



Colección Ciencias Jurídicas

Problemas abiertos en torno del principio de proporcionalidad: análisis desde el DIDH y el DIH

Paola Andrea Velásquez Cardona
Camilo Humberto Prieto Fetiva
(Editores)



ESCUELA MILITAR DE CADETES
"General José María Córdova"

**Problemas abiertos en torno del
principio de proporcionalidad:
análisis desde el DIDH y el DIH**

Colección Ciencias Jurídicas

Esta colección reúne investigaciones en torno al régimen jurídico militar, la defensa de la Constitución Política, la protección de los Derechos Humanos y la aplicación del Derecho Internacional Humanitario por parte de las Fuerzas Armadas. Convergen aquí aquellos estudios que buscan reflexionar, en primer lugar, sobre los diferentes ordenamientos jurídicos aplicables a los escenarios operacionales militares y el ejercicio del uso de la fuerza como función pública, y, en segundo lugar, acerca de la existencia de un conjunto de relaciones jurídicas de orden administrativo, laboral, disciplinario y penal. Estas interacciones se sustentan en una perspectiva metodológica que permite comprender e interpretar las relaciones jurídicas que subyacen al uso de la fuerza en tiempos de guerra y de paz por parte de los miembros de la Fuerzas Armadas, así como sus consecuencias jurídicas.

Serie Miles Doctus (Investigación formal terminada)

Problemas abiertos en torno del principio de proporcionalidad: análisis desde el DIDH y el DIH

Paola Andrea Velásquez Cardona

Camilo Humberto Prieto Fetiva

Editores



Problemas abiertos en torno del principio de proporcionalidad:
análisis desde el DIDH y el DIH

Primera edición, 2024

Editores

Paola Andrea Velásquez Cardona
Camilo Humberto Prieto Fetiva

Cubierta

Rubén Alberto Urriago Gutiérrez con base
en imágenes del Ejército Nacional de Colombia

ISBN impreso: 978-628-95446-8-8

ISBN digital: 978-628-95446-7-1

<https://doi.org/10.21830/9786289544671>

Tiraje de 100 ejemplares

Impreso en Colombia - *Printed in Colombia*

Libro electrónico publicado a través de la
plataforma Open Monograph Press.

2024 Escuela Militar de Cadetes

“General José María Córdova”

Departamento de I+D+i

Sello Editorial ESMIC

Calle 80 No. 38-00. Bogotá, D. C., Colombia

www.libroesmic.com

El contenido de este libro corresponde exclusivamente al pensamiento de los autores y es de su absoluta responsabilidad. Las posturas y aseveraciones aquí presentadas son resultado de un ejercicio académico e investigativo que no representa necesariamente la posición oficial ni institucional de las instituciones participantes, la Escuela Militar de Cadetes “General José María Córdova, las Fuerzas Militares de Colombia o el Ministerio de Defensa Nacional.

Libro resultado de investigación de la Escuela Militar de Cadetes “General José María Córdova”.



Los libros publicados por el Sello Editorial ESMIC son de acceso abierto bajo una licencia Creative Commons: Reconocimiento-NoComercial-SinObrasDerivadas.
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



ESCUELA MILITAR DE CADETES
“General José María Córdova”

Brigadier General **Luis Fernando Salgado Romero**

Director

Coronel **Geovanni Andrés Cortes Molina**

Subdirector

Coronel **Oswaldo Manuel Mendez Lara**

Vicerrector Académico



Mayor **Jony Alejandro Zamora Gómez**

Jefe del Departamento de I + D + i

Coronel **Andrés Eduardo Fernández Osorio**

Jefe del Sello Editorial ESMIC

Jorge Aristizabal Gáfaró

Corrector de Estilo

Angeluz Reyes Becerra

Traductora

Rubén Alberto Urriago Gutiérrez

Diseño y Diagramación

Contenido

Prólogo <i>Walter Arévalo-Ramírez</i>	9-12
Introducción <i>Paola Andrea Velásquez Cardona y Camilo Humberto Prieto Fetiva</i>	13-18
Capítulo 1	
Respeto y protección de la dignidad humana: principio rector del derecho operacional <i>Darío Luis Dangón Moisés</i>	19-51
Capítulo 2	
Validez jurídica de la regla operacional. Una visión no positivista <i>Francisco Alejandro Chiquiza Gómez</i>	53-76
Capítulo 3	
De la proporcionalidad y otros demonios: el origen del principio de proporcionalidad y su adaptación en el orden jurídico colombiano <i>Angélica María Arango Díaz</i>	77-104
Capítulo 4	
El principio de proporcionalidad en el uso de la fuerza: análisis desde el DIDH <i>Xiomara Lorena Romero-Pérez</i>	105-140
Capítulo 5	
El principio de proporcionalidad como límite de los ciberataques en los conflictos armados internacionales <i>Yonni Albeiro Bermúdez Bermúdez</i>	141-160
Capítulo 6	
Seguridad y defensa nacional bajo examen de constitucionalidad. Cuestiones desde el quehacer militar en Colombia <i>Dahianna Mercedes Rodríguez Ortegón</i>	161-180

Prólogo

Walter Arévalo-Ramírez

Universidad del Rosario
Presidente de la Academia Colombiana de Derecho Internacional - ACCOLDI

El principio de proporcionalidad constituye uno de los más fascinantes temas dentro del derecho internacional, pues, al estar directamente ligado a la acción estatal, es sujeto de constante evolución en cada ocasión que el Estado ejerce su fuerza, sus poderes discrecionales y sus potestades soberanas en diferentes y siempre cambiantes ámbitos de la realidad.

Siendo un principio fundante del derecho internacional humanitario, una costumbre reconocida por las antiguas normas del *ius in bellum* y un elemento esencial para el test de la legalidad del uso de la fuerza, como lo reconociera la Corte Internacional de Justicia en el famoso párrafo 176 de la sentencia de fondo en el caso “Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua”, en 1894 (Arévalo-Ramírez, 2022), y cuyos orígenes se pueden trazar a casos tan antiguos y fundantes como el *affaire* Caroline, en 1837 (Vidmar, 2017), donde se debatió la proporcionalidad de la fuerza por acciones de la fuerza anglocanadiense en territorio norteamericano contra revolucionarios americanos, el principio de proporcionalidad encuentra cada día nuevos escenarios donde ser aplicado, como ocurre hoy en la acción estatal en materia de ciberseguridad y terrorismo digital (Schmitt, 2013) o en su desarrollo reciente por los tribunales regionales de derechos humanos que lo aplican para mediar el uso de la fuerza policial en situaciones de protesta y alzamiento social.

Ante esta constante evolución, cuyos actores no solamente son las fuerzas armadas nacionales y los distintos órganos del Estado, sino también los operadores jurídicos internacionales y las mismas organizaciones internacionales que lo proponen y promueven, la presente obra se enfrenta con una discusión necesaria y siempre cambiante, motivando a los lectores a reconocer que ciertas instituciones jurídicas, más allá de su estirpe antigua, son susceptibles de constante cambio.

Evidencia de ello es, por ejemplo, el sutil cambio que el principio de proporcionalidad ha sufrido desde su consagración clásica en la costumbre a su codificación más reciente en instrumentos convencionales como el Estatuto de Roma, donde ha pasado de ser un simple elemento para el test de legalidad del uso de la fuerza, a convertirse en un elemento constitutivo de un crimen internacional, hoy plenamente incorporado en los escenarios locales de justicia (Arévalo-Ramírez & Pauline, 2022) y parte de la regulación de la reacción de los Estados a ataques armados, buscando evitar que estos se constituyan en represalias o retaliaciones, como lo consigna el artículo 8.2.b.iv del Estatuto de Roma:

iv: lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medioambiente natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea; v) atacar o bombardear, por cualquier medio, ciudades, aldeas, viviendas o edificios que no estén defendidos y que no sean objetivos militares.

A su vez, el mismo principio de proporcionalidad, gracias a la aplicación paulatina pero constante de las convenciones de Ginebra, se ha convertido en un estándar no solo de la fuerza sino de la legalidad de las acciones de las fuerzas de ocupación en el ámbito judicial, llevando la proporcionalidad a constituirse en una garantía judicial de los detenidos bajo ocupación y los prisioneros de guerra, situación controvertida hoy en conflictos como el de Siria, Israel y Palestina e, incluso, los escenarios de justicia no estatal por grupos insurgentes (Provost, 2021), tal y como lo avizorara el artículo 67 del Cuarto Convenio de Ginebra:

Artículo 67 - IV. Disposiciones aplicables

Los tribunales solo podrán aplicar las disposiciones legales anteriores a la infracción y conformes a los principios generales del derecho, especialmente por lo que atañe al principio de la proporcionalidad de las penas. Deberán tener en cuenta el hecho de que el acusado no es súbdito de la Potencia ocupante.

Progresivamente, el énfasis del principio de proporcionalidad también ha ido cambiando su norte y ha pasado de ser un principio únicamente enfocado en la proporcionalidad de fuerzas entre las partes de un conflicto armado internacional, para incluso ser hoy aplicado en conflictos de carácter no internacional (o internacionalizados), como una prescripción sobre los deberes de cuidado razonable que los combatientes deben tener sobre la población y los bienes civiles para evitar en ellos y en su infraestructura daños desproporcionados o producto de la retaliación (Kuhli & Günther, 2011) de las fuerzas militares a la población civil, como lo desarrollara en enero de 2000 el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, en el caso Kupreskic;

En el caso de ataques a objetivos militares que causen daños a civiles, el derecho internacional contiene un principio general que prescribe que se debe tener un cuidado razonable al atacar objetivos militares para que los civiles no resulten necesariamente heridos por descuido.

En el mismo curso de desarrollos jurisprudenciales, es posible afirmar hoy que el principio ha sido plenamente adoptado por los tribunales regionales de derechos humanos para su aplicación como elemento interpretativo de las obligaciones adquiridas por los Estados en el marco de las cartas regionales y como límite a la actuación del Estado en escenarios mucho más diversos que el conflicto armado, como el manejo de crisis internas, protestas, escenarios de justicia después de un fuerte conflicto interno o incluso el abordaje de emergencias de salud pública y orden público, como lo demuestran los casos *Aksoy vs. Turkey*, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Este pequeño abrebocas de los retadores escenarios donde el principio de proporcionalidad y sus componentes han evolucionado en los últimos años, refrenda la importancia y necesidad, no solo académica sino también social, práctica y operacional de la presente obra, donde las y los muy calificados

autores que la componen han abordado con perspectiva crítica, propositiva y multidisciplinar las distintas y nuevas trincheras de desarrollo del principio de proporcionalidad, desde los impactos locales más relevantes para los agentes del Estado, como lo es la jurisprudencia constitucional colombiana, hasta debates filosóficos y el análisis crítico de jurisprudencia internacional.

Sin duda alguna esta obra, liderada por la Escuela Militar de Cadetes “General José María Córdova” y su Facultad de Derecho, se convertirá en un documento de referencia para el abordaje de los conflictos armados en la región, la correlación entre las actividades de seguridad y defensa del Estado con los siempre crecientes desarrollos en materia de justicia transicional y la interacción entre el derecho doméstico y los estándares internacionales aplicables para Colombia.

Referencias

- Arévalo-Ramírez, W. (2022). The International Court of Justice and the international humanitarian law rules for armed conflicts. *Revista Científica General José María Córdova*, 20(38), 425-442.
- Arévalo-Ramírez, W., & Pauline, M. (2022). When International Legal Standards Meet Transitional Justice Processes: Balancing Nationals Interests with International Criminal Law at the Colombian Special Jurisdiction for Peace. *Journal of International Criminal Justice*, 20(4), 1001-1026.
- Kuhli, M., & Günther, K. (2011). Judicial Lawmaking, Discourse Theory, and the ICTY on Belligerent Reprisals. *German Law Journal*, 12(5), 1261-1278.
- Provost, R. (2021). *Rebel Courts: The Administration of Justice by Armed Insurgents*. Oxford University Press.
- Schmitt, M. N. (2013). *Tallinn manual on the international law applicable to cyber warfare*. Cambridge University Press.
- Vidmar, J. (2017). The use of force as a plea of necessity. *American Journal of International Law*, (111), 302-306.

Introducción

Paola Andrea Velásquez Cardona

Camilo Humberto Prieto Fetiva

Escuela Militar de Cadetes “General José María Córdova”

El presente libro nace del trabajo que realizan los editores y autores de cada capítulo en la Facultad de Derecho de la Escuela Militar de Cadetes “General José María Córdova”, *alma mater* del Ejército Nacional de Colombia e institución de educación superior donde jóvenes de todo el país se forman en su carrera principal para obtener el título de profesional en Ciencias Militares y en carreras complementarias del quehacer militar, como lo es la disciplina jurídica, que tiene la finalidad de blindar jurídicamente las operaciones militares, de modo que los futuros oficiales actúen siempre amparados en los dos marcos jurídicos operacionales, a saber: el derecho internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y el Derecho Internacional Humanitario (DIH).

Y es en este punto donde nace el problema de investigación del presente texto académico, esto debido a que los principios rectores de estas dos áreas jurídicas, a pesar de tener denominaciones similares y en algunos casos idénticas, tienen significados bien diferentes. Un ejemplo de ello es el *principio de proporcionalidad* que, además de ser un principio rector del DIDH y el DIH, puede ser entendido como un criterio o canon de interpretación constitucional o convencional, de ahí que convenga analizar algunos elementos

característicos de cada una de las acepciones y significados de este principio. Lo anterior, debido a problemas de ambigüedad de los términos jurídicos según los cuales, una sola expresión lingüística puede tener múltiples significados (Prieto, 2022).

Así pues, vale la pena aclarar cada uno de estos significados, de modo que, en lo que respecta al principio de proporcionalidad, entendido como un criterio o canon de interpretación constitucional o convencional, se refiera al control que hacen tribunales constitucionales (Corte Constitucional, en el caso colombiano) o internacionales (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte Europea de Derechos Humanos, entre otros) a los actos que emiten los poderes públicos (Legislativo o Ejecutivo) de un determinado país y que, a su vez, tienen relación directa o indirecta con los derechos fundamentales o con los derechos humanos (como los consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos [Pacto de San José]), es decir, actos que traigan consigo una restricción o limitación a este tipo de derechos (Bernal, 2014).

Esta situación pone de manifiesto dos circunstancias: por una parte, que el actuar de los poderes públicos tiene límites (elemento esencial del imperio del derecho [Guastini, 2014]) y, por otra parte, que se deben garantizar y respetar los derechos fundamentales. Lo anterior, sin embargo, tiene una serie de problemas debido a la textura abierta de los derechos fundamentales y al hecho de que su contenido y alcance se encuentra o en decisiones judiciales que emiten los tribunales constitucionales o en leyes que emite el Legislativo. Igualmente, es fundamental recalcar que el hecho de que pueda limitarse el alcance de un derecho fundamental o un derecho humano rompe con la idea según la cual los derechos son absolutos (Borowski, 2000).

Ante esta situación, y con el ánimo de determinar si la restricción es legítima, algunos tribunales aplican el denominado *control* o *test de proporcionalidad*, el cual, a su vez, está compuesto por tres subprincipios, a saber: 1) idoneidad, 2) necesidad y 3) proporcionalidad en sentido estricto (Cárdenas, 2014), entendidos de la siguiente forma:

Idoneidad: toda intervención que acarree una restricción o una limitación a derechos fundamentales debe ser adecuada para obtener un fin constitucionalmente legítimo, como lo pueden ser la seguridad y la defensa de un Estado.

Necesidad: esta debe ser la que en un universo de intervenciones posibles afecte menos el derecho a intervenir, por lo que debe ser la más favorable.

Proporcionalidad en sentido estricto: implica hacer un juicio, de modo que los beneficios que se obtienen con la intervención sean mayores a las limitaciones que se realizan a los titulares del derecho por intervenir (Bernal, 2014).

Por su parte, la segunda acepción del principio de proporcionalidad hace referencia a la aplicación del principio a la luz del DIH, entendido como el conjunto de normas jurídicas cuya finalidad no es evitar que se presenten los conflictos, sino humanizarlos a partir de restricciones en los denominados *métodos y medios* para hacer la guerra (Salomón, 2016). Para lograr esta humanización, el DIH tiene como pilares estructurales los siguientes siete principios (Figura 1):



Figura 1. Principios del derecho internacional humanitario.

Fuente: Ardila et al. (2020).

Igualmente, este aplica con independencia de que se trate de un conflicto armado de carácter internacional (CAI, se da cuando hay un enfrentamiento entre dos o más Estados) o un conflicto armado de carácter no internacional (CANI, se presenta dentro de un Estado entre fuerzas gubernamentales y grupos armados no gubernamentales) (Comité Internacional de la Cruz Roja [CICR], 2008).

Ahora bien, volviendo a los principios del derecho internacional humanitario, la proporcionalidad es entendida como la prohibición de “lanzar un ataque cuando sea de prever que cause incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, daños a bienes de carácter civil o ambas cosas, que sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista” (Norma 14, DIH consuetudinario). Esto también puede ser entendido como un límite a la guerra de modo que el uso de la fuerza se haga de manera proporcional limitando a aquello que sea indispensable para conseguir la ventaja militar (CIDH, 2012).

Finalmente, en lo que respecta a la tercera acepción del principio de proporcionalidad, esta marca una distinción tajante con la segunda, por cuanto, en los casos en que no exista un conflicto (de carácter nacional o internacional) y sea necesario que una autoridad haga uso de la fuerza, debe aplicar el marco jurídico del DIDH, entendido como un conjunto de normas de carácter internacional y nacionales (convencionales como consuetudinarias), cuya finalidad es la protección de los derechos humanos, los cuales son inherentes a las personas simplemente por el hecho de ser humanos (Ramírez, 2012).

Así las cosas, la proporcionalidad en este caso se ve desde una igualdad tanto de armas, como de personas y medios, de modo que el uso de la fuerza debe ser coherente con la agresión que se reciba o que sea inminente (Ejército Nacional de Colombia [EJC], 2017). En tal sentido, y aclaradas (al menos de manera previa) las distintas acepciones del principio de proporcionalidad, la presente obra colectiva se divide en los siguientes seis capítulos:

El capítulo 1, “Respeto y protección de la dignidad humana: principio rector del derecho operacional”, realiza un estudio histórico y analítico del origen y significado normativo que tiene la dignidad humana, así como su incorporación y desarrollo en el sistema jurídico colombiano, y, una vez postulado un concepto, cómo este se sitúa como principio rector del derecho operacional, en el marco de la aplicación del DIDH y del DIH. Para esto, el autor, mediante una metodología de investigación dogmática, sistematiza las distintas concepciones de dignidad humana y las disposiciones jurídicas que integran el derecho operacional, donde se menciona el citado concepto.

El capítulo 2, “Validez jurídica de la regla operacional. Una visión no positivista”, aborda la naturaleza, los elementos de validez jurídica y la legitimidad de la regla operacional, con el fin de analizar cómo, mediante esta, se cumple la misión constitucional asignada a las Fuerzas Militares. Lo anterior, mediante un análisis normativo y conceptual.

El capítulo 3, “Origen del principio de proporcionalidad y su adaptación en el orden jurídico colombiano”, estudia de manera crítica los orígenes de dicho principio en el derecho alemán y cómo ha migrado a la jurisprudencia constitucional colombiana. Analiza también su aplicación frente al proceso de toma de decisiones sobre una actividad de inteligencia o contrainteligencia realizada por los agentes estatales. Para esto, la autora acude a una metodología de análisis documental con elementos históricos, con que rastrea el origen jurídico del principio de proporcionalidad y su migración al derecho colombiano, en especial, la acepción referida al canon de interpretación constitucional.

El capítulo 4, “El principio de proporcionalidad en el uso de la fuerza: análisis desde el DIDH”, parte de los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional colombiana frente al principio de proporcionalidad en lo que se refiere al uso de la fuerza y de las armas en contextos que no son conflictos armados, por lo que su estudio se centra en el marco jurídico del DIDH. Para esto, emplea una metodología mixta que vincula la dogmática jurídica y la hermenéutica jurídica en el examen de textos normativos y doctrina especializada.

El capítulo 5, “El principio de proporcionalidad como límite de los ciberataques en los conflictos armados internacionales”, examina los elementos que integran los ciberataques y cómo estos pueden presentarse en conflictos armados de carácter internacional. Así mismo, enuncia criterios de aplicación del principio de proporcionalidad a estas nuevas realidades bélicas. Lo anterior, desde un enfoque cualitativo con análisis de fuentes de información como documentos físicos y digitales.

Por último, el capítulo 6, “Seguridad y defensa nacional bajo examen de constitucionalidad. Cuestiones desde el quehacer militar en Colombia”, analiza una serie de límites constitucionales a las operaciones militares, tomando como punto de partida el test de proporcionalidad realizado en la Sentencia C-251

de 2002, y las consecuencias que este puede tener frente al modelo de seguridad multidimensional, lo anterior mediante metodología de tipo descriptivo cualitativo con enfoque jurídico.

Vale destacar que la totalidad de esta obra colectiva es resultado de la investigación vinculada al proyecto “Pedagogía jurídica y métodos de enseñanza de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario”, del Grupo de Investigación en Ciencias Militares, de la Escuela Militar de Cadetes “General José María Córdova”.

Referencias

- Ardila, C., Ramírez, E., & Cubides, J. (2020). El derecho internacional humanitario y su significado para las operaciones militares presentes y futuras. *Revista Científica General José María Córdova*, 18(32), 857-882. <https://n9.cl/aouec>
- Bernal, C. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Universidad Externado de Colombia.
- Borowski, M. (2000). La restricción de los derechos fundamentales. *Revista española de derecho constitucional*, (59), 29-56. <https://n9.cl/knwnx>
- Cárdenas, J. (2014). Noción, justificación y críticas al principio de proporcionalidad. En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 47(139), 65-100. <https://n9.cl/verq7>
- Comité Internacional de la Cruz Roja, CICR. (2008). *¿Cuál es la definición de “conflicto armado” según el derecho internacional humanitario?* CICR.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, CIDH. (2012). *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. <https://n9.cl/ug7ob>
- Ejército Nacional de Colombia, EJC. (2017). *Resolución 1881 de 2017*. Por la cual se aprueba la actualización del *Manual fundamental del Ejército MFE 6-27, Derecho operacional terrestre*.
- Guastini, R. (2014). El poder judicial bajo el imperio de la ley. Un punto de vista normativo. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, (3), 3-12. <https://n9.cl/43ee5>
- Prieto Fetiva, C. (2022). *Predictibilidad de las decisiones judiciales y rule of law: una propuesta desde el realismo jurídico moderado*. Universidad Externado de Colombia. <https://n9.cl/gz82w>
- Ramírez, A. (2012). Diferencias teórico-prácticas entre los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. *Revista Via Iuris* (8), 96-122. <https://n9.cl/vcj3t>

Respeto y protección de la dignidad humana: principio rector del derecho operacional

DOI: <https://doi.org/10.21830/9786289544671.01>

Darío Luis Dangón Moisés

Escuela Militar de Cadetes “General José María Córdova”

Resumen: este capítulo examina el concepto de dignidad humana, analiza su condición de principio del derecho constitucional colombiano y explica su desarrollo en el derecho operacional, en el marco del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

Palabras clave: derecho constitucional; derecho internacional de los derechos humanos; derecho internacional humanitario; derecho operacional; derechos humanos; dignidad humana

Darío Luis Dangón Moisés

Magíster en Derechos Humanos y Democratización, Universidad Externado de Colombia. Abogado, Universidad Sergio Arboleda, Colombia. Profesor Asociado, Facultad de Derecho, Escuela Militar de Cadetes “General José María Córdova”.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4729-6243>

Contacto: dario.dangon@esmic.edu.co

Citación APA: Dangón Moisés, D. L. (2024). Respeto y protección de la dignidad humana: principio rector del derecho operacional. En P. A. Velásquez Cardona, & C. H. Prieto Fetiva (Eds.), *Problemas abiertos en torno del principio de proporcionalidad: análisis desde el DIDH y el DIH* (pp. 19-51). Sello Editorial ESMIC.
<https://doi.org/10.21830/9786289544671.01>

Problemas abiertos en torno del principio de proporcionalidad: análisis desde el DIDH y el DIH

ISBN impreso: 978-628-95446-8-8

ISBN digital: 978-628-95446-7-1

DOI: <https://doi.org/10.21830/9786289544671>

Colección Ciencias Jurídicas

Serie Miles Doctus (Investigación formal terminada)

Sello Editorial ESMIC

Escuela Militar de Cadetes “General José María Córdova”

Bogotá, D.C., Colombia

2024



Introducción: importancia de la dignidad humana y del derecho operacional

La dignidad humana es, con seguridad, punto de partida de las más valiosas reflexiones en el ámbito de la filosofía práctica en Occidente (Barroso, 2014). De ahí que sea reconocida como el principio que fundamenta y da sentido a las ideas del Estado de derecho y de la democracia. En este sentido, siempre ha sido postulada por el pensamiento liberal y desarrollada por el constitucionalismo (Barroso, 2014). Igualmente, la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) (ONU, 1948) reconoce internacionalmente el carácter fundamental de la dignidad humana, y así ha sido ratificado en los tratados internacionales sobre esta materia, celebrados con posterioridad a la DUDH, tanto en el marco de la ONU como en ámbitos regionales (OEA, CdE, UA), que han venido a conformar el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), junto con su desarrollo doctrinal y jurisprudencial (Habermas, 2012). Igualmente, en los diferentes instrumentos que conforman el derecho internacional humanitario (DIH), el respeto y la protección de la dignidad humana inspiran las estipulaciones que brindan protección humanitaria a las personas que no participan en las hostilidades y a las que han resultado víctimas de estas; así como las que buscan evitar que la guerra genere daños desproporcionados. No sobra recordar que la Constitución Política de Colombia (CPC) de 1991 reconoce la dignidad humana como fundamento del Estado (artículo 1.º), a partir del cual la Corte Constitucional ha desarrollado una doctrina constitucional, sobre derechos humanos, caracterizadamente garantista.

Atendiendo, precisamente, a su importancia, en este capítulo hacemos un estudio detallado del contenido y alcance del concepto de *dignidad humana* como principio ético, como fundamento del derecho constitucional colombiano y como principio rector del derecho operacional.

Por otra parte, en el Manual de Derecho Operacional para las Fuerzas Militares, con base en el artículo 4.º, del Decreto 124 de 2014, se define el derecho operacional como “la integración de los tratados internacionales ratificados por Colombia, la legislación nacional y la jurisprudencia en materia de derechos humanos y DIH al planeamiento, ejecución y seguimiento de las operaciones, operativos y procedimientos de la fuerza pública” (EJC, 2017, p. 2).

En ese sentido, en el marco del derecho operacional, el DIDH y el DIH deben integrarse, para operar como ordenamientos articulados y complementarios, siempre con el propósito de que las operaciones de la fuerza pública, como corresponde en un Estado de derecho, se desarrollen a partir del respeto y en procura de la garantía efectiva de la dignidad y, con esta, de los derechos humanos de todas las personas. Precisamente, así lo plantea el *Manual de normas internacionales que rigen las operaciones militares*, del CICR:

El uso de la fuerza está limitado por el derecho de los conflictos armados y por disposiciones específicas del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH). Estos dos derechos son complementarios. Ambos aspiran a proteger la vida, la salud y la dignidad de las personas, aunque desde un punto de vista diferente. (CICR, 2016, p. 1)

Teniendo en cuenta las evidentes complejidades que implica realizar tal propósito, este capítulo busca aportar elementos conceptuales, éticos y jurídicos que contribuyan con el esfuerzo de integración normativa. Con este fin, en el primer punto se explican algunos de los más relevantes discursos sobre el contenido y el significado del concepto *dignidad humana* y sobre lo cual se hace una propuesta de contenido. En los puntos siguientes se muestra su proyección y desarrollo en normas jurídicas positivas del derecho constitucional colombiano, el DIDH, el DIH y, finalmente, su integración en el derecho operacional. De esta forma, desde la perspectiva de las ciencias sociales, se implementa un método cualitativo, al tiempo que, desde la perspectiva filosófica, se incorporan elementos del análisis lingüístico.

Dignidad humana

A continuación, se estudiará el concepto de dignidad humana en el cristianismo y en el liberalismo, porque estas dos corrientes han determinado la cultura moral, jurídica y política de Occidente y porque tienen en común que, pese a partir de perspectivas distintas, una teológica y la otra de una ética racional, afirman sin reservas el valor fundamental de la persona. Tras revisar estas dos perspectivas, se expondrá una propuesta que permita un análisis detallado.

En el cristianismo

En el plano de las ideas, “El individuo humano, como realidad valiosa insustituible, adquiere importancia decisiva con el cristianismo” (Prieto, 1996, p. 104). El cristianismo marca un cambio radical en la forma de concebir al hombre y al mundo en la antigüedad clásica y a partir de su difusión en el Imperio romano se inicia un proceso creciente de humanización de las costumbres sociales, así como de las instituciones políticas, económicas y jurídicas (Del Vecchio, 1991). Así mismo, a medida que el pensamiento cristiano se desarrolla y gana rigor, también se desarrollan conceptos más profundos, completos y sistemáticos de la dignidad humana (Bastos, 1994). A tal punto que, esas ideas sientan las bases del pensamiento humanista y secular que más adelante dará origen a las ideas liberales y democráticas (Beuchot, 1994).

El cristianismo afirma la dignidad de la persona como un valor absoluto, que se funda en el hecho de haber sido creada a imagen y semejanza de Dios (Bastos, 1994). Por esto, la persona es el principio, el sujeto y el fin de todas las institucionales sociales, políticas y económicas, pues está dotada de derechos universales, inviolables e inenajenables. De esta forma, el cristianismo afirma el igual valor de todas las personas ante su creador y concibe al ser humano como un sujeto moral, capaz de distinguir el bien del mal y de actuar en consecuencia; es decir, como un ser responsable moralmente y por consiguiente libre (el libre albedrío es el fundamento de la responsabilidad moral de la persona). Así, el cristianismo también afirma el valor de la individualidad; la persona es un ser único e irrepetible con un fin trascendente.

Es necesario comenzar nuestro estudio sobre el contenido del concepto de la dignidad humana con el cristianismo, porque no se puede desconocer la influencia determinante que el pensamiento cristiano ha tenido en la configuración de las instituciones morales, jurídicas y políticas de Occidente, especialmente, en que estas giren en torno del valor de la persona, por medio, por ejemplo, de la doctrina escolástica del derecho natural.

Debido a su influencia decisiva sobre la civilización occidental, muchos autores enfatizan el papel del cristianismo en la formación de aquello que vino a ser conocido como *dignidad humana*, y encuentran en los Evangelios elementos de individualismo, igualdad y solidaridad fundamentales en el desarrollo contemporáneo de su alcance (Barroso, 2014, pp. 21-22).

No obstante las plausibles consecuencias prácticas que pueden desprenderse del concepto cristiano de dignidad humana, en la medida en que supone la adhesión a un modelo particular de virtud moral y religiosa, no es adecuado apelar a él para fundamentar normativamente las instituciones de un Estado y de una sociedad democráticos, que, precisamente por fundarse en el respeto al igual valor y libertad de cada persona, deben ser espacios sustancialmente pluralistas, abiertos a la diversidad cultural y, en general, de concepciones del mundo y de formas de vida.

En el liberalismo

En el pensamiento liberal, la dignidad humana es la del sujeto racional y, como tal, igual y libre. El liberalismo, como el cristianismo, afirma el carácter universal de la dignidad humana, pero en sentido formal, de modo que pueda hacerse valer en cualquier marco cultural. Por esto, el concepto liberal de dignidad humana está desprovisto de cualquier referente cultural o religioso y radica el valor de la persona en su capacidad de razón. Sin embargo, el que sea un concepto formal no implica que sea éticamente neutral; por el contrario, el concepto liberal de dignidad humana tiene un contenido bien preciso y sustancial, el de la libertad de la persona (autonomía): que no consiste en la facultad para hacer cualquier cosa, sino en el estar sometido solo a normas que se deducen de principios racionales y no a la voluntad de otra persona.

En la filosofía práctica de Kant se encuentra una expresión paradigmática de este concepto liberal de dignidad humana (Barroso, 2014). Para Kant (2010), la persona, en virtud de su ser racional, debe ser reconocida como autónoma, como autolegisladora de su propia vida; como tal, no debe ser instrumentalizada en pos de la realización de fines ajenos, no debe ser utilizada como medio, sino que debe ser reconocida siempre como un fin en sí misma.

El hombre, y en general todo ser racional, existe como fin en sí mismo, no solo como medio para usos cualesquiera de esta o aquella voluntad; debe, en todas sus acciones, no solo las dirigidas a sí mismo, sino las dirigidas a los demás seres racionales, ser considerado siempre al mismo tiempo como fin (Kant, 2010).

Así mismo, para Kant es claro que no debe confundirse autonomía personal con arbitrariedad. Por el contrario, la autonomía se ejerce de conformidad con el *imperativo categórico*, nombre con el que Kant designa en su ética el fundamento de la razón práctica (el principio racional a partir del cual la persona autónoma deduce la moralidad), según el cual el referente de corrección de la conducta es la universalidad de los actos de la persona. De las varias formulaciones que hizo Kant del imperativo categórico, a lo largo de su obra, la que transcribimos a continuación es en la que se aprecia con más claridad la afirmación radical de la dignidad de la persona: “Obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio” (Kant, 2010, p. 49).

El profesor norteamericano John Rawls ha sido un claro exponente contemporáneo del liberalismo de raíz kantiana. En efecto, la persona autolegisladora de Kant, que en virtud de su ser racional orienta de forma autónoma su conducta solo a la luz del imperativo categórico, está en la base de la teoría de la justicia de Rawls (1993), quien enriquece la visión kantiana y concibe a la persona autónoma en un espacio ideal, hipotético: *la posición original*. En ese espacio, la posición original, las personas argumentan para construir un consenso sobre los principios que deben orientar las instituciones de una sociedad justa, pero cegadas por un “velo de ignorancia” sobre sus circunstancias particulares y armadas solo con los dos poderes de la personalidad moral: el ser razonables y racionales, o “la capacidad de tener un sentido de la justicia y la capacidad para tener una concepción del bien” (Rawls, 2011, p. 42), y, en virtud de lo anterior, el de reconocerse como libres e iguales. Así, debaten sobre los principios de la justicia atendiendo solo a intereses universalizables, pues desconocen absolutamente las circunstancias de su situación particular. De esta forma, se realiza plenamente la exigencia fundamental del imperativo categórico kantiano de la universalidad de los actos humanos, exigencia que en Rawls se formula como imparcialidad. La exigencia kantiana de universalidad de los actos humanos y la rawlsiana de imparcialidad en la argumentación apuntan esencialmente a lo mismo: a que, al resolver sobre la corrección de una norma no tiene sentido invocar como fundamento intereses o fines particulares que no sean universalizables. Rawls explica cómo las personas,

como fruto de su deliberación en la posición original, construyen los dos principios de la justicia. Estos, según su formulación en *Liberalismo político* (Rawls, 2011, p. 31), son:

1. Cada persona tiene igual derecho a un esquema plenamente adecuado de libertades básicas iguales que sea compatible con un esquema semejante de libertades para todos.
2. Las desigualdades sociales y económicas tienen que satisfacer dos condiciones: primera, deben relacionarse con puestos y posiciones abiertos para todos en condiciones de plena equidad y de igualdad de oportunidades; y segunda, deben redundar en el mayor beneficio de los miembros menos privilegiados de la sociedad. Aunque la anterior no ha pretendido ser siquiera una síntesis completa de la propuesta rawlsiana, sí permite ver cómo Rawls expone, si bien de una manera que tiene en cuenta las complejas realidades sociales de nuestros días, la básica visión liberal, en que se reconoce a la persona autónoma como fundamento del orden social y al reconocimiento de su igual libertad como el contenido sustancial de la justicia.

Propuesta sobre el contenido de la dignidad humana

Teniendo en cuenta lo anterior, se desarrollará una propuesta de contenido, para un concepto liberal de dignidad humana, de raíz kantiana, que parte de reconocer el valor de la persona como el fundamento ético, y así también jurídico y político, del principio del Estado de derecho y del paradigma democrático. En este sentido, por su capacidad de razón, las personas deben ser reconocidas como igualmente valiosas y libres. Es decir, toda persona debe ser reconocida como autónoma y así su facultad para determinar el sentido de su vida y de sus actos. Igualmente, a la persona se le debe reconocer como sujeto ético¹, o de una razón práctica, es decir, que puede juzgar la corrección

1 Debido a que con frecuencia los términos ética y moral se intercambian o se usan en sentidos diversos, aquí vale la pena precisar que: por ética entiendo el ejercicio de la razón práctica, es decir la fundamentación racional subjetiva o intersubjetiva de la corrección de la conducta y de las instituciones que la rigen, así como de los principios normativos que se desprenden de esa argumentación; por moral entiendo las diversas construcciones culturales sobre lo mismo.

o no de su conducta y de las instituciones y normas que la rigen, y puede reconocer el igual valor y libertad de las otras personas, lo que le da la posibilidad de ser razonable y de conducirse razonablemente. Para precisar esta última noción, vale la pena seguir a Rawls (2011), al señalar como características de las personas razonables: la disposición de proponer y acatar términos de cooperación equitativos; la disposición de reconocer los límites de la razón y de aceptar sus consecuencias; la disposición de conducir su conducta conforme a un principio a partir del cual ellas y las demás personas pueden razonar unas con otras, y la disposición a tener en cuenta las consecuencias de sus actos en el bienestar de las demás. En este marco, puede definirse la dignidad humana como el principio a la luz del cual toda persona debe ser reconocida como autónoma y, por consiguiente, igualmente valiosa y libre.

Corolarios

En busca de enriquecer, siquiera en mínima parte, el contenido de este concepto de dignidad humana, y de avanzar en la comprensión de su sentido y alcance, en el marco de un Estado de derecho y de una sociedad democrática, vamos a desarrollar la definición que se propone arriba.

Autonomía

La autonomía de la persona no es más que la expresión sintética del contenido sustancial de la dignidad humana: la persona igualmente valiosa y libre. En este mismo sentido, como se explica en un punto anterior, Kant remite a la autonomía como el fundamento de la dignidad humana: “La autonomía es, pues, el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional” (Kant, 2010, p. 54). Más recientemente, Barroso (2014) desarrolla con claridad la misma idea: “La autonomía es el elemento ético de la dignidad humana. Es el fundamento del libre arbitrio de los individuos que les permite buscar, a su propia manera, lo que entienden por vivir bien y tener una vida buena” (2014, pp. 147-148).

A la luz del principio de autonomía personal, cada persona debe ser reconocida como autolegisladora de su propia vida: libre para determinar su conducta y para definir y ejecutar su particular proyecto de vida. En el ejercicio

de su autonomía, la persona debe tener como límite la igual libertad de las demás; de aquí que el más auténtico ejercicio de la libertad exige el más alto grado de responsabilidad. Al respecto:

La tesis fundamental de Kant reza: cualquiera que se guíe a sí mismo con la libertad racional no puede hacer nada más que respetar esta libertad racional en todos los demás; es decir, no puede más que reconocer el mismo derecho de todos los demás que tengan la misma capacidad de guiarse a sí mismos de un modo racional y libre. (Menke & Pollmann, 2010, p. 61)

La autonomía de la persona se expresa en el hecho de que a nadie le está dado, en sí, un mayor poder o autoridad para subordinar o determinar la vida de otros sin que medie su consentimiento. En este sentido, la persona es el más radical fundamento de la democracia. Es decir que, el principio sustancial de un orden democrático, y por consiguiente de su legitimidad, radica en el reconocimiento, respeto y protección efectivos de la dignidad de toda persona (en la garantía de sus derechos humanos) y no en la subordinación de esta a la voluntad mayoritaria.

Carácter fundamental

Al reconocer a la persona como autónoma, esta se erige en el referente necesario de corrección sustancial, de justicia, de cualquier conducta o institución, sea esta de carácter moral, jurídico, político, social, económico o cultural; así como de todo acto de autoridad, o de cualquier práctica científica o implementación tecnológica que puedan interferir con la vida y la libertad de las personas.

Las exigencias éticas y así también políticas, sociales, económicas y culturales que se proyectan desde la dignidad humana se concretan en derechos, en los derechos humanos. Precisamente, Habermas (2012) se refiere a la dignidad humana como el principio sustancial de los derechos humanos: "... la 'dignidad humana' [...] constituye la fuente moral de la que todos los derechos fundamentales obtienen su sustancia" (p. 16). En el mismo sentido, Fernández (2001) estima que los valores y exigencias morales y racionales que fundamentan éticamente los derechos humanos "giran en torno a la idea de dignidad humana, idea básica y condición *sine qua non* para hablar de derechos fundamentales" (Fernández, 2001, p. 25).

Con base en lo anterior y partiendo de la dignidad humana como el fundamento sustancial de los derechos humanos, estos se pueden definir como el conjunto de facultades (libertades civiles, políticas y económicas) y de condiciones (garantías y prestaciones) necesarias para la efectiva realización de la dignidad de toda persona, en cada contexto histórico y cultural (Pérez, 1989).

En este sentido, a los derechos humanos se les debe reconocer un valor igualmente fundamental, de conformidad con el cual deben ser reconocidos, respetados, protegidos y garantizados por todas las personas y por los Estados. En particular, y desde una perspectiva demoliberal, solo en este marco los Estados pueden justificar su existencia, así como el ejercicio de autoridad y la legitimidad de sus actuaciones, en tanto que manifestación y ejercicio de poder en la vida social.

De aquí se deriva también la noción sustancial del Estado de derecho, que no se define por el mero sometimiento al principio de legalidad, en sentido formal, sino que encuentra su fundamento y sentido en el respeto, protección y garantía efectivos de los derechos humanos. De modo que, estos representan límites a la acción del Estado, pero también directrices fundamentales para el mismo. Ansuátegui (2007) explica así, este mismo concepto: “De acuerdo con esto, un concepto material o sustancial de Estado de derecho afirma que, en él, la ley tiene como finalidad la defensa, garantía y protección de las exigencias morales que se expresan mediante los derechos” (p. 79).

Inviolabilidad

Al reconocer a todas las personas como asimismo valiosas e igualmente libres, el bien de una persona no justifica el sacrificio de la dignidad de otra. Como bien dijo Kant (2010), “la persona deber ser reconocida como un fin en sí misma” (p. 48), de modo que no debe ser instrumentalizada en aras de fines ajenos a ella, como con frecuencia ocurre por razones de utilidad o por la tan fatídicamente recurrida razón de Estado. De aquí resulta clara la necesidad de declarar como injusto e ilegítimo cualquier acto de autoridad, política pública, práctica cultural, desarrollo científico o aplicación tecnológica; así como, desde una perspectiva más general, cualquier concepción de la sociedad o del Estado que desconozca la inviolabilidad de la persona y la reduzca a ser utilizada como

instrumento al servicio de los intereses de otra persona o de una élite, casta, raza, clase, partido político o categoría social de cualquier otra índole.

