir la investigación en su favor y llamar a juicio a los demás oficiales integrantes del grupo de inteligencia.

Mientras se desarrollaba el juicio contra el grupo de oficiales, un oficial rindió testimonio en el cual se inculcaba, entre otras, la responsabilidad del teniente absuelto. La prueba testimonial fue apreciada con trascendencia en los fallos condenatorios de los oficiales y con base en ella se solicitó la reapertura de la investigación en contra del teniente absuelto. Sobre la causal de revisión alegada —esto es, prueba nueva o hecho nuevo, no conocido al tiempo de los debates judiciales y reconocido por un pronunciamiento judicial interno— la Sala Penal sostuvo:

[...] no se requiere que la decisión judicial interna o que un organismo internacional declare que el Estado colombiano incurrió en omisión protuberante en la investigación de hechos violatorios de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario, sino la concurrencia *ex novo* de un hecho o prueba que de haberse conocido antes de proferir la decisión que culminó con la terminación del proceso, hubiera determinado una decisión opuesta a aquella.

Sin embargo, el hecho o la prueba nueva que concurre con posterioridad a la decisión que puso fin al proceso debe estar constatado o, dicho otro modo, haberse verificado en la decisión judicial interna o del organismo internacional, es decir, no puede aparecer solo, sino que ha debido ser objeto de valoración y fundamento de la misma, independientemente de su sentido (condenatorio o absolutorio), como forma de comprobación de su contenido, que inexorablemente debe tener una relación estrecha con los hechos investigados en el proceso cuya revisión se persigue.

La Sala Penal ha reiterado su jurisprudencia sobre la acción de revisión en numerosos casos, todos complejos y difíciles.³⁶ A los casos expuestos se agrega uno más reciente

³⁶ A continuación se reseña un listado de providencias de revisión bajo la causal estudiada, para el lector que tenga interés en profundizar en el estudio de casos: sentencia de revisión del 1 de noviembre de 2007, radicado 26 077; sentencia de revisión del 16 de diciembre de 2008, radicado 28 476; sentencia de revisión del 17 de septiembre de 2008, radicado 26 021; sentencia de revisión del 6 de marzo de 2008, radicado 26 703; sentencia de revisión del 14 de octubre de 2009, radicado 30 849; sentencia de revisión del 11 de marzo de 2009, radicado 30 510; sentencia de revisión del 18 de marzo de 2009, radicado 28 860; sentencia de revisión del 1 de abril de 2009, radicado 30 689; sentencia de revisión del 19 de agosto de 2009, radicado 26 657; sentencia de revisión del 9 de diciembre de 2010, radicado 26 180; sentencia de revisión del 4 de abril de 2010, radicado 31 091; sentencia de revisión del 24 de febrero de 2010, radicado 31 195; sentencia de revisión del 22 de septiembre de 2010, radicado 30 380 (caso *Masacre de Trujillo*); sentencia de revisión del 31 de agosto de 2011, radicado 35 907; sentencia de revisión del 31 de agosto de 2011, radicado 28 477; sentencia de revisión del 22 de junio de 2011, radicado 32 407; sentencia de revisión del 6 de julio de 2011, radicado 29 075.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

que de nuevo coloca en entredicho la actuación de la justicia penal militar, tanto más en un país donde el conflicto armado interno pervive en diversos territorios.

En enero de 1994, dos compañías del Ejército Nacional ejecutaron operaciones militares en el municipio de Saravena, Arauca. Una de ellas acordonó el área de un caserío y la otra ingresó en el poblado, donde mató a nueve civiles. Por estos hechos fueron procesados en la justicia militar el teniente y otros soldados, acusados del delito de homicidio agravado a título de coautores. El consejo verbal de guerra que conoció de la acusación dispuso su absolución y declaró la contraevidencia, lo cual fue confirmado por el tribunal superior militar en el grado jurisdiccional de consulta. Luego, como narra la providencia:

[...] se convocó entonces por Resolución de octubre 15 de 1996 un nuevo Consejo Verbal de Guerra contra los mismos sindicados acusados como coautores de los delitos de homicidio agravado, siendo la veredicción otra vez absolutoria. Por tal razón, el Juzgado de Primera Instancia en sentencia de noviembre 22 de 1996, no obstante considerar que el veredicto del jurado de conciencia contrariaba abiertamente la realidad procesal, absolvió a los enjuiciados.

Este fallo también fue confirmado por el tribunal penal militar.

Con base en el informe 61 de 1999 emitido por la Com IDH, en el cual se recomendaba al Estado colombiano iniciar una investigación seria, imparcial y eficaz para juzgar y sancionar a los responsables, el Ministerio Público impetró la acción de revisión. La Sala Penal declaró fundada la acción de revisión; constató, además, cómo el caso configuraba una violación al derecho internacional humanitario en escenarios propios de conflicto armado interno, en tanto se produjeron asesinatos de civiles.