Hay formas evidentes de instrumentalización de la persona, tal el caso de cualquier forma de esclavitud o de trata; también sería el caso del trabajo en condiciones inseguras, insalubres o de remuneración injusta; así mismo, en el caso de regímenes políticos opresivos, en los que la vida, la libertad y, con estas, los derechos de las personas se subordinan a los intereses del Estado, del dictador, del partido o a su muy particular visión sobre el bien colectivo. Así mismo, hay formas más sutiles, pero igualmente injustas, de instrumentalización, como la que se da cuando se invoca la finalidad de prevención general, para pretender justificar la imposición de penas crueles o desproporcionadas.

Universalidad

La dignidad humana describe el valor que se le debe reconocer a la persona, a toda persona, por el solo hecho de serlo; de modo que en este marco no hay espacio para la discriminación. Desconocer la universalidad del valor de la persona es negar la misma dignidad humana. De esta manera, la dignidad humana se proyecta como un principio, como un referente crítico, universal y como tal debe ser reconocido y respetado por todas las personas y todas las instituciones de cualquier tiempo y en todo lugar (Mouniere, 1993).

En este sentido, se debe reconocer la dignidad de todas las personas que han existido, que existen y que existirán en cualquier lugar, independientemente de que sean o hayan sido reconocidas como tales por la sociedad o por el Estado, e independientemente del estado de cosas político, social, económico o cultural. De esta forma, se configura con claridad el carácter de la dignidad humana como principio crítico del orden social; de frente a las corrientes de pensamiento político y moral que han subordinado el valor de la persona y sus derechos a la historia, a la cultura o al Estado (Papacchini, 2012).

Al reconocer la universalidad del valor de la persona en el tiempo, esta permite proyectar una mirada crítica sobre la historia, para condenar, por ejemplo, la esclavitud que se dio en la antigüedad como un grave desconocimiento y violación de la dignidad humana y, en consonancia, denunciar las diferentes formas de esclavitud que aún existen. Pues, a la luz de la dignidad

humana resulta necesariamente injusta cualquier institución social o jurídica que, formal o materialmente, haya consistido o consista en alguna forma de derecho de propiedad sobre personas.

En el mismo sentido, desconocer la universalidad de la dignidad humana en el ámbito espacial impediría hacer una crítica sustancial de los ordenamientos políticos y jurídicos, de los sistemas sociales y económicos y de las instituciones y prácticas culturales, así como de las políticas públicas que actualmente resultaren lesivos de la persona. También implicaría quedar sin argumentos frente a las corrientes que pretenden subordinar el valor de la persona a la soberanía del Estado o la tradición cultural o comunitaria.

Con frecuencia se pone en cuestión la universalidad del valor de la persona frente a la diversidad cultural. Lo cierto es que esta última está íntimamente relacionada con la dignidad humana, ¿o qué otra cosa es la diversidad cultural si no la más clara expresión de la libertad de las personas? Con base en el principio de dignidad humana, lejos de poder llegar a negarlo, se sostiene el igual valor de todas las culturas, como igualmente valiosas y libres deben ser reconocidas todas las personas que las crean y las integran. Pero la cultura, como cualquier otra creación humana, debe tener como referente crítico necesario el valor de la persona: de modo que a la luz de la dignidad humana pueden señalarse como injustas las instituciones o prácticas culturales irrespeten la igual libertad de cada persona para determinar el sentido de su vida.

También es importante precisar que la universalidad de la dignidad humana implica su integralidad, decir, que vale en todos los ámbitos de la vida humana; luego no se restringe a lo moral, lo jurídico y lo político, sino que, como lo hemos venido mostrando, se proyecta también sobre lo social, lo económico, lo cultural, a la ciencia y a la tecnología.

Realización concreta

La efectiva realización de igual libertad de cada persona exige entender que la dignidad humana se realiza en concreto, para cada persona, según las particulares circunstancias sociales, económicas, culturales, de género, etc. en las que se desenvuelve su vida (Habermas, 2012). Por esto, las exigencias de la dignidad humana no se agotan con los reconocimientos generales de derechos; sino que

puede haber otros derechos que deben reconocerse a cada persona, atendiendo a su individualidad y a las circunstancias concretas en las que se desarrolla su vida. Siempre y cuando, claro está, estos derechos sean *universalizables*, en el sentido de que se le puedan reconocer a cualquier persona que se encuentre en las mismas circunstancias. Esto, además, muestra cómo la dignidad humana es elemento sustancial de la justicia entendida como equidad (Rawls, 1993).

Teniendo esto en cuenta, cobra mucho sentido la práctica judicial garantista que se ha desarrollado entre nosotros, por medio de la acción de tutela, en la que permanentemente se confrontan los fundamentos del Estado con los casos más singulares, diversos y muy significativos, pues en ellos se trata precisamente de procurar la realización efectiva de los derechos fundamentales de las personas.

Carácter prohistórico

Ante cada nuevo escenario histórico, el contenido de igualdad y libertad de la dignidad humana plantea un horizonte igualmente nuevo de exigencias para su efectiva realización, que se concretan en nuevos derechos que responden a las nuevas circunstancias (Habermas, 2012). De modo que, lo más seguro es que la plena realización de la dignidad humana permanezca en los terrenos de la utopía, presentando siempre un horizonte imperativo de futuro, desde el cual la dignidad humana se proyecte como el referente crítico fundamental y también la principal directriz del progreso humano (Fernández, 2001).

El carácter prohistórico y el de realización concreta del valor de la persona nos muestran que ningún esfuerzo de positivación va a agotar las siempre nuevas y cambiantes exigencias de la dignidad humana; por lo que los derechos humanos no se pueden limitar a la lista de los expresamente reconocidos en las diferentes legislaciones nacionales y en el DIDH, sino que se extienden a todos aquellos que, aun sin estar positivados, resultan inherentes a la persona o son necesarios para la efectiva realización de su dignidad. Como bien lo ha reconocido nuestra CPC en su artículo 94: “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.

Interdependencia

Al ejercer su libertad, las personas pueden entrar en conflicto debido a la infinita diversidad de intereses y proyectos de vida, que son, precisamente, expresión de la autonomía de cada persona. Lo que indica que la efectiva realización de la dignidad humana va a depender del reconocimiento, respeto y promoción mutuos, que no recíprocos, que cada persona haga del igual valor y libertad de las otras (Prieto, 1996). De modo que, el problema no es el conflicto, que es consustancial a la igual libertad para vivir de las personas, es consustancial a la convivencia, sino que este no se resuelva de manera razonable, en términos equitativos (Barroso, 2014).

Por todo eso, justamente, el carácter interdependiente de la persona es el fundamento de la exigencia práctica de la solidaridad: la persona solidaria reconoce la igual dignidad de las otras personas y en consecuencia no solo se abstiene de vulnerarla, sino que además está dispuesta a cooperar para su efectiva realización. De esta forma, la solidaridad viene a ser la condición para el ejercicio razonable de la libertad. Ese entrecruce de libertades y reconocimiento mutuo de igualdades, que se da gracias a la solidaridad, es el que hace posible la convivencia: entendida como el espacio en el que las personas pueden realizar plenamente su dignidad porque son solidarias y así cada una ha asumido el compromiso de reconocer, respetar y promover la igual libertad del otro (Grondona, 1994).

La dignidad humana como fundamento constitucional

Si bien, las declaraciones de derechos del siglo XVIII, primeras expresiones del constitucionalismo (Vila, 2012), no remiten expresamente a la dignidad humana, sí se fundan en su contenido sustancial: el igual valor y la igual libertad de toda persona. En estricto sentido, la dignidad humana se invoca de manera expresa, primero, en la obra de Kant y se materializa después de la Segunda Guerra Mundial, en los desarrollos constitucionales, así como, en las declaraciones internacionales de derechos humanos, que dan lugar al surgimiento del DIDH (Marquardt, 2015).

En este aspecto, en la CPC tuvieron fuerte influencia constituciones aprobadas después de la Segunda Guerra Mundial, como las de Alemania y España

(Merino, 1995), que reconocen la dignidad humana como fundamento del orden social, jurídico y político. Siguiendo esa misma orientación, en la CPC, el artículo 1.º consagra el respeto a la dignidad humana como fundamento del Estado: “Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en la forma de república unitaria [...] fundada en el respeto de la dignidad humana [...]”; En desarrollo de este precepto, el 2.º párrafo del artículo 2.º establece que “Las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades [...]”; así mismo, el artículo 5.º reconoce como fundamento del Estado y “sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona [...]”. Igualmente, el artículo 94 constitucional establece que la obligación del Estado de respetar y garantizar la dignidad humana y los derechos en que esta se concreta no se limita a los que han sido reconocidos expresamente en la Carta o en otros catálogos contenidos en tratados internacionales de derechos humanos en vigor para Colombia, sino que se extiende a todos aquellos derechos que, así no estén expresamente reconocidos, sean “inherentes a la persona humana”.

En el mismo sentido, aunque en el campo más específico de la regulación constitucional de los Estados de excepción, el primer párrafo del artículo 93 de la Constitución, incorpora al texto el concepto de *derechos humanos intangibles* o *inderogables* (que vamos a estudiar en el punto siguiente), propio del DIDH, al darle un carácter prevalente en el orden interno a “Los tratados y convenios internacionales, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de excepción”. En consonancia con este mismo principio, la carta establece en el artículo 214, numeral 2, que: “No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del DIH [...]”.

Así mismo, en los tres primeros capítulos del Título II de la CPC, aparece un extenso catálogo de derechos que clasifican en tres capítulos: el capítulo 1, De los derechos fundamentales, del artículo 11 al 41; el capítulo 2, De los derechos sociales, económicos y culturales, del artículo 42 al 77, y el capítulo 3, De los derechos colectivos y del ambiente, del artículo 78 al 82. Sin embargo, este extenso y detallado catálogo constitucional de derechos humanos, en conso-

nancia con lo dispuesto en el artículo 94, no pretende ser exhaustivo y se puede interpretar como la expresión textual del compromiso fundamental de todos los órganos del Estado colombiano, en su calidad de Estado constitucional de derecho, con el respeto y la protección efectivos de la dignidad humana y, por consiguiente, con la garantía de los derechos en que esta se concreta (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-578 de 2002).

Esto ha sido especialmente relevante, a la hora de determinar, por vía jurisprudencial, cuáles son los derechos fundamentales y, por consiguiente, susceptibles de protección por medio de la acción de tutela (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-002, 1992). La Corte Constitucional ha sido consistente al precisar que la lista de derechos fundamentales del capítulo respectivo del título II de la Constitución no es taxativa; por el contrario, en aras de la más perfecta protección de la dignidad humana, en nuestro derecho constitucional la de derechos fundamentales se debe interpretar como una categoría extensiva (Botero, 2009).

La Corte Constitucional, caso a caso, ha seguido decantando doctrinalmente el alcance de la dignidad humana. Así, en la Sentencia T-881 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, la Corte caracterizó como “ámbitos de protección” de la dignidad humana: la autonomía individual, las condiciones materiales de existencia y la integridad física y moral. Este mismo concepto se encuentra más desarrollado en una sentencia de 2017, en la que, además de los “ámbitos de protección”, también se precisa el alcance de la dignidad humana con base en su “funcionalidad normativa”.

La dignidad humana en el derecho internacional de los derechos humanos

El DIDH puede definirse como la rama del derecho internacional público que impone y regula en cabeza de los Estados las obligaciones de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. Precisamente, por medio del DIDH se busca brindar protección jurídica a la dignidad de las personas, desde el derecho internacional público, en todos los ámbitos de la vida social, política, económica y cultural, es decir, de manera integral. En este marco, la obligación de respetar “significa que los Estados están obligados a abstenerse de interferir

en el disfrute de los derechos” (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos [OACDH] y la Unión Interparlamentaria, 2016, pp. 33-34); la obligación de proteger exige que los Estados protejan a las personas “contra los abusos de agentes no estatales, agentes estatales extranjeros o agentes estatales que actúen al margen de sus funciones públicas” (OACDH y la Unión Interparlamentaria, 2016, pp. 33-34), y la obligación de garantizar o “cumplir” implica que los Estados deben “crear las condiciones jurídicas, institucionales y de procedimiento que los titulares de derechos necesitan para poder ejercer sus derechos y disfrutar plenamente de ellos” (OACDH y la Unión Interparlamentaria, 2016, pp. 33-34).

El DIDH se desarrolló después de la Segunda Guerra Mundial, al final la primera mitad del siglo XX. Más específicamente, a partir de la adopción de la Carta de la ONU, en 1945 y su concreción en instrumentos como la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) (ONU, 1948). No obstante, hay que anotar que ya antes se encuentran importantes antecedentes doctrinales (Kant, 1991) y normativos (Buergethal, 1994) del DIDH, pero se carecía de un sistema normativo amplio e integral de protección.

El desarrollo del DIDH responde a uno de los más duros aprendizajes que dejaron las tragedias de la Primera y, especialmente, la Segunda Guerra Mundial. El hecho de que la sola protección constitucional de derechos no es suficiente, pues, en momentos de una gran crisis social, política o económica, como la que sufrió la Alemania de entreguerras, incluso en el marco de un régimen constitucional muy democrático, como el que prescribía la Constitución de Weimar, la población puede resultar más receptiva a opciones políticas populistas y demagógicas, es decir, a discursos que no están dirigidos al intelecto de las personas, para persuadirlas con razones, sino a sus estómagos o a exaltar sus más básicas emociones. De esta manera, corrientes políticas contrarias a los presupuestos de la democracia y el respeto a la dignidad humana han logrado acceder al poder político por medio de procedimientos democráticos, pero, una vez instaladas, implementan, lo que por lo general resulta ser un doloroso proceso de “desmonte” de las garantías democráticas y del Estado de derecho y, con estas, de los preceptos constitucionales que ordenan el respeto y protección de los derechos humanos. Procesos como el del

ascenso al poder de Partido Nacional Socialista Alemán (NSDAP, por sus siglas en alemán) y su posterior desenlace criminal, así como, más recientemente, la consolidación en Venezuela del régimen chavista son claros ejemplos de estos tristes procesos.

De esta manera, por medio del DIDH se establece la internacionalización de la protección jurídica de los derechos humanos. Con esta, se opera un cambio sustancial en la concepción misma del derecho internacional público: se pasa de un derecho internacional clásico, marco en el que solo los Estados tenían subjetividad jurídica internacional y el principio de soberanía nacional tenía un valor absoluto, al punto que los asuntos relativos a los derechos de las personas “correspondían al ámbito de la competencia exclusiva interna de cada Estado” (Buergenthal, 1994, p. 103), a un derecho internacional contemporáneo, en el que las personas son reconocidas como sujetos de derechos, los derechos humanos, con independencia de consideraciones de nacionalidad o de cualquier otro factor discriminatorio, y en el que el principio de soberanía nacional, si bien no desaparece, se relativiza, pues, en este la soberanía, más que darle atribuciones, le impone al Estado obligaciones de respeto, protección y garantía con respecto a los derechos de las personas que habitan su territorio (Pigrau, 2009).

Precisamente, buena parte del desarrollo del DIDH ha consistido en la creación y establecimiento, por medio de tratados internacionales, de organismos internacionales de carácter cuasi judicial, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, o los comités de Derechos Humanos de la ONU, que vigilan el cumplimiento por parte de los Estados de sus obligaciones con respecto a su población, de conformidad con el derecho internacional; o de carácter judicial, como las cortes Interamericana y Europea de Derechos Humanos, ante las cuales se puede llegar a imputar responsabilidad jurídica internacional a los Estado, por vulnerar o por no proteger los derechos humanos y, así, ser juzgados y condenados.

Entonces, sin temor a errar, se puede afirmar que en el DIDH, todos los principios y reglas contenidas en los tratados y demás fuentes del derecho internacional que lo integran tienen como objeto la protección jurídica internacional de la dignidad humana. Precisamente, Valencia (2003) lo define

como la “rama del derecho internacional público o derecho de gentes que se ocupa de la protección de la dignidad humana y de las libertades fundamentales derivadas de ella, mediante instrumentos, organismos y procedimientos internacionales o regionales” (p. 122).

A manera de recopilación se traen a colación algunos de los textos del DIDH en los que con más claridad se proyecta la dignidad humana:

En las consideraciones de “Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre”, aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana, que sesionó en Bogotá, del 30 de marzo al 2 de mayo de 1948, se puede leer que “los pueblos americanos han dignificado a la persona humana” y por esto sus constituciones nacionales reconocen que las instituciones jurídicas y políticas “tienen por fin la protección de los derechos esenciales del hombre”; en el mismo sentido, en el preámbulo establece que “todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y, dotados como están de razón y conciencia deben conducirse fraternalmente los unos con los otros”.

En el preámbulo de la “Declaración Universal de Derechos Humanos”, del 10 de diciembre de 1948, se reconoce que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca de los derechos inalienables de los miembros de la familia humana”.

En el preámbulo común del “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” y del “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, ambos del 16 de diciembre de 1966, se reitera la declaración anterior y se enfatiza en reconocer que los derechos humanos “se derivan de la dignidad inherente a la persona humana”.

En el mismo sentido que los instrumentos anteriores, el preámbulo de la “Convención Americana Sobre Derechos Humanos” o “Pacto de San José de Costa Rica”, del 22 de noviembre de 1969, reconoce que “los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento atributos de la persona humana”.

El concepto de *Derechos intangibles o inderogables*: de conformidad con el principio de “intangibilidad de derechos”, propio del DIDH, la facultad que tienen los Estados para limitar o suspender los derechos humanos durante

estados emergencia o de excepción, se ve seriamente limitada, con respecto a algunos derechos. Se trata de derechos humanos considerados especialmente valiosos, fundamentales, que gozan de una protección reforzada, incluso en estados de excepción. Los tratados internacionales que regulan la materia, en el marco de los diferentes sistemas de protección internacional de derechos humanos, incorporan catálogos de derechos intangibles, con algunas pocas diferencias entre ellos. Para ilustrar este punto, vamos a estudiar el catálogo de derechos intangibles que establece el Pacto Internacional de Derechos Civiles, de la ONU, y la Convención Americana de Derechos Humanos, de la OEA, a saber:

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por el Congreso Nacional por medio de la Ley 74 de 1968, ratificado el 29 de octubre de 1969 y en vigor (general y para Colombia) desde el 23 de marzo de 1976; en su artículo 4.º, numeral 2, hace la siguiente enumeración de derechos intocables en estados de excepción:

La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6 (derecho a la vida), 7 (proscripción de la tortura), 8 párrafos 1 y 2 (prohibición de la esclavitud y de la servidumbre), 11 (prohibición del encarcelamiento por deudas), 15 (principio de favorabilidad de las normas penales), 16 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica) y 18 (derecho a la libertad religiosa e ideológica).

La Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, incorporada en nuestro ordenamiento por la Ley 16 de 1972, ratificada el 28 de mayo de 1973 y en vigor (general y para Colombia) desde el 18 de julio de 1978; en su artículo 27, numeral 2, establece al respecto:

La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica), 5 (derecho a la integridad personal), 6 (prohibición de la esclavitud y la servidumbre), 9 (principio de legalidad y de retroactividad de la ley más favorable), 12 (libertad de conciencia y religión), 17 (protección a la familia), 18 (derecho al nombre), 19 (derechos del niño), 20 (derecho a la nacionalidad), y 23 (derechos políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

En esta enumeración también hay que tener en cuenta los derechos fundamentales que el DIH ampara a las “personas protegidas” en el marco de un conflicto armado, pues corresponden con estos derechos *intangibles*. Sobre esto se hace una explicación más detallada en el punto siguiente.

El artículo 2.º del Código de Conducta de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, adoptado por la Asamblea General en su Resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979, establece que “En el desempeño de sus tareas, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley respetarán y protegerán la dignidad humana y mantendrán y defenderán los derechos humanos de todas las personas”.

La dignidad humana en el derecho internacional humanitario

El DIH puede definirse, siguiendo la doctrina del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), como una rama del derecho internacional público compuesta por normas de carácter convencional o consuetudinario, aplicables a los conflictos armados internacionales y a los no internacionales, con el propósito de regular y limitar los métodos y medios de guerra utilizados por las partes en conflicto, así como de brindar protección a las personas que no participan directamente en las hostilidades, a los combatientes que por cualquier razón han quedado fuera de combate y a los bienes necesarios para la supervivencia, bienestar y para conservar la cultura de la población civil (CICR, 2019, p. 17).

El DIH comenzó a desarrollarse como derecho convencional, desde mediados del siglo XIX. Su propósito inicial fue establecer normas internacionales que les brindaran a los soldados que caían heridos en los campos de batalla garantías para recibir una asistencia oportuna, así como un buen trato de los soldados que eran hechos prisioneros de guerra. Sin embargo, después de la experiencia atroz de las guerras mundiales del siglo XX, en especial, después de la Segunda Guerra Mundial, fue necesario desarrollar nuevos tratados internacionales que protegieran, sin discriminación, también a la población civil y, en general, a las personas que no participan directamente en las hostilidades.

Ese propósito determinó buena parte del contenido de los convenios de Ginebra, de 1949, en particular el Convenio IV sobre la protección de

las personas civiles en tiempo de guerra. En este mismo sentido, pero con un alcance mucho más amplio y general, se adoptó el artículo 3 común a estos cuatro convenios, pues establece el marco normativo mínimo vinculante para las fuerzas en contienda en cualquier conflicto armado. De esta forma, extiende el campo de aplicación del DIH de los conflictos armados internacionales (CAI), es decir, aquellos en los que se enfrentan fuerzas armadas de dos o más Estados; a conflictos armados no internacionales (CANI), que vienen a ser aquellos en los que hay enfrentamientos prolongados entre fuerzas de un Estado y grupos armados organizados, o entre estos grupos (CICR, 2019. P. 54). Posteriormente, los protocolos I y II de 1977, adicionales a los convenios de Ginebra de 1949, complementan este marco. Así, el artículo 1.4 del Protocolo I extiende el alcance del régimen aplicable a los conflictos armados internacionales para incluir la lucha de los pueblos contra la dominación colonial, la ocupación extranjera o contra regímenes racistas, en ejercicio de su derecho a la autodeterminación; por su parte, el Protocolo II, como dice su artículo 1.1, “desarrolla y completa” el artículo 3 común especificando aún más la protección humanitaria para los conflictos armados entre fuerzas armadas estatales y fuerzas armadas disidentes u otros grupos armados organizados.

Los diferentes niveles de regulación, sean el aplicable a los conflictos armados internacionales o el mínimo de alcance general previsto en el artículo 3 común o su desarrollo para conflictos armados no internacionales del Protocolo II, obedecen a la mayor o menor capacidad de las fuerzas en contienda de cumplir con las normas del DIH, pero ninguno implica un grado menor de protección para las personas (CICR, 2008). Podemos tomar como ejemplo el estatuto de protección de prisionero de guerra, que solo cobija a los combatientes regulares que resulten en poder del adversario, en conflictos armados internacionales; así mismo, para conflictos armados no internacionales, el Protocolo II dispone que las personas que resulten privadas de la libertad por causas relacionadas con el conflicto armado, así no se aplique el estatuto de prisionero de guerra, deben ser tratadas con *humanidad* en todas las circunstancias.

Entonces, tenemos que el DIH busca proteger la dignidad de las personas y sus derechos fundamentales, en el marco de las apremiantes circunstancias

de un conflicto armado (Carvajal, 2020). Por esta razón, no es extraño que las garantías fundamentales del DIH coincidan con los derechos que enumeramos antes, los que el DIDH califica como *inderogables* o *intocables* precisamente porque ni siquiera en estados de excepción pueden ser limitados por el Estado. En el DIH esas garantías fundamentales se hallan principalmente en el artículo 3 común a los cuatro convenios de Ginebra de 1949. Para el caso colombiano, también hay que tener especialmente en cuenta el Protocolo II a los convenios de Ginebra de 1977, que se desarrolló con base en el artículo 3 Común, precisamente para regular lo referente a la protección de las víctimas de conflictos armados no internacionales. Los convenios de Ginebra fueron incorporados a nuestro ordenamiento por la Ley 5 de 1960, ratificados el 8 de noviembre de 1961 y están en vigor para Colombia desde el 8 de mayo de 1962. El Protocolo II fue incorporado a nuestro ordenamiento por la Ley 71 de 1994. El artículo 3 común consagra las normas mínimas que deben ser observadas por las partes en contienda en un conflicto armado de cualquier índole. El Protocolo II adicional a los convenios de Ginebra, consagra las “Garantías Fundamentales” en el título II, artículos 4, 5 y 6.

Si hiciéramos una síntesis, muy general, de estas garantías o derechos fundamentales que amparan, en las personas protegidas, las normas del DIH a las que hemos hecho mención, estos serían: el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, el derecho a la libertad personal, el derecho al honor, el derecho al debido proceso y los derechos de los niños.

Igual que en el punto anterior, se incorpora parte del contenido de algunas de estas normas del DIH, como ejemplo de preceptos que buscan la protección de la dignidad humana:

La primera parte del artículo 3 común, de los convenios de Ginebra de 1949, “Destinados a proteger a las víctimas de la guerra”, establece que

Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo.

La denominada *Clausula Martens* contenida en el artículo 1, “Principios generales y ámbito de aplicación, numeral 2, del Protocolo I de 1977, adicional a los convenios de Ginebra de 1949, “Relativo a la protección de las víctimas de conflictos armados internacionales”, establece que

En los casos no previstos en el presente Protocolo o en otros acuerdos internacionales, las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública.

Esta se introdujo por primera vez en el preámbulo del (II) Convenio de la Haya, Relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, de 1899, por iniciativa del jurista y diplomático Ruso Friedrich Fromhold Martens, con el propósito de dotar al derecho de los conflictos armados de un marco normativo mínimo y necesario, ante la ausencia de una regulación más completa y específica.

Como enunciado general de algunas de las *garantías fundamentales* contenidas en el Protocolo II de 1977, adicional a los convenios de Ginebra de 1949, “Relativo a la protección de las víctimas de conflictos armados sin carácter internacional”, podemos citar su artículo 4.1:

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

La dignidad humana en el derecho operacional

Siguiendo a Hernández (2008) puede definirse el derecho operacional, en Colombia, como el marco normativo que integra normas de derecho interno y de derecho internacional, aplicables a la regulación de las operaciones de la fuerza pública, en particular, respecto del uso de la fuerza. De esta manera, incorpora preceptos del derecho constitucional, del derecho administrativo, del derecho penal y disciplinario, así como del DIDH, del DIH y, en lo perti-

nente, del derecho penal internacional. En un trabajo de investigación más reciente, Chiquiza y Gil (2019), al concluir, proponen una definición más amplia, de acuerdo con la cual

El Doper (derecho operacional) es un ordenamiento jurídico especializado de naturaleza pública con influencia política, constituido por un conjunto de normas de raigambre convencional, constitucional, legal y reglamentario que regula las actuaciones de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional en todo momento, ya sea en conflictos armados o en escenarios de paz. (p. 13)

Hernández (2008) explica que el ejército de Chile habría sido el primero en la región, en desarrollar criterios propios para definir el derecho operacional, como soporte de los cuerpos doctrinarios del Ejército “representado por el conjunto de normas jurídicas extraídas del ordenamiento jurídico vigente, nacional e internacional, que regulan las operaciones militares”. Otros países también han cultivado una doctrina importante en la materia, como los EE. UU., con las diversas versiones anuales y adaptaciones de su *Manual de derecho operacional* (Operational Law Handbook, 2022); también encontramos ejemplos en Suiza (Zen-Ruffinen, 2004) y, más recientemente, se ha comenzado a estudiar y desarrollar en México (Bermúdez, 2017).

Para estudiar la proyección de la dignidad humana en nuestro derecho operacional, vamos a partir de una aproximación ya más decantada. La que fija el *Manual de derecho operacional*, con base en el artículo 4, del Decreto 124 de 2014. En este, se define el derecho operacional como “la integración de los tratados internacionales ratificados por Colombia, la legislación nacional y la jurisprudencia en materia de derechos humanos y DIH al planeamiento, ejecución y seguimiento de las operaciones, operativos y procedimientos de la fuerza pública” (EJC, 2017).

Esta definición establece con claridad un vínculo sustancial entre el derecho operacional y el respeto y protección de la dignidad humana, pues, precisamente, este se integra a partir de elementos de las dos ramas del derecho internacional público que establecen, por una parte, las obligaciones de los Estados de respetar, proteger y garantizar, en todo momento y lugar, los derechos humanos, como lo hace el DIDH, y, por otra, las de respetar y proteger los más fundamentales derechos, en las exigentes y desfavorables condiciones que produce un conflicto armado, por medio del DIH.

Este vínculo sustancial, entre el valor de la dignidad humana y el derecho operacional, se establece con claridad, en el *Manual de derecho operacional*, para las Fuerzas Militares, al establecer y explicar el contenido de la seguridad y la defensa nacional, en cabeza de las Fuerzas Militares:

La seguridad y defensa nacional van encaminadas a los intereses propuestos por el Estado colombiano; en la Constitución Política de Colombia se encuentran claramente definidos los intereses superiores que persigue el pueblo colombiano, en su calidad de soberano, como Estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. (EJC, 2017)

No obstante, esa definición representa un reto conceptual significativo, pues, precisamente, uno de los problemas jurídicos más importantes, en los ámbitos del DIDH y del DIH, es el que supone establecer la forma correcta de articular la aplicación de los dos ordenamientos, en especial, en Estados en los que se desarrollen conflictos armados no internacionales, como Colombia. Al respecto, se han propuesto e implementado tesis que plantean su aplicación excluyente, también su aplicación complementaria y, más recientemente, su aplicación integrada (Oberleitner, 2015).

La propuesta de aplicación excluyente, parte de la regla de *lex specialis*, de modo que, en un contexto de conflicto armado solo se aplicarían las normas del DIH, por ser este el ordenamiento que regula específicamente la materia. Por consiguiente, no se aplicarían las normas del DIDH. Esta propuesta tiene como presupuesto la existencia de diferencias sustanciales e irreconciliables entre el DIDH y el DIH, por ejemplo, el que mientras a la luz del DIDH se prescribe la inviolabilidad de la vida, con base en el DIH, por el contrario, se pueden llegar a ejecutar operaciones que impliquen el uso de fuerza letal. Sin lugar a duda, lo anterior describe la complejidad del problema, pero, no brinda una solución válida, ni plausible, pues, implicaría desconocer el vigor de las normas de derechos humanos en contextos de conflicto armado.

Por otra parte, la propuesta de aplicación complementaria sigue la misma regla de *lex specialis*, pero para articular los dos ordenamientos, de modo que, por ejemplo: el alcance del derecho a la vida, protegido por el DIDH, en

contextos de conflicto armado, estaría determinado por el cumplimiento de las normas del DIH; de modo que una muerte en combate, que fuera resultado de una operación ejecutada de conformidad con las reglas del DIH, no implicaría la violación del derecho a la vida. Así mismo, si en un conflicto armado no internacional, las fuerzas armadas capturan al integrante de un grupo armado organizado, las reglas aplicables serían las que, en el derecho interno, implementen el debido proceso en materia penal, en concordancia con el DIDH. Claramente, esta propuesta resulta más adecuada y razonable; sin embargo, seguirían existiendo casos en los que las normas de derechos humanos no tendrían vigor, en estricto sentido.

Finalmente, está la propuesta de la aplicación integrada, que resulta la más exigente, pues parte de reconocer que las normas del DIDH se deben aplicar siempre, y en toda circunstancia, incluso en contextos de conflicto armado, pero, entonces, para esos efectos se deben aplicar de manera integrada con las normas del DIH, como si fuera un solo ordenamiento. Como lo señalamos antes, esta es precisamente la visión que prescribe el *Manual de derecho operacional*. Muy probablemente, esta propuesta busque reformular el DIH, a la luz de las normas de derechos humanos. Claramente, resulta la más adecuada jurídicamente, pero también es la que exige el mayor esfuerzo de comprensión y conocimiento de toda la materia.

En ese sentido, en el marco del derecho operacional, el DIDH y el DIH se deben integrar, siempre con el propósito de que las operaciones de la fuerza pública, como corresponde en un Estado de derecho, se desarrollen a partir del respeto y en procura de la protección efectiva de la dignidad y, con esta, de los derechos humanos de todas las personas.

Conclusiones

A manera de conclusión se hace una síntesis de los conceptos que se estudian, de las propuestas de contenido sobre los mismos, así como de las conclusiones puntuales, que resultan del análisis de su proyección en normas positivas.

Un concepto de dignidad humana, de raíz kantiana, parte de reconocer el valor de la persona como el fundamento ético, y así también jurídico y político, del principio del Estado de derecho y del paradigma de una sociedad

democrática. En este sentido, se puede definir la dignidad humana como el valor conforme con el cual cada persona debe ser reconocida como un fin en sí y, por consiguiente, como igualmente valiosa y libre.

Las declaraciones de derechos del siglo XVIII, que fueron las primeras expresiones del constitucionalismo, no remiten expresamente a la dignidad humana, pero sí se fundan en su contenido sustancial: el igual valor y la igual libertad de toda persona. La dignidad humana se invoca de manera expresa, primero, en la obra de Kant y se materializa después de la Segunda Guerra Mundial, en los desarrollos constitucionales, así como en las declaraciones internacionales de derechos humanos que dan lugar al surgimiento del DIDH.

En la CPC tuvieron fuerte influencia constituciones europeas aprobadas después de la Segunda Guerra Mundial, que reconocen la dignidad humana como fundamento del orden social, jurídico y político. Siguiendo esa misma orientación, en la CPC, el artículo 1.º consagra el respeto a la dignidad humana como fundamento del Estado.

La doctrina constitucional colombiana ha desarrollado y decantado el concepto de la dignidad humana, como fundamento del Estado, de los derechos humanos y, de esta forma, de todo el ordenamiento jurídico; así mismo, caracteriza como *ámbitos de protección* de la dignidad humana: la autonomía individual, las condiciones materiales de existencia y la integridad física y moral.

El respeto y la protección de la dignidad humana debe inspirar todas las actuaciones del Estado. Los funcionarios están en la obligación de tratar a toda persona, sin distinción alguna, de conformidad con su valor intrínseco. La integridad del ser humano constituye razón de ser, principio y fin último de la organización estatal.

El DIDH puede definirse como la rama del derecho internacional público que impone y regula en cabeza de los Estados las obligaciones de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. El DIDH busca brindar protección jurídica a la dignidad de las personas, desde el derecho internacional público, en todos los ámbitos de la vida social, política, económica y cultural, es decir, de manera integral.

El desarrollo del DIDH responde a uno de los más duros aprendizajes que dejaron las tragedias de la Primera y, especialmente, la Segunda Guerra Mundial. El hecho de que la sola protección constitucional de derechos no es suficiente.

Con el DIDH se establece la internacionalización de la protección jurídica de los derechos humanos y de esta manera, se opera un cambio sustancial en la concepción misma del derecho internacional público: se pasa de un derecho internacional clásico a un derecho internacional contemporáneo.

Con base en el principio de *intangibilidad de derechos*, propio del DIDH, la facultad que tienen los Estados para limitar o suspender los derechos humanos durante estados emergencia o de excepción se ve seriamente limitada, con respecto a algunos derechos humanos que son considerados especialmente valiosos, fundamentales y gozan de una protección reforzada, incluso en estados de excepción.

El DIH busca proteger la dignidad de las personas y sus derechos fundamentales, en contextos de conflicto armado. El propósito inicial del DIH fue establecer normas internacionales que les brindaran a los soldados que caían heridos en los campos de batalla garantías para recibir una asistencia oportuna, así como un buen trato de los soldados que eran hechos prisioneros de guerra. Sin embargo, después de la Segunda Guerra Mundial, fue necesario desarrollar nuevos tratados internacionales, que protegieran, sin discriminación, también a la población civil y, en general, a las personas que no participan directamente en las hostilidades.

Inicialmente, el DIH se ocupó de regular los conflictos armados internacionales, después de la Segunda Guerra Mundial amplía su alcance también a conflictos armados no internacionales.

Los diferentes niveles de regulación del DIH, sean el aplicable a los conflictos armados internacionales o el mínimo de alcance general previsto en el artículo 3 común o su desarrollo para conflictos armados no internacionales del Protocolo II, obedecen a la mayor o menor capacidad de las fuerzas en contienda de cumplir con las normas del DIH, pero ninguno implica un grado menor de protección para las personas.

Uno de los problemas jurídicos más importantes, en los ámbitos del DIDH y del DIH, es el que busca establecer la forma correcta de articular la aplicación de los dos ordenamientos, en especial, en Estados en los que se desarrollen conflictos armados no internacionales, como Colombia. Al respecto, se han propuesto e implementado tesis que plantean su aplicación excluyente, también su aplicación complementaria y, más recientemente, su aplicación integrada.

En Colombia, el derecho operacional se puede definir como el marco normativo que integra normas de derecho interno y de derecho internacional, aplicables a la regulación de las operaciones de la fuerza pública, en particular, con respecto al uso de la fuerza. Incorpora así, preceptos del derecho constitucional, del derecho administrativo, del derecho penal y disciplinario, así como del DIDH, del DIH y, en lo pertinente, del derecho penal internacional.

En el marco del derecho operacional, el DIDH y el DIH se deben integrar, siempre con el propósito de que las operaciones de la fuerza pública, como corresponde en un Estado de derecho, se desarrollen a partir del respeto y en procura de la garantía efectiva de la dignidad y, con esta, de los derechos humanos de todas las personas.

Referencias

- Ansuátegui, F. (2007). *De los derechos y el Estado de derecho. Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos*. Universidad Externado de Colombia.
- Barroso, L. (2014). *La dignidad de la persona humana en el derecho constitucional contemporáneo*. Universidad Externado de Colombia.
- Bastos De A., F. (1994). *Pequeña enciclopedia de la doctrina social de la Iglesia*. San Pablo.
- Bermúdez, R. (2017). Derecho operacional. En A. Espinosa, *Derecho operacional* (pp. 155-159). CNDH.
- Beuchot, M. (1994). *Los fundamentos de los derechos humanos en Bartolomé de las Casas*. Anthropos Editorial.
- Botero, C. (2009). *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Buergenthal, T. (1994). *Manual de derecho internacional público*. Fondo de Cultura Económica.
- Carvajal, B. (2020). *La dignidad humana como norma de derecho fundamental*. Universidad Externado de Colombia.

- Chíquiza, F., & Gil, J. (2019). El derecho operacional como una categoría dentro de la taxonomía del derecho. *Vniversitas*, 68(139).
- Comité Internacional de la Cruz Roja, CICR (2019). *Derecho internacional humanitario. Una introducción integral*. <https://n9.cl/ecj7y>
- Comité Internacional de la Cruz Roja, CICR. (2016). *Manual de normas internacionales que rigen las operaciones militares*. CICR.
- Comité Internacional de la Cruz Roja, CICR. (2008). *¿Cuál es la definición de “conflicto armado” según del derecho internacional humanitario?* CICR.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-578 de 2002, (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; Julio 30 de 2002).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-002 de 1991, (M.P. Alejandro Martínez Caballero; Mayo 8 de 1992).
- Del Vecchio, G. (1991). *Filosofía del derecho*. Bosh.
- Ejército Nacional de Colombia, EJC. (2017). *Resolución 1881 de 2017*. Por la cual se aprueba la actualización del *Manual fundamental del Ejército MFE 6-27, Derecho operacional terrestre*.
- Fernández, E. (2001). *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*. Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”. Universidad Carlos III de Madrid.
- Grondona, M. (1994). *Los pensadores de la libertad*. Editorial Sudamericana.
- Habermas, J. (2012). *La Constitución de Europa*. Editorial Trotta.
- Hernández, M. (2008). *Derecho Operacional. ¿Qué es el derecho operacional o de las operaciones?* [Manuscrito inédito]. Universidad Externado de Colombia.
- Kant, I. (1991). *Sobre la paz perpetua*. Editorial Tecnos.
- Kant, I. (2010). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Editorial Porrúa.
- Marquardt, B. (2015). *Derechos humanos y fundamentales. Una historia del derecho*. Grupo Editorial Ibáñez.
- Menke, C., & Pollmann, A. (2010). *Filosofía de los derechos humanos*. Editorial Herder.
- Merino, J. (1995). *Lecciones de derecho constitucional*. Editorial Tecnos.
- Mouniere, E. (1993). *Personalismo*. Editorial Nueva América.
- Oberleitner, G. (2015). *Human Rights in Armed Conflict-Law, Practice, Policy*. Cambridge University Press.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos y la Unión Interparlamentaria. (2016). Manual de derechos humanos para parlamentarios. *Manual para parlamentarios* (26). <https://n9.cl/0in2h>
- Papacchini, A. (2012). *Filosofía y derechos humanos*. Universidad del Valle.
- Pérez, A. (1989). Sobre los valores fundadores de los derechos humanos. En J. Mugerza, & G. Peces-Barba, *El fundamento de los derechos humanos* (pp. 279-288). Debate.
- Pigrau, A. (2009). Introducción al derecho internacional de los derechos humanos. En M. Ollé, L. Acebal, & N. García, *Derecho internacional de los derechos humanos: su vigencia para los Estados y para los ciudadanos* (pp. 19-32). Anthropos.

- Prieto, F. (1996). *Manual de historia de las teorías políticas*. Unión Editorial.
- Rawls, J. (1993). *Teoría de la justicia*. Fondo de Cultura Económica.
- Rawls, J. (2011). *El liberalismo político*. Fondo de Cultura Económica.
- United States Government US Army. (2022). *Operational Law Handbook*. The Judge Advocate General's School.
- Valencia, H. (2003). *Diccionario Espasa derechos humanos*. Espasa Calpe.
- Vila, I. (2012). *Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo*. Legis.
- Zen-Ruffinen, P. (2004). Le droit des opérations ou le droit opérationnel au sein de l'armée suisse. *Revue Militaire Suisse*, (149), 27-32.

Validez jurídica de la regla operacional. Una visión no positivista

DOI: <https://doi.org/10.21830/9786289544671.02>

Francisco Alejandro Chiquiza Gómez

Escuela Militar de Cadetes “General José María Córdova”

Resumen: este capítulo examina la naturaleza de la regla operacional y sus elementos de validez jurídica, a fin de cumplir con el mandato constitucional asignado a las Fuerzas Militares y respetar el catálogo de derechos constitucionales. En tal sentido, indaga sobre la naturaleza constitucional de la fuerza pública, la carga valorativa de las disposiciones constitucionales y la distinción entre la misión de las Fuerzas Militares y la de la Policía Nacional, para, finalmente, explicar el proceso militar para la toma de decisiones y cómo el diseño constitucional impacta en este, como criterio de legitimidad y validez de la regla operacional y del propio derecho operacional.

Palabras clave: derecho operacional; principio; proceso militar para la toma de decisiones; regla; regla operacional; validez jurídica

Francisco Alejandro Chiquiza Gómez

Doctorando en Derecho, Universidad Austral de Argentina. Magíster en Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Derecho Internacional. Especialista en Derecho Administrativo. Abogado. Docente e investigador, Escuela Militar de Cadetes “General José María Córdova”, Colombia.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9514-8080>

Contacto: francisco.chiquiza@esmic.edu.co

Citación APA: Chiquiza Gómez, F. A. (2024). Validez jurídica de la regla operacional. Una visión no positivista. En P. A. Velásquez Cardona, & C. H. Prieto Fetiva (Eds.), *Problemas abiertos en torno del principio de proporcionalidad: análisis desde el DIDH y el DIH* (pp. 53-76). Sello Editorial ESMIC.
<https://doi.org/10.21830/9786289544671.02>

Problemas abiertos en torno del principio de proporcionalidad: análisis desde el DIDH y el DIH

ISBN impreso: 978-628-95446-8-8

ISBN digital: 978-628-95446-7-1

DOI: <https://doi.org/10.21830/9786289544671>

Colección Ciencias Jurídicas

Serie Miles Doctus (Investigación formal terminada)

Sello Editorial ESMIC

Escuela Militar de Cadetes “General José María Córdova”

Bogotá, D.C., Colombia

2024



Introducción

La presente investigación tiene como antecedente próximo una publicación que se denominó *El derecho operacional como una categoría dentro de la taxonomía del derecho* (Chíquiza & Gil, 2019), con la cual se pretendía reivindicar y legitimar la importancia de focalizar, como objeto de estudio, el sistema de normas del cual se valen los miembros de las Fuerzas Militares (FF. MM.) o la institucionalidad, propiamente dicha, para la preparación, ejecución y evaluación de las operaciones militares, en un sentido lato. Partiendo de ese presupuesto cognitivo que da relevancia al estudio de una ordenación que se ha denominado *derecho operacional*, en esta oportunidad, la indagación y sus reflexiones, orbitarán en torno a la validez y eficacia de lo que se concibe como *regla operacional*, en un sentido mucho más estricto.

Así las cosas, la regla operacional a la que se aproxima esta investigación es aquella que, finalmente, se aplica en el plano táctico para la toma de decisiones militares y sobre ella se realizará el juicio de validez y eficacia, partiendo de la adherencia de este sistema normativo (Ortega & Gil, 2020) a los imperativos de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, tal como lo resaltan las propias FF. MM. Esto supone, indudablemente, la incorporación necesaria de elementos valorativos o axiológicos, propios de un Estado constitucional, a la regla jurídica que, finalmente, se aplicará a la planeación, ejecución y evaluación de una operación militar. En todo caso, hablar de la concreción administrativa de la regla operacional exigirá una tangencial aproximación a cada uno de los niveles (estratégico y operacional) que fijan los límites fácticos y jurídicos (constitucionales, convencionales, legales y administrativos) de ella, para establecer si esta se halla dotada de fuerza obligatoria para sus destinatarios.

En consecuencia, el concepto de validez jurídica, en este caso, de la regla operacional, reviste enorme importancia para la teoría y la práctica del derecho en el marco del desarrollo de operaciones militares, en tanto, se determine en qué evento la norma operacional es válida para que se pueda asociar, sin lugar a duda, su existencia. Ahora, se considera que esta reflexión desborda los postulados iuspositivistas de validez, en la medida en que el criterio autoritativo, descriptivo y formal resulta, sino incompatible, al menos insuficiente,

en el marco del Estado de derecho constitucional y democrático, en tanto los elementos de validez están, en principio, subordinados a razones de justificación racional por parte de: 1) quien crea la regla; 2) quien aplica la regla; y, 3) quien aprecia la regla.

El Estado constitucional y la misión de las Fuerzas Militares

Sin lugar a duda, la Constitución Política de Colombia de 1991 significó un cambio de paradigma, con relación al entendimiento que debe darse al sistema normativo en Colombia, en tanto, supuso la adherencia a una nueva concepción de Estado, es decir, a aquel en que existe una profunda sujeción a las disposiciones constitucionales, esto, por mandato de la propia Carta Política. Previo a 1991, la visión de la Constitución era centralmente política, ya que lo que interesaba, esencialmente, era la forma como se distribuían los órganos de poder y cómo estos se relacionaban con una ordenación jurídica, principalmente, legal o reglamentaria.

Ahora bien, tratándose del Estado constitucional, Solano (2022)¹ señala que el ordenamiento positivo dota al texto constitucional de una fuerza vinculante suprema y direccionadora de la autoridad, como elemento característico de esta tipología de Estados. Sin embargo, para considerar un Estado como tal, no basta con que las autoridades se hallen sometidas al derecho positivo presidido por la norma superior, sino que, adicionalmente, estas están subordinadas a la efectiva realización de los derechos subjetivos allí consagrados y que, en últimas, pretenden la dignificación del individuo, merced, de los atributos vinculantes derivados del principio de supremacía constitucional.

Este paradigma de Estado surgió por la crisis de legitimidad que atravesaron los Estados después de la Segunda Guerra Mundial, justamente, por la estructura rígida y autoritativa propia de los sistemas jurídicos de entonces. En consecuencia, el Estado de derecho constitucional se caracteriza, principalmente, porque:

1 Wahl, R. (1981). *Der Vorrang der Verfassung*, p. 485; Sánchez Barrilao, J.F. (2009). Inteligencia y seguridad como objeto constitucional. El CNI y la comunidad de inteligencia ante los nuevos retos de la sociedad en riesgo, p. 75.

1) la Constitución deja de ser un programa político dirigido al legislador, y se constituye en una fuente del derecho (la fuente de las fuentes) adonde los juristas pueden ir a buscar las respuestas jurídicas a sus casos; 2) la Constitución se carga de moral bajo los rótulos de principios, valores, fines, bienes o derechos humanos; 3) a toda la Constitución se la entiende como *operativa* —más allá de los distintos modos de operatividad—, por lo que se rechaza su carácter *programático*, y 4) se constituyen los tribunales constitucionales con la competencia de controlar —en sus formas, procedimientos y contenidos— todas las normas jurídicas (también a la ley) desde la Constitución, y en su caso, invalidarlas o privarlas de efectos jurídicos. (Vigo, 2012)

En síntesis, el Estado constitucional o Estado de derecho constitucional se caracteriza, esencialmente, porque en el diseño constitucional, primero, incorpora derechos de aplicación inmediata o fundamentales, los cuales son de raigambre del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) (morales), acopiados como principios o disposiciones normativas con carga valorativa o axiológica que vinculan a los órganos de poder como derecho directamente aplicable;² y, segundo, adopta sistemas de control *judicial* de constitucionalidad (Etcheverry, 1991), ya sea, en su dimensión abstracta o difusa, como desarrollo del principio de jurisdicción constitucional, relevante, precisamente, para: 1) garantizar la supremacía constitucional; 2) el sistema de pesos y contrapesos; y, 3) el catálogo de derechos implantado a la Carta Política (Chíquiza, 2020).

La Corte Constitucional colombiana ha señalado que, para el mantenimiento de un Estado de derecho constitucional, es condición *sine quanon* el respeto, la garantía y la satisfacción de los derechos humanos (artículos 1.º, 2.º, 4.º y 5.º superiores y preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos). La preservación de las libertades públicas se logra sometiendo la actuación de las autoridades estatales al imperio de la Constitución y de la ley (Corte Constitucional de Colombia, 2012). En tal sentido, un Estado de derecho constitucional debe armonizar la libertad y el orden, de tal manera que para lograr la seguridad no desconozca los derechos humanos y así las libertades puedan ser ejercidas dentro de un orden justo, respetuoso del pluralismo

2 Para un sector relevante de la tradición alemana, los cambios e incorporaciones recogidos en La Ley Fundamental de Bonn hacen que ella misma sea entendida primordialmente como un orden o un sistema de valores. Cruz, L. M. (2005). *La Constitución como orden de valores: Problemas jurídicos y políticos. Un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo*, Comares.

y de la libertad de crítica. El orden público democrático que anhela asegurar los regímenes constitucionales funda su legitimidad en el respeto irrestricto de los derechos fundamentales.

Por su parte, las FF. MM. están constituidas para la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional (CPC, 1991), concepto que se mantiene desde las primeras manifestaciones de constitución en Colombia, tal como se observa en el Acta de Confederación de las Provincias Unidas de la Nueva Granada del 27 de noviembre de 1811, en su artículo 11, donde se prescribió que la defensa común es uno de los objetivos principales de la unión, facultándose la creación de ejércitos para tal fin (Restrepo, 2009).

Este concepto es una constante a lo largo de la historia constitucional colombiana. Así lo manifestaron, particularmente, la Ley Fundamental de la República de Colombia de 1819, en la Constitución Política de la República de Colombia de 1821, en la Constitución Política de la República de 1830, en la Constitución Política del Estado de Nueva Granada de 1832, en la Constitución Política de Nueva Granada de 1843, en la Constitución Política para la Confederación Granadina de 1858, en el Pacto de la Unión de 1861 y en la Constitución Política de la República de Colombia de 1886 (Restrepo, 2009).

Tal como se puede observar en la tangencial referencia, el constituyente primario desde siempre previó una función unívoca para las FF. MM., misión que fue recogida de manera integral en el artículo 217 de la CPC de 1991. Sin embargo, a esta función esencial, la Corte Constitucional, mediante la interpretación que ha hecho de la Carta Política, ha adicionado como misión de las FF. MM.: la búsqueda de la convivencia pacífica; la protección de los derechos humanos, y, en el marco del conflicto armado, la protección especial de las víctimas. Finalmente, ha precisado que a las FF. MM. les corresponde realizar labores de inteligencia (Ciro et al., 2016).³

3 La Corte Constitucional se ha referido a estas funciones de las Fuerzas Militares, por ejemplo, en las sentencias C-740 de 2001, M.P.: Álvaro Tafur Galvis, C-1149 de 2001, M.P.: Jaime Araujo Rentería, C-940 de 2002, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa, y C-1024 de 200, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

Respeto de la misión, *expressis verbis*, contemplada en el artículo 217 de la CPC, es preciso señalar que ello implica que las FF. MM. “tienen el deber constitucional de garantizar que la soberanía y el orden constitucional no se vean alterados o menoscabados, tal como la Corte Constitucional lo indicó en la Sentencia SU-1184 de 2001. Por su parte, el mismo tribunal señaló que el “soporte básico y fundamental” de esta función es la “defensa y protección de los derechos humanos” (Vargas, 2003).

De tal manera que, la función de las FF. MM. en el Estado colombiano es holística y tiene como fin permitir la materialización de los derechos y libertades del conglomerado social, “garantizar las condiciones de seguridad colectivas y de carácter estructural” (Ciro et al., 2016). En consecuencia, la misión de las FF. MM. no se limita a preservar la estructura democrática y a permitir que el Estado tutele el poder soberano, sino que comprende el deber de participar activa y eficazmente en la defensa de los derechos constitucionales de los asociados (...) que constituyen los bienes respecto de los cuales el Estado (FF. MM.) tiene el deber irrenunciable de proteger (Montealegre, 2001).

En ese sentido, conforme con la misión constitucional asignada a las FF. MM., todo aquello que represente un riesgo para preservar la estructura democrática, la capacidad de ejercer “el poder superior para mandar” (Ciro et al., 2016), la satisfacción de los derechos humanos y fundamentales de los asociados, que impida la materialización de las libertades y reduzca las condiciones de seguridad, representa una amenaza, la cual, inexcusablemente, debe ser objeto de contención por parte de las FF. MM. Lo anterior supone, imperativamente, una concepción de la seguridad y defensa nacionales nutrida de una carga valorativa o axiológica que impacta en la configuración de la regla operacional que, finalmente, tendrá que aplicar el respectivo comandante en el escenario táctico u operacional.

Lo anterior, se considera, desborda los límites de los postulados iuspositivistas, justamente, porque pone en medio de la discusión, con relación a los mandatos constitucionales, disposiciones apriorísticas, valorativas o axiológicas, desplazando el debate, en principio, a un escenario menos positivista o, al menos, a aquel que conciba un sistema jurídico en el cual las autoridades judiciales y no judiciales, encargadas de hacer cumplir la ley, puedan hacer

correcciones, en torno del mejor derecho aplicable, lo que, en términos de Alexy (2007), supone la pretensión de corrección derivada de los mandatos de optimización y que irradian a toda la ordenación jurídica, en este caso, aquella prevista para regular las operaciones militares.

Razón esta que permite invocar, no por adherencia sino por utilidad, la corriente del neoconstitucionalismo, rótulo atribuido a la profesora de la Universidad de Génova, Susanna Pozzolo,⁴ mediante el cual se pretende: 1) declarar la decadencia del positivismo jurídico y su sustitución por una perspectiva práctica mediada por valores; 2) la ideología de la legalidad, la cual se disuelve en la dimensión del contenido sustancial, absorbiendo el derecho positivo mediante la adopción de los valores y de los derechos fundamentales; 3) la interpretación del derecho por principios, la cual es más conflictiva que si el derecho estuviera compuesto por reglas, por eso, el intérprete puede, por vía de la ponderación, optimizar la aplicación del valor, restringiendo los ámbitos de los derechos fundamentales hasta un mínimo que quedaría garantizado (Bernal, 2007); y, 4) la difusión de la ponderación como una exigencia derivada de los nuevos criterios de validez del Estado constitucionalizado, donde aquello que era considerado un juicio externo, ético, sobre la justicia de la norma, ahora es considerado un juicio interno sobre la validez (Pozzolo, 2016).

La siguiente imagen procura, de manera no exhaustiva, presentar la tensión positivista y no positivista, con relación a la concepción del sistema normativo y cómo este, finalmente, puede influir en la creación y validez de una regla operacional, la cual, si bien se somete a un proceso de creación objetivo, descriptivo y autoritativo, encuentra sus límites de validez, precisamente, en el catálogo de derechos incorporado por el constituyente primario y la consecuente inserción del sistema normativo colombiano a los imperativos del DIDH y del DIH, en todos los ámbitos del ejercicio de poder, pero, particularmente, en las esferas de la seguridad y defensa nacionales.

Disposiciones que hacen parte de una dimensión compleja del texto constitucional (bloque de constitucionalidad) y, sin lugar a duda, surge de una concepción aristotélica de justicia que procura la apropiación de valores en el

4 Mazzaresse, T. (2002). “Diritti fondamentali e neocostituzionalismo” en “Neocostituzionalismo e tutela (sovra) nazionale dei diritti fondamentali”, Torino, Giappichelli.

sistema normativo que limitan el uso y ejercicio de la fuerza en el desarrollo de operaciones militares, y, que, finalmente, se ve reflejado en la regla operacional dinámica o activa, es decir, aquella que adhiere al acto administrativo que se conoce como *orden de operaciones*, así (Figura 1):

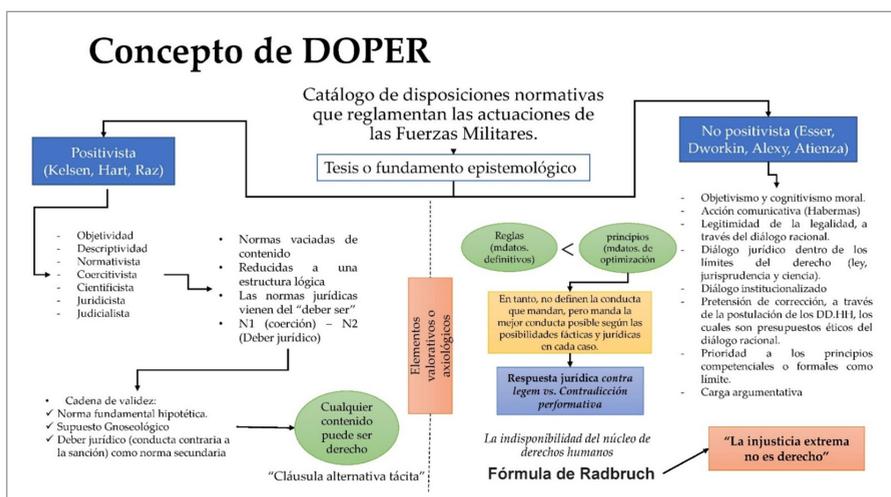


Figura 1. Concepto de Doper.

Fuente: elaboración propia.

Como se advierte en la figura 1, es, en últimas, la carga axiológica (derechos constitucionales, derechos humanos, derecho internacional humanitario) la que determinará la validez de la regla operacional, la cual, en cumplimiento de la misión constitucional asignada a las FF. MM. y, conforme los principios de la función administrativa, tiene una elaboración vertical, desde la estrategia nacional hasta la estrategia militar operativa.

En consecuencia, el Estado de derecho constitucional, tal como se ha detallado, permite concluir que la validez de la regla operacional exige, incuestionablemente, la armonización entre los valores incorporados en los paradigmas del DIDH y el DIH, los cuales, a pesar de perseguir la protección de los individuos y su dignidad, se diferencian, en principio, respecto de su ámbito de aplicación, justamente, porque, el segundo es excepcional para casos de conflictos armados; y, el primero, constituye la regla en todo tiempo y lugar (Mejía & Chaib, 2012). Esta relación entre paradigmas ha llevado a considerar

que el DIH constituye *lex specialis*, precisamente, en contextos de conflicto armado. Sin embargo, dada la amplificación de los derechos derivada de su carga axiológica, esta característica debe ser considerada en clave de dignidad humana, justamente para la adjudicación o afectación de las prerrogativas constitucionales, inclusive en contextos de confrontación bélica.

La función administrativa de las FF. MM. y la regla operacional

De conformidad con lo indicado en líneas anteriores, las FF. MM. constituyen uno más de los órganos de poder que subyacen a la estructura del Estado colombiano y como tal cumplen una función administrativa. Al respecto, la Carta Política, en el artículo 217, señala que

la nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Las FF. MM. tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. (CPC, 1991)

En este punto, resulta necesario precisar que para efectos de este capítulo y como presupuesto dialéctico de validez jurídica de la regla operacional, corresponde distinguir entre las funciones administrativas asignadas a cada uno de los órganos que integran la fuerza pública (Policía Nacional y FF. MM.), de conformidad con el artículo 216 de la CPC de 1991.

Con relación a la Policía Nacional, se considera que su misión se circunscribe a lo que la dogmática administrativa ha denominado el *poder de policía*, entendido como las claras atribuciones de policía administrativa en el ámbito local, orientadas a la preservación del orden público en ese mismo espacio (Córdoba, 2006). El orden público, ha dicho la Corte Constitucional, debe ser entendido como el conjunto de condiciones de seguridad, tranquilidad y salubridad que permiten la prosperidad general y el goce de los derechos humanos.⁵

En cuanto a los medios utilizados para garantizar el orden público, se tiene: 1) el establecimiento de normas generales que limitan los derechos para

⁵ Sentencia C-024 de 1994, Fundamento 4.2, criterio reiterado, entre otras, en la sentencia C-251 de 2002, Fundamentos 9 y ss C- 825 de 2004, Fundamento 9.

preservar el orden público; 2) la expedición de actos normativos individuales, dentro de los límites de esas normas generales; 3) el despliegue de actividades materiales, que incluyen el empleo de la coacción y que se traduce en la organización de cuerpos armados y funcionarios especiales con los cuales se ejecuta la función.

Este último es en el que se pretende hacer énfasis, en tanto, se trata, en principio, de la función de policía, consistente en la gestión administrativa concreta de poder de policía, y actividad de policía que comporta la ejecución coactiva, la cual es ejercida por los miembros de la Policía Nacional que, en cumplimiento de su obligación de mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, aplican diversos medios legítimos para prevenir y conjurar las alteraciones del orden público (Córdoba, 2006). Asunto que no se abordará *in extenso* en este capítulo.

Por otro lado, está el cumplimiento de la misión asignada a las FF. MM. que, para efectos de este trabajo, se denominará la *función administrativa militar*, la cual comporta dos aspectos esenciales: 1) la función administrativa, propiamente dicha, entendida esta como la gestión burocrática de la cartera o el sector Defensa; y, 2) la función administrativa operacional, la cual comprende el despliegue de tropa de tierra, mar, río o aire para el desarrollo de operaciones militares, ya sean defensivas u ofensivas, en tiempos de paz o en contextos de conflicto armado.

La anterior, supone, en principio, que la función compleja que deben cumplir las FF. MM. se vale de la previsión normativa del artículo 209 de la CPC, el cual establece los principios, objeto y el control de la función administrativa, distinguiéndolos como lo ha señalado la Corte Constitucional (Beltrán, 1999), entre principios finalísticos, funcionales y organizacionales, sin perjuicio, de la característica holística de su misión, justamente, con relación a la materialización de los derechos y libertades del conglomerado social, “garantizar las condiciones de seguridad colectivas y de carácter estructural” (Ciro et al., 2016).

Así las cosas, entre los primeros (finalísticos), se tiene que la función administrativa propiamente dicha, se encuentra al servicio de los intereses generales del Estado; entre los funcionales se encuentran igualdad, moralidad,

eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, y, por último, entre los organizacionales, se hallan descentralización, desconcentración y delegación de funciones, los cuales se explicarán en los párrafos ulteriores, por cuanto resultan de meridiana relevancia para comprender el proceso de creación de la regla operacional y su consecuente validez.

En primer lugar, ha de precisarse que, en el fenómeno jurídico de la descentralización, se produce un traslado de asuntos que serían de conocimiento de la autoridad central, a las autoridades territoriales, o de la administración central a otras autoridades a quienes se confía el desempeño de labores especializadas, de tal suerte que la decisión administrativa en los dos casos no se adopta por la autoridad central, sino por un ente territorial o por la entidad prestadora del servicio o encargada del ejercicio de funciones administrativas. Siguiendo este derrotero, la jurisprudencia de la Corte Constitucional señaló respecto del concepto de descentralización que se trata de

[...] un principio organizacional que tiene por objeto distribuir funciones entre la administración central y los territorios (descentralización territorial), o entre la primera y entidades que cumplen con labores especializadas (descentralización por servicios), de manera que el ejercicio de determinadas funciones administrativas sea realizado en un marco de autonomía por las entidades territoriales o las instituciones especializadas. (Cifuentes, 1998)

Con relación a esta institución propia del derecho administrativo, conviene mencionar que es una figura plausiblemente utilizada por el sector Defensa con algún grado de regularidad, por ejemplo, en algunas de las entidades del Grupo Social y Empresarial de la Defensa (GSED). Sin embargo, en principio, no impacta directamente en el cumplimiento de la denominada *función administrativa militar*, justamente, porque este fenómeno supone un desprendimiento total de las funciones administrativas por razones del territorio o de la especialidad.

Por otro lado, se encuentran otros mecanismos idóneos para la transferencia de funciones, tales como: 1) la delegación y 2) la desconcentración. La delegación supone, desde un punto de vista jurídico y administrativo, la modalidad de transferencia de funciones administrativas en virtud de la cual, y en los supuestos permitidos por la ley, el otorgamiento de la facultad a un sujeto u

órgano que hace transferencia, cuyos elementos constitutivos son: 1) la transferencia de funciones de un órgano a otro; 2) la transferencia de funciones, se realiza por el órgano titular de la función; 3) la necesidad de la existencia previa de autorización legal, y 4) el órgano que confiere la delegación puede siempre y en cualquier momento reasumir la competencia (Martínez C., 1999). Esta figura resulta esencial para el cumplimiento de la función administrativa, propiamente dicha, es decir, la gestión burocrática, en el sentido lato de la expresión, de la cartera o el sector Defensa, por ejemplo, los asuntos de ordenación del gasto, la contratación y la administración del talento humano, entre otros.

En segundo y último lugar, está el mecanismo de la desconcentración que hace referencia a la transferencia de potestades para la toma de decisiones, a instancias o agencias que se encuentran subordinadas al ente central, sin que necesariamente gocen de personería jurídica, ni presupuesto ni reglamento administrativo propio. El propósito de esta figura es descongestionar la gran cantidad de tareas que corresponden a las autoridades administrativas y, en ese orden de ideas, contribuir a un rápido y eficaz diligenciamiento de los asuntos administrativos.

Según la jurisprudencia constitucional, se refiere a la variante práctica de la centralización, y desde un punto de vista dinámico, se ha definido como transferencia de funciones administrativas que corresponden a órganos de una misma persona administrativa, la cual presenta las siguientes características: 1) la atribución de competencias se realiza directamente por el ordenamiento jurídico; 2) la competencia se confiere a un órgano medio o inferior dentro de la jerarquía; 3) la competencia se confiere en forma exclusiva lo que significa que ha de ejercerse precisamente por el órgano desconcentrado y no por otro, y 4) el superior jerárquico no responde por los actos del órgano desconcentrado más allá de los poderes de supervisión propios de la relación jerárquica y no puede reasumir la competencia sino en virtud de nueva atribución legal (Beltrán, 1999).

Es este el medio previsto por el constituyente para el cumplimiento de la *función administrativa operacional*, la cual, como se indicó, comprende el despliegue de tropa de tierra, mar, río o aire para el desarrollo de operaciones

militares, ya sean defensivas u ofensivas, en tiempos de paz o en contextos de conflicto armado, de conformidad con un procedimiento especializado y *sui generis* que permite a los militares la toma de decisiones en tiempo, más o menos, real, ajustado a precisos procesos de planeación desde el escenario estratégico nacional hasta el teatro de operaciones o contexto de la estrategia militar operativa, aspectos que se retomarán más adelante, a propósito de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 2.º de la Ley 1437 de 2011, que indica que:

Las disposiciones de esta Parte Primera no se aplicarán en los procedimientos militares o de policía que por su naturaleza requieran decisiones de aplicación inmediata, para evitar o remediar perturbaciones de orden público en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad, y circulación de personas y cosas.

En consecuencia, para los efectos del presente capítulo, es importante resaltar, que la desconcentración de funciones se realiza (hace y deshace) mediante la ley, en tanto, que la delegación se realiza y revoca por la autoridad administrativa titular de la atribución. De igual manera, es importante destacar que bien se trate de desconcentración o de delegación de funciones, lo que se busca con estas figuras es el mismo fin: descongestionar los órganos superiores que conforman el aparato administrativo y facilitar y agilizar la gestión de los asuntos administrativos, con el objeto de realizar y desarrollar los fines del Estado en beneficio de los administrados, en cumplimiento y desarrollo de los preceptos constitucionales.

Planeación militar y regla operacional. Proceso militar para la toma de decisiones

Las precisiones descritas en los párrafos anteriores dan paso al proceso de planeación militar. Al respecto, debe insistirse en que las operaciones militares, al tratarse de una función administrativa, no se sustraen al principio de legalidad y, en ese sentido, todo lo que ella comporta está debidamente reglado (aspectos normativos que hacen parte de la regla operacional) en sus fases de planeación, ejecución y evaluación. Así las cosas, el proceso de planeación para el desarrollo de operaciones militares se encuentra sujeto a varias fases, dependiendo del nivel en que se tome la respectiva decisión.

Al respecto, resulta preciso mencionar que después de la expedición de la CPC de 1991, las finalidades del Estado cambiaron y con ella las misiones de las autoridades, privilegiando la dignidad de los individuos y la rendición de cuentas de las entidades públicas, entre ellas, el Ministerio de Defensa y las FF. MM. (Chíquiza, 2017), lo que supuso, en primer lugar, que los objetivos del sector debían alinearse con: 1) requerimientos de interés nacional; 2) política gubernamental; 3) plan nacional de desarrollo; 4) plan estratégico sectorial, y 5) plan estratégico institucional. En lo militar, mediante planes de guerra, planes de campaña, planes operacionales y órdenes de operaciones con aquellos que, a su vez, están dialogando constantemente, para ejercer el respectivo control interno como criterio de transparencia, eficiencia y eficacia institucional.

Como se puede advertir, el proceso de toma de decisiones para el desarrollo de operaciones militares obedece a una estructura institucional vertical, es decir, que está distribuida, necesariamente, de manera jerarquizada, con el fin de mantener la unidad de mando, como uno de los principios de la guerra.⁶

No obstante, la jerarquía de la institución no se agota con el comandante general de las FF. MM., ya que como lo prescribe la CPC de 1991, en su artículo 189, numeral 3:

el presidente de la república es el comandante supremo de las Fuerzas Armadas y dentro de sus competencias esta las de dirigir y disponer de ellas, entendidas estas como FF. MM. y Policía Nacional, función que puede ser desconcentrada en alguno de los ministros de Despacho, en este caso, en el Ministerio de la Defensa Nacional. (CPC, 1991)

Así las cosas, el proceso de toma de decisiones militares se encuentra regulado por varios niveles de la estrategia, el primero en su jerarquía es la estrategia

⁶ Unidad de Mando: Toda unidad cuenta con un mando único. Por lo cual se considera que no debe haber problema alguno en cuanto al ejercicio de la autoridad. En muchas ocasiones hay necesidad de conformar equipos o fuerzas de tarea con base en unidades orgánicas, con agregaciones significativas de otras unidades o fuerzas, para cumplir tareas o misiones especiales. En tales casos, es necesario colocar los diferentes elementos bajo la dirección de un solo comando para obtener lo que se conoce con el nombre de unidad de esfuerzo. Esta autoridad única constituye en esencia la unidad de mando. La unidad de mando debe reflejarse en la unidad de esfuerzo y este requiere la indicación de un solo propósito y la cooperación y coordinación de todos los elementos y acciones de las fuerzas constituidas. En otras palabras, se requiere el trabajo en equipo. Manual de Estrategia Militar. Comando General de las Fuerzas Militares. 1997.

nacional, definida por el presidente de la república, la estrategia militar general que está en cabeza del comandante general de las FF. MM. y comandantes de Ejército, Armada y Fuerza Aérea y, por último, la estrategia militar operativa que se desagrega en las unidades operativas mayores, menores y tácticas. Para efectos del desarrollo de operaciones militares, las FF. MM. tienen concebidos precisos procedimientos de toma de decisiones en todos los niveles que les permita actuar conforme la misión para la cual fueron concebidas y sujetadas a los objetivos estratégicos definidos en el Plan Nacional de Desarrollo, Plan Estratégico Sectorial, Plan Estratégico Institucional, Plan de Guerra o Plan de Campaña, respectivamente (Chiquiza, 2017).

Así las cosas, según lo establece el *Manual de Estado Mayor y Mando Conjunto de las FF. MM.*, la relación de mando, enlace y coordinación, que exige el enfrentamiento bélico, plantea que los niveles de la guerra están definidos en lo estratégico, en lo operacional y en lo táctico. En cada uno de ellos se desarrollan responsabilidades de planeamiento, organización y asignación de medios, de acuerdo con las misiones que deban desempeñar las unidades comprometidas⁷, tal y como se muestra en la Tabla 1:

Tabla 1. Niveles de responsabilidad estratégica

Nivel	Acción	Responsable	Medios	Ámbito	Objetivo	Plan
Estrategia nacional	Dirección	Presidente	Poder Nacional	Interno Externo	La seguridad nacional	Estrategia nacional
Estrategia militar general	Conducción	Comandante General de las FF. MM.	FF. MM.	Teatro de la Guerra	La guerra	Plan de guerra
Estrategia militar operativa	Ejecución	Comandante teatro operaciones	Fuerzas asignadas al TO	Teatro de operaciones	La campaña	Plan de campaña

Fuente: Chiquiza (2017).

La *estrategia nacional*, considerada como un nivel de responsabilidad estratégica dentro del proceso de planeamiento, conducción y desarrollo de

⁷ Comando General de las Fuerzas Militares (2005). *Manual de Estado Mayor y Mando Conjunto* 3-26. Restringido. CGFM.

operaciones militares, según la doctrina operacional militar, se estima como el nivel más alto, porque compromete todos los instrumentos del poder del Estado en la neutralización de la amenaza y en la seguridad y defensa nacional. El responsable de la dirección de la guerra es el presidente de la república, quien, interpretando la Constitución Política, determina los objetivos de la política de seguridad y defensa y asigna los recursos que sean necesarios para alcanzar o mantener las capacidades del Estado (Chíquiza, 2017).

Por su parte, la *estrategia militar general*, cuya responsabilidad recae en el Estado colombiano, sobre el comandante general de las FF. MM., quien dispone del Estado Mayor Conjunto y de la asesoría técnica de los comandantes de Fuerza (Ejército, Armada y Fuerza Aérea), para conducir las Fuerzas en el teatro de la guerra, conforme a las directrices gubernamentales expresadas por el presidente de la república, en su política de defensa y estrategia de seguridad nacional.

En este nivel se configura una estrecha relación entre la voluntad política y el propio arte de planear y conducir la guerra. Según el *Manual de Estado Mayor y Mando Conjunto*, se precisa que en este escenario de responsabilidad estratégica se establezca la relación de la dirección política de la guerra con la conducción y la ejecución militar de esta, por ser este el escalón más alto de coordinación de fuerzas y medios que ejerce el comandante general de las FF. MM. (Chíquiza, 2017).

El tercer nivel de la estrategia militar es el operativo, que le corresponde a quienes ejecutan la guerra en los teatros de operaciones por medio de las respectivas campañas, es decir, corresponde directamente a los comandantes de las unidades donde se desarrollan las operaciones militares. Tal como lo define la doctrina militar, en el *Manual de Estado Mayor y Mando Conjunto*, esos comandos, asesorados por Estados Mayores, planean y conducen la maniobra utilizando operaciones conjuntas o autónomas, en su respectivo nivel, para garantizar el empleo táctico, con relación a los objetivos estratégicos. Este nivel es denominado *operacional*, porque mediante el diseño de los planes de maniobra y de ejecución de la batalla se determina cuándo, dónde y cómo se emplearán las fuerzas que influirán en la consecución de los objetivos estratégicos (Chíquiza, 2017).

El nivel operacional vincula el empleo táctico, relacionado con el empleo de las unidades en el campo de combate, la ubicación de las tropas mediante un dispositivo adecuado, conforme al terreno y las fuerzas enemigas. Determina la maniobra mediante el fuego y el movimiento, dispone de los apoyos de combate y de servicios para el combate; el enfrentamiento normalmente se libra entre fuerzas específicas. La característica especial es la batalla que consiste en un conjunto de enfrentamientos, de relativa duración, relacionados entre sí. La toma de decisiones, en el nivel estratégico operacional, es tanto un arte como una ciencia.

El proceso militar para la toma de decisiones (PMTD) es una secuencia analítica, singular, sistemática y comprobada. Su enfoque analítico conduce hacia la resolución de problemas y sirve al comandante y a su Estado Mayor, como instrumento facilitador del desarrollo de apreciaciones y de planes. El proceso formal de resolución de problemas que se describe, inicia cuando se recibe una misión y tiene como finalidad producir una orden; los aspectos analíticos del proceso continúan en todos los niveles de las operaciones.

Dentro del proceso de planeamiento, el comandante y su Estado Mayor despliegan lo más pronto posible sus recursos de reconocimiento, para facilitar la recopilación oportuna de información. El comandante y su Equipo Asesor analizan la información recopilada e incorporan la misma dentro del PMTD asegurándose que el reconocimiento sea continuo durante las fases de planeamiento, preparación y ejecución de la operación (Figura 2).

El resultado de la aplicación del proceso militar para la toma de decisiones da lugar a lo que se conoce como la *orden de operaciones*, que representa el acto administrativo que permite el despliegue de la tropa en el respectivo teatro de operaciones, como un claro ejemplo de una operación administrativa, entendida esta como “el conjunto de las actuaciones cumplidas dentro de un procedimiento administrativo dirigidas a darle cumplimiento o a ejecutar materialmente una decisión unilateral de la administración (Consejo de Estado, 2014), lo que, para efectos de este capítulo, se concibe como regla operacional, es decir, el proceso complejo de planeación que, finalmente, da paso a la realización de una operación militar.

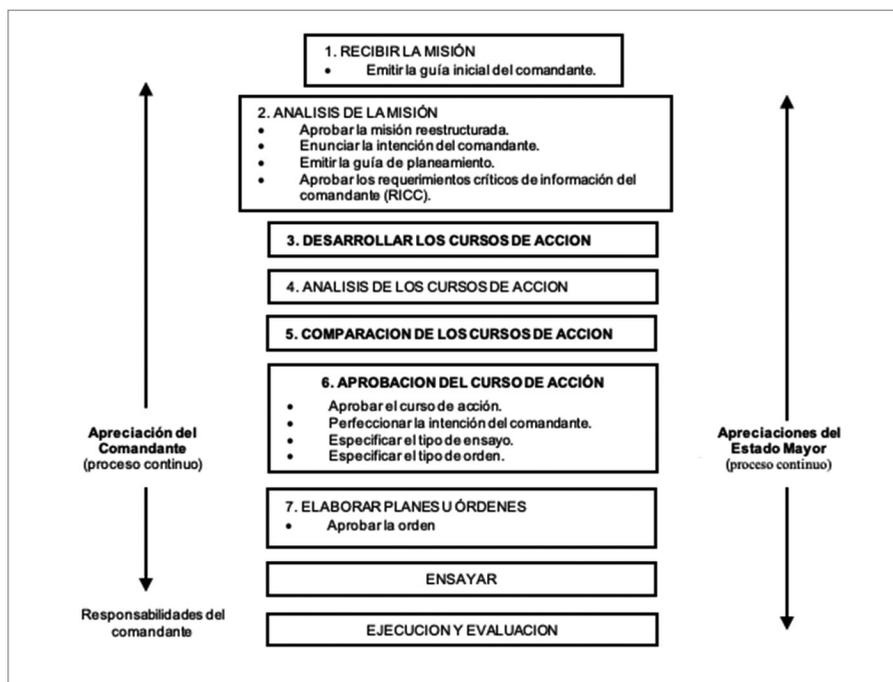


Figura 2. Proceso militar para la toma de decisiones (PMTD).

Fuente: Chíquiza (2017).

Ahora bien, si, efectivamente, el proceso de creación de una regla operacional obedece a un proceso complejo de planeación, el cuestionamiento que se suscita es en qué momento influye el diseño constitucional en el mismo y la respuesta, sin lugar a duda, será en cada uno de los niveles de la estrategia, justamente, con ocasión de la aplicación del artículo 4.º que dispone que “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales” (CPC, 1991), en tanto, ordena que todos los órganos de poder deben realizar control difuso y concreto de constitucionalidad, inclusive, en sede extrajudicial o administrativa, como ocurre en el caso que se está analizando. Es decir, corresponde a la autoridad militar o civil que participa en el PMTD, en todos los niveles de decisión, desde la estrategia general nacional hasta la estrategia militar operativa (fase de ejecución de la orden de operaciones), invocar, constantemente el principio de supremacía constitucional,

considerado este, tal como se ilustró en la Figura 2, con toda la carga valorativa o axiológica que supone la incorporación al ordenamiento jurídico de postulados propios del DIDH y del DIH.

Es en el momento de planeación (adopción del acto administrativo-regla operacional), pero, además, en el proceso de ejecución (operación administrativa) donde la autoridad administrativa-militar debe realizar un test de constitucionalidad con relación a la satisfacción de los derechos constitucionales (DIDH y DIH), como consecuencia de la carga axiológica o valorativa derivada de la carta política y como requisito necesario de validez normativa de la respectiva regla operacional, justamente, porque: 1) deriva del sistema que fija competencia, órganos y procedimientos; 2) necesita que el derecho tenga cierto nivel de vigencia o efectividad, voluntaria o coercitiva, y 3) incluye un cierto contenido ético de manera que frente a lo grave y manifiestamente irracional o injusto, se aborta el propósito de crear derecho, es decir, existe la posibilidad de frustrar los propósitos militares u operacionales por parte del destinatario de la regla operacional que, para efectos de nuestra investigación, en principio será el comandante táctico desplegado en el teatro de operaciones.

No obstante, para facilitar estos propósitos, con apoyo de la tesis de Vigo (2016), se sugiere que la autoridad administrativa militar, ya sea en el nivel de la estrategia militar general o militar operativa y, en virtud del *procedimiento administrativo operacional*, realice un test de razonabilidad de la regla operacional para efectos de determinar su validez, en términos de la compatibilidad con los valores propios de la Constitución, es decir, reconciliar la razón con el contenido normativo, así: 1) verificación orgánica, que supone que quien produjo la regla tenía competencia para ello; 2) verificación procedimental, es decir, se surtió el proceso previsto para su creación; 3) verificación de inserción con el sistema de normas, lo que sugiere que, al menos, existe un grado de concordancia con el sistema jurídico imperante; 4) verificación dialéctica, en la medida en que la regla operacional debe ser inteligible; 5) verificación con relación a su finalidad, es decir, que tiene la vocación de alcanzar el fin legítimo propuesto; 6) verificación fáctica, en el entendido en que la regla que se precia de jurídica sea lógica y tenga la potencialidad de ser cumplida por sus destinatarios, y 7) que se ajuste a los elementos valorativos del sistema normativo

(derechos humanos y DIH), interpretado por algunas corrientes como aplicación del principio de proporcionalidad.

Si el PMTD logra ajustar para que las apreciaciones, en virtud del flujo de información continuo, se ajusten a este test de razonabilidad, las operaciones militares estarán dotadas de legitimidad y, en esa medida, su control o escrutinio, ya sea judicial y social, estará respaldado, justamente, porque las decisiones de los comandantes militares se adaptaron al sistema de valores del ordenamiento jurídico colombiano que, como se ha indicado, incorporó paradigmas de protección de derechos humanos, inclusive, en contextos de aplicación de los mandatos del DIH.

Conclusiones

A modo de conclusión, vale la pena señalar que, en primer lugar, instalar la validez y existencia de la norma jurídica o regla operacional en el terreno de su justificación racional supone que el destinatario la puede comprender y cumplir o resistir racionalmente, pero, en definitiva, instala el conflicto en un plano donde corresponderá valorar el peso de los argumentos a favor y en contra, sin necesidad de acudir a elucubraciones o cavilaciones profundas en torno de la validez normativa por parte de los comandantes estratégicos, operacionales y tácticos, un verdadero ejercicio de proporcionalidad respecto del uso de la fuerza, respecto de otros derechos de naturaleza constitucional.

La plausibilidad de la aplicación de una verificación racional relativa a la validez normativa de la regla operacional sugiere, indiscutiblemente, que quien la produce o quien la ejecuta está en la facultad de poder resistirse a ella o de corregirla (mejorarla) para que se ajuste al sistema de normas y valores del ordenamiento jurídico, justamente, porque el diseño constitucional los considera intérpretes autorizados del sistema normativo que regula las operaciones militares y, además, les ordena realizar control difuso y concreto de constitucionalidad. Esto por una potísima razón y es que, tratándose de la estrategia y la táctica en asuntos de seguridad y defensa nacional no existe control previo ni forma de intensificar la democratización en la toma de decisiones, motivo forzoso que exige reforzar: 1) la profesionalización de los comandantes militares; 2) la apropiación de criterios de razonabilidad de quienes toman las

decisiones para la realización de operaciones militares; 3) el sistema de ingreso y ascenso al escalafón militar, y 4) la transparencia institucional en sede de evaluación del resultado operacional o ejecución de la regla operacional.