En razón a que el caso fue investigado y juzgado por la justicia penal militar, la Sala Penal volvió sobre la jurisprudencia constitucional que establece la excepcionalidad del fuero militar para determinar los delitos bajo su competencia. Luego de un análisis basado en estas premisas para el caso concreto, encontró que los delitos de este tipo no tienen relación directa con el servicio. Por lo tanto, se configuró una violación al principio de juez natural, suficiente para tener acreditada la falta de imparcialidad y seriedad de la investigación.³⁷

³⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de revisión del 20 de junio de 2012, MP: Luis Guillermo Salazar Otero.

Un hecho fundamental destacado por la Sala Penal refleja lo que en Colombia se ha denominado *falsos positivos* en la guerra: la muerte fuera de combate de civiles inocentes con el propósito de obtener beneficios en la confrontación, ya que se suponen *positivos*, o sea, muertes de enemigos en combate. Es un problema extremadamente grave; se han denunciado miles de hechos como estos, respecto de los cuales el Estado colombiano tiene que seguir impulsando su investigación y juzgamiento. La Sala revela, de hecho, una de sus características más deplorables:

La escena en relación con los demás fallecidos se evidenció manipulada al punto de implantarse en la misma algunas armas, eso sin contar con la prueba testimonial que sugiere que las muertes de José del Carmen Salcedo, Ciro Blanco y Adolfo Calderón pudieron acaecer en situación de absoluta indefensión y sin que mediare confrontación alguna, o con la prueba documental que permite establecer que Iván Lozano supuestamente portaba una escopeta, pero en relación con la misma nada fue incautado que hubiere permitido colegir que fue disparada. Lo anterior pone en tela de juicio que la muerte de los 9 civiles haya obedecido a una confrontación bélica, en la cual los agentes del Estado hicieron uso de la fuerza. De modo que en principio puede estarse ante graves afectaciones de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario a que hacen relación los citados informes de la Comisión Interamericana y que ameritan investigarse.

6. La reforma constitucional al fuero penal militar: un retroceso mayor en la persecución penal nacional de crímenes internacional

Varios de los casos reseñados, y particularmente el último, son relacionados directamente con una decisión del Parlamento colombiano muy compleja, sumamente discutida y criticada en la comunidad jurídica, en especial por la comunidad de derechos humanos. Se trata de la reforma, por vía constitucional, del fuero penal militar. Un análisis exhaustivo de esta excede los límites del presente informe; no obstante, se harán referencias puntuales a sus aspectos más problemáticos, teniendo en cuenta los antecedentes narrados de innumerables muertes de civiles inocentes o de violaciones en general al derecho internacional humanitario.

Se trata del acto legislativo 2 de 2012, “por el cual se reforman los artículos 116, 152 y 221 de la Constitución Política de Colombia”. La reforma se presentó socialmente, con el “objeto brindar garantías a los miembros de la Fuerza Pública a través

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

de la creación de nuevas autoridades en materia penal y por medio de una serie de modificaciones al denominado fuero penal militar”. Para el informe, es relevante estudiar el artículo 3.º del proyecto de acto legislativo, que modifica el artículo 221 de la Constitución Política, el cual dispone:

Artículo 3º. El artículo 221 de la Constitución Política quedará así:

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

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

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

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

La ley ordinaria podrá crear juzgados y tribunales penales policiales, y adoptar un Código Penal Policial.³⁸

En primer lugar se señala que, si bien el listado de delitos que se excluyen del conocimiento de la justicia penal militar comprende en gran parte aquellos hechos que por su desvinculación del servicio legítimo de la fuerza pública no pueden ser del conocimiento de esta, no es del todo correcto realizar enunciaciones taxativas de este tipo situaciones, por cuanto lo importante para determinar la competencia no es la observancia de un

³⁸ Cursivas añadidas.

listado, sino la relación del delito con el ejercicio legítimo de las funciones de la fuerza pública. Así, si se comenten violaciones a los derechos humanos y al DIH que revisten gravedad y se distancian claramente del servicio, aun cuando no se encuentren en el listado de delitos enunciados en el referido artículo deberían ser de conocimiento de la justicia penal ordinaria.³⁹

De otra parte, también se deben señalar algunas imprecisiones técnicas que contiene el citado acto legislativo. Como ejemplo relacionado con casos reseñados en el presente escrito, se excluyen del fuero penal militar aquellas acciones que constituyen “ejecuciones extrajudiciales”, cuando en Colombia no existe ningún tipo penal denominado *ejecución extrajudicial*. Este es un concepto más de carácter sociológico o que hace parte del lenguaje del derecho internacional de los derechos humanos. En este sentido, los operadores tendrán que hacer elaboraciones más allá de las disposiciones propiamente penales, para excluir estas acciones.