Es importante advertir que, el último intérprete de la regla operacional es la autoridad judicial, una vez esta ha sido ejecutada y será en dicho escenario judicial donde se determinará si la regla operacional tenía vocación de corrección con relación al sistema de normas y valores del ordenamiento jurídico, situación que dará lugar a establecer si la creación de la regla operacional o su ejecución tendrá la aptitud o disposición de enervar los elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado o la responsabilidad penal de los agentes del Estado.

Finalmente, la aplicación de los criterios o el test de validez jurídica de la regla operacional dotará de legitimidad no solo a la propia regla (entendida como la orden de operaciones y su ejecución), sino al propio sistema normativo denominado *derecho operacional*, en la medida en que el estudio de esta ordenación, lejos de consolidar el “cronotopo de la guerra residual” o la perpetuación de la “narrativa bélica en Colombia” (León, 2021), pretende un escrutinio más riguroso de las operaciones militares y de las políticas de seguridad y defensa nacional, para efectos de materializar el catálogo de derechos constitucionales. Se trata, justamente, de un concepto definitorio de la legitimidad de las FF. MM. con relación al uso de la fuerza letal y la garantía o protección de derechos.

Referencias

- Alexy, R. (2007). *Teoría de la argumentación jurídica* (2.ª ed.). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bernal P., C. (2007). Refutación y defensa del neoconstitucionalismo. *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos Escogidos*, 310.
- Chíquiza G., F. A. (2017). *Análisis de la política pública de operaciones militares: garantías de no repetición del daño antijurídico*. [Tesis de grado]. Universidad Externado de Colombia.
- Chíquiza G., F. A. (2020). Judicial activism in the Special Jurisdiction for Peace. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (pp. 447-472). Konrad Adenauer Stiftung.
- Chíquiza G., F. A., & Gil Osorio, J. F. (2019). El derecho operacional como una categoría dentro de la taxonomía del derecho. *Universitas*, 68(139) 10.11144/Javeriana.vj139.doct

- Ciro G., A. R., Bernal P., C., & Barbosa C., G. (Eds.). (2016). *Justicia transicional: el papel de las Fuerzas Armadas*. Universidad Externado de Colombia.
- Comité Internacional de la Cruz Roja, CICR (2019). *Derecho internacional humanitario. Una introducción integral*. <https://n9.cl/ecj7y>
- Consejo de Estado. (2014). Sentencia 29923.
- Constitución Política de Colombia [Const]. Julio 7 de 1991 (Colombia)
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-561 de 1999.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-496 de 1998.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-117 de 2006.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-024 de 1999.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-782 de 2003.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-540 de 2012.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-1184 de 2001.
- Etcheverry, J. B. (1991). El ocaso del positivismo jurídico incluyente. *Persona y derecho*, (67), 411-447. <https://n9.cl/b8dxa>
- Geopolítica, S. de investigación. (2019). ¿Preparados para las *Fake News*? Un estudio exploratorio de la comunidad universitaria del Tecnológico de Antioquia. *Revista En-Contexto*, 8(12), 175-204. <https://doi.org/10.53995/23463279.667>
- Jiménez-Reina, J., Gil-Osorio, J. F., & Jiménez-Reina, R. (2021). El derecho operacional en relación con los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. *Revista Científica General José María Córdova*, 19(33), <https://doi.org/10.21830/19006586.655>
- León Marín, A. (2021). *El derecho operacional en Colombia: la práctica jurídico-militar de la guerra residual*. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho.
- García Henao, L. (2014). La supremacía constitucional en el tránsito del Estado de derecho a un Estado constitucional desde la filosofía jurídica. *Revista Jurídica Piélagus*, (13), 99-107. <https://doi.org/10.25054/16576799.667>
- Mejía Azuero, J. C., & Chaib De Mares, K. (2012). *Derecho de la guerra*. Equion Energia Limited.
- Ortega Guzmán, L. F., & Gil-Osorio, J. F. (2020). El sistema de derecho operacional: una reflexión sobre la aplicación del pensamiento sistemático basado en Niklas Luhmann y su aplicación al derecho operacional. *Estudios en Seguridad y Defensa*, 15(29), 129-157. [10.25062/1900-8325.244](https://doi.org/10.25062/1900-8325.244)
- Pozzolo, S. (2016). Neoconstitucionalismo = Neoconstitutionalism. *Eunomía. Revista En Cultura de la Legalidad*, (11), 142-151. <https://n9.cl/1iujl>
- Rea G., S.A. (2018). El desafío de interpretar el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. *American University International Law Review*, 33(3), 517-544. <https://n9.cl/2b7zo>
- Restrepo P, C. (2009). *Constituciones políticas nacionales de Colombia*. (4.ª ed.) Universidad Externado de Colombia.

- Solano G, E. (2022). Fundamentos normativos de la autorización de actividades de inteligencia: el Ejército Nacional y la vigencia del Estado de derecho. En: G. Barbosa, C, A. Ciro G. & E. Solano G. (Eds.), *Líneas estructurales para la fuerza pública: medioambiente e inteligencia militar* (pp. 201-296). Universidad Externado de Colombia.
- Vigo, R. (2012). Derecho y moral en el Estado de derecho constitucional (proyecciones teóricas: iuspositivismo, neoconstitucionalismo y realismo jurídico clásico). *Prudentia Iuris*, (74), 57-78. <https://n9.cl/woaw3>
- Vigo, R. L. (2018). *Los neoconstitucionalismos: cuatro versiones*. <https://n9.cl/7ks4y>
- Vigo, R. L. (2016). Una teoría de la validez jurídica. *DOXA (Alicante, Spain)*, (39), 99. 10.14198/DOXA2016.39.07
- Zúñiga Rodríguez, L. (2018). Dogmática funcionalista y política criminal: una propuesta fundada en los derechos humanos. *Derecho PUCP*, (81), 47-92. 10.18800/derecho-pucp.201802.002

De la proporcionalidad y otros demonios: el origen del principio de proporcionalidad y su adaptación en el orden jurídico colombiano*

DOI: <https://doi.org/10.21830/9786289544671.03>

Angélica María Arango Díaz

Escuela Militar de Cadetes “General José María Córdova”

Resumen: el principio de proporcionalidad se ha convertido en un elemento de interpretación en todos los ámbitos del derecho, al atravesar las fronteras de su origen histórico y convertirse en un principio cuasi universal. Pese a su popularidad, existen dudas sobre el fundamento de validez de su migración a diversos ordenamientos jurídicos y de la posibilidad de ofrecer criterios objetivos para su aplicación.

Palabras clave: Estado de derecho; idoneidad; interpretación constitucional; necesidad; principio de proporcionalidad; validez

* En referencia a la novela del escritor Gabriel García Márquez.

Angélica María Arango Díaz

Doctora en Derecho. Máster en Leyes, Universidad de Ratisbona, Alemania. Abogada, Universidad La Gran Colombia. Docente, Facultad de Derecho, Escuela Militar de Cadetes “General José María Córdova”.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7193-5493>

Contacto: angelica.arango@esmic.edu.co

Citación APA: Arango Díaz, A. M. (2024). De la proporcionalidad y otros demonios: el origen del principio de proporcionalidad y su adaptación en el orden jurídico colombiano. En P. A. Velásquez Cardona, & C. H. Prieto Fetiva (Eds.), *Problemas abiertos en torno del principio de proporcionalidad: análisis desde el DIDH y el DIH* (pp. 77-104). Sello Editorial ESMIC. <https://doi.org/10.21830/9786289544671.03>

Problemas abiertos en torno del principio de proporcionalidad: análisis desde el DIDH y el DIH

ISBN impreso: 978-628-95446-8-8

ISBN digital: 978-628-95446-7-1

DOI: <https://doi.org/10.21830/9786289544671>

Colección Ciencias Jurídicas

Serie Miles Doctus (Investigación formal terminada)

Sello Editorial ESMIC

Escuela Militar de Cadetes “General José María Córdova”

Bogotá, D.C., Colombia

2024



Introducción

El *ubicuo y popular* principio de proporcionalidad tiene un origen pragmático en el derecho policivo (Klatt & Meister, 2012). Su finalidad consistía en asegurar espacios de acción de la administración para garantizar la seguridad sin intervenir arbitrariamente en las libertades individuales. Gracias a las interesantes variaciones teóricas, el principio de proporcionalidad se ha convertido en una figura necesaria en casi cualquier tipo de análisis interpretativo y en toda creación argumentativa que sea fundamento de controles jurisdiccionales. En palabras de Leisner (1997), se trata de un término *en todas partes*, está presente en cada campo dogmático, ya sea de formas evolucionadas o rudimentarias, pero siempre encuentra un lugar en cada espacio de discusión. La introducción del principio al ordenamiento jurídico colombiano ha sido objeto de diversos estudios y su desarrollo posterior no deja de sorprender (p. 637). Este capítulo pretende determinar si es posible establecer criterios objetivos de control del principio de proporcionalidad tomando como ejemplo su incorporación legislativa en el desarrollo de las actividades de inteligencia y de contrainteligencia.

Para dar respuesta a esa pregunta, el primer aparte de este capítulo se dedica a establecer si la adopción (migración) del principio de proporcionalidad mediante la jurisprudencia constitucional permite una definición objetiva y una aplicación uniforme en el derecho simple o si, por el contrario, corresponde a la materialización de postulados teóricos derivados de la voluntad del operador jurídico (intérprete constitucional en el caso básico colombiano). Así mismo, se hace referencia a la evolución jurisprudencial del principio de proporcionalidad. Para ello, se acude a la metodología clásica de la exposición de jurisprudencia como mecanismo de comparación de las teorías manifestadas por la Corte Constitucional. Por tratarse de una investigación documental con elementos históricos, se acude a un mapeo teórico en relación con el principio de proporcionalidad desde la perspectiva de la dogmática alemana. Esta elección se justifica porque el principio de proporcionalidad puede considerarse como un producto del derecho alemán. En tal sentido, se acude a fuentes teóricas y jurisprudenciales para ser analizadas y valoradas en relación con su aplicación en Colombia. De igual forma, en atención al contenido jurídico de la investigación, se hace necesario acudir al análisis de derecho comparado y las implicaciones de los desarrollos posteriores en el ordenamiento jurídico colombiano.

Una vez se culmina con el estudio del contexto histórico y dogmático del principio de proporcionalidad desde su perspectiva constitucional, se analizan, por último, las implicaciones de su utilización en el proceso para decidir sobre una actividad de inteligencia o de contrainteligencia. Acudir al desarrollo de tales actividades, como ejemplo concreto de la aplicación del principio de proporcionalidad, se justifica en la positivización de este en el artículo 5.º de la Ley 1621 de 2013.

El origen del principio: más pragmatismo que meta-positivismo. Acercamiento a la figura de la proporcionalidad: cañones y gorriones

En este aparte, que también podría titularse *Cañones y gorriones*, se hará un acercamiento al principio de proporcionalidad, más precisamente, una breve descripción del fundamento histórico de dicho principio. Se hará, así mismo, referencia concreta a sus elementos conceptuales y a los desarrollos jurisprudenciales aplicados a la interpretación constitucional para terminar con una referencia a la utilización masiva del principio en el orden constitucional colombiano.

Uno de los primeros fundamentos del principio de proporcionalidad, según la ciencia jurídica, está relacionado con los postulados de justicia del derecho romano. Kraft se refiere a la justicia vindicativa y a la justicia distributiva como los primeros antecedentes de la aplicación de la proporcionalidad (Kraft, 2007, p. 577)¹. De igual forma, considera que el nuevo entendimiento de la razón que trajo la ilustración se vería reflejado en la composición del principio. Muestra de esta influencia sería para Kraft la declaración de Karl Gattlieb Svarez sobre el principio básico del derecho del Estado, según el cual, “el Estado solamente puede limitar la libertad del individuo en la medida en que sea necesario para que la libertad y la seguridad de todos pueda existir” (Kraft, 2007, p. 578)². Esta necesidad de garantizar la libertad con medidas de seguridad que necesariamente limitarían el margen de acción individual,

1 Ver también, Kraft, Ingo (2007). Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im deutschen Rechtsverständnis, p. 577.

2 “Dass der Staat die Freiheit der Einzelnen nur so weit einzuschränken berechtigt ist, als es notwendig sei, damit die Freiheit und Sicherheit aller bestehen könne”.

se presentaría después como uno de los criterios de justificación de la transferencia del principio a diversos ordenamientos.

Siguiendo con el componente de garantía del fin de seguridad, la cláusula de policía general del derecho territorial común a los Estados prusianos de 1794 establecía como tarea policial la toma de las medidas necesarias para el mantenimiento de la tranquilidad, el orden y la seguridad públicas (Wieacker, 2022, p. 578)³. La referencia a la *necesidad* de las medidas ha sido vista por la doctrina como una de las primeras limitaciones a las actuaciones administrativas que derivarían en uno de los subprincipios del principio de proporcionalidad.

Por otro lado, Fleiner definiría los límites al poder de policía con la frase: “la policía no puede dispararle con cañones a los gorriones” (Fleiner, 2018, p. 323) y con ello estaba determinando los elementos conceptuales de lo que hoy se reconoce como el principio de proporcionalidad. Para Fleiner (2018), el uso del medio más agudo debería ser la última medida asumida por la administración. En ese sentido, debe entenderse que la medida decidida como una última posibilidad de acción administrativa es la más razonable según las condiciones/proporciones (*den Verhältnissen angemessen*).

Entonces, podría afirmarse que el multifuncional principio de proporcionalidad halla su origen en la concepción de la decisión administrativa y los límites a la libertad para la toma de esas decisiones (Schlink 2014, p. 119). La aplicación del principio de proporcionalidad estaba históricamente determinada por la necesidad de establecer límites a las intervenciones administrativas que, en búsqueda de materializar el fin de seguridad, pudieran intervenir en espacios de libertad individual.

Así, quien tendría garantizado un espacio de decisión (no se habla todavía de margen de apreciación, sino de un espacio para la creación de derecho) es el operador jurídico desde la administración (Röhl & Röhl, 2008, p. 653).⁴ Es a

3 Parágrafo 10 II 17ALR “Die nöthigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit, und Ordnung, und zur Abwendung der dem Publico, oder einzelnen Mitgliedern desselben, bevorstehenden Gefahren zu treffen, ist das Amt der Polizey”.

4 Aquí es importante mencionar que la apropiación de la ponderación como metodología para la toma de decisiones debido al principio de proporcionalidad se mueve en un corredor teórico entre su forma de procedimiento para argumentar una decisión y el reconocimiento de un espacio de discrecionalidad para la toma de decisiones políticas.

él a quien se faculta, en primer lugar, para realizar un análisis sobre las razones de la intervención en los espacios protegidos por el derecho, y, en segundo lugar, para tomar una decisión en un caso determinado. En ese sentido, retomando los términos de Fleiner, cuando se hace referencia a la noción originaria de la proporcionalidad, no se estaría frente a una valoración judicial sobre un disparo con cañón a un gorrión y sus consecuencias, sino que se está en un escenario en el que el operador jurídico está decidiendo sobre la procedencia del cañón para dispararle a los gorriones.

La aplicación del principio de proporcionalidad desde esta perspectiva responde, básicamente, a los cuestionamientos planteados desde la ponderación en el ámbito de la planeación (Jestaedt, 2015, p. 351). Allí, es indispensable partir de una concepción de la libertad de configuración de la administración determinada por normas de contenido programático y que tiene influencia directa en la elección de las finalidades y los medios (Ossenbühl 1995, p. 904). A diferencia de ello, la aplicación constitucional tiene una pretensión de interpretación y no de creación jurídica (Ossenbühl 1995, p. 904). Por ende, el concepto de ponderación, como método de prueba o desarrollo jurídico del principio de proporcionalidad, gana importancia en el análisis de la aplicación del principio de proporcionalidad (Klatt & Meister, 2012, p. 161). Esta primera diferencia de origen tendrá implicaciones en los desarrollos jurisprudenciales posteriores.

El desarrollo del principio de proporcionalidad en el derecho administrativo y la posterior extensión de su aplicación al derecho constitucional, parte de una función esencial: la limitación del poder estatal (Manssen, 2015, p. 97). Ese elemento conceptual de prohibición de la arbitrariedad debe entenderse como uno de los criterios determinantes de la aplicación del principio por parte de la jurisprudencia constitucional y de la interpretación de lo que se ha considerado como los componentes del principio, a saber: el principio de idoneidad, el principio de necesidad y el principio de razonabilidad (Manssen, 2015, p. 98).

El subprincipio de idoneidad se cumple cuando la medida-intervención en el derecho fundamental es adecuada para la consecución del fin (Bernal, 2015, p. 235). En ese sentido, debe garantizarse también la legitimidad del fin propuesto en el contexto de un Estado democrático de derecho. Por su parte,

el subprincipio de necesidad exige —del legislador o de la administración— la elección del medio que intervenga en menor medida al derecho fundamental (Manssen, 2015, p. 99). En ese sentido, se esperaría que la medida restrictiva del derecho fundamental elegida por el legislador correspondiera a la más benéfica para el derecho intervenido de la variedad de opciones idóneas (Bernal, 2005, p. 67).

El subprincipio de razonabilidad, denominado también *principio de proporcionalidad* en sentido estricto, es el lugar —en el contexto de la ponderación como metodología de prueba del principio— en el que se ejecuta materialmente una evaluación en la que se sopesan los argumentos a favor o en contra de la medida considerada como posiblemente inconstitucional (Manssen, 2015, p. 99). Por ello, en este punto debe garantizarse que el alcance del fin justifique la limitación al derecho fundamental (Bernal, 2015, p. 236). Manssen resume las precisiones jurisprudenciales más significativas del último subprincipio, así:

- a. Consideración integral de todos los intereses en la ponderación.
- b. Ponderación de los intereses afectados.
- c. En caso de intervenciones intensas, deben ser tenidas en cuenta medidas de compensación, transición y excepción. Estas tendrían una suerte de efecto paliativo ante las intervenciones en las esferas de libertad.
- d. Evaluación de la posible vulneración de diferentes derechos fundamentales. Este sería el lugar argumentativo pertinente para verificar la existencia de refuerzos en los ámbitos de protección de los derechos fundamentales afectados. (Manssen, 2015, p. 99)

Esta última escala de análisis del principio de proporcionalidad exige una comparación entre las consecuencias adversas sobre el derecho fundamental que limita y los beneficios de aquel que se privilegia (Pino, 2014, p. 407). En términos simples, los primeros dos elementos conceptuales del principio de proporcionalidad tendrían un corredor normativo que permitiría hablar de un proceso de interpretación de los fines y medidas pretendidas por el constituyente (o legal en términos de derecho simple) y que tendrían aplicación en la valoración concreta. Sin embargo, en el caso de la proporcionalidad en sentido estricto, difícilmente

puede fundamentarse el resultado de la valoración en términos rigurosamente constitucionales (legales). Puesto que la magnitud del sacrificio de un bien constitucional frente a la realización beneficiosa del otro depende exclusivamente de la concepción argumentativa del fallador, resulta casi imposible hablar de una derivación constitucional del resultado (Suárez, 2012, p. 132).

Una migración jurisprudencial sin fronteras (¿y sin justificación normativa?)

En este aparte es necesario recurrir al concepto de migración de ideas jurisprudenciales desde la perspectiva del traslado de instituciones jurisprudenciales del derecho comparado a la jurisprudencia nacional. Es necesario entender la constitucionalidad de esa migración y explicar el supuesto fundamento normativo que habilita a la Corte Constitucional para incorporar figuras comparadas al ordenamiento jurídico propio. El principio de proporcionalidad es un ejemplo suficiente de cómo mediante la recepción jurisprudencial de fenómenos jurídicos creados por otros tribunales se fundamenta toda una línea teórica que ha permeado el ordenamiento interno (Suárez, 2012, p. 132).

Un primer elemento necesario para el análisis de la adaptación del principio de proporcionalidad al derecho colombiano consiste en no perder de vista que, pese a su origen administrativo, se ha desarrollado como metodología judicial para la evaluación de medidas estatales (Manssen, 2015, p. 99). En ese sentido, se trataría de un procedimiento de la judicatura para evaluar las decisiones de otra rama del poder público (Aquí es importante tener en cuenta que la queja constitucional alemana procede contra la actuación que provenga de cualquiera de las tres ramas). Esto, derivado de una noción clásica de la actuación administrativa: el ejercicio de facultades extensas para el cumplimiento de funciones específicas (Schlink 2014, p. 120).

Un segundo elemento de análisis consiste en el fenómeno mediante el cual una figura de derecho comparado adquiere fuerza normativa en un ordenamiento jurídico con un contexto diferente para convertirse en una especie de figura constitucional universal (Klatt & Meister, 2012, p. 162).⁵ Teniendo en cuenta la delimitación del capítulo que se presenta, no es posible profun-

5 Ver también: López (2018). *Sobre Estados productores y Estados receptores de teorías jurídicas*, p. 17.

dizar en las categorías conceptuales y jurídicas que han adoptado los diversos órdenes jurídicos que implementaron la proporcionalidad como uno de sus componentes jurídicos (Reimer, 2013, p. 28). Por ello, se hará referencia específica al procedimiento de ajuste del principio de proporcionalidad de la jurisprudencia constitucional colombiana como una especie de paso previo al estudio de su positivización en la Ley 1621 de 2013.

La adaptación del principio de proporcionalidad en diferentes ordenamientos y su tratamiento dogmático, por parte de un número impreciso de conocidos académicos, resulta llamativo. Manssen atribuye esa atractividad del principio a la gran flexibilidad que permite su aplicación, pues, según su apreciación, la existencia de garantías absolutas no es, precisamente, una realidad deseada por todos los juristas (Manssen, 2015, p. 100).

La flexibilidad del principio de proporcionalidad ofrece un abanico extremadamente amplio de posibilidades para limitar, por ejemplo, libertades fundamentales. Ese placer presente en la dogmática alemana, al que se refiere Manssen, es compartido por una cantidad significativa de representantes de diversos ordenamientos. El colombiano es una muestra del gusto compartido por restringir la vigencia de un derecho fundamental con la utilización del principio de proporcionalidad. Esto puede notarse en su uso desde la jurisdicción constitucional y su aceptación generalizada en la doctrina.⁶

Es justamente la suma de la popularidad y de la flexibilidad del principio de proporcionalidad, la que hace necesaria una justificación normativa de su incorporación a la jurisprudencia constitucional (Suárez, 2012, p. 132), pues el aterrizaje del principio en el ordenamiento colombiano se debe al uso de las competencias interpretativas (¿creativas?) por parte del juez constitucional. Esto implica que las extensas facultades, con respecto al análisis de los elementos conceptuales del principio de proporcionalidad —sobre todo en relación con la proporcionalidad en sentido estricto—, tengan implicaciones directas en el entendimiento de los derechos fundamentales (Manssen, 2015, p. 102), pues como se verá a continuación, uno de los criterios con los que se pretende legi-

6 Una búsqueda rápida en la relatoría de la Corte Constitucional arroja los siguientes resultados: “Proporcionalidad”: 5.635, “Test de proporcionalidad”: 416 y “Proporcionalidad en sentido estricto”: 393. Esto, sin hacer referencia a las sentencias de otras jurisdicciones y sin cuestionarse sobre su uso en la doctrina colombiana. En un buscador usual pueden constarse los siguientes datos: “Proporcionalidad Colombia”: 2.020.000, “Test de proporcionalidad Colombia”: 227.000 y “Proporcionalidad en sentido estricto Colombia”: 325.000.

timar el traslado de la proporcionalidad se refiere a la necesidad de su utilización para la definición de los límites estatales frente a la posibilidad de intervención en un derecho fundamental. Esa delimitación no lleva a nada diferente que a la determinación del contenido de una libertad fundamental (Pino, 2014, p. 401).

Un intento de justificación normativa para la migración del principio de proporcionalidad puede encontrarse en la descripción que realiza Bernal de los diferentes procesos de adaptación que ha experimentado el principio de proporcionalidad. Allí, se expone la expansión de la aplicación del principio, desde su origen en el derecho policivo alemán hasta su consolidación como elemento de la interpretación constitucional, para la restricción de libertades fundamentales y la justificación de la intervención estatal en ellas⁷.

Así, una primera posición estaría encaminada a fundamentar la necesidad de aplicar el principio de proporcionalidad como elemento conceptual indispensable para examinar las limitaciones a los derechos fundamentales (Bernal, 2015, p. 261). En ese sentido, la necesidad de aplicar los derechos fundamentales mediante el uso del principio de proporcionalidad justificaría su migración en todo ordenamiento donde hubiera derechos fundamentales (Bernal, 2015, p. 260).

Haciendo referencia específica a la migración del principio de proporcionalidad en Europa, Bernal enuncia como fundamentación de su adopción diferentes criterios: 1) la resolución de la paradoja de la libertad, la cual respondería a su origen en el derecho policivo y el intento por justificar las acciones de restricción de las libertades con la finalidad de asegurar el principio de libertad; 2) la constitucionalización de esa paradoja en la forma de un catálogo de derechos fundamentales en la Ley Fundamental alemana. Para Bernal, la apropiación del principio de proporcionalidad como mecanismo de defensa amplio de los derechos fundamentales generaría una especie de prestigio del principio que llegaría a ocupar un lugar importante en las apreciaciones de los tribunales europeos (Bernal, 2015, p. 267; Ossenbühl, 1995, p. 904); y 3) la institucionalización internacional de catálogos de derechos llevaría a que tribunales no nacionales tomaran como referencia el principio de proporcionalidad para establecer si un

⁷ La presentación concreta de la posición de Bernal con respecto a la legitimidad del traslado del principio de proporcionalidad al orden jurídico colombiano resulta acertada y suficiente teniendo en cuenta que su estudio sobre la teoría alrededor del principio representa el análisis dogmático más completo desde la perspectiva colombiana.

Estado había superado, de alguna forma, los parámetros establecidos (margen de apreciación) para limitar derechos fundamentales (Bernal, 2015, p. 268).

Finalmente, se apela por una justificación basada en la necesidad normativa del principio de proporcionalidad para la protección de los derechos fundamentales. Bernal considera que, al ser los derechos fundamentales la representación positiva de la defensa de la libertad y la igualdad, su defensa, muy a pesar de la vaguedad de su redacción, es una tarea que se dificulta con ocasión de las posibles colisiones entre diferentes libertades fundamentales (Bernal, 2015, p. 271; Suárez 2012, p. 134). En este punto es donde el principio de proporcionalidad se constituiría como un mecanismo de control de las intervenciones estatales y garantizador de la vigencia de los derechos fundamentales.

Ahora bien, esta justificación del trasplante del principio de proporcionalidad como mecanismo de defensa de los derechos fundamentales frente a las intervenciones estatales no resuelve —porque no era su finalidad— el asunto de la flexibilidad del principio como fuente de creación constitucional para el juez intérprete —tal y como lo menciona Manssen—, ni ofrece una explicación, más allá de la dogmática, de la fundamentación jurídica de su aplicación en el derecho constitucional colombiano (Schlink 2014, p. 121). Tampoco resuelve las dudas alrededor de los peligros que puedan presentarse para el principio del Estado de derecho, puesto que las decisiones tendrían que asumirse desde una perspectiva de la argumentación sin criterios constitucionales objetivos y con una tendencia lenta a la ausencia de seguridad jurídica (Leisner, 1997, p. 637). Esto se debe a que, al depender la decisión sobre el contenido de un derecho fundamental de la línea de argumentación del juez constitucional, esa delimitación se reduce a la capacidad de convencimiento de los argumentos manifestados (García, 2009, p. 4)⁸.

Bernal (2015), sin embargo, reconoce la imposibilidad de proponer un criterio objetivo para el aseguramiento de las libertades fundamentales, por lo que, el amplio margen de acción derivado del principio de proporcionalidad parece permitir la interacción con otro tipo de categorías (valores) (Röhl &

8 *Vielmehr soll gezeigt werden, dass dieses Urteil genauso vernünftig ist, wie ein gegenteiliges gewesen wäre, welches ebenso von hochgradig überzeugenden Argumenten hätte getragen sein können.*” (García Amado, 2009, p. 4). En una crítica al uso del principio de proporcionalidad y su unificación con la ponderación, García Amado afirma que la decisión del tribunal que analiza pudo haberse presentado en un sentido contrario con los argumentos adecuados. Con ello, debería descartarse la posibilidad de una única decisión objetiva derivada de la aplicación del principio.

Röhl, 2008, p. 655). Estas categorías, que operarían como directrices para el ejercicio de la facultad de interpretación originada en el principio de proporcionalidad, consistirían en valores básicos de imparcialidad, racionalidad (Bernal, 2005, p. 62), prohibición de la arbitrariedad, separación de poderes y previsibilidad en decisiones futuras (Bernal, 2015, p. 271).

A los demonios de la proporcionalidad: la adaptación jurisprudencial y la incorporación legal. Un ejemplo desde la función de inteligencia

La adaptación jurisprudencial del concepto en la jurisprudencia de la Corte Constitucional: Tabla jurisprudencial

Una lectura en conjunto del fundamento histórico del principio de proporcionalidad y del fundamento normativo propuesto por Bernal permite afirmar que la cuestión sobre el fundamento de validez y el alcance de esta importación jurisprudencial depende, en gran medida, de la adaptación teórica que la Corte Constitucional haya realizado durante sus treinta años de existencia. Con la finalidad de observar materialmente el proceso de adaptación del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional colombiana, se estudiaron siete sentencias de la Corte Constitucional que representan la evolución de la teoría de la proporcionalidad en diferentes décadas.

Se analizaron pronunciamientos de la denominada *primera Corte*, lo cual demuestra que desde el inicio de la vigencia de la CPC de 1991 se ha intentado dar contenido al principio de proporcionalidad. De igual forma, se presentan pronunciamientos recientes (2016-2020) con la finalidad de comparar las categorías conceptuales que han sido constantes en el entendimiento del principio de proporcionalidad. En su gran mayoría, se trata de sentencias de constitucionalidad, como fuente primaria de las limitaciones al accionar legislativo en virtud de la función protectora de los derechos fundamentales que se le atribuye al principio de proporcionalidad y que corresponde a esa tarea de defensa básica de las libertades individuales en los Estados constitucionales (Arango & Armadas, 2019). A continuación, la Tabla 1 expone los principales contenidos conceptuales del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Tabla 1. Adaptación jurisprudencial de la Corte Constitucional del principio de proporcionalidad

Sentencia	Principio de proporcionalidad
	<p>En esta sentencia, en la que se estudió un caso de violación al derecho a la igualdad, no se hace un análisis a profundidad del concepto de proporcionalidad. Sin embargo, es una de las primeras manifestaciones de la Corte en la que se hace referencia a los elementos conceptuales del principio de proporcionalidad acudiendo a pronunciamientos de tribunales internacionales. Con ello, podría afirmarse el inicio del proceso de migración de ideas constitucionales como origen del principio de proporcionalidad en el ordenamiento colombiano.</p>
T-422/92	<p>La Corte menciona que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido que: “Toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación; la igualdad solo se viola si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse según la finalidad y los efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida” (Corte Constitucional, 1992). Aplicar un criterio diferenciador implica hacer un análisis de proporcionalidad, el cual debe analizar la necesidad, la adecuación y la existencia de otros medios alternativos que, siendo menos gravosos de intereses o bienes jurídicos legítimos, podrían lograr igual cometido.</p>
C-022/96	<p>En este caso se considera que el artículo 40, literal b, de la Ley 48 de 1993⁹ atentaría contra el derecho a la igualdad de las mujeres (por no tener que presentar el servicio militar obligatorio) y de aquellas personas que por motivos del sorteo o limitaciones físicas no pueden prestarlo. El demandante señala que existe una situación de desventaja frente a quienes no prestaron el servicio militar, pues quienes sí lo hicieron recibirían un reconocimiento que les facilita la posibilidad de acceder a un centro de educación superior por cuestiones completamente ajenas a las académicas. Tras estudiar el concepto de igualdad, la Corte estudia la posible justificación de un trato desigual, para lo cual es necesario hacer un “test de razonabilidad”, el cual tiene como fundamento “la ponderación y sopesación de los valores y no simplemente en la confrontación lógica de los mismos”. En ese sentido se afirmó que diferentes tribunales alrededor del mundo se habían pronunciado en relación con los supuestos tratamientos desiguales. Un ejemplo de ello lo representaría la Corte Suprema de EE. UU., la cual señaló que “los tribunales deben enfrentar y resolver la cuestión acerca de si las clasificaciones (diferenciadoras) establecidas en una ley son razonables a la luz de su finalidad” (Corte Constitucional, 1996).¹⁰ Sobre los pronunciamientos del tribunal alemán se señaló que el concepto de razonabilidad solo puede ser aplicado satisfactoriamente si se concreta en otro más específico, el de proporcionalidad, el cual: “sirve como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales: cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez constitucional determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado” (Corte Constitucional, 1996). Este comprendería tres conceptos diferentes: 1) Idoneidad/Adecuación: el medio elegido es el más adecuado para la consecución del fin elegido. 2) Necesidad: no existe otro medio para conseguir el fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios. 3) Proporcionalidad en sentido estricto: el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifica principios constitucionalmente más importantes. Frente a este punto, la Corte dijo que “el principio de proporcionalidad busca que la medida no solo tenga fundamento legal, sino que sea aplicada de tal manera que los intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados, o que ello suceda en grado mínimo” (Corte Constitucional, 1992).</p>

9 “Artículo 40. Al término de la prestación del servicio militar. Todo colombiano que haya prestado el servicio militar obligatorio tendrá los siguientes derechos: (b) A los bachilleres que presten el servicio militar y aspiren a continuar estudios en centros de educación superior, el puntaje obtenido en las pruebas de Estado o su asimilado realizado por el ICFES o entidad similar, se le sumará un número de puntos equivalente al 10 % de los que obtuvo en las mencionadas pruebas. El ICFES expedirá la respectiva certificación”.

10 Así mismo, se menciona el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, el cual afirmó que “la máxima de la igualdad es violada cuando para la diferenciación legal o para el tratamiento legal igual no es posible encontrar una razón razonable” (Corte Constitucional, 1996).

Sentencia	Principio de proporcionalidad
C-673/01	<p>En esta oportunidad, se estudió una demanda en contra de los artículos 4.º y 33 del Decreto Ley 2277 de 1979.¹¹ La Corte consideró necesario determinar si el criterio de igualdad utilizado por el legislador, así como las consecuencias derivadas del mismo, carecían de un fundamento objetivo y razonable. Es decir, debía establecer si la medida cumplía con los requisitos del “test de razonabilidad”¹². La Corte sostiene que “el control de constitucionalidad en general, y el test de razonabilidad en particular, adoptan diversas modalidades —leve, intermedio o estricto— según su grado de intensidad. En su jurisprudencia más reciente, la Corte ha reiterado la tesis según la cual la intensidad del control de constitucionalidad y del test de razonabilidad varía dependiendo de la materia objeto de la norma demandada. Asimismo, asegura que este test sigue precisos pasos que le imprimen objetividad al análisis de constitucionalidad. Las jurisprudencias nacional, comparada e internacional desarrollan generalmente el test en tres pasos: 1) el análisis <i>del fin</i> buscado por la medida, 2) el análisis del <i>medio</i> empleado y 3) el análisis de la <i>relación entre el medio y el fin</i>. Cada uno de estos pasos busca resolver diversas preguntas, según se trate de un test estricto, intermedio o leve” (Corte Constitucional, 2001)¹³. Ahora bien, como ya se mencionó, la jurisprudencia colombiana ha aplicado un test de razonabilidad en materia de igualdad y ha distinguido entre un test estricto, un test intermedio y uno leve. Cada uno de estos tipos de test supone una diferente intensidad. ¿En qué consisten? 1) <i>Test leve</i>: busca determinar la legitimidad del fin y de la medida, debiendo esta última ser, además, adecuada para alcanzar el fin buscado. Es decir, determinar si el fin buscado y el medio empleado no están constitucionalmente prohibidos y, a su vez, establecer si el medio escogido es idóneo para alcanzar el fin propuesto (Corte Constitucional, 2001). Este criterio es importante porque busca exigirle al legislador que no adopte decisiones arbitrarias y caprichosas sino fundadas en un mínimo de racionalidad. De este modo, se analiza qué se busca con una norma (análisis de la finalidad), cómo se va a lograr lo buscado (análisis del medio) y qué tan propicia es la medida para alcanzar lo buscado (análisis de la relación medio-fin). <i>Leve</i>: legitimidad del fin + la medida debe ser adecuada para el fin buscado. Este es el criterio empleado generalmente en temas económicos, tributarios, de política internacional. 2) <i>Test intermedio</i>: es un poco más riguroso que el anterior, en virtud de que: “primero, se requiere que el fin no solo sea legítimo sino también constitucionalmente importante, debido a que promueve intereses públicos valorados por la Carta o en razón de la magnitud del problema que el legislador busca resolver. Segundo, se exige que el medio, no solo sea adecuado, sino efectivamente conducente a alcanzar el fin buscado por la norma sometida a control judicial” (Corte Constitucional, 2001).</p>

Continúa tabla...

11 En el primero de ellos se establece “Artículo 4.º.- Educadores no oficiales. A los educadores no oficiales serán aplicables las normas de este decreto sobre escalafón nacional docente, capacitación y asimilaciones. En los demás aspectos del ejercicio de la profesión, dichos educadores se regirán por las normas del Código Sustantivo del Trabajo, los pactos y convenciones colectivas y los reglamentos internos, según el caso”, y en el segundo los requisitos para acceder a los cargos directivos”. Los argumentos presentados por los demandantes apuntan a que se está violando el derecho a la igualdad porque se le debería dar un trato desigual a los desiguales. Según ellos, los docentes no oficiales no deben ser tratados de la misma manera que los docentes oficiales en materia de escalafón nacional docente, capacitación y asimilaciones. La razón de ello es, según los accionantes, la diferente naturaleza de la educación privada, donde predomina la autonomía de la voluntad privada, frente a la educación pública, la cual está sujeta a las normas de la administración pública y de personal al servicio del Estado.

12 La Corte menciona que si bien esta es una importante herramienta para determinar cuándo existe una violación al derecho a la igualdad, esta no es la única. No obstante, no desarrolla esta idea, pues no profundiza en cuáles son las otras.

13 La Corte Constitucional (2001) continúa afirmando que algunos de los pronunciamientos de tribunales internacionales sobre el criterio de razonabilidad y las diferentes modalidades aplicables a la hora de hacer control constitucional en materia de igualdad serían los siguientes:

- 1) En Alemania se desarrolla y aplica el test de proporcionalidad de las medidas legislativas tempranamente por el Tribunal Constitucional que empezó a ejercer sus funciones en 1951. “En el fallo sobre ‘droguerías’ (1958) la Corte Constitucional alemana aplica ya un test con intensidad diferencial según la importancia de los bienes en juego y el grado de intrusión de las medidas legislativas en los derechos fundamentales”.
- 2) En el caso francés, desde su decisión inicial sobre el principio de igualdad (1973), el criterio de razonabilidad ha sido el referente más frecuentemente empleado por el Consejo Constitucional. “El juicio de razonabilidad que dicho órgano ha venido aplicando ha evolucionado hasta llegar a una formulación

Sentencia	Principio de proporcionalidad
C-673/01	<p><i>Intermedio:</i> legitimidad del <i>fin</i> + importancia constitucional del <i>fin</i> + que la <i>medida</i> sea adecuada para el fin buscado + que la <i>medida</i> efectivamente sea conducente a alcanzar el fin buscado por la norma. Este es el criterio que ha aplicado la Corte al estudiar la razonabilidad de medidas legislativas en situaciones como cuando la medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental, o cuando existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia. 3) <i>Test estricto:</i> tiene los criterios más exigentes, a saber, que “el fin de la medida debe ser legítimo e importante, pero además imperioso. El medio escogido debe ser no solo adecuado y efectivamente conducente, sino además necesario, o sea, que no pueda ser remplazado por un medio alternativo menos lesivo” (Corte Constitucional, 2001). <i>Estricto:</i> legitimidad del <i>fin</i> + importancia constitucional del <i>fin</i> + el fin debe ser imperioso + que la <i>medida</i> sea adecuada para el fin buscado + que la <i>medida</i> efectivamente sea conducente a alcanzar el fin buscado por la norma + la <i>medida</i> debe ser necesaria. Adicionalmente, el test estricto es el único que incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto¹⁴. “El juicio de proporcionalidad en sentido estricto es el cuarto paso del test estricto de razonabilidad. Este exige que los beneficios de adoptar la medida excedan claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales por la medida” (Corte Constitucional, 2001).</p>
C-835/13	<p>La Corte define el test de proporcionalidad como “un instrumento hermenéutico que permite establecer si determinada medida resulta adecuada y necesaria para la finalidad perseguida, sin que se sacrifiquen valores, principios o derechos de mayor entidad constitucional para el caso concreto que se analiza” (Corte Constitucional, 2013).</p>
C-838/13	<p>La Corte menciona que el test de proporcionalidad consta de tres pilares: idoneidad o adecuación; principio de necesidad o indispensabilidad, y principio de proporcionalidad en sentido estricto. 1) <i>Idoneidad o adecuación:</i> hace referencia a “que toda intervención adoptada por un poder público que imponga límites a un derecho fundamental debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo” (Corte Constitucional, 2013), es decir, la medida debe ser apta o adecuada para lograr el fin que se pretende conseguir. 2) <i>La necesidad o indispensabilidad:</i> consiste en que “toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a la consecución del objetivo propuesto” (Corte Constitucional, 2013), es decir, aquí se compara la medida tomada con las otras posibles para determinar si es la más adecuada para conseguir el fin y que sea la que menos daño cause a los otros principios o derechos. Este último análisis, sin embargo, se profundizará en el último subprincipio. 3) <i>El principio de proporcionalidad en sentido estricto:</i> según la Corte, “en este paso del juicio de ponderación se entra a evaluar si, desde una perspectiva constitucional, la restricción de los derechos afectados es equivalente a los beneficios que la disposición genera. Si el daño que se produce sobre el patrimonio jurídico de los ciudadanos es superior al beneficio constitucional que la norma está en capacidad de lograr, entonces es desproporcionada” (Corte Constitucional, 2013), es decir, se hace un estudio de los costos y beneficios de la medida.</p>

Continúa tabla...

convencional según la cual ‘el principio de igualdad no se opone a que el legislador regle de forma diferente situaciones diferentes ni a que establezca excepciones a la igualdad siempre que, en uno u otro caso, la diferencia de tratamiento que resulte esté en relación directa con el objeto de la ley que la establece’. También ha distinguido entre grados de intensidad del control lo cual conduce a que se pase de un control normal a uno más estricto. Por ejemplo, el Consejo Constitucional aplicó un control más estricto en el caso de las ‘Cuotas por Sexo’ donde de oficio declaró inconstitucional una disposición legislativa dirigida indirectamente a establecer un porcentaje mínimo de 25 % de mujeres en las listas de candidatos a las elecciones municipales”.