Se entiende, desde luego, que los casos denominados *falsos positivos*, que han sido concebidos también como ejecuciones extrajudiciales, quedan terminantemente excluidos del fuero penal militar. Pero, se repite, no deben incluirse nociones que no constituyen delitos en sí mismos. Una ejecución extrajudicial es, en contextos de conflicto armado, un homicidio en persona protegida, y como tal debe imputarse y excluirse de la jurisdicción penal militar.

Respecto del acto legislativo, debe adelantarse una última reflexión en cuanto a la autoridad en cabeza de la cual recae la responsabilidad de inspeccionar la escena del crimen. Al respecto debe señalarse un principio fundamental: la policía judicial es de naturaleza civil. Las fuerzas armadas no pueden, por tanto, ejercer funciones de policía judicial en la preservación de la escena del crimen. En este sentido, ha establecido la Corte Constitucional:

Ha de recordarse que el proceso penal requiere para adelantarse la realización de una labor investigativa, razón ésta por la cual la dirección y coordinación de las funciones de policía judicial se la confió la Constitución de manera específica a la Fiscalía General de la Nación, ya sea que ella se realice en forma permanente por la Policía Nacional o por los demás organismos que

³⁹ Al respecto se puede observar la sentencia de la Corte Constitucional C-878 de 2000, MP: Alfredo Beltrán Sierra, aparte 4.2.3. En este mismo sentido se debe observar la forma en la cual se encuentra actualmente redactado el artículo tercero de la ley 1407 de 2012, que precisamente por la correcta forma en la que consagra el alcance del fuero penal militar fue declarado exequible por la sentencia C-469 de 2009, MP: Jorge Iván Palacio Palacio.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

señale la ley [...]. Como salta a la vista, quienes desempeñan las funciones de policía judicial de manera permanente son civiles, como quiera que las instituciones mencionadas no pertenecen a las fuerzas armadas y a éstas no es dable imaginarlas actuando bajo la dirección y la responsabilidad funcional de la Fiscalía General de la Nación, pues ésta pertenece a la rama judicial y ellas a la rama ejecutiva del Estado.⁴⁰

El artículo 1.º del acto legislativo en comento adiciona una serie de incisos al artículo 116 de la Constitución Política y crea un “Tribunal de Garantías Penales que tendrá competencia en todo el territorio nacional y en cualquier jurisdicción penal”, el cual tiene las siguientes funciones:

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

Más allá de analizar la pertinencia de este tribunal, de sus funciones, su conformación y su funcionamiento, se pone de presente que no ha existido claridad, ni en el debate legislativo ni en el texto final del acto, respecto de cómo va a funcionar el levantamiento de los cadáveres de las personas muertas en combate o de presuntos combates, cuál será la autoridad encargada de ello, cómo se van a asegurar los elementos probatorios que de allí se obtengan, y la manera en que estos se presentarán ante el nuevo Tribunal de Garantías Penales.

El acto legislativo reseñado establece que “excepcionalmente podrá intervenir una comisión técnica de coordinación integrada por representantes de la jurisdicción penal militar y de la jurisdicción penal ordinaria, apoyada por sus respectivos órganos de policía judicial”, pero solo intervendrá de forma excepcional para aquellos casos en los cuales exista duda respecto de la competencia, y siempre su intervención será posterior al levantamiento inicial y una vez que se suscite el conflicto de competencia, el cual, como lo establece el proyecto, será resuelto por el Tribunal de Garantías.

⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia C-1024 de 2002, MP: Alfredo Beltrán Sierra.

Es un tema que seguramente será regulado a través de la ley estatutaria mencionada en el artículo 3.º del acto legislativo bajo estudio, la cual también “determinará la forma de armonizar el derecho penal con el Derecho Internacional Humanitario”. En cualquier caso, se pone de presente que la cuestión de las funciones de la policía judicial en escenarios de conflicto armado es especialmente delicada y que, con fundamento en la jurisprudencia constitucional y en las directivas 10 y 19 de 2007 del Ministerio de Defensa, se debe respetar el carácter civil de la policía judicial, pues de ello dependerá en gran parte la seriedad y la imparcialidad de los ulteriores juzgamientos.

Como se ve, se trata de un tema fundamental en la reflexión que ocupa este informe. La reforma ha sido concebida en contravía de la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos y ha suscitado debates serios frente a la comunidad internacional. Ha de esperarse que los operadores le den un sentido absolutamente restringido en la práctica; de lo contrario, deberá preverse, casi fatalmente, la instauración permanente de la acción de revisión para casos que, con la jurisprudencia existente, no deben ocasionar nuevos conflictos de competencia y la consecuente cuota perversa de impunidad.