3) “En Canadá, la Corte Suprema de Justicia también ha aplicado una metodología especial para apreciar la razonabilidad de una diferenciación. El énfasis del análisis gira en torno a la relevancia objetiva de una diferenciación lo cual permite apreciar su razonabilidad, a partir de 1989, el cual responde a la adopción de la Carta de Derechos y Libertades de 1982”.

14 Hay que recordar que en la Sentencia C-022/96 la Corte señaló que el juicio de proporcionalidad en sentido estricto consiste en que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes.

Sentencia	Principio de proporcionalidad
C-838/13	Este punto, según el tribunal, está compuesto por tres etapas diferentes: “(i) determinar las magnitudes que deben ser ponderadas, quiere ello decir, establecer la importancia de la medida de intervención legislativa en el derecho fundamental afectado, e indicar la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa; (ii) comparar dichas magnitudes, con el propósito de determinar si la importancia de la realización del fin perseguido por la restricción legislativa es mayor que la importancia de la intervención en el derecho fundamental; y, (iii) elaborar una relación de precedencia condicionada entre el derecho fundamental y el fin legislativo, tomando como cimiento el resultado de la comparación antedicha con el fin de asignar prioridad a alguno de los extremos en el caso concreto” (Corte Constitucional, 2013).
C-144/15	En esta oportunidad se estudió la demanda contra los literales “b” y “c” del artículo 30 de la Ley 1493 de 2011 ¹⁵ . Concretamente, con respecto al cargo de proporcionalidad, la Corte afirma que a pesar de que se trata de “una directiva no explícitamente positivada de la Carta Política”, encuentra sustento como principio de interpretación constitucional en su función como el ‘marco del estado (sic) de derecho’ que busca asegurar que el poder público actúe dentro de sus competencias y sin excederse en el ejercicio de sus funciones”. (Corte Constitucional, 2015). Asimismo, recuerda que es una herramienta útil a la hora de estudiar la constitucionalidad de las normas, pues permite establecer cuándo una determinada norma genera una afectación <i>ius fundamentalis</i> que resulta excesiva para el beneficio que reporta. De igual forma, la Corte recuerda que en jurisprudencia anterior se habrían reconocido algunos elementos fundamentales o esenciales para realizar el test de proporcionalidad: 1) Idoneidad /Adecuación: hace referencia a que la “intervención o la injerencia que el Estado pueda generar en la efectividad de un derecho fundamental resulte lo suficientemente apta o adecuada para lograr el fin que se pretende conseguir” (Corte Constitucional, 2015). 2) Necesidad: la limitación de un derecho es indispensable para la consecución del objetivo legítimo, y que, frente a todos los otros posibles medios para hacerlo. 3) Test de proporcionalidad en sentido estricto: permite entrar a evaluar o ponderar si la restricción a los derechos fundamentales que genera la medida cuestionada resulta equivalente a los beneficios que reporta, o si, por el contrario, esta resulta desproporcionada al generar una afectación mucho mayor a estos intereses jurídicos de orden superior (Corte Constitucional, 2015).
C-022/20	La Corte ¹⁶ retoma conceptos ya expuestos en sentencias anteriores, al afirmar que: “el principio de proporcionalidad es una herramienta metodológica que pretende aportar racionalidad, predictibilidad y legitimidad a la decisión adoptada por el juez, valiéndose para el efecto de una estructura que está compuesta por tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Este juicio buscaría analizar si una medida sometida a estudio es adecuada para la consecución del fin propuesto. Inmediatamente después, debe asumirse el análisis de necesidad, en virtud del cual se aprecia, si la medida escogida por el Legislador (sic) es la menos restrictiva de otros principios, considerándose su invalidez en caso de que exista otra con un impacto inferior y con una idoneidad semejante para la obtención de los propósitos de la autoridad normativa. Finalmente, el estudio de proporcionalidad en sentido estricto se concreta en una ponderación entre los bienes o principios en conflicto, que incluye la consideración de su peso abstracto, la intensidad de la afectación-beneficio, y finalmente, algunas consideraciones —en caso de contar con los elementos— sobre la certeza de los efectos de tal relación” (Corte Constitucional, 2013). (Cursivas fuera del original). Además, se refiere, nuevamente, a los tres criterios del test de razonabilidad expuestos en la sentencia C-673/01. ¹⁷

Fuente: elaboración propia con base en las sentencias estudiadas de la Corte Constitucional.

15 Según la demanda, se “desconocen los principios de proporcionalidad y necesidad en el establecimiento de medidas cautelares dentro de los procesos de inspección, vigilancia y control que se realizan sobre las entidades administradoras de derechos de autor y derechos conexos, en razón a que generan una afectación innecesaria en los derechos subjetivos de quienes con su adopción se ven afectados”.

16 En esta oportunidad, se estudió una demanda presentada contra los artículos 105, 106, 160, 161 y 162 (parciales) de la Ley 1819 de 2016, por la supuesta vulneración de los artículos 15, 29, 83, 158, 210, 338 y 363 superiores.

17 “(i) en el test de intensidad leve —que es el ordinario— el juicio de constitucionalidad debe establecer que la finalidad y el medio sean legítimos, esto es, constitucionalmente no prohibidos; y, que el medio sea potencialmente adecuado para alcanzar el fin. (ii) el test de intensidad intermedio, por su parte, el fin debe ser legítimo e importante, por promover “intereses públicos valorados por la Carta o en razón a la magnitud del problema que el legislador busca resolver”; y el medio, además de no estar prohibido, debe ser adecuado y efectivamente conducente para la consecución del fin. Y, finalmente, (iii) el test de intensidad estricta exige establecer que el fin es legítimo, importante e imperioso; y el medio, además de

A modo de conclusiones, en relación con las sentencias escogidas para entender el desarrollo del principio de proporcionalidad por parte de la Corte Constitucional, podrían resaltarse los siguientes puntos:

- a. La aplicación del principio de proporcionalidad como herramienta o instrumento en la jurisprudencia constitucional colombiana, originalmente, estaba determinada a establecer la existencia de una justificación de medidas que se traducían en tratos desiguales. En ese sentido, el principio de proporcionalidad ofrecía los elementos necesarios para establecer si la acción estatal era objetiva y razonablemente justificable en términos del principio de igualdad. Pese a la notable extensión de la aplicación del principio de proporcionalidad, considerado desde la perspectiva de protección de los derechos fundamentales, las argumentaciones expuestas en las diversas sentencias están estrechamente relacionadas con el examen de vulneración del principio de igualdad.
- b. Los conceptos de los subprincipios de la proporcionalidad se repiten solamente con algún tipo de ampliación a lo largo de los años. Uno de los aspectos novedosos del desarrollo consiste en la propuesta de diversos modelos de aplicación de la metodología general. En ese sentido, dependiendo de la materia objeto de la norma que se demande, el análisis deberá hacerse desde la perspectiva de tres niveles: uno leve, uno intermedio y uno estricto. Esta nueva subclasificación, sin embargo, tampoco ofrece directrices claras para la aplicación de cada uno de los subniveles, dejando nuevamente la concretización de esas argumentaciones abstractas al querer del intérprete.
- c. El fundamento de aplicación del principio más repetitivo hace referencia al uso de este por parte de tribunales internacionales extranjeros. En esa medida, no es posible afirmar que existe un fundamento de validez positivo del principio, ni de su migración al orden constitucional colombiano. Así mismo, es difícil hablar

legítimo, debe ser adecuado, efectivamente conducente y necesario para la consecución del fin, esto es, que no puede ser reemplazado por uno menos lesivo. Adicionalmente, en este, se exige adelantar un juicio de proporcionalidad en sentido estricto” Corte Constitucional (2001).

de una categorización del principio que se mantenga en la narrativa de la Corte durante sus tres décadas de existencia. En algunas ocasiones, se habló estrictamente de una herramienta metodológica para el análisis de constitucionalidad; en otras, de una directiva y en otras sentencias, se le atribuye la naturaleza de un principio de interpretación constitucional. En la sentencia más reciente (2020) se habla escuetamente de un aspecto que la Corte debe tener en cuenta para el análisis¹⁸.

- d. La Corte se ha limitado a definir los subprincipios sin dedicarse a la fundamentación normativa del principio de proporcionalidad. No es posible afirmar el desarrollo de los elementos que le otorgarían fuerza normativa constitucional a este principio (Schlink 2014, p. 131). Sin embargo, en algunas argumentaciones se hace referencia al principio del Estado de derecho como fundamento de validez (tal y como sucede en la doctrina alemana). La mención de este principio del Estado no es desarrollada con posterioridad, ni logra establecer un marco de aplicación obligatoria (criterios constitucionales precisos) de la proporcionalidad. La derivación del principio del Estado de derecho no resulta coherente, considerándola una utilización selectiva del principio sin la presencia de unos presupuestos que le ofrezcan una base de racionalidad al procedimiento de análisis con fundamento en el principio de proporcionalidad. Una derivación del principio del Estado de derecho exigiría un marco normativo claro y consistente de la aplicación para el control constitucional que obligara a la misma Corte, y que tuviera una aplicación coherente en los procesos de tutela. En este último caso, resulta aún más necesaria la existencia de parámetros concretos, pues la protección vía tutela es competencia de cualquier juez de la república. La ausencia de un sistema coherente de aplicación de un principio derivado de uno de los cimientos normativos del Estado constitucional actual podría llevar a comportamientos judiciales lejanos del principio de seguridad jurídica. Ese es un riesgo que un Estado social y democrático de derecho no debería estar dispuesto a correr.

18 Corte Constitucional, Sentencia C-022 de 2020. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos.

Incorporación legal: el principio de proporcionalidad en el proceso de toma de decisiones sobre una actividad de inteligencia o contrainteligencia

A diferencia de la adopción jurisprudencial del principio de proporcionalidad en términos de interpretación constitucional, en el caso específico de la función de inteligencia y de contrainteligencia puede constatarse la incorporación legal de los componentes del principio en el artículo 5 de la Ley 1621 de 2013, así:

Quienes autoricen y quienes lleven a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia, además de verificar la relación entre la actividad y los fines enunciados en el artículo 4.º de la presente ley, evaluarán y observarán de manera estricta y en todo momento los siguientes principios:

Principio de necesidad. La actividad de inteligencia y contrainteligencia debe ser necesaria para alcanzar los fines constitucionales deseados; es decir que podrá recurrirse a esta siempre que no existan otras actividades menos lesivas que permitan alcanzar tales fines.

Principio de idoneidad. La actividad de inteligencia y contrainteligencia debe hacer uso de medios que se adecuen al logro de los fines definidos en el artículo 4.º de esta ley; es decir que se deben usar los medios aptos para el cumplimiento de tales fines y no otros.

Principio de proporcionalidad. La actividad de inteligencia y contrainteligencia deberá ser proporcional a los fines buscados y sus beneficios deben exceder las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales. En particular, los medios y métodos empleados no deben ser desproporcionados frente a los fines que se busca lograr.

Estudiar el principio de proporcionalidad de la mano de su presencia legislativa en el ámbito de la función de inteligencia y de contrainteligencia resulta pertinente por dos razones concretas. Por un lado, permite observar, desde una perspectiva normativa, los contenidos establecidos por el legislador para la aplicación del principio de una actividad concreta de la administración que desarrolla un fin esencial de seguridad, y que, por ello, implica intervenciones en los espacios de libertad individual (Wegener 2016, p. 297). Por otro lado, da lugar a un análisis sobre el fundamento de validez teórico de la migración que ha sido expuesto con anterioridad en relación con la necesidad de protección de los derechos fundamentales. Esta fundamentación representa un punto esencial desde la perspectiva del Estado constitucional y democrático de derecho, el

cual por definición se debe a la publicidad de sus actuaciones (Ruiz, 2002, pp. 24-25) y, por lo tanto, una intromisión en las esferas de libertad de los ciudadanos mediante el ejercicio de una función esencialmente secreta requiere de una justificación excepcional que asegure la vigencia de esos derechos.

En el caso del ejercicio de las facultades de la función de inteligencia se ven involucrados, indefectiblemente, derechos fundamentales que deberán ser restringidos de conformidad con las finalidades de la función, abriendo una posibilidad de vulneración grave a libertades individuales (Wegener 2016, p. 312). En ese sentido, y según la justificación de validez de conformidad con la necesidad de protección (Bernal, 2015, p. 260), la vigencia del principio de proporcionalidad aseguraría la posición primaria de los derechos fundamentales frente a la intervención estatal. Así, el principio de proporcionalidad actuaría como una cláusula de limitación en la intromisión de libertades fundamentales, en la medida en que exigiría un estándar estricto de justificación de la medida estatal.

Siguiendo esa línea argumentativa, el principio de proporcionalidad se constituiría como un seguro para la vigencia de los espacios de libertad que podrían verse afectados con la materialización de una actividad de inteligencia o de contrainteligencia. En principio, podría pensarse que el desarrollo legislativo del principio de proporcionalidad debería ofrecer los criterios necesarios para que el operador jurídico se guíe en el proceso de creación de una decisión —como resultado de la ponderación— en torno a una actividad de inteligencia garantizando la vigencia del principio y sin que se materialice una pérdida generalizada de protección de libertades fundamentales (Klatt & Meister, 2012, p. 161).

Ahora bien, es necesario identificar los elementos positivos del principio y el alcance establecido por la regulación y su desarrollo. Una lectura rápida del artículo 5.º de la Ley 1621 de 2013 permite identificar los tres elementos clásicos del principio de proporcionalidad al establecer que quien sea competente para desarrollar una actividad de inteligencia o de contrainteligencia deberá observar en todo momento los principios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad (Ossenbühl, 2000, p. 904).

Por otro lado, como desarrollo de la regulación legislativa, en el caso específico del Ejército Nacional, el *Manual Fundamental de Inteligencia (MFE 2-0)* establece que las actividades de inteligencia y contrainteligencia se rigen estricta y permanentemente por los principios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad determinados en el artículo 5.º de la Ley 1621 de 2013 (EJC, 2017, p. 4). Allí mismo se transcriben los tres subprincipios y se condiciona la autorización de las actividades de inteligencia o de contrainteligencia al cumplimiento de los fines legales y de los principios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad (Rüthers et al., 2013, p. 430).

Teniendo en cuenta que el ejercicio de la función de inteligencia se encuentra en constante tensión con espacios fundamentales de libertad y privacidad, se considera pertinente evaluar la posibilidad de identificar, en la positivización de los componentes del principio de proporcionalidad, elementos objetivos para determinar si la actividad de inteligencia o de contrainteligencia debe ser autorizada. Así, al detenerse en la incorporación legal puede, por un lado, inferirse que las definiciones de los principios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad adoptadas por el artículo 5.º de la Ley 1621 de 2013 corresponde a las adoptadas jurisprudencialmente y los contenidos que repetidamente menciona la Corte Constitucional en sus sentencias. Esta afirmación encuentra sustento en la transcripción de los subprincipios que se presenta en el artículo 5.º de la Ley 1621 de 2013 y en los materiales legislativos. Es así como en la exposición de motivos puede leerse una referencia simple al significado de cada uno de los subprincipios reforzando la necesidad de garantizar la vigencia de los derechos fundamentales en el proceso de decisión sobre una actividad de inteligencia. Sin embargo, no es posible identificar elementos concretos que indiquen cómo debería asegurarse la aplicación de los principios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad (Congreso de la República, 2011, p. 11).

Por el otro, respecto de la validez de los subprincipios, no es posible hallar referencias precisas en la ley, ni en el MFE 2-0. Tampoco se desarrolla un procedimiento más preciso para la aplicación del principio de proporcionalidad por parte del operador jurídico autorizado para ordenar una actividad de inteligencia o de contrainteligencia. En tal sentido, el desarrollo de la regulación legal del principio de proporcionalidad no ofrece contenidos ni diferentes ni más desarrollados que la figura jurisprudencial. Con ello, puede atribuir-

sele a la estructura de los subprincipios las mismas dificultades derivadas de la generalidad y flexibilidad de la aplicación del principio de proporcionalidad (Röhl & Röhl, 2008, p. 654).

Con la finalidad de ofrecer unas pautas concretas de aplicación del principio de proporcionalidad al ejercicio de la función de inteligencia y de contra-inteligencia resulta necesario entenderla en el marco de la noción del Estado constitucional y democrático de derecho. Una de las características del tipo estatal de esta generación¹⁹ consiste en entender que, en un orden positivo, la Constitución representa el elemento de mayor autoridad en el ordenamiento estructurado de forma escalonada en el sentido clásico (Wahl, 1981, p. 485). Esa consideración de la Constitución como orden jurídico de suprema autoridad trae una consecuencia necesaria en términos de interpretación —legal o constitucional—: en un Estado democrático de derecho la valoración de intereses hecha por el legislador tiene un peso determinante en la interpretación de una norma, pues el contenido normativo no es otra cosa que el resultado de esa valoración (Rüthers et al., 2013, p. 424). Ese resultado del proceso político no es más que la respuesta del legislador a una problemática social específica determinada, a su vez, por el contexto histórico del que se deriva y por las consideraciones sociales en relación con el contexto y las características del problema que se pretende resolver (Looschelders & Roth, 1996, p. 119)²⁰. En ese sentido, en virtud del principio democrático, las motivaciones del órgano legislativo son determinantes para la aplicación de una norma y estará condicionada por el contexto histórico del proceso democrático (Rüthers et al., 2013, p. 430).

En consecuencia, un análisis completo de las finalidades de la imposición de los subprincipios del principio de proporcionalidad en la ley de inteligencia requiere de un acercamiento a las motivaciones del legislador y a los problemas específicos a los que pretendía dar solución. Para establecer el alcance del principio de proporcionalidad en los casos de las operaciones de inteligencia o de contra-inteligencia y compararlo con los desarrollos previstos por la Corte es necesario acudir a la huella legislativa del artículo en concreto y de la Ley 1621 de 2013 en general. Una lectura de este tipo es apenas consecuente

19 Aquí se hace referencia a la afirmación de Kriele sobre la existencia de un Teoría del Estado para cada tipo generacional. Ver, Kriele, Martin: *Einführung in die Staatslehre*, Ed. Kohlhammer, 2003.

20 Muy crítico sobre la capacidad política de transformar las necesidades sociales en respuestas normativas debido al alejamiento de las élites políticas y el electorado. (Ferrari 2012, págs. 192 y ss.)

con la noción, esta sí normativa, del Estado social y democrático de derecho descrito en la Constitución (Rüthers et al., 2013, p. 75). Ahora bien, en relación con el criterio fundante de validez del principio de proporcionalidad, podría afirmarse según Röhl y Röhl (2008) que se derivaría de la lógica de la relación entre medio y finalidad, convirtiéndose de ese modo en un método para la preparación de decisiones valorativas, en este caso concreto, de la decisión sobre una actividad de inteligencia o de contrainteligencia (Röhl & Röhl, 2008, p. 655)²¹.

Una propuesta de interpretación en ese sentido puede encontrarse en el texto “Fundamentos normativos de la autorización de actividades de inteligencia: el Ejército Nacional y la vigencia del Estado de derecho” (Solano, 2022). Allí, acudiendo a un análisis, si se quiere sistemático, de la Ley 1621 de 2013, la Sentencia C-540 de 2012 —pronunciamiento de control previo— y el contexto histórico de expedición de la norma, se propone un marco normativo que refuerza la aplicación del principio de proporcionalidad.

Siguiendo la exposición propuesta por Solano (2022), los principios que guían la función de inteligencia y de contrainteligencia actuarían como una norma habilitante para el ejercicio de una facultad discrecional. Esa discrecionalidad, sin embargo, no podría entenderse como una “libertad completa de configuración de la Administración” (Solano, 2022, p. 267), sino como una autorización dentro del marco normativo impuesto por las finalidades de la función de inteligencia²². El papel delimitador del principio de proporcionalidad está determinado por la interpretación sistemática que hace el autor del contexto histórico de la expedición de la norma y la expresa manifestación de la vigencia primaria de unos derechos fundamentales específicos: derecho a la intimidad, al buen nombre, *habeas data*²³.

De igual forma, continúa el autor, la afirmación de una exigencia de interpretación restrictiva de los principios de necesidad, idoneidad y propor-

21 Es importante recordar que el Tribunal Constitucional alemán ha reconocido que el fundamento de validez del principio de proporcionalidad se encuentra en el principio del Estado de derecho.

22 Ver, por ejemplo, Ejército Nacional 2017, pág. 8. El MFE 2-0 Inteligencia condiciona la autorización al cumplimiento de los fines de la función de inteligencia y de los principios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad.

23 El autor hace referencia, por ejemplo, a la exposición de motivos de la ley en la que se expresaba la necesidad de regular de manera urgente el ejercicio de la función de inteligencia. Así mismo, se argumenta que el contexto histórico exigía la regulación como respuesta estatal a los abusos probados del Grupo de Inteligencia y Análisis (G3).

cionalidad encontraría fundamento en la voluntad del legislador consistente en atar el proceso a la ponderación estricta de valores constitucionales como, por ejemplo, los componentes del principio del Estado de derecho. En ese sentido, el principio de dignidad humana, el principio de separación de poderes y los derechos fundamentales se configurarían como valores constitucionales de obligatoria observancia en el proceso de la toma de decisiones sobre una actividad de inteligencia o de conRAINTeligencia (Solano, 2022, p. 268).

Para concluir, se ofrece una herramienta metodológica basada en lo que el autor denomina un *control previo institucional*. Dicha herramienta corresponde a las tres fases clásicas del proceso de ponderación (Solano, 2022, p. 273). Cada una de ellas debe responder a unos requisitos estrictos de interpretación en virtud del análisis de contexto y de finalidades legislativas. La decisión sobre la autorización de las actividades de inteligencia o de conRAINTeligencia dependería de unos criterios adicionales derivados de la interpretación normativa y sistemática en el marco del contexto histórico y de limitaciones impuestas en diferentes artículos de la Ley 1621 de 2013, lo que constituiría un marco normativo que pretende reducir las posibilidades de arbitrariedad del operador jurídico.

Esta propuesta metodológica podría constituirse como un procedimiento estricto y seguro para la aplicación del principio de proporcionalidad en un ámbito de tensión entre libertades fundamentales y el fin de seguridad del Estado. Sin embargo, difícilmente podría negarse que los criterios objetivos propuestos no se derivan del principio de proporcionalidad trasladado jurisprudencialmente y que con posterioridad fue positivizado, sino que resultan de un ejercicio de interpretación juicioso y respetuoso del principio democrático desde una perspectiva de la interpretación subjetiva (Rüthers et al., 2013, p. 424).

En sentido estricto, la autorización de una actividad de inteligencia o de conRAINTeligencia no consiste en una aplicación ponderada en la que se garanticen de igual forma derechos fundamentales y el fin de seguridad del Estado, sino que se traduce en la obligación de justificar una intervención en esos derechos constitucionales (Schlink 2014, pp. 127). Por ello, la exigencia de un corredor jurídico que delimite cada uno de los componentes del principio de

proporcionalidad privilegiando ciertos derechos fundamentales, tal y como lo propone Solano, es un intento desde la ciencia jurídica de asegurar decisiones objetivas que vayan más allá del resultado de un proceso de argumentación jurídica (García, 2009, p. 18).

En lo que respecta al principio de proporcionalidad (simple y complejo, según la categorización desarrollada jurisprudencialmente), muy a pesar de la intención de la Corte Constitucional, continúa siendo una metodología vaga y flexible que depende de un proceso de argumentación del operador jurídico facultado para decidir sobre una actividad de inteligencia o de contra-inteligencia. Así mismo, traslada el fundamento de validez del derecho de un ordenamiento positivo a una metodología de la argumentación en el proceso de toma de decisiones, tal y como ocurre en la ponderación en el ámbito de planeación donde se asegura un espacio de creación jurídica y no de interpretación propiamente dicha (Ossenbühl, 2000, p. 904). Esto último sería menos problemático si no se estuviera frente a las tensiones de los espacios secretos del Estado constitucional y su finalidad de seguridad.

Conclusiones

Primera. El principio de proporcionalidad tiene un origen determinado por su finalidad específica: la limitación de márgenes de apreciación de la organización estatal para garantizar los espacios de libertad individuales. Su desarrollo posterior en la jurisprudencia constitucional y en la dogmática alemana obedece a unas características básicas de su ordenamiento jurídico y la posición privilegiada de los derechos fundamentales. Lo llamativo del principio de proporcionalidad se reduce a una gran flexibilidad en su aplicación que le abre un espacio extenso de creación mediante argumentación al operador jurídico llamado a aplicarlo, bien sea desde la perspectiva de operador administrativo en el proceso de toma de decisiones o de operador judicial en su tarea de corrección de las actuaciones estatales. Esa flexibilidad, sin embargo, también puede ser origen de inseguridad jurídica y de tratos desiguales sin opción de control objetivo.

La incorporación legal del principio de proporcionalidad, como en el caso de la ley de inteligencia, es una muestra de que su aplicación en ámbitos

de derecho fundamental requiere de la imposición de límites adicionales que regulen el ejercicio del operador jurídico autorizado por la norma para la toma de decisiones. El principio de proporcionalidad como metodología para la construcción de decisiones jurídicas —o para el control de una medida determinada— no ofrece criterios objetivos, claros y precisos que garanticen un proceso racional para la toma de una decisión, pese a la promesa de racionalidad sobre la que descansa su aplicación. En términos reales es el operador jurídico el que determina los intereses que deben ser sopesados y quien a su vez otorga una valoración específica producto de un proceso de argumentación propio (García, 2009, p. 2).

Segunda. El contexto de migración de una idea constitucional por la jurisprudencia de un tribunal constitucional puede resultar un intento interesante de diálogo entre tribunales y entre teoría y práctica. Sin embargo, también genera dudas sobre el respeto por la estructura escalonada del ordenamiento jurídico. Desde la perspectiva de la teoría del derecho con fundamento de validez positivo, todo el ordenamiento jurídico tiene una pretensión de asegurar la validez del derecho creado en virtud de la observancia de los principios de competencia y de procedimiento. En el caso de las migraciones jurisprudenciales, esa observancia se dificulta. A pesar del intento de soportar normativamente el traslado de la figura mediante el principio del Estado de derecho y la necesidad de protección de derechos fundamentales, no es posible afirmar que existe certeza sobre el fundamento positivo que le otorga fuerza normativa constitucional al principio de proporcionalidad.

Los elementos conceptuales del principio parecen repetirse constantemente de sentencia en sentencia sin una confrontación clara con las críticas recurrentes —que también migran, aunque de manera más lenta— sobre la utilización de un principio multifuncional con un inmenso deseo de convertirse en el componente universal del neoconstitucionalismo (Reimer, 2013, p. 28). Dada la rapidez de la migración del concepto por los pronunciamientos de tribunales tanto nacionales como internacionales y de las corrientes neoconstitucionalistas que se apropian de los diversos órdenes jurídicos, parece que un nuevo fantasma recorriera Europa y Latinoamérica: el fantasma del principio de proporcionalidad.

Referencias

- Arango Díaz, A. M. (2019). Anotaciones básicas sobre las funciones de los derechos fundamentales: Un breve repaso desde la teoría constitucional alemana. *Revista de las Fuerzas Armadas*, 31-35.
- Bernal Pulido, C. (2005). *El derecho de los derechos: Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Universidad Externado de Colombia.
- Bernal Pulido, C. (2015). La migración del principio de proporcionalidad a través de Europa. En *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria: Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*. (Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 235-276). Instituto de Investigaciones Jurídicas. <https://n9.cl/divu6>
- Congreso de la República. (2011). *Gaceta del Congreso 121*. <https://n9.cl/izn2f>
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-939-02 de 2002, (M.P. Eduardo Montealegre).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T- 476 de 2008, (M.P. Clara Vargas).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-647 de 2008, (M.P. Clara Vargas).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-281 de 2017, (M.P. Aquiles Arrieta).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-082 de 2018, (M.P. Gloria Ortiz).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-430 de 2019, (M.P. Antonio Lizarazo).
- Corte Constitucional de Colombia, Auto A-486 de 2020, (M.P. Gloria Ortiz).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU 190 de 2021, (M.P. Diana Fajardo).
- Ejército Nacional de Colombia, EJC. (2017). *Manual fundamental del Ejército MFE 2-0 Inteligencia*. Imprenta militar del ejército. <https://n9.cl/b2m3rv>
- Ferrari, Vincenzo. (2012). *Derecho y sociedad. Elementos de sociología del derecho* (2.ª ed.). Universidad Externado de Colombia.
- Fleiner, F. (2018). *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*. Forgotten Books.
- García Amado, J. A. (2009). Abwägung versus normative Auslegung?: Kritik der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips als Mittel juristischer Methodik. *Rechtstheorie*, 40(1), 1-42.
- Jestaedt, M. (2015). § 11. Maßstäbe des Verwaltungshandelns. En *Allgemeines Verwaltungsrecht* (pp. 325-372). De Gruyter. <https://doi.org/10.1515/9783110370584-019>
- Klatt, M., & Meister, M. (2012). *The Constitutional Structure of Proportionality*. <https://n9.cl/udx5q>
- Kraft, I. (2007). *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im deutschen Rechtsverständnis*. <https://n9.cl/gkfrq>
- Kriele, M. (2003). *Einführung in die Staatslehre*. Ed. Kohlhammer.
- Leisner, W. (1997). *Der Abwägungsstaat: Verhältnismäßigkeit als Gerechtigkeit?* Duncker & Humblot.
- Looschelders, D., & Roth, W. (1996). Juristische Methodik Im Prozess Der Rechtsanwendung: Zugleich Ein Beitrag Zu Den Verfassungsrechtlichen Grundlagen Von Gesetzesauslegung Und ... Zur Rechtstheorie.).

- Manssen, G. (2015). Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im deutschen Verfassungsrecht Aktuelle Entwicklungen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. En P. Szymaniec (Ed.), *The principle of proportionality and the protection of the fundamental rights in the european states* (pp. 97-105). Wydawnictwo Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej im. Angelusa Silesiusa. <https://epub.uni-regensburg.de/33534/>
- Ossenbühl, F. (2000). Die Not des Gesetzgebers im naturwissenschaftlich-technischen Zeitalter. En F. Ossenbühl (Ed.), *Die Not des Gesetzgebers im naturwissenschaftlich-technischen Zeitalter*: 423. Sitzung am 17. November 1999 in Düsseldorf (pp. 7-35). VS Verlag für Sozialwissenschaften. https://doi.org/10.1007/978-3-322-90066-1_1
- Pino, G. (2014). *Derechos e interpretación. El razonamiento jurídico en el Estado constitucional*. Universidad Externado de Colombia.
- Reimer, P. (2013). "... und machet zu Jüngern alle Völker" Von "universellen Verfassungsprinzipien" und der Weltmission der Prinzipientheorie der Grundrechte. *Der Staat*, 52(1), 27-57. <https://doi.org/10.3790/staa.52.1.27>
- Röhl, K. F., & Röhl, H. C. (2008). *Allgemeine Rechtslehre: Ein Lehrbuch*. Heymann.
- Ruiz Miguel, C. (2002). *Servicios de inteligencia y seguridad del Estado constitucional*. Tecnos. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=30917>
- Rüthers, B., Fischer, C., & Birk, A. (2013). *Rechtstheorie: Mit Juristischer Methodenlehre* (7., überarbeitete Auflage). C.H. Beck.
- Schlink, B. (2014). *El principio de proporcionalidad. En La ponderación en el derecho. Evolución de una teoría, aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el derecho alemán*. Universidad Externado de Colombia.
- Solano González, É. (2022). Fundamentos normativos de la autorización de actividades de inteligencia: el Ejército Nacional y la vigencia del Estado de derecho. En *Líneas estructurales para la fuerza pública: medioambiente e inteligencia militar*. (pp. 201-296). Universidad Externado de Colombia. <https://n9.cl/udmed2>
- Suárez Manrique, W. Y. (2012). Principio de proporcionalidad sistémico. *Iustitia*, (10), 129-148. <https://doi.org/10.15332/iust.v0i10.880>
- Wahl, R. (1981). Der Vorrang Der Verfassung. *Der Staat*, 20(4), 485-516.
- Wegener, B. (2016). Verfassung in ausgewählten Teilrechtsordnungen: Konstitutionalisierung und Gegenbewegungen im Sicherheitsrecht, en: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Ed. De Gruyter.

El principio de proporcionalidad en el uso de la fuerza: análisis desde el DIDH

DOI: <https://doi.org/10.21830/9786289544671.04>

Xiomara Lorena Romero-Pérez

Escuela Militar de Cadetes “General José María Córdova”

Resumen: con instrumentos acogidos por la comunidad internacional relativos al uso de la fuerza y de las armas por parte de los agentes estatales y con documentos relevantes en la materia, presentados por distintos actores del derecho internacional de los derechos humanos, este capítulo examina el desarrollo en Colombia del principio de proporcionalidad respecto del uso de la fuerza y de las armas en contextos ajenos al conflicto armado interno. Lo anterior, centrado en los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley; el marco jurídico del derecho internacional de los derechos humanos; pronunciamientos tanto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como de la Corte Constitucional colombiana, y el examen de algunas disposiciones relativas al tema en relación con la Policía Nacional de Colombia.

Palabras clave: principio de proporcionalidad; regulación de la Policía Nacional de Colombia; sentencias de la Corte Constitucional; sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; uso de la fuerza; uso de las armas

Xiomara Lorena Romero-Pérez

Doctora en Derecho, Universidad Externado de Colombia. Doctora en Geografía y Planeación Urbana, Universidad Sorbonne Nouvelle Paris 3. Francia. Áreas de interés: Derecho Internacional Público, Derecho Constitucional Colombiano, Geopolítica y Derecho Operacional.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-6463-3347>

Contacto: xiomara.romero@esmic.edu.co

Citación APA: Romero-Pérez, X. L. (2024). El principio de proporcionalidad en el uso de la fuerza: análisis desde el DIDH. En P. A. Velásquez Cardona, & C. H. Prieto Fetiva (Eds.), *Problemas abiertos en torno del principio de proporcionalidad: análisis desde el DIDH y el DIH* (pp. 105-140). Sello Editorial ESMIC.
<https://doi.org/10.21830/9786289544671.04>

Problemas abiertos en torno del principio de proporcionalidad: análisis desde el DIDH y el DIH

ISBN impreso: 978-628-95446-8-8

ISBN digital: 978-628-95446-7-1

DOI: <https://doi.org/10.21830/9786289544671>

Colección Ciencias Jurídicas

Serie Miles Doctus (Investigación formal terminada)

Sello Editorial ESMIC

Escuela Militar de Cadetes “General José María Córdova”

Bogotá, D.C., Colombia

2024



Introducción

En 1979, mediante la Resolución 34/169, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el *Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley* en adelante código de conducta o simplemente código (Asamblea General ONU, 1979). En el artículo 3.º de este código se contempla la posibilidad de que estos funcionarios empleen la fuerza, condicionando su uso a lo estrictamente necesario y a la relación con el desempeño de sus tareas. Además, según se desprende de los comentarios institucionales realizados a esta disposición, el uso de la fuerza debe ser excepcional y, en todo caso, *debe atender a los principios nacionales de proporcionalidad*.

Aquel año inició entonces la regulación internacional del uso de la fuerza y de las armas en contextos ajenos a los conflictos armados, esto es, en aquellos casos donde el único marco normativo aplicable es el de los derechos humanos. Sin embargo, tuvo que pasar una década para que la comunidad internacional retomará este impulso de regulación de este tipo de conductas por parte los agentes estatales.

Fue así como en 1990 se aprobaron los *Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de las armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley* en el marco del Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (en adelante principios básicos) (Estados participantes, 1990). En el numeral 5.º de este instrumento, se menciona expresamente que el empleo de las armas de fuego debe hacerse con moderación y en proporción con la gravedad del delito y con el objetivo legítimo que se persiga. Así mismo, en su numeral 7 se dispone que los Gobiernos deben adoptar las medidas necesarias para castigar el uso abusivo tanto de la fuerza como de las armas de fuego por parte de estos funcionarios. Aunque, y aquí radican algunas de las críticas a este instrumento, de acuerdo con el primero de estos principios, todos ellos se dirigen exclusivamente al empleo de la fuerza y de las armas de fuego contra las personas.

A estos dos instrumentos internacionales se suman recientemente los *Lineamientos suplementarios sobre armas menos letales*, (en adelante lineamientos suplementarios) (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos [ACNUDH], 2020). Lineamientos que, además de

referir el principio de proporcionalidad como los instrumentos precedentes, incluyen una definición de este; agregan la previsión de rendir cuentas para esclarecer, entre otros aspectos, si el uso de la fuerza fue proporcional, e ilustran su aplicación en escenarios concretos.

La definición del principio de proporcionalidad consagrada en ese instrumento internacional es del siguiente tenor:

Principios generales sobre el uso de la fuerza

Proporcionalidad

2.10 El tipo y el grado de fuerza utilizada y el daño que razonablemente cabe esperar que provoque deberán ser proporcionales a la amenaza que represente una persona o un grupo de personas o al delito que una persona o un grupo esté cometiendo o vaya a cometer. La fuerza utilizada nunca debería ser excesiva en relación con el objetivo legítimo que se pretende alcanzar. Por ejemplo, no se puede utilizar una fuerza que probablemente provoque lesiones moderadas o graves —incluso si se ejerce con armas menos letales— con el único fin de exigir el cumplimiento de una orden a una persona que solo se resiste de forma pasiva. En todo momento, el personal de las fuerzas del orden debería considerar y reducir al mínimo las posibles repercusiones accidentales de su uso de la fuerza sobre los testigos, los transeúntes, el personal médico y los periodistas. Deberá abstenerse de usar la fuerza directa contra esas personas, y todo impacto accidental debe ser estrictamente proporcional al objetivo legítimo que se pretende alcanzar. (ACNUDH, 2020).

Sobre la rendición de cuentas, los lineamientos suplementarios señalan que en aquellos eventos en que se produzca una lesión a una persona se requiere presentar un informe en el que quede claro si el uso de la fuerza fue necesario y proporcional, señalando, para ello, 1) las circunstancias en que se presentaron los hechos, 2) las características de la víctima, 3) las medidas adoptadas para evitar el uso de la fuerza, 4) el tipo y la forma de la fuerza empleada, 5) la motivación, 6) su eficacia y 7) sus consecuencias. Con este informe debería ser posible determinar si el uso de la fuerza fue lícito en el caso concreto y abstraer las enseñanzas que se desprenden de estos sucesos para casos posteriores (ACNUDH, 2020, núm. 3.4).

Y, entre los escenarios de aplicación del principio de proporcionalidad, los lineamientos suplementarios señalan que:

En *casos de detención*, la fuerza utilizada debe ser proporcional tanto con el objetivo buscado como con la resistencia encontrada. Y, si la persona intenta huir, el grado de fuerza utilizada para impedir la fuga debe ser proporcional a la gravedad de la amenaza que esa persona representa (núm. 6.1.1)

- En *casos de personas privadas de la libertad*, los agentes estatales deben abstenerse de utilizar la fuerza contra ellas, salvo en los siguientes eventos: como último recurso, en legítima defensa, o cuando el prisionero trate de escapar o se resista activa o pasivamente a una orden basada en la ley. En todo caso, la fuerza utilizada debe ser siempre proporcional (núm. 6.2.3).
- *Durante una manifestación*, si el uso de la fuerza es necesario y proporcionado, se debe hacer lo posible para evitar o reducir el riesgo de lesiones o de muerte para los manifestantes (núm. 6.3.1).
- Respecto de *los proyectiles de impacto cinético*, esto es, las balas o pelotas de goma o los cartuchos *bean bag*, estos pueden usarse solo en caso de fuego directo, para golpear la parte inferior del abdomen o las piernas de las personas y con el fin de hacer frente a una amenaza inminente. En consecuencia, se estipula que el disparo de múltiples proyectiles de esta naturaleza no cumpliría con los principios de necesidad ni de proporcionalidad (núm. 7.5.2 y 7.5.6).
- En el caso de *uso de cañones de agua*, para cumplir con los requisitos de necesidad y proporcionalidad debe haber una planificación cuidadosa previa y una gestión con mando y control de un agente que tenga nivel superior (núm. 7.7.2)

Al lado de estos instrumentos internacionales, y siguiendo un orden cronológico, destacamos también en este apartado introductorio algunas opiniones relacionadas con la proporcionalidad del uso de la fuerza y de las armas emitidas por agentes estatales y por organismos gubernamentales y no gubernamentales, las cuales retomamos con más detalle en el cuerpo de este capítulo.

En este sentido, traemos a colación el *Informe provisional sobre la situación mundial de las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias*, presentado por el entonces relator especial Philip Alston (2006). Este informe es muy citado

en lo que al uso de la fuerza por parte de agentes estatales se refiere, y no es para menos, ya que en el momento en que se presentó hubo una reactivación de la temática puesto que se puso en evidencia, mediante casos específicos, la utilidad de cada uno de los criterios que estas actuaciones deben atender, entre los que se encuentran la proporcionalidad.

En su informe, el relator precisó que la proporcionalidad es un requisito complementario al de necesidad. Desde esta perspectiva, el relator señaló que la proporcionalidad constituye un límite absoluto al nivel tolerable de fuerza de acuerdo con la amenaza que el sospechoso represente para otras personas, mientras que la necesidad impone la reducción al máximo posible del nivel de fuerza aplicada, *independientemente del nivel de fuerza que sería proporcional* (párr. 40-41).

Destacamos igualmente una publicación de la ONG Amnistía Internacional (2016), en la que se marcan algunas directrices para la aplicación adecuada de los Principios básicos aprobados en 1990. Para esta ONG, en la ley y en los procedimientos operativos nacionales, es necesario regular el uso de la fuerza y de las armas no solo contra las personas, sino también contra los objetos, puesto que su afectación puede reportar consecuencias para las primeras.

Amnistía Internacional califica el quinto principio básico como *el principio de proporcionalidad*, sin que así se haya consagrado expresamente. Esto por cuanto dicho principio exige establecer si hay un equilibrio entre las ventajas o los beneficios del uso de la fuerza y las posibles consecuencias y daños causados por su uso, teniendo en cuenta que siempre debe perseguirse un objetivo legítimo.

Como precisa la ONG, citando al relator especial sobre ejecuciones extrajudiciales Alston (2014), la aplicación del principio de proporcionalidad implica comparar el bien que se pretende conseguir con la amenaza planteada, es decir, el interés protegido con el eventual interés perjudicado. De allí que se afirme que la proporcionalidad es el criterio que permite determinar el grado máximo de fuerza que puede emplearse en un caso concreto.

De este modo, teniendo en mente los instrumentos acogidos por la comunidad internacional desde hace más de cuarenta años, en el caso del código

referido, los principios básicos y los lineamientos suplementarios, así como los documentos presentados por actores relevantes en materia de DIDH, como el relator especial Alston y Amnistía Internacional, nos preguntamos *cuál ha sido en Colombia el desarrollo del principio de proporcionalidad respecto del uso de la fuerza y de las armas en contextos ajenos al conflicto armado interno*. Esto delimitando nuestro objeto de estudio a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley; al marco jurídico del DIDH; a ciertos pronunciamientos tanto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) como de la Corte Constitucional colombiana, y al examen de algunas disposiciones relativas al tema respecto a la Policía Nacional de Colombia.

La pertinencia y relevancia de la selección de este tema se justifica en la medida en que, luego de una revisión bibliográfica sobre este, se observa que, si bien las temáticas del uso de la fuerza y de la proporcionalidad son abordadas abundantemente, se tienen pocos escritos que pongan en relación estas dos variables y estos disminuyen, aún más, si nos centramos en contextos ajenos al derecho internacional humanitario y en el caso colombiano.

Los principales hallazgos de un rastreo bibliográfico sobre el tema fueron que: 1) el mayor desarrollo de este se ha dado desde la academia, en particular, con trabajos de tesis de pregrado y posgrado (Pariatanta, 2020; Pérez, 2020; Zuluaga et al., 2018; Pulido, 2014; & Rodríguez, 2014); 2) para América Latina, el interés sobre el tema se hace más palpable en países como Venezuela, México y Perú (Benavides et al., 2021; Gómez, 2021; Abril & Herrera, 2020; Pariatanta, 2020; & Herrera, 2019); y 3) los escritos existentes se centran, sobre todo, en el uso de la fuerza y de las armas que realiza la policía (Benavides et al., 2021; Abril & Herrera, 2020; Pariatanta, 2020; & Herrera, 2019).

Este capítulo es un texto reflexivo y de análisis sobre las particularidades que tiene en Colombia la aplicación del principio de proporcionalidad en los casos del uso de la fuerza y de las armas por parte de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley en contextos ajenos a un conflicto armado interno. Por lo tanto, no se trata de un artículo meramente descriptivo o de una investigación exploratoria o correlacional. Si bien nuestro aporte inicia con una descripción del Estado actual del tema en el orden internacional, regional y local no busca quedarse en la simple relación de instrumentos de estas escalas

o en la presentación cronológica de figuras o conceptos jurídicos relacionados con esta temática. Al contrario, buscamos examinar el tratamiento que a este principio se le ha dado en Colombia en el contexto de situaciones en las que no hay un conflicto armado.

Con esta finalidad, analizamos el contenido y la interpretación de estas regulaciones y hacemos una crítica sobre su materialización en nuestro país. Lo que nos conduce a destacar los aspectos por mejorar, así como algunos aportes y avances recientes, en este último caso desde instituciones concretas como la Policía Nacional. Se trata, entonces, de enriquecer la interpretación en esta temática, de aportar a la contextualización en que la misma se ha desarrollado y de hacer énfasis en detalles que han pasado inadvertidos al no haberse realizado, hasta el momento, un estudio que involucre escalas universales, regionales y nacionales en la materia.

Para el desarrollo de este capítulo empleamos un enfoque cualitativo. Como lo resaltan Nizama y Nizama (2020), antes se pensaba que este enfoque estaba reservado para las ciencias naturales, pero hoy se acepta que puede ser empleado en las ciencias sociales y humanas, en concreto en las investigaciones jurídicas. Siguiendo a estos autores tenemos que este enfoque entraña un gran soporte conceptual, lo que facilita acercarse al significado, contenido, alcances y límites de las figuras jurídicas por estudiar y, como resultado de esto, puede presentarse un aporte con motivación y relevancia social.

Como lo pone de presente Fix-Zamudio (1995, citado por Nizama & Nizama, 2020, p. 74), con la investigación jurídica se busca dar soluciones jurídicas adecuadas a los problemas actuales para lo cual debe indagarse cómo adecuar los sistemas jurídicos a los cambios sociales. Por lo tanto, uno de los objetos de estudio de este tipo de investigaciones es la realidad normativa (Solís, 2008, citado por Nizama & Nizama, 2020, p. 75). Así, a partir de elementos de escalas universales y regionales, procedemos a poner de presente cómo se aborda el principio de proporcionalidad en la esfera nacional y exponemos los aspectos que pueden mejorarse.

Enfocar es dirigir la atención hacia un punto determinado. En el caso de una investigación, ese punto no es más que la búsqueda del conocimiento y, en el caso de una investigación jurídica cualitativa, se trata, por un lado, de

describir y, por otro, de comprender una situación o fenómeno. No se busca entonces cuantificar, predecir o controlar una situación como sucede en el enfoque cuantitativo, ya que el objetivo de una investigación con enfoque cualitativo no es probar la validez universal de una tesis ni contrastar matemáticamente un supuesto formulado.

En el enfoque cualitativo se concretan prácticas interpretativas que favorecen la construcción de argumentos mediante un marco teórico y de su confrontación con experiencias. Por ello nuestro particular interés en delimitar la evolución y el alcance que en cada etapa y escala se le da al principio de proporcionalidad bajo la delimitación propuesta para nuestro estudio, esto es, situaciones donde no hay un conflicto armado y donde el marco jurídico de referencia son los derechos humanos y no el derecho internacional humanitario (DIH).

De otra parte, en las investigaciones con este tipo de enfoque, en la recolección de datos no se aplica una medición numérica, sino métodos más flexibles que permitan exponer la complejidad e integralidad del contexto que enmarca la problemática. De allí que en esta investigación predomine la consulta de textos jurídicos y de fuentes bibliográficas doctrinales, así como la consulta selectiva de instrumentos internacionales, de normatividad interna y de algunos pronunciamientos vinculados al tema de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CteIDH) y de la Corte Constitucional colombiana.

En consecuencia, dentro del enfoque cualitativo privilegamos las metodologías de consulta de dogmática jurídica y de hermenéutica jurídica, en la medida en que desde textos normativos o doctrina especializada en la materia se exponen y, en algunos casos, se proponen interpretaciones plausibles de estas fuentes para dar cuenta de la evolución de este principio y de su aplicación actual en Colombia.

Finalmente, como etapas de nuestra investigación y tomando como referencia los autores citados, transitamos primero por una fase exploratoria y de reflexión en que indagamos en distintas bases de datos el estado del arte del tema, abstrayendo de esta forma nuestra problemática jurídica. Luego avanzamos a una etapa de planeación en la que fundamentalmente nos centramos

en la delimitación de nuestro objeto de estudio y la escogencia de nuestras referencias bibliográficas. Y por último, realizamos la etapa de análisis de la información en la que contrastamos los avances del tema en las escalas universal, regional y local.

Como resultado tenemos la propuesta de división de este capítulo en tres apartados. En el primero se harán precisiones sobre el alcance que se le ha dado al principio de proporcionalidad respecto del uso de la fuerza en contextos diferentes a los conflictos armados. Para ello, se dará cuenta del tratamiento que la temática ha tenido tanto desde el ámbito internacional como desde el regional. Con estos elementos claros, en la segunda parte nos centraremos en algunas sentencias de la Corte Constitucional colombiana, buscando poner de presente cómo se aborda el tema del principio de proporcionalidad por este tribunal y tratando de establecer si existen particularidades en la valoración y aplicación de este principio en lo que atañe al uso de la fuerza y de las armas en nuestro país. En la tercera parte, a propósito de la sentencia más significativa de la Corte Constitucional, relacionada con este principio, desde nuestro punto de vista, la Sentencia SU-190-21, nos remitimos al desarrollo normativo que este tema ha tenido en la Policía Nacional de Colombia. Finalmente se exponen unas breves conclusiones.

El principio de proporcionalidad en el uso de la fuerza en contextos diferentes del DIH

Antes de abordar la problemática planteada, esto es, cuál ha sido el desarrollo del principio de proporcionalidad con relación al uso de la fuerza y de las armas en Colombia en contextos ajenos al conflicto armado interno, estimamos pertinente ahondar en el por qué desde el inicio de nuestro texto hemos sido tan enfáticos en la delimitación de nuestro estudio a situaciones en las que no se presentan conflictos armados. Esta delimitación nos permite transmitir al lector el que no trataremos el principio de proporcionalidad desde el DIH. En otras palabras, no abordamos la aplicación de este principio ni en situaciones de conflicto armado interno ni en situaciones de conflicto armado internacional. La selección obedece a que el tema del uso de fuerza en escenarios de conflicto armado obedece a lógicas particulares que conducen a que el trata-

miento de este principio tenga características particulares. Recordemos que en escenarios donde se aplica el DIH se busca debilitar a la contraparte y por ello el uso de la fuerza letal es permitido contra objetivos militares como primer recurso, siempre atendiendo a las regulaciones de este derecho sobre los métodos y medios permitidos (Comité Internacional de la Cruz Roja [CICR], 2018).

En cambio, en situaciones como disturbios internos, motines, protesta u otras situaciones de violencia que no se califiquen como un conflicto armado, el marco jurídico por atender es el DIDH. En este sentido, la finalidad de los agentes estatales es mantener o restablecer el orden público y allí, solo por mencionar un ejemplo de diferenciación, el uso de la fuerza letal es el último recurso. Por consiguiente, en este tipo de casos el uso de la fuerza y de las armas se restringe a lo estrictamente necesario. Con base en lo anterior, es imprescindible determinar la situación de cara a la que están los agentes estatales. Así, si están frente a una parte en el conflicto o a personas que están participando directamente en las hostilidades, el marco jurídico por considerar será el DIH. Al contrario, si se está frente a la población civil, el marco jurídico aplicable es el DIDH y, por lo tanto, el nivel de fuerza por implementar siempre debe ser el mínimo posible.

Como lo pone de presente el CICR (2018), tanto el DIH como el DIDH tienen en común algunos principios que deben poner en práctica los agentes estatales. Y, entre esos principios, está el de proporcionalidad. Para el DIH, el principio de proporcionalidad se relaciona con el examen entre el uso de la fuerza que se quiere implementar y la ventaja militar que se logrará con esa acción; mientras que, como veremos con detalle en este escrito, el principio de proporcionalidad en el marco del DIDH busca sopesar el riesgo o daño que en un momento dado una persona puede causar a un tercero con la forma en que esta persona pueda ser neutralizada.

Ahora bien, quisiéramos también poner de presente que cuando se alude al DIH y al DIDH se hace referencia igualmente a situaciones de convergencia y situaciones de complementariedad. En el primer caso, las situaciones de convergencia, encontramos dos supuestos. El primero, en el que en ciertos países, como es el caso colombiano, concurren en un mismo espacio geográfico situaciones de conflicto armado interno y de disturbios internos. Allí, en

nuestro criterio, la aplicación de estas ramas del derecho no son intercambiables y las autoridades tendrán la responsabilidad de dar una aplicación adecuada a cada uno de estos órdenes jurídicos según la calidad de los actores que intervengan. El segundo, cuando concurre la aplicación de los órdenes jurídicos ante situaciones que son tratadas por los ordenamientos, por ejemplo, con relación a situaciones como torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, detención y prisión arbitrarias, garantías al debido proceso o discriminación, lo que apuntaría a un refuerzo en la protección de los derechos humanos pues se da una aplicación acumulativa de ambos cuerpos de normas (Heintze, 2004).

Las situaciones de complementariedad, por su parte, apuntan a señalar que la aplicación del DIH no excluye *per se* la aplicación simultánea del DIDH. Por lo cual, en situaciones de conflicto armado, el criterio de selección es la especialidad, lo que significa que prevalecería, en principio, el DIH; pero, lo cierto es que, en casos de vacío debe aplicarse de manera complementaria o subsidiaria el DIDH, de donde se desprende que el DIDH está vigente en todo momento, esto es, tanto en tiempos de paz como en tiempo de conflictos armados (CICR, 2010).

Insistimos entonces en que nuestro texto se limita a tratar situaciones en las que no hay conflictos armados. Comenzaremos entonces por esclarecer cuál es la interpretación y el alcance que se le ha dado al principio de proporcionalidad en este contexto en particular desde los ámbitos mundial y regional. Para ello, más que reiterar el contenido del código de conducta, de los principios básicos y de los lineamientos suplementarios, queremos aproximarnos a la aplicación o utilización que este marco internacional mínimo ha tenido por parte de organismos e instancias destinadas a la protección de los DD. HH. Lo anterior teniendo en cuenta que, dada la redacción de estos instrumentos internacionales, su contenido y valor jurídico se asocia más con el de directrices que con el de mandatos jurídicos imperativos.

Retomamos entonces el *Informe provisional sobre la situación mundial de las ejecuciones extrajudiciales, sumarias y arbitrarias*, presentado en su momento por el relator especial Philip Alston (2006). En ese informe, hay un apartado específico sobre el uso de la fuerza letal por los encargados de hacer cumplir la ley y, allí, el relator realiza dos apreciaciones relevantes, en nuestro criterio, para

el tema que nos ocupa. La primera, relativa al riesgo que se corre al contemplar el principio de necesidad e ignorar el de proporcionalidad cuando se regula el uso de la fuerza y de las armas por parte de agentes estatales en las legislaciones internas. La segunda consiste en que, para el relator, algunas disposiciones del código de conducta y de los principios básicos se derivan del derecho internacional consuetudinario o del convencional y, por lo tanto, tendrían un carácter vinculante. Tal sería el caso, según lo menciona, del artículo 3.º del código de conducta, que recoge justamente la proporcionalidad en el uso de la fuerza y de las armas, y del principio noveno de los principios básicos sobre uso proporcional de armas letales.

La primera apreciación merece un comentario particular. Según el relator, esta es el reflejo de una incompatibilidad de las normas nacionales con los principios recogidos en el ámbito internacional, así como de una falta de comprensión sobre la diferenciación y complementariedad entre los criterios de proporcionalidad y necesidad. Como ejemplo concreto, el relator cita el caso de Nigeria, para lo cual contextualiza la situación: según la legislación de ese país para el momento del informe, los agentes estatales podían utilizar sus armas de fuego contra las personas que incurrieran en un comportamiento castigado con mínimo siete años de cárcel. Lo preocupante era que, huir de las autoridades, independientemente de la razón por la cual se estaba capturado, contemplaba esta pena, por lo cual, en Nigeria, era lícito para un agente estatal matar a alguien argumentando que se estaba fugando. Por lo tanto, la medida era necesaria, pero su aplicación a casos concretos podía resultar desproporcional.

Para el relator, el requisito de proporcionalidad en el uso de la fuerza y de las armas prescribe un límite absoluto a la fuerza tolerada, el cual depende de la amenaza que el sospechoso represente para otras personas. En otras palabras, las vidas y el bienestar de las otras personas son lo que respaldan el uso de la fuerza por parte de agentes estatales contra un sospechoso. De allí que se señale que el uso de la fuerza debe ser proporcional en relación con la gravedad del delito y con el objetivo legítimo que se persigue. Y el relator puntualiza que, en el caso del uso de la fuerza letal, a los agentes estatales se les permitiría matar solamente para proteger la vida de otras personas. Por lo tanto, debe operar

una valoración previa entre la probabilidad objetiva y previsible de que no reducir al sospechoso puede causar la muerte de otras personas. De allí que el relator haya afirmado, tajantemente, que si todas las medidas proporcionales resultan insuficientes para detener al sospecho, debe permitírsele huir. En este punto, simplemente llamamos la atención en la temática del informe, esto es, las ejecuciones extrajudiciales, sumarias y arbitrarias, para con ello entender por qué no se abordaron otras situaciones particulares como la legítima defensa de los agentes estatales.

De cara a las consideraciones del relator estimamos que, por un lado, se requiere avanzar en los ámbitos nacionales sobre el reconocimiento del carácter vinculante de muchas de las disposiciones del código de conducta y de los principios básicos ya sea en virtud de que estos se han tornado en costumbre internacional o porque órganos autorizados para la interpretación de tratados las han acogido para esclarecer el alcance y la interpretación de las normas convencionales. Por otro lado, se demuestra que la diferencia entre los criterios de necesidad y proporcionalidad es más que teórica puesto que, se traduce en la práctica en consecuencias palpables que repercuten en el grado de protección del derecho a la vida y de la integridad de las personas.

Otro criterio de peso que quisiéramos resaltar derivado del DIDH y relacionado con el principio de proporcionalidad en el uso de fuerza por parte de agentes estatales es el del Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, tratado al que nos referiremos en adelante como PIDCP. En su Observación general N.º 36 sobre el artículo 6.º del PIDCP relativo al derecho a la vida (2018), el comité indica que la privación de la vida se califica como arbitraria, entre otras razones, cuando los agentes estatales dejan a un lado la proporcionalidad en sus acciones. Y advierte que, en el caso del ejercicio de fuerza potencialmente letal, no puede hablarse de uso proporcionado de la misma cuando se está frente a una amenaza que no sea de extrema gravedad como sucede, por ejemplo, al proteger la propiedad privada o al impedir la fuga de un presunto delincuente o de un delincuente que no represente una amenaza considerable para un tercero. El comité también insta expresamente a los Estados a que sus legislaciones internas sean compatibles con los instrumentos internacionales pertinentes en el tema, como lo son el

código de conducta y los principios básicos, y agregaríamos nosotros, aunque para el momento no se habían expedido, los lineamientos suplementarios, y a que se capacite a sus agentes sobre el contenido de estos (párr. 18 y 19).

En este punto, nos parece pertinente también detenernos en la revisión de algunos fallos de la CteIDH en los cuales este tribunal regional se ha pronunciado sobre la proporcionalidad en el uso de la fuerza y de las armas por parte de agentes estatales (CIDH, 2020).

Lo anterior en la medida en que, si desde el sistema jurídico colombiano no estamos convencidos del carácter vinculante del código de conducta, de los principios básicos, ni de los lineamientos suplementarios, así como tampoco de la obligatoriedad del *Informe provisional sobre la situación mundial con respecto a las ejecuciones extrajudiciales, sumarias y arbitrarias* de 2006, ni de la Observación general N.º 36 del Comité de DD. HH. del PIDCP, no cabe duda que el Estado colombiano es parte en el SIPDH y ha aceptado la competencia jurisdiccional de la CteIDH. Por esta vía, las autoridades colombianas, particularmente las judiciales, están llamadas a ejercer un control de convencionalidad difuso, control en el cual, según lo establecido por la CteIDH desde 2006, las interpretaciones de las providencias dictadas por ese tribunal regional deben incluirse (CteIDH, 2006a).

Desde esta perspectiva, comenzamos por señalar que la CteIDH resalta que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) carece de un listado de casos o circunstancias en que el uso de la fuerza y de las armas por parte de agentes estatales pueden calificarse como justificados. Por este motivo, este tribunal ha estimado pertinente recurrir a instrumentos internacionales como el código de conducta y los principios básicos, con el fin de darle un alcance adecuado a las obligaciones que se desprenden de los artículos 4.º y 5.º de la CADH, relativos al derecho a la vida e integridad personal respectivamente (CteIDH, 2015, párr. 264).

En uno de sus más recientes casos relacionados con el tema que nos ocupa, la CteIDH reiteró y amplió su jurisprudencia sobre el uso de fuerza y de las armas por parte de agentes estatales, por lo que nos centraremos en el análisis de ese fallo (CteIDH, 2014, párr. 122-148). En esa oportunidad, la CteIDH señaló que, siempre que uno de estos agentes haya producido la

muerte o lesiones a una persona, es necesario examinar o investigar el ejercicio de esta fuerza. Para ello, el tribunal recuerda que el Estado tiene la carga de ofrecer una explicación satisfactoria y convincente de lo ocurrido para así eliminar toda duda sobre su posible responsabilidad por uso excesivo de la fuerza y de las armas.

En ese mismo caso de 2014, la CteIDH retoma el código de conducta y los principios básicos para delimitar tres momentos relacionados con el uso de la fuerza y de las armas por parte de agentes estatales. Estos momentos son: acciones preventivas, acciones concomitantes y acciones posteriores. La CteIDH precisa que, en cada uno de ellos, la valoración del juez sobre la legitimidad del uso de la fuerza y de las armas cambia. A efectos de este escrito, haremos especial énfasis en las acciones concomitantes donde se evalúan los principios de finalidad legítima, absoluta necesidad y, por supuesto, proporcionalidad.

Frente a las acciones preventivas relacionadas con el uso de la fuerza y de las armas, para la CteIDH es indispensable que los Estados cuenten con unas condiciones mínimas que garanticen el uso acertado de esta fuerza y de estas armas por parte de sus agentes, condiciones que se materializan en tres aspectos: 1) la existencia de un marco jurídico que regule el ejercicio de su uso; 2) el otorgamiento de un equipamiento idóneo para los funcionarios que están llamados a utilizar la fuerza y las armas, y 3) la selección, la capacitación y el entrenamiento debido a los respectivos agentes.

De estos tres aspectos se infiere que los Estados deben ajustar su legislación nacional a los estándares internacionales que han suscrito de buena fe, particularmente al código de conducta y a los principios básicos; que el ente estatal debe proveer las armas, las municiones y los equipos ajustados a las circunstancias, con el ánimo de evitar o reducir al máximo las lesiones o la muerte de las personas frente a quienes se usan la fuerza y las armas, y que es indispensable instruir a los agentes estatales para que estos estén preparados para tomar decisiones sobre la implementación de la fuerza y de las armas acordes con el marco jurídico vigente. Por otro lado, con respecto al uso de las armas de fuego, la CteIDH advierte que su utilización debe ser el último recurso a la luz del derecho interno y del derecho internacional.

Concerniente al principio de proporcionalidad en el uso de la fuerza y de las armas en acciones concomitantes, la CteIDH señala que este principio corresponde al examen entre el nivel de fuerza utilizado y el nivel de cooperación, resistencia o agresión recibido; y, agrega en pronunciamiento posterior, el peligro existente (CIDH, 2015, párr. 265). Por consiguiente, se espera que haya un equilibrio entre la situación a la que hace frente el agente estatal y su respuesta. Ahora bien, respecto de esta última, el agente debería estar capacitado para privilegiar acciones menos lesivas como, por ejemplo, tácticas de negociación o de control, antes que usar la fuerza o las armas y, en todo caso, estar capacitado para proyectar el daño potencial que puede causar. En pocas palabras: los agentes estatales deberían hacer un uso diferenciado y progresivo de la fuerza y de las armas (CIDH, 2015, párr. 265).

En el caso decidido en 2014, la CteIDH identificó igualmente algunas circunstancias que deben tomarse en cuenta para valorar la proporcionalidad del uso de la fuerza y de las armas por parte de los agentes estatales. En el caso concreto se mencionan: 1) la intensidad y peligrosidad de la amenaza, 2) la forma de proceder el individuo, 3) las condiciones de su entorno y 4) los medios disponibles. Sumado a esto, la CteIDH indica que, como regla general, el funcionario debe identificarse, emplear el nivel de fuerza más bajo necesario para reducir lo más que se pueda los daños y lesiones a las personas, y advertir que va a utilizar un arma de fuego.

A estas circunstancias precisas de la situación, la CteIDH añade que en el examen de proporcionalidad debe también tenerse presente el contexto en el que se presentan los hechos. Por ejemplo, en el caso Cruz Sánchez y otros vs. Perú (2015, párr. 266), la CteIDH contempló: 1) la existencia de un conflicto armado interno, 2) que las acciones se dieron en el marco de una operación de rescate de rehenes, y 3) que las presuntas víctimas no eran civiles, sino personas que estaban participando activamente en las hostilidades.

En lo que atañe a la valoración del comportamiento posterior al uso de la fuerza y de las armas, esta depende de las consecuencias que se hayan generado. Por ejemplo, cuando haya heridos, los agentes estatales deben prestar la atención médica necesaria, notificar a los familiares y presentar un informe de lo sucedido para que se realicen los controles pertinentes. En cualquier caso,

el Estado debe hacer una investigación para aclarar los hechos y determinar responsabilidades de lo ocurrido.

En el caso de 2014, de donde hemos abstraído la mayor parte de las consideraciones de la CteIDH en el tema, agentes estatales venezolanos hirieron con arma de fuego y causaron la muerte a Igmara Landaeta. Valoradas las pruebas, la CteIDH estimó que se habían presentado fallas del Estado y de sus agentes en los tres momentos explicados anteriormente (CteIDH, 2014):

- En lo que atañe a las acciones preventivas, la CteIDH determinó que el Estado venezolano no disponía de una adecuada legislación en la materia y tampoco había brindado la capacitación necesaria a sus agentes.
- Respecto de las acciones concomitantes, la CteIDH estableció que los agentes estatales no hicieron un uso diferenciado de la fuerza, es decir, un uso proporcionado acorde con las circunstancias. En el caso bajo examen Igmara Landaeta huía y, aun cuando los análisis dactiloscópicos sobre su mano derecha arrojaron un resultado positivo sobre uso de arma, lo cierto es que agentes le dispararon con ventaja. Así, primero le dispararon en la espalda alta mientras huía y luego, estando en el suelo, le dispararon en el puente nasal de la frente. Por lo tanto, según la CteIDH, los agentes ejercieron un acción extrema y letal. Esto condujo a calificar esa conducta como un uso ilegítimo de la fuerza y de las armas por parte del agente estatal que ocasionó la privación arbitraria de la vida atribuible al Estado en violación del artículo 4.º de la CADH.
- Finalmente, de cara a las acciones posteriores, la CteIDH decidió que estas no fueron acordes con el comportamiento que se espera de los agentes estatales, puesto que estos abandonaron el cuerpo de la persona a quien habían disparado en el centro ambulatorio de atención sin esperar a que llegaran las autoridades correspondientes para el inicio de las investigaciones pertinentes.

Otro caso del SIPDH que quisiéramos poner de relieve, aunque menos reciente, es el de *Montero Aranguren y otros vs. Venezuela* (CteIDH, 2006,

párr. 75). En este caso, se advierte, reiterando los principios básicos, que el uso de las armas de fuego debe estar limitado por los Estados con base en las siguientes pautas mínimas: 1) especificar las circunstancias en las que los agentes estatales pueden portar armas y establecer cuáles de ellas puede usar; 2) asegurar que las mismas se utilicen solo en circunstancias determinadas; 3) prohibir el uso de armas que provoquen lesiones no deseadas o que conlleven a un riesgo injustificado; 4) reglamentar el control, almacenamiento y distribución de las armas; 5) establecer los avisos de advertencia cuando se vayan a emplear; y 6) fijar informes por presentar de parte de los funcionarios que empleen estas armas.

Finalmente, los pronunciamientos de este tribunal regional también nos permiten darnos cuenta de que para valorar la proporcionalidad del uso de la fuerza y de las armas, en ciertos casos, cuando es aplicable, debe atenderse a las obligaciones derivadas del DIH. Ilustramos nuestro argumento con el caso *Cruz Sánchez y otros vs. Perú* (CteIDH, 2015, párr. 274).

En ese caso, la CteIDH tomó en cuenta el contexto de conflicto armado que se vivía en el momento de los hechos en ese Estado para efectuar la valoración sobre el uso adecuado de la fuerza y de las armas por parte de agentes estatales. La CteIDH señaló expresamente que para el análisis del artículo 4.º de la CADH era necesario tomar en cuenta el artículo 3.º común a los convenios de Ginebra y, en particular, los principios que de este se derivan: distinción, precaución y, en lo que nos interesa, proporcionalidad. No obstante, en el caso concreto, el análisis se limitó al principio de distinción puesto que, como ya mencionamos, los hechos se enmarcaron en una operación de rescate y no en un enfrentamiento armado como tal.

Por consiguiente, si bien se pone de presente que en el marco del DIH también se hace referencia al principio de proporcionalidad, este fallo no permite estudiar la diferencia o los matices de este principio en el contexto del DIH y en aquel del DIDH. No obstante, por lo dicho hasta aquí, queda claro que no se necesita de un conflicto armado o de la aplicación del DIH para considerar el principio de proporcionalidad en el uso de la fuerza y de las armas que desde el derecho internacional se encuentra claramente delimitado.

Ahora bien, si desde el derecho internacional se han dado pasos importantes para avanzar en el uso proporcional de la fuerza y de las armas en el marco jurídico de los DD. HH., estos no se han concretado en tratados vinculantes para los Estados. Resta, por consiguiente, indagar sobre la postura de los Estados individualmente considerados. Examinar si, en efecto, estos han acogido las directrices internacionales transformándolas en normativa local obligatoria; si consideran estos instrumentos como vinculantes en virtud de la costumbre internacional, o si, acogiendo la jurisprudencia regional, en nuestro caso de la CteIDH, finalmente se acepta el carácter vinculante de estos instrumentos. Este es justamente el propósito del siguiente apartado, en esta oportunidad examinando el caso colombiano desde la perspectiva de la Corte Constitucional.

La Corte Constitucional y el principio de proporcionalidad en el uso de la fuerza en el marco de los DD. HH.

La Corte Constitucional colombiana tiene ocho pronunciamientos en los cuales ha tocado el tema del uso de la fuerza y de las armas. Sin embargo, solo en tres de ellos, las sentencias C-281-17, C-082-18 y SU-190-21, la Corte ha desarrollado con algo más de profundidad la relación entre el uso de la fuerza y de las armas con el principio de proporcionalidad. Por este motivo, abordaremos estos tres fallos, pero, sobre todo, nos detendremos en el de 2021, en el cual verdaderamente se hace una exposición más completa del tema (Tabla 1).

Tabla 1. *Pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre uso de la fuerza por agentes estatales*

Sentencia	Hechos	Relación con el uso de la fuerza y las armas
C-939-02	Control automático de constitucionalidad sobre el Decreto Legislativo 1900 de 23 de agosto de 2002, por el cual se adoptan medidas en materia penal contra las organizaciones delincuenciales y se dictan otras disposiciones en el marco de la declaración de estado de conmoción interior en todo el territorio el 11 de agosto de 2002.	El tema se trae a colación en virtud del análisis del principio de temporalidad de las medidas adoptadas durante un estado de conmoción interior. Allí se da cuenta de que durante estos estados de excepción se amplían las facultades gubernamentales para disponer del uso de la fuerza y, en general, de la capacidad coercitiva del Estado. Mientras que, en la normalidad, es al legislador al que le corresponde determinar quiénes pueden ejercer legítimamente la fuerza, en qué circunstancias y bajo qué límites.

Continúa tabla...

Sentencia	Hechos	Relación con el uso de la fuerza y las armas
T-476-08 y T-647-08	<p>Dos acciones de tutela contra la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional, entidad encargada de prestar ayuda a los desplazados.</p> <p>En la primera, la accionante alega que la entidad no le prestó la ayuda económica correspondiente, puesto que no era la titular de la lista de su familia, ya que allí figuraba su esposo. En la segunda, se acude a la tutela porque se negó el registro como población desplazada, puesto que la solicitud se hizo un año después de ocurridos los hechos que dieron origen al desplazamiento.</p>	<p>Se reúnen estas dos tutelas, porque la aclaración de voto del magistrado Jaime Araújo se repite, y es en aclaración de voto donde se alude al uso de la fuerza. En su escrito, el magistrado critica los fallos de la Corte en materia de desplazamiento forzado porque, según él, no generan obligaciones jurídicas ni tampoco coacción jurídica para su desarrollo. En efecto, los fallos contienen órdenes jurídicas defectuosas, puesto que los mandatos son abstractos, generales, ambiguos e imprecisos tanto respecto de los agentes responsables como de las condiciones de tiempo, modo y lugar en que lo ordenado debería ejecutarse. Y se expone que las dos características diferenciadoras entre una obligación jurídica y una moral son que el derecho regula su propia creación y aplicación y que los sistemas jurídicos prevén y regulan el uso de la fuerza.</p>
C-430-19	<p>Acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 1.º (parcial) de la Ley 1862 de 2017, por la cual se establecen las normas de conducta del militar colombiano y se expide el Código disciplinario militar.</p> <p>Artículo 1.º Deber fundamental del militar. Es deber fundamental del militar por su honor, la disposición permanente para defender a Colombia, incluso con la entrega de la propia vida cuando sea necesario, cumpliendo la Constitución Política, las leyes y los reglamentos, respetando los preceptos, principios, valores y virtudes inherentes a la carrera militar.</p>	<p>De acuerdo con los demandantes, el derecho a la vida prevalece sobre el honor militar. El uso de la fuerza se plantea porque la corte recuerda que tal uso le corresponde de forma exclusiva al Estado y se reiteran los requisitos de excepcionalidad y proporcionalidad mencionados en la Sentencia C-082-18. Se señala, además, que estos requisitos son garantía de su neutralidad en el desarrollo de la vida política y democrática. La corte concluye que la naturaleza de las funciones a cargo de las FF. MM. y las implicaciones del uso de la fuerza y de las armas conlleva a asumir riesgos para la integridad y la vida de sus miembros por lo que se declara exequible el aparte demandado.</p>
A-486-20	<p>Se trata de un auto de seguimiento sobre las medidas adoptadas por las autoridades para proteger los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad en respuesta al COVID-19, a propósito de las sentencias T-388-13 y T-762-2015</p>	<p>El uso de la fuerza se plantea porque se solicitó a las autoridades la adopción de protocolos adicionales para tal uso en caso de motines.</p> <p>Frente a la pandemia, la corte reiteró la necesidad de usar proporcionalmente la fuerza y solo emplear medidas represivas como último recurso. El MinJusticia informó que sus protocolos de uso de la fuerza estaban acordes con el DIDH.</p>

Resumen de los otros cinco pronunciamientos donde la Corte Constitucional de Colombia ha mencionado el uso de la fuerza por agentes estatales.

Fuente: Elaboración propia.

Continuando con el análisis de las tres sentencias que consideramos más relevantes en el tema, tenemos la Sentencia C-281-17, la cual resuelve una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 39, numeral 1 y

parágrafo 3, 41, parágrafo 3, 53 (parcial), 55, 56 (parcial), 103 (parcial), 149 (parcial), 155, 157 y 205, numeral 12, de la Ley 1801 de 2006, “Por la cual se expide el Código Nacional de Policía y Convivencia”. Esta sentencia nos permite hacer la distinción entre el juicio o test de proporcionalidad o de razonabilidad practicado por la Corte Constitucional y la proporcionalidad como criterio o principio indispensable para valorar el uso legítimo de la fuerza y de las armas por los agentes estatales (Corte Constitucional de Colombia, 2017).

Así, parte de la sentencia se ocupa de evaluar la proporcionalidad de las limitaciones impuestas por el Código de Policía a la ciudadanía, mediante la aplicación del juicio de proporcionalidad. Pero es en la consideración N.º 6 donde se alude a la proporcionalidad como parámetro para determinar si el uso de la fuerza por parte de los policías fue o no adecuado, es decir, la proporcionalidad en el sentido en que se ha estado manejando en este texto. A este respecto, la demanda se dirige contra el artículo 56 del Código de Policía (Parcial):

Artículo 56. Actuación de la fuerza pública en las movilizaciones terrestres.

[...] Los cuerpos de Policía intervendrán solo cuando se considere que su actuación es necesaria, atendiendo al principio de proporcionalidad y a la garantía de los derechos de los manifestantes y de los demás habitantes que puedan verse afectados por su actuación. Los escuadrones móviles antimotines solo serán enviados cuando no sea posible por otro medio controlar graves e inminentes amenazas a los derechos.

Las FF. MM. no podrán intervenir en el desarrollo de operativos de control, contención o garantía de la realización de las movilizaciones sociales terrestres, salvo los casos en los que excepcionalmente los autoriza la Constitución y la ley.

Según los demandantes, con esta disposición se suplanta a la Policía Nacional pues se posibilita la intervención de las FF. MM. en operativos de control, contención o garantía de realización de movilizaciones sociales terrestres, de forma excepcional y, al permitirse esta suplantación, los accionantes alegan igualmente que se vulnera el principio de distinción del DIH. La corte concluye que las FF. MM. no suplantán a la Policía, ya que estas solo pueden intervenir de manera excepcional en operativos de garantía de realización de movilizaciones sociales terrestres cuando estas impliquen remover obstáculos

externos, por ejemplo, amenazas y ataques de grupos armados, por lo que, además, en ningún momento se vulneraría el principio de distinción del DIH. No obstante, en lo que nos atañe, no se hizo una mayor referencia al principio de proporcionalidad en el uso de la fuerza y de las armas.

Por su parte, en la Sentencia C-082-18, nuevamente se aborda una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 169 (parcial) de la Ley 1801 de 2016 por la cual se expide el Código Nacional de Policía y Convivencia. Ese artículo señala:

Artículo 169. Apoyo urgente de los particulares. En casos en que esté en riesgo inminente la vida e integridad de una persona, el personal uniformado de la Policía Nacional, *podría solicitar y exigir el apoyo de los particulares a las funciones y actividades de Policía* y hacer uso inmediato de sus bienes para atender la necesidad requerida. Las personas solo podrán excusar su apoyo cuando su vida e integridad quede en inminente riesgo.

El demandante formula dos cargos, siendo el primero el que se relaciona con el tema del uso de la fuerza. Los argumentos que acompañan el primer cargo son: 1) La disposición contiene una previsión abierta e indeterminada al no definir la naturaleza del apoyo, ni excluir que el mismo involucre el uso de armas. Esto vulneraría la Constitución que contempla, por un lado, como única excepción para que los habitantes tomen las armas la necesidad de defender la independencia nacional y las instituciones públicas (art. 216) y, por otro, que el monopolio del uso legítimo de las armas lo tiene la fuerza pública (art. 223). 2) El uso de la fuerza requiere de una preparación determinada que solo los servidores públicos entrenados poseen.

En sus consideraciones, la Corte alude a una relación de proporcionalidad directa entre la permisión amplia del porte de armas y el riesgo de atentados a la vida e integridad personal de terceros, además advierte que el uso de armas contribuye a generar desequilibrios de poder económico y político, generalmente beneficiando a grupos ilícitos. Seguidamente advierte que el uso de las armas está sometido a requisitos de excepcionalidad y proporcionalidad y, en ese sentido, menciona los presupuestos para que ese uso sea legítimo: 1) que se utilicen por integrantes de la fuerza pública; 2) que cumpla con los propósitos constitucionales de la fuerza pública; 3) que se utilicen cuando no

haya otra medida disuasoria, y 4) que su uso se ajuste a criterios de proporcionalidad. Al final, la Corte rechaza el cargo al considerarlo una interpretación irrazonable que no coincide con una interpretación armónica del conjunto de disposiciones del Código de Policía. El criterio de proporcionalidad, aunque se menciona, tampoco se desarrolla con profundidad en este fallo.

La sentencia más reciente de la Corte Constitucional relacionada con la proporcionalidad en el uso de la fuerza y de las armas es la SU-190 de 2021, pronunciamiento que constituye, en nuestro criterio, un hito en el tema (Corte Constitucional de Colombia, 2021). En este pronunciamiento, la corte abordó los hechos ocurridos el 23 de noviembre de 2019 durante las manifestaciones ciudadanas fundadas en el Paro Nacional. Ese día, el joven Dilan Cruz fue herido en la cabeza por un proyectil *bean bag* y, dos días después, falleció por esta causa.

La Jurisdicción Penal Militar absolvió al agente de Policía involucrado en esos hechos, al estimar que las manifestaciones se tornaron violentas y que, por ello, estuvo justificado el uso de la fuerza y de las armas por parte del agente del Escuadrón Móvil Antidisturbios de la Policía Nacional (ESMAD). Frente a esta decisión, la madre del joven interpuso una tutela arguyendo que, contrario a lo señalado, la Policía no estaba siendo agredida en ese momento por los manifestantes y que, por lo tanto, la respuesta del ESMAD fue injustificada y desproporcionada.

En este caso, el debate se centró en si la actuación del agente estatal se había dado en el marco del servicio y, por lo tanto, en cuál debería ser la jurisdicción competente. Pero esta revisión de tutela constituyó también la oportunidad para que la Corte Constitucional se pronunciara sobre las reglas internas y los estándares internacionales sobre el uso de la fuerza por parte de agentes estatales.

En esta ocasión, la corte refiere estándares del DIDH, eludiendo la mención a instrumentos específicos. Señala que el uso de la fuerza y de las armas, se somete a estrictos límites dados por el principio de legalidad, en tanto debe existir un fundamento jurídico y un fin legítimo, y por el hecho de que solo pueden emplearse las armas autorizadas. Y menciona que el uso

de la fuerza debe ser excepcional, esto es, cuando sea estrictamente necesario e imperioso y de manera rigurosamente proporcional. Además, la corte advierte que esta fuerza solo puede ejercerse contra las personas que estén actuando con violencia o para evitar un peligro inminente. Así mismo, enlista algunas finalidades que harían viable su utilización: 1) prevención de un delito y 2) detención legal de delincuentes o de presuntos delincuentes.

Seguidamente, la corte se centra en el desarrollo que el SIPDH le ha dado al uso de la fuerza y de las armas por parte de agentes estatales. Sin referir pronunciamientos específicos, la Corte Constitucional menciona que la CteIDH ha indicado que los cuerpos armados y organismos de seguridad de los Estados deben estar preparados para situaciones de perturbación del orden público, respetando siempre los DD. HH.

El Tribunal Nacional advierte también, sin precisar la fuente, que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha hecho referencia a los principios de necesidad y proporcionalidad en el uso de la fuerza y de las armas. Al primero, enfatizando en que solo es posible su uso ante hechos violentos o delictivos que pongan en riesgo la vida o la integridad personal de los habitantes y siempre y cuando no existan otros medios menos lesivos para controlar la situación.

Al segundo, la proporcionalidad, resaltando que este implica minimizar los daños y las lesiones que la intervención de los agentes estatales pueda causar, y hacer un uso diferenciado y progresivo de la fuerza y de las armas. Para ello se debe identificar, como lo mencionamos en la primera parte de este escrito, el grado de cooperación, resistencia o agresión contra el cual se pretenden usar dicha fuerza o armas, privilegiando, en cualquier caso, tácticas de negociación y otras de control. Del mismo modo, la corte retoma el argumento de que el análisis de la proporcionalidad involucra la valoración de la intensidad y peligrosidad de la amenaza, el cómo se comporta el individuo contra el cual se usaría la fuerza o las armas, las condiciones del entorno y los medios que tenga el funcionario para hacer frente a la situación. De allí que los agentes deban tener presente los riesgos que entrañan estos usos y, el hecho de que, su decisión puede conllevar a un aumento de los niveles de tensión.

Hasta aquí, observamos que la Corte Constitucional recoge algunos de los estándares de interpretación mínimos sobre el uso de la fuerza y de las armas, tanto del ámbito internacional como del regional. Sin embargo, no se hace alusión expresa ni a estos instrumentos ni a sentencias en particular. Por lo tanto, no queda claro el valor vinculante que la Corte Constitucional le da a estos instrumentos y pronunciamientos internacionales y, lo cierto es que, tampoco se acogen la integralidad de estas interpretaciones. Así, aunque el año 2021 marca un importante avance en el tema desde la labor de la Corte Constitucional colombiana, la interpretación y el alcance que debería dársele al uso de la fuerza y de las armas tendría que incorporar todos estos mínimos explicados con antelación.

Por otra parte, en la Sentencia SU-190 de 2021, la corte realiza un análisis sobre la regulación nacional del uso de la fuerza y de las armas haciendo hincapié en las actuaciones de la Policía Nacional y agregando un principio al que desde el ámbito internacional y regional no se había hecho referencia. La corte identifica cuatro principios que deben orientar el uso de la fuerza y de las armas de la Policía en Colombia: 1) legalidad, 2) necesidad, 3) proporcionalidad, e 4) igualdad. Realizaremos algunos comentarios sobre los dos últimos, debido a lo novedoso y complementario que podría resultar el último para la proporcionalidad.

La Corte Constitucional subraya que las medidas adoptadas por la Policía Nacional deben ser proporcionales y razonables de acuerdo con las circunstancias y el fin perseguido. Y, para explicar mejor este punto, afirma que la extensión del poder de policía está en proporción inversa al valor constitucional de las libertades afectadas. Por último, en cuanto a la igualdad, prescribe que el uso de la fuerza y de las armas no puede conllevar a afirmar una discriminación de ningún sector de la población, puesto que así lo señala expresamente el artículo 13 constitucional al puntualizar que todos los habitantes recibirán la misma protección y trato de las autoridades.

De estas consideraciones abstraemos dos breves deducciones. La primera, que es muy interesante la relación que se plantea entre extensión del poder de policía, es decir, hasta dónde puede llegar la intervención de la Policía, y el valor constitucional de las libertades constitucionales, diríamos nosotros la

importancia o peso de ciertas libertades. Por un lado, se insiste en que el poder de la Policía y, por esta vía, el del Estado no es absoluto ni ilimitado, y que no solo tiene restricciones en sentido abstracto, sino limitaciones específicas cada vez más determinadas y desarrolladas. Por otro lado, y sin entrar en el debate teórico de si todas las libertades de las personas tienen o no un valor constitucional, la corte plantea que el que las libertades de una persona gocen hoy en día de un valor constitucional o de un rango constitucional es la mayor garantía para limitar el ejercicio del poder del Estado.

La segunda deducción es que, si pensamos detenidamente, el criterio de proporcionalidad envuelve en sí mismo algo de igualdad en el tratamiento de una situación. En efecto, uno de los significados de la palabra proporcional respecto de una cantidad o una magnitud es que mantiene una proporción o razón constante con otra (RAE, 2021). Por lo tanto, hay una comparación entre dos cosas y se trata de mantener una constancia o igualdad en el tratamiento, en este caso una proporcionalidad entre el uso de la fuerza y de las armas y la respuesta por parte de quien está recibiendo esta acción. Pero esa proporcionalidad también podría extenderse: 1) a la comparación entre situaciones en las que se haya ejercido el uso de la fuerza y de las armas por parte de agentes estatales, para que sirva a estos agentes en el presente como parámetro de contraste, sea para implementar los correctivos necesarios o para seguir el ejemplo ante casos exitosos. Y 2) a la comparación entre situaciones en las que se haya ejercido el uso de la fuerza y de las armas por parte de agentes estatales, pero esta vez para que les sirva a las personas contra las que se ejerce la fuerza o el empleo de las armas, para que se consideren sus calidades y sus posibles situaciones de vulneración y no se refuerce ninguna discriminación con el uso del poder por parte de los agentes estatales. Estos aspectos sobre la relación existente entre proporcionalidad e igualdad no se han abordado desde los ámbitos internacional y regional, por lo que es del todo valioso que la Corte Constitucional haya individualizado este criterio.

Este pronunciamiento también nos sirve de excusa para adentrarnos en la reglamentación del uso de la fuerza y de las armas por la Policía Nacional, y así indagar si se está acorde con los estándares internacionales, regionales y nacionales, estos últimos identificados con los pronunciamientos de la Corte Constitucional.

Regulación del principio de proporcionalidad del uso de la fuerza y de las armas por la Policía Nacional de Colombia

En este tema, según lo destaca la Corte Constitucional en la última sentencia a la que aludimos en el apartado precedente (2021), los instrumentos esenciales para la Policía Nacional son: 1) Resolución 02903 del 23 de junio de 2017, que contempla el Reglamento para el uso de la fuerza y el empleo de armas, municiones, elementos y dispositivos menos letales, por parte de la Policía Nacional en la prestación del servicio de policía, en adelante Reglamento de la Policía (Dirección General de la Policía, 2017a) y 2) Resolución 3002 del 29 de junio de 2017 que contempla el Manual para el servicio en manifestaciones y control de disturbios para la Policía Nacional, en adelante Manual de la Policía (Dirección General de la Policía, 2017b). A los que añadiríamos el Código Nacional de Policía y Convivencia o Ley 1801 de 2016, cuyo artículo 166 refiere el uso de la fuerza calificándolo como un medio material necesario, proporcional y racional.

En el Reglamento de la Policía se precisa, desde sus consideraciones, que para la institución es primordial revisar y ajustar sus disposiciones con el DIDH, así como con los estándares internacionales para el uso de la fuerza. Más adelante, en el mismo apartado se menciona que las intervenciones de sus agentes deben hacerse de acuerdo con las normas nacionales y bajo la observancia de los principios básicos sobre el empleo de la fuerza y armas de fuego para los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. Y cierran las consideraciones indicando que la Policía debe coadyuvar para que el uso de la fuerza, así como el empleo de cualquier tipo de arma en los diferentes actos del servicio, se lleve a cabo de manera correcta y conforme a la ley.

Esta justificación del Reglamento de la Policía nos motiva a realizar tres reflexiones. Primera, el código de conducta se adoptó en 1979 y los principios básicos en 1990 y no es sino hasta 2017 que vemos en Colombia una norma relativa a la Policía Nacional que se funde expresamente en los segundos, aunque el primero se retoma en su contenido y en la necesidad de ajustarse a estándares internacionales; la buena noticia es que, al menos, ya tenemos este tipo de normativa, aun cuando nos hayamos tomado nuestro tiempo. Segunda, el énfasis respecto de estándares internacionales en la parte motiva de

este reglamento no deja duda de que su interpretación debe hacerse conforme a este tipo de instrumentos jurídicos. Tercera, se plantea una diferencia, o más bien, una relación de complementariedad entre el uso correcto y el uso conforme a la ley de la fuerza y de las armas. Esto pone de presente que nuestros agentes de Policía no son ciegos aplicadores de la ley, sino que deben tener una formación que les permita evaluar en todo momento cuál debe ser el comportamiento adecuado de acuerdo no solo con la ley nacional, sino con los estándares internacionales y, en general, con el DIDH.

En su contenido, los artículos 7.3 y 11 del Reglamento de la Policía son especialmente relevantes para este texto. En el artículo 7.3 se define el principio de proporcionalidad separándolo del de racionalidad. Se alude a la proporcionalidad como un uso de la fuerza y de las armas con moderación y en relación con la gravedad de la amenaza y el objetivo que se persigue, seleccionando entre los medios idóneos el que cause menos daño a la integridad de las personas y de sus bienes. Mientras que la racionalidad corresponde a la capacidad de elegir el nivel de fuerza por aplicar según la situación enfrentada.

De estas definiciones, se resalta que para la Policía Nacional el adecuado uso de la fuerza y de las armas implica una valoración sobre los daños que se puedan causar no solo respecto de las personas contra las que se ejerce la fuerza o se emplean las armas, sino también respecto de sus bienes, aspecto que aún no es considerado en los estándares internacionales de la materia. Además, se emplea el término *moderación*, al que hasta ahora no habíamos hecho referencia, concepto que involucra actitudes tales como cordura, sensatez, templanza en las acciones, en otras palabras, prudencia, buen juicio, sobriedad y continencia (RAE, 2021), calificativos que nos parecen del todo pertinentes como cualidades de los agentes por cultivar en este tipo de situaciones.

Por su parte, el artículo 11.º estipula un modelo para usar la fuerza y las armas de forma diferenciada y proporcional. Dictaminando que su uso preventivo o reactivo (arts. 12 y 13) debe atenerse al nivel de resistencia del individuo, esto es, si se trata de una resistencia pasiva o activa (art. 10.º). Lo interesante aquí es que el mismo artículo prevé que, además de mantener la autoridad en todo momento, debe haber un dinamismo en el actuar del policía. Por lo tanto, la valoración sobre cómo controlar la situación con los medios disponi-

bles sin causar mayores daños debe ser constante. Como lo prescribe el artículo 15, el policía debe estar concentrado en observar los cambios de los niveles de resistencia de la persona intervenida en un procedimiento, para decidir qué nivel de uso de la fuerza debe emplear.

Frente al segundo instrumento, el *Manual de Policía*, este está dedicado al manejo de manifestaciones y de disturbios. El manual también refiere el código de conducta y los principios básicos, enfatizando en que es imprescindible la capacitación de los policías en este tema, y luego establece unos parámetros para el acompañamiento, garantía, prevención e intervención en manifestaciones y control de disturbios distinguiendo entre fases preliminar o de planeación, de ejecución y de evaluación.

Centrándonos en la fase de la ejecución, donde cobra relieve práctico el principio de proporcionalidad, tenemos algunas disposiciones que se refieren directamente al uso de la fuerza y de las armas expresamente, las cuales deben ser complementadas con la previsión de la intervención del ESMAD (arts. 21 a 24).

- Está el deber de los comandantes de recordarle a los agentes el respeto por los DD. HH. y el adecuado uso de la fuerza y de las armas (art. 15.2.a);
- El deber de agotar instancias de persuasión, diálogo, mediación y gestión del conflicto para reducir el riesgo de confrontación insistiendo en que el uso de la fuerza debe ser el último recurso (art. 15.2.m);
- La previsión de que en caso de uso de la fuerza se deben acatar los estándares internacionales y la normatividad nacional, si causan daños colaterales se debe remitir un informe al superior y si hay ciudadanos heridos deben ser atendidos e informar a sus familiares (art. 15.2.n);
- La contemplación del dinamismo de las situaciones por lo que se pide una continua evaluación y análisis para, si es el caso, reorganizar, reorientar o solicitar apoyo a la actuación.

Las anteriores previsiones nos permiten darnos cuenta, en una situación que es usualmente enfrentada por los policías, como lo son las manifestaciones y los disturbios, cuáles son las instrucciones que estos tienen y cómo estas directrices se compaginan con estándares internacionales y nacionales sobre el uso de la fuerza y de las armas.

Estas breves reflexiones sobre la regulación de la actuación de los agentes de policía en Colombia dan cuenta de que, aun cuando la Corte Constitucional no cita expresamente los instrumentos internacionales básicos en la materia, las instituciones de la Fuerza Pública, en este caso la Policía Nacional, reconocen la importancia de su consideración y conciben su actuación a la luz de lo que en ellos se dispone. Por consiguiente, este es un buen ejemplo de complementariedad en la protección de los DD. HH. en nuestro país y un ejemplo también de que no es necesario esperar una demanda de inconstitucionalidad o una acción de tutela para que nuestras autoridades administrativas den cuenta tanto de la incorporación de altos estándares internacionales en la promoción y el respeto de estos derechos, como de un esfuerzo por que en la actuación de sus agentes impere el mayor respeto por la dignidad de las personas.

Conclusiones

Sobre el interrogante de cuál ha sido en Colombia el desarrollo del principio de proporcionalidad respecto del uso de la fuerza y de las armas en contextos ajenos al conflicto armado interno, concluimos que la Corte Constitucional cuenta con numerosos pronunciamientos sobre la fuerza pública y, en específico, sobre la Policía y las FF. MM., tendientes, principalmente, a esclarecer el alcance del monopolio o exclusividad del ejercicio de la fuerza y de las armas en nuestro país. Sin embargo, son menos los pronunciamientos en los que se ha ocupado como tal de las condiciones en que debería darse ese ejercicio, y estos fallos se reducen aún más si el punto de atención se centra solamente en el principio o criterio de proporcionalidad.

Uno de estos fallos (Corte Constitucional de Colombia, 2017) nos permitió poner de presente la diferencia entre el juicio o test de proporcionalidad y el uso del criterio de proporcionalidad como parámetro para determinar si el uso de la fuerza y de las armas es legítimo. En otra sentencia (Corte

Constitucional de Colombia, 2018), aun cuando no se estudió con profundidad la proporcionalidad en el uso de la fuerza y de las armas, se precisaron cuáles eran los criterios para hacer un uso legítimo de estas y entre esos criterios se señaló expresamente un ajuste a la proporcionalidad.

A este respecto identificamos la Sentencia SU-190 de 2021 como un hito en la materia. En esa sentencia, el tribunal constitucional reitera, en lo pertinente, parte del contenido de los instrumentos internacionales y de las sentencias de la CteIDH, sin hacer mención expresa de a cuáles se refiere ni a si otorga o se descarta el carácter vinculante de estos instrumentos y pronunciamientos. No obstante dichas omisiones, el tribunal constitucional aporta un nuevo principio a valorar en el uso de la fuerza y de las armas de los agentes estatales, el principio de igualdad. Con la individualización de este principio, la corte hace hincapié en que el uso de la fuerza y de las armas por parte de estos agentes no puede revictimizar a personas y grupos que ya de por sí son vulnerables.

En este fallo, la corte alude al uso diferenciado y progresivo de la fuerza de acuerdo con el grado de cooperación, resistencia, agresión y peligrosidad de la persona que recibe este uso. Y fueron los hechos de este caso los que nos condujeron a adentrarnos en el estudio del *Reglamento para el uso de la fuerza y el empleo de armas, municiones, elementos y dispositivos menos letales*, por parte de la Policía Nacional en la prestación del servicio de policía (Dirección General de la Policía, 2017a) y del *Manual para el servicio en manifestaciones y control de disturbios para la Policía Nacional* (en adelante Manual de la Policía (Dirección General de la Policía, 2017b), ampliando las reflexiones en torno al criterio de proporcionalidad en estas normas.

En estos dos instrumentos nacionales descubrimos que se alude expresamente a la pertinencia de interpretar su contenido de acuerdo con estándares internacionales, particularmente, aquellos vigentes para la época de su adopción, esto es, el código de conducta y los principios básicos. Por consiguiente, no se descarta la interpretación y, por lo tanto, actualización del alcance de estas normas a la luz de nuevos estándares internacionales, como lo serían los lineamientos suplementarios, los pronunciamientos de cortes internacionales y regionales, y las observaciones de órganos de DD. HH.

En consecuencia, estimamos necesario que la Corte Constitucional colombiana y el poder judicial, en general, utilicen dichos instrumentos internacionales de forma explícita en sus pronunciamientos para determinar la correcta interpretación y alcance que las disposiciones nacionales en la materia deberían tener para nuestros agentes.

Ahora bien, desde el ámbito internacional tenemos que la regulación sobre cómo deben ser las actuaciones de los agentes del Estado se ha venido trabajando desde hace décadas tal y como lo corroboran el código de conducta y los principios básicos. No obstante, algunas precisiones en lo que atañe al alcance y la puesta en práctica del principio de proporcionalidad en el uso de la fuerza y de las armas siguen siendo necesarias. Prueba de ello son los lineamientos suplementarios, el *Informe provisional sobre la situación mundial de las ejecuciones extrajudiciales, sumarias y arbitrarias* de 2006, la Observación general N.º 36 del Comité de Derechos Humanos y algunas de las sentencias de la CteIDH.

En relación con los lineamientos suplementarios, y tan solo por mencionar algunos de los aspectos sobre los que hicimos hincapié en el desarrollo de este texto, se pone de presente la posibilidad de aproximarse a los instrumentos internacionales que regulan la temática considerándolos como costumbre internacional. Esto llevaría a reconocérseles como vinculantes por parte de los Estados de la comunidad internacional. Reconocimiento que facilitaría estandarizar unos mínimos de comprensión y aplicación del principio de proporcionalidad en el uso de la fuerza y de las armas por parte de agentes estatales en situaciones que no se enmarquen en conflictos armados.

Así mismo, y en caso de seguir insistiéndose en la falta de vinculación de los instrumentos internacionales referentes al uso de la fuerza y de las armas, es necesario llamar la atención, como aquí lo hicimos, en los pronunciamientos de los organismos y órganos internacionales y regionales en la materia, y en el deber convencional que tienen los Estados parte de atender de buena fe estas interpretaciones y, en el caso del SIPDH, en el deber de las autoridades de los Estados parte de realizar un control de convencionalidad difuso aplicando las interpretaciones de la CteIDH.

Estos pronunciamientos nos permiten comprender que los criterios de necesidad y proporcionalidad, que muchas veces suelen confundirse, son claramente diferenciables en cuanto a su alcance y consecuencias: la proporcionalidad apunta al equilibrio entre el uso de la fuerza y la amenaza que la persona contra la que se ejerce representa para los terceros; mientras que la necesidad apunta a seleccionar el nivel de fuerza que genere menos daño a la vida e integridad de la persona que la recibe.

Igualmente, estas decisiones, desde el ámbito internacional, nos permiten señalar inequívocamente que el uso desproporcionado de la fuerza y de las armas por un agente estatal conlleva a la calificación de su conducta como arbitraria. Por ello se precisa que, siempre que haya una lesión con su ejercicio debe realizarse una investigación que esclarezca la posible responsabilidad del Estado. En tal sentido, deben considerarse tres momentos en que se concreta el uso de la fuerza y de las armas: acciones preventivas, acciones concomitantes y acciones posteriores. La valoración de la conducta de los agentes es distinta en cada etapa. Por ejemplo, en las acciones concomitantes debe tenerse en cuenta las circunstancias precisas de los hechos, pero también el contexto en que estos se presentan y las directrices generales que, independientemente de la situación, los agentes estatales deben atender.

Como apertura para futuras investigaciones en el tema, quedan pendientes, entre otros aspectos, la revisión de pronunciamientos de otros organismos gubernamentales y de ONG vinculadas con el DIDH y la proporcionalidad del uso de la fuerza y de las armas. Así mismo, podría hacerse un énfasis en el caso de las FF. MM., particularmente sobre las variaciones o especificidades de la aplicación del criterio de proporcionalidad, debido a la aplicación del DIH. Escritos recientes han abordado el tema del uso de la fuerza, pero no desde esta perspectiva (Pérez, 2020).

Referencias

- Alston, P. (Relator Especial) (2006). *Informe provisional sobre la situación mundial con respecto a las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias*. <https://n9.cl/lpplx>
- Amnesty International (2016). *Uso de la fuerza. Directrices para la aplicación de los principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley*. <https://www.amnesty.nl/>

- Asamblea General de las Naciones Unidas (1979). *Resolución 34/169*. Mediante la cual se adopta el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. <https://n9.cl/1ol7w>
- Benavides, C. F., Benavides, J.C, & Santillán, A.L. (2021). *Principios que rigen el uso progresivo de la fuerza y su aplicación en la Policía Nacional. Dilemas contemporáneos: educación, política y valores*, 8(3). <https://doi.org/10.46377/dilemas.v8i.2704>
- Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos relativo al derecho a la vida (2018). *Observación general N.º 36 al PIDCP relativo al derecho a la vida*. <https://n9.cl/xyyfq>
- Comité Internacional de la Cruz Roja, CICR. (2010, 29 de octubre). *El DIH y el DIDH. Introducción*. <https://n9.cl/6nw8o>
- Comité Internacional de la Cruz Roja, CICR. (2018, 20 de junio). *Uso de la fuerza en escenarios de conflicto armado y de violencia. Diferencias de la aplicación entre el DIH y el DIDH*. <https://n9.cl/2rvpxw>
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-939-02 de 2002, (M.P. Eduardo Montealegre).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T- 476 de 2008, (M.P. Clara Vargas).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-647 de 2008, (M.P. Clara Vargas).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-281 de 2017, (M.P. Aquiles Arrieta).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-082 de 2018, (M.P. Gloria Ortiz).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-430 de 2019, (M.P. Antonio Lizarazo).
- Corte Constitucional de Colombia, Auto A-486 de 2020, (M.P. Gloria Ortiz).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU 190 de 2021, (M.P. Diana Fajardo).
- CteIDH (2006a). Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia del 26 de septiembre de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. <https://n9.cl/n1109>
- CteIDH (2006b). Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela. Sentencia del 5 julio de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. <https://n9.cl/w6kft5>
- CteIDH (2014). Caso hermanos Landaeta Mejía y otros vs. Venezuela, Sentencia del 27 de agosto de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. <https://n9.cl/6c4vh>
- CteIDH (2015). Caso Cruz Sánchez y otros vs. Perú. Sentencia del 17 de abril de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. <https://n9.cl/v2aro>
- CteIDH (2020). Orden público y uso de la fuerza. Colección Cuadernillo de jurisprudencia de la CteIDH, (25). CIDH y GIZ, 106 p.
- Dirección General de la Policía Nacional (2017a). *Resolución N.o 02903 del 23 de junio por la cual se expide el Reglamento para el uso de la fuerza y el empleo de armas, municiones, elementos y dispositivos menos letales, por parte de la Policía Nacional en la prestación del servicio de policía*. <https://n9.cl/a72b>
- Dirección General de la Policía Nacional (2017b). *Resolución No.03002 del 29 de junio por la cual se expide el Manual para el servicio en manifestaciones y control de disturbios para la Policía Nacional*. <https://n9.cl/mglou>

- Estados participantes en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (1990). *Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de las armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley*. Cuba: la Habana, 27 de agosto al 7 de septiembre. <https://n9.cl/3u73h>
- Gómez (2021). Los DD. HH. en la legítima defensa y el uso proporcional de la fuerza. *Enfoques jurídicos*, (03), enero-junio. <https://n9.cl/2cek3>
- Heintze (2004, 31 de diciembre). La relación entre la protección conferida por el derecho de los derechos humanos y el DIH. *Revista Internacional de la Cruz Roja*. <https://n9.cl/i0adib>
- Herrera V., M. (2020). *Análisis teórico de los principios de proporcionalidad, necesidad y legalidad en el uso de la fuerza física de los agentes policiales en nuestro ámbito nacional*. <https://n9.cl/15x4u>
- Ley 1801 de 2016. Por medio de la cual se expide el Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana. Julio 29 de 2016. D.O. 49949.
- Ministerio de Defensa Nacional-Policía Nacional (2017). *Resolución N.o 02903 de 23 de junio de 2017 por la cual se expide el reglamento para el uso de la fuerza y el empleo de armas municiones, elementos y dispositivos menos letales por la policía nacional*. <https://www.policia.gov.co>
- Nizama V., & Nizama Ch. (2020). El enfoque cualitativo en la investigación jurídica, proyecto de investigación cualitativa y seminario de tesis. *Vox Juris* (38), 2. <https://n9.cl/3gmu1>
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2020). *Lineamientos suplementarios sobre armas menos letales*. <https://n9.cl/mq6me>
- Pariatanta, E. (2020). *Razonabilidad y proporcionalidad del uso de la fuerza policial en la Ley 31012, a propósito de la proliferación COVID-19*. [Tesis de abogado]. Universidad Señor de Sipán. <https://n9.cl/ljkza>
- Pérez (2020). *Las complejidades sobre el uso legítimo de la fuerza por parte de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional. Caso colombiano*. [Tesis de maestría]. Universidad Santo Tomás. <https://n9.cl/thbzbv>
- Pulido. G. (2014). *De los límites necesarios del uso de la fuerza policial en el marco de las manifestaciones sociales en Colombia*. [Tesis de maestría]. Universidad Santo Tomás. <https://n9.cl/i8ksm>
- RAE (2021). Diccionario de la Real Academia Española. Edición del tricentenario, actualización de 2021. <https://dle.rae.es>
- Rodríguez (2014). *Principios de racionalidad y proporcionalidad en el uso legítimo de la fuerza*. [Tesis de maestría]. Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. <https://n9.cl/ronor>
- Zuluaga, M., Colorado, C., & Arteaga, J. (2018). *Uso Excesivo de la fuerza por parte de agentes del Estado*. [Tesis de grado]. Pereira: Universidad Libre. <https://n9.cl/89dyc>

El principio de proporcionalidad como límite de los ciberataques en los conflictos armados internacionales

DOI: <https://doi.org/10.21830/9786289544671.05>

Yonni Albeiro Bermúdez Bermúdez

Escuela Militar de Cadetes “General José María Córdova”

Resumen: surgido de la indeterminación acerca de cómo se aplica el principio de proporcionalidad en los ciberataques en medio de un conflicto armado internacional, este capítulo examina si dicho principio es pertinente en estos nuevos escenarios de guerra cuando se despliegan operaciones militares. Para esto, analiza documentos físicos y digitales, bases de datos, revistas indexadas y disposiciones legales. Debido a los avances tecnológicos, hoy es más probable que se produzca una guerra cibernética que una guerra tradicional, ya que cuando se trata de ciberataques es más difícil seguir su rastro e identificar a sus responsables, por lo cual, al presentarse en medio de un conflicto armado, deben estar sometidos a los principios del Derecho Internacional Humanitario y, entre estos, el de necesidad, distinción y proporcionalidad.

Palabras clave: ciberataque; ciberespacio; conflicto armado; Derecho Internacional Humanitario; guerra cibernética; proporcionalidad

Yonni Albeiro Bermúdez Bermúdez

Doctorando, Universidad de Lérida, España. Magíster en Procedimiento Penal, Universidad Militar Nueva Granada, Colombia, Especialista en Derecho Penal, Universidad del Rosario, Colombia. Abogado, Universidad La Gran Colombia, Colombia. Docente, Escuela Militar de Cadetes “General José María Córdova”, Colombia.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8766-6953>

Contacto: yonni.bermudez@esmic.edu.co

Citación APA: Bermúdez Bermúdez, Y. A. (2024). El principio de proporcionalidad como límite de los ciberataques en los conflictos armados internacionales. En P. A. Velásquez Cardona, & C. H. Prieto Fetiva (Eds.), *Problemas abiertos en torno del principio de proporcionalidad: análisis desde el DIDH y el DIH* (pp. 141-160). Sello Editorial ESMIC.
<https://doi.org/10.21830/9786289544671.05>

Problemas abiertos en torno del principio de proporcionalidad: análisis desde el DIDH y el DIH

ISBN impreso: 978-628-95446-8-8

ISBN digital: 978-628-95446-7-1

DOI: <https://doi.org/10.21830/9786289544671>

Colección Ciencias Jurídicas

Serie Miles Doctus (Investigación formal terminada)

Sello Editorial ESMIC

Escuela Militar de Cadetes “General José María Córdova”

Bogotá, D.C., Colombia

2024



Introducción

Uno de los compromisos que incumbe a los adversarios que participan en un conflicto armado no internacional (CANI) o internacional (CAI) radica en adoptar todas las precauciones para proteger de las hostilidades a la población civil que no participa en las hostilidades, bienes y lugares protegidos, garantizando el menor número de víctimas y daños colaterales. A su vez, velar por la preservación de la vida de la población y las infraestructuras civiles. Los principales desafíos radican en garantizar en la fase de planificación y de ejecución la proporcionalidad de una operación cuando estamos en la presencia de nuevas tecnologías para direccionar un ataque cibernético en medio de un CAI.

El principio de proporcionalidad ha sido comprendido por la doctrina nacional como un principio general del derecho, que obliga a tratar de conseguir el justo equilibrio entre los intereses en conflicto (Bernal, 2014). En el escenario del conflicto armado, este principio dispone que los daños indirectos que se pueden llegar a causar a los civiles dentro del marco de un conflicto bélico no deben ser superiores en comparación con la ventaja que se pueda obtener como consecuencia de la operación militar, es decir, la ventaja obtenida debe ser superior a los daños incidentales (Valdés, 2021).

Sin embargo, debido a la imposibilidad de determinar la intensidad de un ataque cibernético y calcular los daños causados, se estaría vulnerando el principio de proporcionalidad, convirtiéndose en una grave violación del derecho internacional humanitario (DIH) y del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), toda vez que la población civil que no participa en las hostilidades puede llegar a resultar afectada por los daños colaterales. Sobre esta premisa, se plantea como pregunta de investigación: Ante las nuevas tecnologías para direccionar un ataque en medio de un conflicto armado internacional, ¿debe aplicarse el principio de proporcionalidad?

Cuando los Estados despliegan operaciones militares en el marco de un conflicto, el uso de la fuerza reconocido por la Constitución debe respetar los derechos y libertades de las personas dentro del acatamiento del principio de proporcionalidad, de ahí que las ciberoperaciones deben ser necesarias y proporcionadas, es decir, se debe limitar la escala, el alcance, la duración y la intensidad del ataque, lo cual implica que cuando se exceden estas propor-

ciones y se llegan afectar infraestructuras críticas y ámbitos industriales, como las centrales nucleares o plantas de energía, estamos ante una latente vulneración del principio de proporcionalidad.

Para llegar al objetivo propuesto en el presente capítulo se aplicará un enfoque cualitativo en el cual se realizará un análisis de fuentes de información como documentos físicos y digitales. Con la metodología propuesta, se hizo una selección y evaluación del conocimiento disponible sobre el objeto de estudio con la finalidad de evidenciar la importancia de respetar los límites definidos por el DIH en relación con los conflictos armados, especialmente, el principio de proporcionalidad en los ciberataques.

En un primer momento se abordan los antecedentes, tipologías y características de los ciberataques; en un segundo momento se estudian los principios clave del DIH aplicables a un CAI; en un tercer momento se realiza un recorrido de los ciberataques más importantes que han tenido lugar en las últimas décadas; en un cuarto momento, se analiza el principio de proporcionalidad como límite de límites de los ciberataques y, en un último momento, se identifican los riesgos, avances y vías en Latinoamérica para combatir los ataques cibernéticos .

Antecedentes, tipologías y características de los ciberataques

Las tecnologías modernas han puesto en peligro la seguridad de los Estados y de sus infraestructuras críticas por medio del ámbito cibernético, toda vez que con la evolución e implementación de las nuevas tecnologías se ha logrado redefinir el concepto tradicional de guerra, cuyas acciones se remontan a finales del siglo XX, lo cual ha generado la aparición de un nuevo concepto de guerra con los ciberataques, es decir, generalmente la implantación de virus o robo de información que responde a un nuevo concepto de conflicto armado. Si bien es cierto, su efecto no es de destrucción masiva, sí pueden llegar a tener un efecto demoleedor cuando logran interrumpir la actividad cibernética y afectar la infraestructura crítica de un Estado (Ferrero, 2013).

Las guerras se venían desarrollando en escenarios habituales como eran tierra, mar y aire, mirando a la cara al enemigo y luchando en el mismo tiempo y espacio. Sin embargo, en el siglo XXI aparece una nueva tipología de guerra:

los ciberataques, agresiones muy sofisticadas, llevados a cabo por civiles, grupos organizados o directamente por Estados en medio de un CANI o de un CAI. Según Sánchez & López (2017) el objetivo de este tipo de agresiones es robar información estratégica que sirva a los intereses del atacante; el bloqueo de servicios públicos; la toma de control de sistemas industriales, o el manejo de infraestructuras estratégicas que permiten el correcto funcionamiento del país.

Los ciberataques, también denominados por una parte de la doctrina como *ataques informáticos*, utilizan medios técnicos para combatir una guerra contra un enemigo determinado en el ciberespacio (Ambos, 2015). Es así, como estos pueden llegar a implantar un virus en los sistemas informáticos que causan pérdida de información y afectan el funcionamiento normal de las redes o sitios web (Izaguirre & León 2018). Estas acciones implican ingresos no autorizados a sistemas de información restringida, intromisión en sistemas de información o interceptación de datos, las cuales no son autorizadas por el titular de los derechos del sistema o de datos (Robles, 2020). Los casos más recurrentes de ataques en el ciberespacio están orientados a impedir el funcionamiento normal de entidades del Gobierno o empresas privadas, lo cual puede llegar a generar un escenario de desconcierto.

Las características de los ciberataques hacen de ellos el medio idóneo para generar incertidumbre. En primer lugar, se destaca su bajo costo de operatividad, ya que las herramientas necesarias pueden adquirirse a un precio muy reducido en cualquier comercio. En segundo lugar, su omnipresencia y fácil ejecución, pues no se requieren grandes conocimientos técnicos o especializados. En tercer lugar, su efectividad, porque si el ciberataque está bien trazado, es fácil que alcance los objetivos esperados. Asimismo, el reducido riesgo de descubrir al atacante complica la atribución de la comisión de un ciberataque a sus autores o partícipes, junto a un marco normativo precario de los Estados que dificulta la persecución de la conducta punible (Gorjón, 2021; Fernández & Rodríguez, 2017).

Los principales ataques cibernéticos son el *spam* o *adware*, que se caracterizan por producir molestias al sistema; el *spyware*, que puede supervisar hábitos de uso y de navegación, y el *phishing*, que tiene el potencial de emplear la información adquirida de manera no autorizada para realizar ciberata-

ques especializados y de mayor impacto. En el caso de los *troyanos*, *gusanos* y *ransomware* permiten el robo, la manipulación o la destrucción de datos. Sin embargo, entre los ciberataques de mayor gravedad nos podemos encontrar con los *RootKit* y *Advance Persistent Threats* que pueden llegar a causar una pérdida total e inconsciente del control del sistema y que pueden ser prácticamente indetectables, lo cual les permite permanecer en un sistema durante mucho tiempo antes de que sus efectos sean perceptibles (Ayerbe, 2018).

El acceso, robo, secuestro, transferencia o manipulación no autorizada de información de un sistema o centro de almacenamiento de información que se puede generar por medio de un ciberataque son un problema grave y cada vez más frecuente en entidades públicas y privadas, organizaciones y Estados, ya que los riesgos y amenazas derivados de un ciberataque han generado discusiones relacionadas con las pérdidas económicas, parálisis de las actividades de un país, desventajas en acciones militares, puesta en peligro de la existencia humana y puesta en peligro de infraestructuras críticas de los Estados.

En este contexto, los Estados se han visto en la necesidad de adelantar estrategias de ciberseguridad, entendido esto como maniobras centradas en estrategias defensivas (ciberdefensa) y ofensivas (ciberataques) empleadas para proteger el ciberespacio contra el uso indebido, defensa de su infraestructura, protección de los servicios que prestan y la información que almacenan. Sin embargo, una de las principales estrategias de los Estados frente a los ciberataques es emplear las capacidades del ciberespacio como instrumento de defensa o seguridad (Servitja, 2013).

Un ciberataque tiene como finalidad principal producir incertidumbre en el modelo de seguridad y control de una entidad, organización o Estado o, expresado de forma más práctica, busca revelar los puntos negros y ocultos en la implementación de seguridad que las empresas y los Estados adoptaron (Cano, 2020). Esto ha generado que los ciberataques cada día cobren mayor relevancia en el contexto de la seguridad de los Estados y, especialmente, abre la posibilidad de que futuros conflictos internacionales se desarrollen exclusivamente en estos nuevos escenarios bélicos.

Los ciberataques emplean las desventajas de seguridad presentes en las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TIC) con la finalidad de

aprovecharse de las vulnerabilidades que presentan las estructuras cibernéticas (Machin, 2016). Estas estructuras pueden ser sanitarias, económicas, militares, gubernamentales y estructuras críticas. El siglo XXI ha sido reconocido como el siglo de la digitalización, debido a la constante evolución tecnológica que ha permitido hablar de la *cuarta revolución industrial*, la cual tiene numerosos pros, pero también contras, los cuales no son ajenos a las operaciones militares que pueden darse en medio de un CAI, especialmente lo relacionado con la aplicación de los principios del DIH.

Principios del DIH aplicables a un conflicto armado internacional

El Derecho Internacional Humanitario, como un cuerpo de normas que busca restringir las atrocidades humanitarias de los conflictos armados, prohibir los métodos y medios de guerra que utilizan las partes en medios de las hostilidades, garantizar la dignidad humana de las personas que no intervienen directamente o que han dejado de participar en las hostilidades (CICR, 2019), se orienta por unos principios básicos, pues incluso la guerra debe tener unos límites los cuales las partes deben respetar. Entre los más importantes están: equilibrio entre la necesidad militar y las consideraciones de humanidad, distinción, precaución, proporcionalidad, etc.

A la luz del principio de equilibrio entre la necesidad militar y las consideraciones de humanidad, el cual reconoce que una de las finalidades de un CANI o CAI es derrotar al adversario con diferentes maniobras operacionales, las cuales conllevan a causar la muerte, heridas en la humanidad, destrucción de objetivos militares o cualquier tipo de daño que puede hacer que el adversario deponga las armas o se rinda. Sin embargo, las consideraciones de humanidad imponen ciertos límites a los métodos y medios empleados en el desarrollo de la guerra, p. ej., armas que generen sufrimientos injustificados. Asimismo, quienes estén en poder de la contraparte reciban un trato digno en todo momento, no se generen tratos crueles e inhumanos en contra de los prisioneros de guerra y se respete en todo momento a la población civil (CICR, 2019).

La piedra angular del DIH es sin duda el principio de distinción, que parte del postulado de que “el único objetivo legítimo que los Estados deben propo-

nerse durante la guerra es la debilitación de las fuerzas militares del enemigo” (CICR, 2019, p.18). De ahí que la población que no participa en las hostilidades y los bienes que ostentan un carácter civil gozarán en todo momento de protección por los peligros originados en una operación militar; a su vez, el principio va aparejado de la prohibición de ataques indiscriminados (Benavides, 2015). Por lo tanto, las partes en combate tienen la obligación de hacer distinción en todo momento entre población civil y combatientes, no pudiendo, por ende, atacar a estos o bienes de carácter civil, y, en consecuencia, solo deben dirigir sus operaciones bélicas contra objetivos legítimos (Salmón, 2016).

El CICR, mediante la guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el DIH, identificó tres elementos constitutivos de la noción de participación directa en las hostilidades, con la finalidad de diferenciar a quienes no hacen parte de las hostilidades y entre los cuales se encuentran: umbral de daño, causalidad directa y nexo beligerante. El primero de estos, debe afectar de forma ilegítima las operaciones o capacidad militar de una de las partes inmersas en las hostilidades. En el segundo elemento, debe existir un nexo causal directo entre el acto realizado y el daño infligido, el cual se deriva de una operación militar y, el último elemento, el acto debe haber sido diseñado específicamente para causar de modo directo el umbral del daño requerido con la operación militar (Salmón, 2016).

En cuanto al principio de precaución, íntimamente ligado con el principio de distinción, establece que las operaciones militares se deben desarrollar con cuidado constante de no afectar a la población civil y los bienes de carácter civil; por el contrario, siempre en medio de las hostilidades se debe buscar su preservación (CICR, 2019). Este principio debe ser objeto de respeto por ambas partes inmersas en el conflicto, de ahí que la parte que inicia una operación militar debe hacer todo lo posible para evitar causar daños innecesarios como resultado de sus operaciones, a su vez, la parte que es atacada deberá adoptar todas las medidas respectivas para proteger a la población civil y bienes de los contraataques que busquen repeler las agresiones.

De esta manera, quienes planifiquen o decidan llevar a cabo una operación militar en medio de un CANI o CAI deben tener en cuenta como límite de la guerra el principio de precaución, para lo cual están en la obligación en

todo momento de: 1) hacer lo posible para identificar que los objetivos que pretender atacar sean legítimos, es decir, de naturaleza militar y no civil; y 2) deben adoptarse todas las precauciones posibles en la elección de los medios y métodos que se van a emplear en el ataque, con el fin de evitar o reducir en lo más mínimo los daños a la población u objetos civiles (Farinella, 2021). Sobre los anteriores postulados, se busca dejar a un lado a la población civil que no participa en los conflictos bélicos, con la finalidad de no someternos a ningún tipo de agresión.

Las partes en conflicto durante las hostilidades deben aplicar el principio de proporcionalidad, el cual exige que quienes planeen o decidan un ataque deben abstenerse de iniciarlo o, en el desarrollo de este, suspenderlo cuando se esté en la capacidad de prever que causará daños en la población civil que no participa de manera directa en las hostilidades, perjuicios a bienes de carácter eminentemente civil, o ambas cosas, los cuales serían excesivos en relación con la ventaja militar prevista con en el ataque (CICR, 2019). A la luz de este principio orientador de la guerra se busca evitar una utilización desmedida de los medios y métodos empleados en la guerra, en los cuales resulta desproporcionalmente afectada la población civil.

En el contexto anterior, el principio de proporcionalidad se constituye en una herramienta idónea para la correcta planificación de las hostilidades, mediante su correcto uso y el empleo de los elementos compositivos del test de proporcionalidad, a saber: la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad *stricto sensu*. Se puede llegar a determinar cuándo se está en presencia de una operación militar desproporcionada. La idoneidad está ligada al fin que se desea, si resulta ser la medida más idónea para alcanzar el objetivo propuesto. La necesidad hace alusión al medio por el cual se debe conseguir el fin planteado. Y la proporcionalidad, en un sentido estricto, es el análisis de ponderación que se debe llevar a cabo para determinar las afectaciones a cada uno de los derechos en tensión (Ortiz, 2018).

De hecho, la doctrina especializada ha considerado el principio de proporcionalidad como el *límite de los límites* que protege los derechos fundamentales en medio de un CANI o CAN, pues supone una protección frente a posibles intromisiones ilegítimas en el escenario de protección de los derechos de las

personas y bienes (Carbonell, 2008). De ahí que el DIH ha cambiado la forma de gestionar un CANI O CAI, pues busca humanizar y limitar los efectos de las hostilidades con normas de origen convencional o consuetudinario logrando un equilibrio entre la necesidad militar y el principio de humanidad. Ahora bien, lo que no resulte necesario para lograr que el adversario deponga las armas debe ser considerado como un comportamiento de crueldad que va en contra de este conjunto de normas (Salmón, 2016).

La aplicación del DIH solo puede presentarse cuando se ha iniciado una situación de conflicto armado, bien sea de carácter nacional o internacional. No obstante esta marcada división, se han desarrollado varias posturas que buscan poner fin a esta discusión del carácter del conflicto y crear solo un régimen aplicable a todas las situaciones de conflicto armado, pues se ha evidenciado en la práctica que esta división resulta compleja, ya que el carácter real de los conflictos, la práctica y la jurisprudencia han ocasionado que esta distinción entre conflictos resulte menos precisa (ONU, 2011). Sin embargo, se debe promover la protección sobre el modo en que debe emplearse la fuerza en el marco de un conflicto armado.

Esta protección tiene como finalidad humanizar la guerra, pues si bien es cierto, resulta poco probable o casi imposible que no se presenten este tipo de confrontaciones donde resulte lesionada la población o bienes civiles. Se busca con la aplicación del DIH lograr limitar los efectos de las hostilidades por medio de una serie de reglas de obligatorio cumplimiento para las partes en conflicto, independientemente del carácter de este (Benavides, 2015). Ahora bien, como las guerras no se acabarán, sino que, por el contrario, con el transcurrir del tiempo se van evidenciando nuevos factores que las generan, resulta necesario que exista una regulación que sea aplicable a los conflictos armados, so pena de que se cometan arbitrariedades en el desarrollo de las hostilidades que afecten gravemente a los seres humanos.

En tal sentido, la creación y aplicación del DIH no busca acabar con los conflictos armados, pues esto no sería posible ya que con el transcurrir del tiempo se van a generar nuevos conflictos por variados motivos que culminen en el campo de batalla. Lo que realmente busca el DIH es regular las hostilidades con la finalidad de mitigar, apaciguar y restringir los sufrimientos que

estos conllevan para la humanidad (Contreras, 2006). Por tal razón, en este momento resulta oportuno revisar nuevos escenarios en los que en un tiempo no muy lejano se desarrollen las hostilidades; estos son los denominados *ciberataques*, de ahí que iniciaremos mencionando los principales ciberataques que se encuentran documentados, para evidenciar las consecuencias que estos han tenido para la población.

Ciberataques más importantes en las últimas décadas

Los principales ciberataques que se encuentran documentados hasta el momento son: los ciberataques cometidos contra Kosovo, con los cuales se logró penetrar la seguridad de la OTAN y de un portaviones de la marina de los EE. UU.; los ciberataques cometidos contra Estonia, conocidos por ser el primer caso documentado de ataques cibernéticos que afectan la seguridad de un país; los ciberataques cometidos contra Georgia, reconocidos por ser el primer caso registrado en el que las operaciones cibernéticas y militares se dan de manera conjunta; los ciberataques contra las instalaciones nucleares de Irak, que frenaron la creación de armas nucleares, y los ciberataques contra Ucrania, los cuales han generado pérdidas económicas.

El ataque cibernético de Kosovo se remonta a 1999, cuando más de 450 expertos informáticos de diferentes naciones consiguieron penetrar en los ordenadores estratégicos de la OTAN, de la Casa Blanca y del portaviones Nimitz de la marina de los EE. UU. (Ferrero, 2013). Esta operación tuvo como finalidad impedir las operaciones que la OTAN tenía planeadas contra Serbia, que, si bien se trató de una demostración de poder que no causó mayores daños, sí logró poner en peligro la seguridad de EE. UU.

Para 2007, Rusia consideró no grato la incorporación de Estonia a la OTAN (Ferrero, 2013). En concreto, para el 27 de abril de 2007 y hasta el 18 de mayo de aquel año se iniciaron los primeros ataques cibernéticos contra Estonia que afectaron sistemas de información de la infraestructura pública y privada (Martínez, 2015; Artiles, 2011). Estos ataques se dividieron en dos fases. La primera se caracteriza por ser ataques simples y rudimentarios contra sitios web de Estonia, especialmente del Gobierno, del Ministerio de Defensa y de los principales partidos políticos. En cambio, la segunda fase se caracte-

riza por ser ataques complejos y coordinados, de ahí que se contaba con listas de objetivos en los que se indicaba hora y lugar del ataque para conseguir un volumen de peticiones con el fin de dejarlos fuera de servicio, este tipo de ataques se realizó por DoS (por sus siglas en inglés *Denial of Service*) (Artiles, 2011; Ferrero, 2013).

Al año siguiente, las tensiones entre Georgia y Rusia se presentaron cuando la región de Osetia del Sur declaró su independencia unilateralmente de Georgia, tras vencerla en una guerra, por lo que se convirtió en una república independiente. Sin embargo, Georgia siempre la ha considerado como parte de su territorio, lo cual ocasionó innumerables conflictos como el del 7 de agosto de 2008, cuando Georgia, por un lado, y Osetia del Sur, Abjasia y Rusia, por el otro, atacaron por sorpresa a las fuerzas separatistas (Artiles, 2011).

La fase previa al conflicto armado se presentó entre junio y agosto de 2008. Los ataques cibernéticos en esta fase se caracterizaron por ser ataques a pequeña escala, como los ataques DdoS (por sus siglas en inglés, *Distributed Denial of Service*) contra sitios web oficiales. En relación con la fase durante el conflicto armado, es decir, desde el 08 hasta el 12 de agosto de 2008, se caracterizaron por ser ataques organizados y coordinados, de ahí que ocurrieron ciberataques contra sitios web del presidente de la República de Georgia, el Parlamento, Ministerios de Defensa y Asuntos Exteriores, el Banco Nacional y las principales agencias de noticias. Como resultado, la capacidad de toma de decisiones del entorno político y militar de Georgia durante el conflicto se vio afectada (Martínez, 2015; Artiles, 2011).

Para 2009 y fruto de las tensiones entre EE. UU. E Irán, el presidente Barack Obama decidió autorizar los ataques cibernéticos contra las instalaciones nucleares Nantanz, ubicadas en Irán. Los ataques consistían en la infiltración de un *cyberworm* llamado Stuxnet, el cual deshabilitó los centrífugos nucleares necesarios para la producción de armas. Así, EE. UU. Consiguió frenar el proceso de creación de armas nucleares de Irán. Más tarde, el Gobierno iraní confirmó que reivindicar los daños ocasionados demandaría meses o hasta años (Manotas & Burgaentzle, 2021).

A mediados de febrero de 2022, el presidente de Rusia, Vladimir Putin, anunció una operación militar contra ucrania, en la cual se llevó a cabo una

serie de ataques cibernéticos a varios sitios web gubernamentales y bancarios de este país, que generaron un colapso total del sistema. Este tipo de ofensiva empleada por Rusia se realizó por *bots*, herramienta digital que permite tareas repetitivas y automatizadas para inundar un servicio en línea, logrando su bloqueo e impidiendo su acceso. Otro tipo de ataque se presentó con la instalación de un *malware* llamado *wiper* que logró destruir datos de distintos sistemas. A su vez, algunos sitios web afectados fueron reemplazados por una advertencia que decía: “Prepárense para lo peor” (Paúl, 2022).

Los anteriores ciberataques son un reflejo de la dinámica cambiante de la guerra, donde se ha dejado a un lado la guerra tradicional y se emplean nuevas tecnologías para direccionar operaciones militares. Sin embargo, los avances tecnológicos también conllevan nuevos riesgos y oportunidades de cambio que deben trazarse desde un primer momento para definir los escenarios futuros en que van a desarrollarse los CAI.

Riesgos, avances y vías en Latinoamérica contra los ciberataques

Aunque el desarrollo de nuevas TIC ha demostrado tener un sinnúmero de ventajas, también ha complicado la seguridad de los Estados y de sus infraestructuras, toda vez que con la implementación de estas nuevas tecnologías se ha logrado redefinir el concepto de guerra, cuyas acciones se remontan a finales del siglo XX, con lo cual se ha generado la aparición de las llamadas *armas cibernéticas*, es decir, los virus que responden a un nuevo concepto de arma que se emplea en los diferentes ciberataques en CANI o CAI (Ferrero, 2013). Si bien, su efecto no es de destrucción masiva como puede serlo el de las armas ordinarias, sí pueden llegar a tener un efecto devastador cuando logran interrumpir la actividad cibernética, económica, militar y afectar los servicios públicos, robar o destruir datos, entre otras cosas.

Otro de los riesgos latentes que se presentan con esta nueva modalidad, cuando se lleva a cabo un CANI o un CAI, es su difícil forma de demostrar quién fue el responsable de dicho ciberataque, pues su atribución suele ser difícil, ya que no necesariamente se lanzan desde servidores propios en determinado territorio y, por el contrario, estos pueden llevarse a cabo desde cualquier parte del mundo, lo que hace casi imposible su respectivo rastreo. Esta

situación dificulta la localización de los responsables y su posterior judicialización por parte de los Estados afectados por este tipo de ataques.

En los casos en que se logre identificar a los responsables de los ciberataques, tenemos otra barrera, la cual puede llegar a generar impunidad, esta es la falta de regulación dentro de los diferentes ordenamientos jurídicos internos de los países para la investigación y posterior sanción de esta clase de nuevas conductas punibles que merecen un reproche por parte del Estado afectado. Esto se debe al bajo desarrollo de política criminal que permita tener conciencia de los nuevos escenarios en los cuales se están adelantando los conflictos bélicos y que permitan tomar medidas oportunas para frenar las consecuencias de estos nuevos ataques.

Las vulnerabilidades en el *software* utilizado por las entidades públicas y privadas, aunado al mal manejo de las infraestructuras tecnológicas por parte de sus empleados ha permitido dañar, robar, destruir datos, comprometer sitios web o servidores. A su vez, la mala configuración de los sistemas de información por parte de las empresas los hace más vulnerables a ser objeto de un ciberataque. De hecho, cuando los ataques resultan ser exitosos se encuentran en la capacidad de acceder a información confidencial de seguridad del Estado, posicionamiento de armas, daños en sistemas informáticos y afectar la confianza y reputación.

El riesgo para empresas, entidades gubernamentales y Gobiernos de sufrir un ciberataque no se debe ignorar. En la actualidad, entidades, organismos públicos y privados optan por tomar diferentes posturas para combatir esta nueva modalidad de ataques, por eso se han adoptado medidas como análisis de vulnerabilidades, auditorías de seguridad, diseño e implementación de protocolos, aislar los sistemas comprometidos, mitigar los efectos del ataque, evitar su propagación y adoptar medidas para mantener la continuidad del servicio. Asimismo, en las entidades públicas, privadas y de Gobierno se han creado centros de operaciones de ciberseguridad conformados por ingenieros, abogados, gestores de crisis, etc. para responder rápidamente a un ciberataque.

A pesar de estas estrategias preventivas adoptadas por los diferentes países para combatir las secuelas de un ciberataque y reducir sus impactos, es nece-

sario que se adopten medidas conjuntas por los países latinoamericanos, entre ellos Colombia, para diseñar una estrategia de cooperación en la investigación y juzgamiento de estos ciberataques y, por supuesto, el fortalecimiento normativo ante estas nuevas dinámicas de la guerra, exige una reestructuración o modificación de los diferentes ordenamientos penales para que se contemplen sanciones contra estos ataques.

Asimismo, principios del DIH como el equilibrio entre la necesidad militar y las consideraciones de humanidad, distinción, precaución, proporcionalidad, etc., deben aplicarse a este nuevo escenario de la guerra, especialmente, el principio de proporcionalidad que busca el justo equilibrio entre los intereses en conflicto. En el caso de los ciberataques, deben ser objeto de análisis las implicaciones que tendría lanzar un ciberataque de manera indiscriminada, pues tiene el potencial de ser desproporcional y afectar derechos fundamentales de la población civil. A su vez, pueden llegar a afectar objetivos que no son militares, sino de carácter civil.

En cuanto a la vulneración del DIH con los ciberataques en un CAI corresponde aquí a un órgano internacional decidir acerca de la violación y de la sanción de los responsables, en este caso pueden intervenir, la Corte Internacional de Justicia o el Consejo de Seguridad, con base en el procedimiento que regula a cada uno imponer las sanciones respectivas contra los Estados que por medio de los ciberataques vulneran los principios del DIH, cuyos límites de orientadores de la guerra deben ser respetados por las partes en conflicto en un escenario tradicional o nuevo de la guerra.

La proporcionalidad como límite de límites de los ciberataques

Los juicios de proporcionalidad que deben hacerse en medio de una operación militar se fundan en determinar el alcance de los daños colaterales o indirectos. Es así como es conocido que para conseguir un bien o una ventaja militar, puede conseguirse como efecto un mal significativo, razón por la cual surge un conflicto al momento de determinar, planificar, desarrollar y ejecutar una operación militar, ya que en últimas se ejecuta la acción o se abstiene de llevarla a cabo para evitar el daño colateral. Esto significa que para hablar de una operación que se rige por el principio de proporcionalidad “el bien que se

quiere conseguir mediante la acción debe al menos compensar al mal que se va a producir como efecto indirecto” (Miranda, 2021, p. 24).

Estos juicios de proporcionalidad, por lo tanto, son relevantes principalmente para evaluar acciones de las que se siguen efectos colaterales malos, por lo que son necesarios para resolver satisfactoriamente los casos de colisión entre dos principios jurídicos que consagran derechos fundamentales (Miranda, 2021). El principio de proporcionalidad en tal sentido establece que cuanto mayor sea el mal que un medio provoque, tanto mayor debe ser el bien que ese medio permita alcanzar, de lo contrario puede hablarse de una operación desproporcional ya que la ventaja obtenida en medio de las hostilidades no es proporcional a los daños causados con esta.

El problema entonces surge de la aplicación del principio de proporcionalidad en medio de un ciberataque, por cuanto este resulta importante para realizar la garantía efectiva de no ocasionar daños colaterales desproporcionados, pero ante la imposibilidad de calcular los daños que pueden llegarse a ocasionar con un ciberataque, este puede llegar a poner en peligro a la población civil y bienes protegidos por el DIH, pues pueden llegarse a afectar estructuras críticas del Estado que son vitales para la sobrevivencia de los seres humanos.

El criterio de proporcionalidad que debe emplearse al momento de llevar un ciberataque en medio de un CAI debe partir de efectuar un análisis riguroso y detallado de los bienes jurídicos que se disputan, es decir, ¿resulta proporcional poner en peligro la población civil para conseguir la ventaja militar que se busca con el ciberataque? Si esta ecuación falla, la operación militar es totalmente desproporcionada. Aunque es complicado facilitar una explicación fenomenológica de las consecuencias devastadoras de un ciberataque, sí tenemos referentes como los abordados en apartes anteriores, donde se evidencian los resultados catastróficos de no aplicar la proporcionalidad a los nuevos escenarios de la guerra.

El análisis desarrollado acerca del principio de proporcionalidad en abstracto confirma sin duda su preponderancia como uno de los límites de límites de un ciberataque. Sin embargo, este análisis no debe abarcar solo el nivel abstracto, ya que, para un mejor abordaje del principio de proporcionalidad, este análisis debe ir acompañado de un examen crítico de este desde

el punto de vista práctico. Es interesante señalar, respecto de los intereses en juego que pueden llegarse a ver inmersos en medio de un ciberataque que deben tenerse, como referentes, la escala, el alcance, la duración y la intensidad del ataque, factores que servirán para determinar con mayor precisión la proporcionalidad de un ciberataque.

En este contexto, cobran especial relevancia los juicios de proporcionalidad, toda vez que son un concepto e instrumento de control jurídico que aparece cada vez con mayor frecuencia en la motivación de las decisiones en el ámbito del derecho operacional, el cual resulta aplicable a los nuevos escenarios de adelantarse las hostilidades militares. Una adecuada concreción de los juicios de proporcionalidad por las partes en medio de un conflicto demanda una racionalidad lógico-operacional, por lo tanto, se convierte en un mecanismo de legitimidad de una operación militar, de ahí que, al no superar este juicio, la operación, como consecuencia, resulta ser desproporcionada e irá en contra de los límites que se han definido para adelantar las hostilidades en medio de un CAI.

La recepción del principio de proporcionalidad por parte del derecho operacional se vio impulsada por el perfeccionamiento de instrumentos normativos internacionales y el desarrollo jurisprudencial de los tribunales internacionales de derechos humanos. Por tal motivo, el principio de proporcionalidad ha ido extendiéndose progresivamente, como es natural, a distintos escenarios prácticos, ámbitos académicos y derechos fundamentales, de ahí que, este nuevo concepto de guerra moderna, es decir, los ciberataques que se han dado con la denominada cuarta revolución industrial no pueden ser ajenos a la aplicación del principio de proporcionalidad como un instrumento de control de los daños colaterales.

Conclusiones

Las amenazas de los ciberataques empezaron a suscitar el interés de la comunidad internacional décadas atrás. Desde el primer ciberataque que se tiene documentado, el de Kosovo, que se remonta a 1999, se han venido escuchando diferentes propuestas de la academia que buscan aplicar en el escenario de un CANI o un CAI, los principios del DIH que orientan los conflictos tradicio-

nales a los nuevos escenarios en que se adelantan las hostilidades militares, toda vez que las características de los ciberataques hacen de ellos el medio perfecto para crear el caos. Su bajo costo de operatividad, ubicuidad, efectividad e impacto y el reducido riesgo de descubrir al atacante complica la atribución de la comisión de un ciberataque a su verdadero autor, autores o partícipes.

El DIH como conjunto de normas que busca limitar las consecuencias humanitarias de los conflictos armados, restringir los métodos y medios que emplean las partes en conflicto en medio de una guerra, se orienta por unos principios básicos, pues incluso la guerra debe tener unos límites que las partes deben respetar, entre ellos, la distinción, la precaución y la proporcionalidad. A este último, se le ha reconocido la categoría de límite de límites de los principios que orientan la guerra, razón por la cual, en medio de las hostilidades militares de un CANI o un CAI debe reconocerse, aplicarse y respetarse, so pena de cometer graves infracciones al DIH.

Al asegurar que se respeten los límites fijados por el DIH, se logra minimizar el impacto negativo de los conflictos armados en la población civil y sus bienes. A su vez, se garantiza un trato humanitario a todas las personas afectadas por las hostilidades, lo cual convierte al DIH en un actor crucial en la prevención de abusos y violaciones de derechos humanos durante el desarrollo de los conflictos armados. Al establecer estos límites, el DIH busca que se evite la impunidad por los actos cometidos y que se logre sancionar a los responsables de violaciones graves en tiempos de guerra.

El análisis del principio de proporcionalidad no solo debe hacerse en abstracto, ya que, para una comprensión integral del principio, tal análisis debe ir acompañado de un examen crítico de este desde el punto de vista práctico. Por ejemplo, la escala, el alcance, la duración y la intensidad del ataque son factores que les van a servir a las partes que participan en las hostilidades para determinar con mayor precisión la proporcionalidad de una operación militar. Estos mismos factores resultan de obligatorio cumplimiento para las partes que llevan a cabo ciberataques en sus operaciones militares, pues estos ataques están en la capacidad de poner en peligro la población civil y pueden llegar afectar estructuras críticas del Estado que son vitales para la sobrevivencia de los seres humanos.

Especialmente debe acatarse el principio de proporcionalidad ante las nuevas tendencias de adelantar las operaciones militares, sin desconocer que los límites fijados por el DIH son todos de obligatorio cumplimiento, pero, por su trascendencia en el desarrollo de una guerra, este adquiere mayor relevancia en las hostilidades, ya que su no cumplimiento puede acarrear una ventaja militar desproporcionada que iría en contra de los postulados del DIH.

Referencias

- Angarita Piña, R. (2010). El derecho internacional humanitario, sus reglas, su interpretación y la Corte Penal Internacional. *Reflexión Política*, 1(2). <https://n9.cl/pa1uf>
- Arauz Cantón, J.B. (2013). *Guerra asimétrica y proporcionalidad: retos para el derecho internacional humanitario*. Universidad Complutense de Madrid. <https://n9.cl/8qlvr3>
- Artiles, N. (2011). La situación de la ciberseguridad en el ámbito internacional y en la OTAN. *Cuadernos de estrategia*, (149), 165-214. <https://n9.cl/1p473>
- Ayerbe F. (2018). La ciberseguridad de la industria 4.0: Un medio para la continuidad del negocio. *Economía industrial (EI)* <https://n9.cl/6heni>
- Benavides, L. (2015). *Derecho internacional humanitario*. CNDH. <https://n9.cl/g5uka>
- Bernal Pulido. C. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (4.ª ed.) Universidad Externado de Colombia.
- Cano, J. (2020). *Ciberataques. ¿Impuestos inevitables en la dinámica de una economía digital?* DOI: 10.29236/sistemas.n157a6
- Carbonell. M. (2008). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. <https://n9.cl/vg0ajr>
- Contreras Ortiz, J. F. (2009). El Derecho Internacional Humanitario: principio de una educación para la paz. *Educación y Educadores*, 9(1), 177-189. <https://n9.cl/s1e5h>
- Farinella, F. (2021). Sistemas de armas autónomos y principios del derecho internacional humanitario. *Quaestio Iuris*, 14(2), 504-514. <https://n9.cl/bjsbo>
- Fernández, V., & Rodríguez, C. (2017). Análisis de las ciberamenazas. *Cuadernos de estrategia* (185), 97-138. <https://n9.cl/hm89f>
- Ferrero, A. (2013). La ciberguerra. Génesis y evolución. *Revista general de marina*, (264), 81-99. <https://n9.cl/yx8nuj>
- Giraldo Restrepo, Y. (2008). Violación del derecho internacional humanitario por parte del Estado colombiano. *Anuario mexicano de derecho internacional*, 8, 223-253. <https://n9.cl/567h>
- Gorjón Barranco, M. C. (2021). Sabotaje informático a infraestructuras críticas: análisis de la realidad criminal recogida en los artículos 264 y 264 bis del Código Penal. Especial referencia a su comisión con finalidad terrorista. *Revista De Derecho Penal Y Criminología*, (25). <https://doi.org/10.5944/rdpc.25.2021.28405>
- Izaguirre Olmedo, J., & León Gavilánez, F. (2018). Análisis de los ciberataques realizados en América Latina. *INNOVA Research Journal*, 3(9), 172-181. <https://doi.org/10.33890/innova.v3.n9.2018.837>

- Llorens, P. (2017). Los desafíos del uso de la fuerza en el ciberespacio. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* (17), 785-816. <https://n9.cl/qcchj>
- Machin, M. (2016). La ciberseguridad como factor crítico en la seguridad de la unión europea. *Revista UNISCI*, 42, 47-68. <https://n9.cl/za7x1>
- Maldonado, C. (2018). *Desarrollo de algoritmos eficientes para identificación de usuarios en accesos informáticos* (Tesis doctoral). Universidad Complutense de Madrid. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=123061>
- Manotas, C., & Burgaentzle, I. (2021). Las guerras cibernéticas en el Derecho Internacional Humanitario: aplicación de los principios rectores del DIH. *USFQ Law Review*, 8(1), 71–86. <https://doi.org/10.18272/ulr.v8i1.2162>
- Martínez, C. (2015). *El uso de ciberataques como herramienta de relaciones internacionales por parte de actores estatales: Los casos de EE. UU. y Rusia*. [Tesis de grado]. Universidad Pontificia. <http://hdl.handle.net/11531/1222>
- Miranda Montecinos, A. (2021). Los juicios de proporcionalidad en la teoría moral y jurídica de la escolástica española aurisecular. *Bajo Palabra*, (26), 21–38. <https://doi.org/10.15366/bp2021.26.001>
- Nils, M (2019). *Derecho internacional humanitario una introducción integral*. CICR. <https://n9.cl/j91ec>
- ONU (2011). *Protección jurídica internacional de los derechos humanos durante los conflictos armados*. Publicación de las naciones unidas.
- Ortiz Agudelo, M. O. (2018). La proporcionalidad como método interpretativo de la justicia transicional. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 48(129), 507–548. <https://n9.cl/n70ow>
- Paúl, F. (2022, 26 de febrero). Rusia invade Ucrania: cómo los ciberataques se convirtieron en otra poderosa arma en el conflicto entre ambos países. *BBC News Mundo*. <https://n9.cl/h1n6z>
- Robles Carrillo, M. (2020). Sanciones contra ciberataques: la acción de la Unión Europea. *bie3 Boletín IEEE*, (20), 492-513. <https://n9.cl/mj6sk>
- Salmón, E. (2016). *Introducción al derecho internacional humanitario*. <https://n9.cl/gl92e>
- Sánchez, F., & López, J. (2017). Cooperación público-privada en la protección de infraestructuras críticas. *Cuadernos de estrategia*. <https://n9.cl/kljzn>
- Sapag, M. A. (2008). El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado. *Dikaion: revista de actualidad jurídica*, (17). <https://n9.cl/rv90h>
- Servitja Roca, X. (2013). Ciberseguridad, contrainteligencia y operaciones encubiertas en el programa nuclear de irán: de la neutralización selectiva de objetivos al “cuerpo ciber” iraní. *Pre-bie3*, (3). <https://n9.cl/sbe45>
- Uruña Centeno, FJ. (2015). Ciberataques, la mayor amenaza actual. *Pre-bie3*, (1). <https://n9.cl/wmnpj>
- Velásquez Ruiz, M. A. (2009). Los principios de distinción y proporcionalidad en el marco de la responsabilidad penal internacional individual –contenido y problemática–. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 7(14). <https://n9.cl/swry6>

Seguridad y defensa nacional bajo examen de constitucionalidad. Cuestiones desde el quehacer militar en Colombia

DOI: <https://doi.org/10.21830/9786289544671.06>

Dahianna Mercedes Rodríguez Ortigón

Escuela Militar de Cadetes “General José María Córdova”

Resumen: este capítulo despliega una serie de apreciaciones frente a la seguridad y la defensa nacional que constituyen la representación de los principales fines y retos para la soberanía, el respaldo y la salvaguarda de los derechos de la población de un territorio. Para esto, se trazan algunos límites en el quehacer operacional militar, tomando como referencia la proporcionalidad sometida al examen de constitucionalidad a partir del análisis de la Sentencia C-251 de 2002 y las repercusiones frente al modelo de seguridad multidimensional presente en Colombia con la política pública PDS “Para la legalidad, el emprendimiento y la equidad”, vigente en 2022 con el Gobierno de Iván Duque Márquez.

Palabras clave: Colombia; militar; principios constitucionales; seguridad multidimensional; seguridad y defensa nacional; sistema político

Dahianna Mercedes Rodríguez Ortegón

Masteranda en Liderazgo Estratégico y Gestión del Talento Humano, Escuela Militar de Cadetes “General José María Córdova”, Colombia. Abogada, Universidad Católica de Colombia. Docente, Facultad de Derecho, Escuela Militar de Cadetes “General José María Córdova”, Colombia.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8331-1493>

Contacto: dahianna.rodriguez@esmic.edu.co

Citación APA: Rodríguez Ortegón, D. M. (2024). Seguridad y defensa nacional bajo examen de constitucionalidad. cuestiones desde el quehacer militar en Colombia. En P. A. Velásquez Cardona, & C. H. Prieto Fetiva (Eds.), *Problemas abiertos en torno del principio de proporcionalidad: análisis desde el DIDH y el DIH* (pp. 161-180). Sello Editorial ESMIC.
<https://doi.org/10.21830/9786289544671.06>

Problemas abiertos en torno del principio de proporcionalidad: análisis desde el DIDH y el DIH

ISBN impreso: 978-628-95446-8-8

ISBN digital: 978-628-95446-7-1

DOI: <https://doi.org/10.21830/9786289544671>

Colección Ciencias Jurídicas

Serie Miles Doctus (Investigación formal terminada)

Sello Editorial ESMIC

Escuela Militar de Cadetes “General José María Córdova”
Bogotá, D.C., Colombia

2024



Introducción

Dadas las circunstancias históricas y estructurales del sistema estatal colombiano, este capítulo toma como base la percepción sobre la seguridad y defensa, en primera instancia, como un fin del Estado (CPC, 1991), por lo que resulta relevante visualizar los ajustes de dichos términos como elementos integrantes de un sistema político, y por ende social, construido a partir del planteamiento que data de la teoría de los sistemas (Bertalanffy, 1989). Con ello, se concibe que la expresión *sistema* cuenta hoy con un uso casi cotidiano en diferentes momentos y escenarios (Bertalanffy, 1989). Sin embargo, la concepción base es tomada como un conjunto de compendios que se relacionan entre ellos, que para el caso en particular constituye apenas un enfoque desde lo jurídico y social que de manera amplia repercute en lo político.

De este modo, se logra enlazar la noción de seguridad y defensa como dicho conjunto que se interrelaciona con los elementos que lo componen y que busca mantener de manera extensa que se pueda amoldar a las diversas dinámicas sociales que generan el desequilibrio e inestabilidad en zonas de conflictos variados, como Colombia. (Vallejo et al., 2018). Con ello, en el ámbito académico, los autores reiteran la carencia de un concepto que encierre totalmente el contenido de seguridad y defensa nacional, pues, en principio, es un imaginario del orden nacional, del control y el poder (Cortés, 2010).

Así las cosas, se aborda, en primer lugar, lo concerniente al fundamento de la teoría de sistemas que integra los elementos básicos para la conformación de herramientas que permitan consolidar el equilibrio y la estabilidad enfocados a la seguridad y defensa nacional; en segundo lugar, se examina la Sentencia C-251 de 2002, en cuanto a la operatividad del test de constitucionalidad en la verificación de los principios de proporcionalidad y respeto por los derechos humanos, y, por último, se plantean los límites de la seguridad y la defensa nacional, propiamente en el quehacer militar basados en el modelo multidimensional que propone la política pública de seguridad y defensa vigente para el Gobierno en 2022, todo esto con miras a resolver la pregunta ¿Cuáles son los límites en el quehacer operacional militar desde los postulados del principio de proporcionalidad ajustado al examen constitucional en la Sentencia C-251 de 2002, respecto del modelo multidimensional de seguridad y defensa nacional en Colombia?

Metodología

Este contenido académico se fundamenta en la aplicación de una metodología de tipo descriptiva cualitativa con un enfoque jurídico (Mila et al., 2021), por cuanto se hará una revisión del contenido normativo correspondiente a la Sentencia C-251 de 2002, emitida por la Corte Constitucional colombiana, y las implicaciones en la política pública sobre seguridad y defensa nacional vigente para 2022. Se procura revisar algunas limitaciones en el contexto militar colombiano respecto del modelo de seguridad y defensa multidimensional adoptado en Colombia. De ahí que se revisen diferentes autores y teorías que giran en torno a las “limitaciones fácticas” y las “limitaciones en derecho”, lo cual implica que el alcance del estudio cuente con un sentido sistemático en la recopilación documental de información.

Se plantea el estudio de un caso en particular desarrollado por la Corte Constitucional colombiana, que permitirá una postura desde el derecho positivo para advertir las interpretaciones desde el análisis de constitucionalidad de cara al principio de proporcionalidad, siendo una herramienta esencial para la comprensión concreta desde los fenómenos jurídicos y complementando las cualidades propias en torno de los estudios en derecho, lo que implica el uso de una metodología cualitativa (Martínez, 2006).

Sistema político: sobre la seguridad y la defensa nacional

Seguridad y defensa como sistema

La constante incertidumbre que se deriva de la necesidad por la comprensión de lo que concierne a seguridad y defensa nacional ha tenido un largo camino y ajuste dependiendo de los cambios, sobre todo de carácter social, que han permitido dotarla de contenido y, entre tanto, de sentido. En materia de seguridad, el concepto está dado desde la Asamblea General de Naciones Unidas que afirma que es un evento donde los Estados pretenden el resguardo de peligro para que se responda mediante “un ataque militar, presión política o coerción económica, obteniendo con ello libertad de acción, para continuar su propio desarrollo y progreso” (Tello, 2000, p. 135).

De lo anterior, se deriva que el tejido conceptual de la seguridad está en términos de carácter social, político, militar y de poder económico, así que, de cada una de estas esferas, se desprende una serie de elementos directamente vinculados, por lo que es plausible hacer una mención desde la óptica de sistema. Por ejemplo, trayendo el caso del cual se pretende hacer un análisis, la Sentencia C-251 de 2002 define *sistema* como aquella totalidad construida y con características que articulan el ejercicio entre los componentes que la conforman y la relación directa con el medio (Corte Constitucional, 2002). Así, la concepción de la seguridad, desde el punto de vista del sistema, y por ende, desde la perspectiva de sistema político, es el elemento que repercute necesariamente en la estructura social y que se percibe como componente interrelacionado con los criterios que se le atribuyen a un modelo de gobierno (Bertalanffy, 1989).

Las apreciaciones dadas desde la teoría general de sistemas, propuesta desde 1928 por el estudioso Ludwig Von Bertalanffy, indica que la noción conceptual sobre el Estado se encuentra enmarcada como un sistema político, lo cual implica que sea un componente fundamental del sistema social (Gómez, 2015).

Asimismo, dada la naturaleza humana, “el mundo es cada vez más una ‘aldea global’ en la que todo repercute en todo” (Bouza-Brey, 1991, p. 119). De acuerdo con esta afirmación, la red en la que se enlazan las relaciones y, por lo tanto, la responsabilidad estatal, encuentran una interrelación en la forma en que opera la política y las instituciones. Dicha integración corresponde a uno de los elementos más complejos y abstractos frente a las ciencias sociales en correspondencia con las calidades funcionales del sistema social (Parson, 2005).

Gómez (2015) afirma que dicho sistema social está conformado por dos elementos diferentes para su progreso: 1) se encuentra cimentado en la base económica y 2) en lo que denomina *supraestructura*. Es decir, se cuenta con un modelo institucionalizado que hace referencia a dicha supraestructura donde el factor económico queda en último plano. Tomando como referencia los postulados de Talcott Parsons, quien hace referencia al modelo funcionalista actual, trata de la representación de un modelo de subsistemas que tiene como característica que las funciones estén enfocadas al desempeño del

sistema social para forjar el orden, el equilibrio y el correcto funcionamiento, sin que esto corresponda a un modelo socialista, el cual desacredita de plano (Gómez, 2015).

Aunque en Colombia, el adelanto que ha tenido la seguridad y la defensa está directamente vinculado como un elemento conexo para la protección del Estado, basado en blindar y prevenir cualquier amenaza que atente contra la integridad de la población y, por lo tanto, de dicho Estado, resulta esto bastante impreciso e indeterminado, puesto que se han venido desplegando diversas nociones sobre seguridad (Cubides & Garay, 2013).

Como bien es sabido, constitucionalmente, tanto la seguridad, como la defensa resultan ser fines esenciales del Estado (CPC, 1991, artículo 2) lo que, en términos de la teoría de sistemas, ajustado a uno político, estaría sujeto a las siguientes características o requisitos imprescindibles para atribuir efectivamente la conceptualización de sistema social a un ente determinado (Gómez, 2015):

- Adaptación, que implica la existencia de una relación del sistema con el medio exterior, con el cual existe una interacción.
- Persecución de objetivos, que consiste en que se realiza un ejercicio constante para alcanzarlos.
- Integración, cuya principal característica es resaltar las acciones que permitan mantener la estructura organizada y coherente del sistema.
- Lo que domina, que consiste en la capacidad que tiene el sistema para alcanzar dichos objetivos.

De acuerdo con lo anterior, cada elemento representa un criterio sobre el cual el “ente indeterminado”, que en este caso sería la seguridad y la defensa nacional, deberán concertar para conformar una conceptualización efectiva en el sistema socio-político, con la finalidad de que, en dicho sistema organizado, se verifiquen y exista por lo tanto un contenido de adaptación, persecución de objetivos (fines del Estado), integración (instituciones que se encargan de mantener el orden y coherencia de dicho sistema (militar y policial), y finalmente la capacidad para lograr dichos fines (particularmente en aspectos económicos).

Lo anterior sirve para generar una percepción de cómo sería la integración e interrelación que tienen diferentes componentes en la sociedad, ya que en Colombia, los niveles de desequilibrio se vislumbran desde diferentes aristas, que van desde lo económico, político, social y cultural, de ahí que algunos autores trabajen la seguridad desde el punto de vista nacional, interior, público, ciudadano y humano (Dávila, 2015), situación que representa, estructuralmente, la necesidad de identificar los límites desde el plano del ejercicio de los poderes y la CPC, lo que a continuación se entrelaza con las concepciones que ha trabajado la Corte Constitucional colombiana y el contenido jurídico-político de la seguridad y defensa.

Seguridad y defensa desde los derechos humanos

La relación que existe entre seguridad y derechos humanos encierra una complejidad que está dada desde diferentes puntos de vista. Por ejemplo, el que toma la seguridad como una necesidad y un fin, con lo cual, como indica Fernández (2019), existe una relación directa en términos de que “a mayor seguridad, mejor será el ejercicio de los derechos humanos” (p. 89). Este autor también desarrolla la idea respecto de la relación entre seguridad y libertad, por lo que dentro del sistema político con criterios de diplomacia el sentido de la seguridad está encaminado a la solidez de las relaciones y, por lo tanto, al respaldo entre Estados.

Los derechos humanos se conciben entonces como el asiento del sistema socio-jurídico como se ha venido mencionando, debido a lo cual surgen los siguientes aspectos en el marco del análisis constitucional, por lo que implica el examen equilibrado de la protección de los derechos tanto a nivel constitucional, como por la ampliación de estos derechos en el bloque de constitucionalidad (Bernal, 2014).

Las constituciones procuran incluir una sección destinada a resaltar el derecho a la vida, la libertad, la igualdad, la dignidad humana y la libertad de expresión entre otros, los cuales deben ser respetados, y por ende, protegidos por el Estado. Asimismo, estos derechos podrían encontrarse limitados, por razones de seguridad, por cuanto al encontrarse en situaciones de amenaza se restringirían de manera proporcional y justificada. La proporcionalidad,

como elemento clave en el análisis de los DD. HH. y la seguridad, cumple con dicha premisa, por lo que es el catalizador constitucional para ponderar y proteger el legítimo uso de la fuerza y respaldar la seguridad pública (Borowski, 2021). Entonces, para comprender el ejercicio de la seguridad y la defensa en el contexto de los derechos humanos se precisa:

- Contar con un marco legal y constitucional que establezca de manera clara los lineamientos en seguridad y defensa, en la actualidad representado por la CPC de 1991.
- El rol de las Fuerzas Armadas y la política deben ser objeto de constante examen respecto de las acciones ya que su quehacer está orientado básicamente al respeto de los DD. HH., por lo que debe reconocerse una atmósfera que asegure la realización proporcional de las operaciones que se realicen, todo esto encaminado a la garantía de la protección de la población. En tal sentido, las acciones de las fuerzas de seguridad y defensa deben estar alineadas con los valores democráticos y los DD. HH.
- Otro aspecto importante es lo relativo a los derechos de las víctimas y la reparación que incluyen justicia, verdad, reparación y garantía de no repetición de abusos y violencia (CIDH, 2013).
- De igual manera, debe acogerse el respeto a las reglas que se establecen en el derecho internacional humanitario (DIH), en el contexto de los conflictos armados de carácter nacional o internacional, atendiendo al impacto que estos escenarios implican.

Entre otras cosas, comprender el ejercicio de la seguridad y defensa en Colombia desde la perspectiva de los derechos humanos implica evaluar cómo se respetan y protegen los derechos fundamentales mientras se garantiza la seguridad y la defensa del país.

Examen de constitucionalidad frente a seguridad y defensa

La seguridad y defensa nacional corresponde a un elemento integrador del sistema social bajo la estructura del sistema político. En esta oportunidad, se analiza cómo dicha unidad ha sido valorada en las interpretaciones consti-

tucionales. Cabe resaltar que Colombia, como Estado social y democrático de derecho, cuenta con criterios que permiten que dicho examen se lleve a cabo, entendiendo que todas las normas, directrices políticas y lineamientos jurídicos deben estar enmarcados y armonizados con la CPC de 1991, con lo cual, se evita la arbitrariedad en el funcionamiento de los estándares estatales (Murillo, 1989).

En este orden de ideas, es importante examinar la función de garantía que se manifiesta con el fallo de la Corte Constitucional, como un elemento integrado de la justicia constitucional. El artículo 241 de la CPC establece que el control de constitucionalidad recaerá sobre las leyes, por su contenido y por vicios del consentimiento, proyectos de leyes estatutarias, actos reformativos de la Carta Política (por vicios en el procedimiento de su formación), entre otros, lo cual, abre paso a que la corte emita su fallo respecto de la Ley 684 de 2001.

Antes de examinar el fallo de inexecutable dado en la Sentencia C-251 de 2002 por la Corte Constitucional sobre la Ley 684 de 2001, cuyo contenido consistía en la expedición de normas sobre la organización y funcionamiento de la seguridad y defensa nacional, bajo un modelo de seguridad ciudadana, es pertinente mencionar teóricamente el principio de proporcionalidad en el marco del control de constitucionalidad como uno de los mecanismos para la garantía de los preceptos supranacionales, el establecimiento del control judicial y la legitimidad de la democracia.

Principio de proporcionalidad y control de constitucionalidad

En el derecho constitucional, hablar sobre proporcionalidad y control de constitucionalidad representa el desarrollo teórico que fundamenta el sentido garante propio de las dinámicas de los Estados de derecho (Velasco & Vladimir, 2015), esto debido a que las implicaciones del constitucionalismo, principalmente en la separación de poderes, conforma el dispositivo principal para la relación entre las limitantes del poder político y la protección de los derechos individuales (Bernal, 2019), lo que permite que haya una comprensión general sobre las leyes y su verificación. Ospina (2019) parafraseando a Andrade (2003) afirma que los modelos de control constitucional están categorizados en sistemas y métodos, así:

- Desde el acto de autoridad encargado del control: es visto desde la legalidad de las normas jurídicas de carácter jerárquico inferior a la ley ordinaria y del control de los actos de autoridad contrarios a la Constitución.
- Desde diferentes tipos o medios de control como el político, jurisdiccional que se encuentren previstos en la Constitución y opinión pública, como forma de ausencia del control normativo.
- De conformidad con el alcance de las decisiones del órgano que controla, con efectos: *erga omnes*, particulares o limitados al caso en concreto (como un control parcial).
- De acuerdo con la procedibilidad: previa entrada en vigencia de la ley, por vía de acción o por vía de excepción y eventualmente a solicitud de la parte por defectos de la ley.
- Desde la consideración de la naturaleza del órgano que ejerce la función del control de constitucionalidad: jueces constitucionales —Corte constitucional—. Órganos legislativo. Ejecutivo y jurisdiccional. (Ospina, 2019, pp. 2-3)

Se evidencia entonces que el control de constitucionalidad frente a la proporcionalidad corresponde a un criterio metodológico que se interesa para determinar la intervención de los poderes públicos y estos corresponden o no a lo establecido en la Constitución. Por lo tanto, se ajustan al propósito constitucionalista de interpretación jurídica y valoración de las normas. Así pues, investigaciones como la de Lopera (2005) esbozan la aplicabilidad de la proporcionalidad de cara al control constitucional, donde señala que, tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia constitucionales, la utilización de dicho principio funge como: “herramienta argumentativa empleada en el control de constitucionalidad de las restricciones de los derechos fundamentales, dirigido a descalificar aquellas intervenciones que supongan un sacrificio inútil, innecesario o desproporcionado de los mismos” (Lopera, 2005, p. 12).

Con ello, los cimientos ideológicos sobre la proporcionalidad han sido desarrollados a partir de la teoría general del Estado, por Georg Jellinek, Klaus Stern y, frente a la proporcionalidad, como Carlos Bernal y algunos de sus

representantes, sin desconocer a Robert Alexy en la teoría sobre los derechos fundamentales (Cárdenas, 2000).

Control de constitucionalidad en la Sentencia C-251 de 2002

Según la Corte Constitucional (2002), “No cualquier ley de seguridad y defensa es legítima, pues ella debe respetar integralmente la Constitución y los compromisos internacionales asumidos por Colombia en materia de derechos humanos y de derecho humanitario”. Ahora bien, la razón principal por la cual resulta pertinente el análisis de la Sentencia C-251 de 2002 —donde se haya contenida la anterior cita— está directamente relacionada con la posición de la corte en el ejercicio de constitucionalidad, puesto que establece un dispositivo de consolidación, balance y equilibrio en los asuntos que comprometen la vida jurídica y tiene repercusión en la sociedad, las instituciones, y por ende, en las políticas públicas (Moreno, 2010).

Teniendo en cuenta lo anterior, en esta sentencia se encuentra una definición que adopta la corte, para argumentar su fallo, donde resalta que un sistema está definido por constituir un conjunto de elementos organizados en su totalidad y que se halla articulado en relación con el entorno (Corte Constitucional, 2002), apreciación que enlaza la importancia que tiene comprender los términos de seguridad y defensa (más allá de sus implicaciones), como un elemento integrador.

Así, la Corte Constitucional, como órgano de justicia encargado de dar cumplimiento a lo establecido en la Carta Política (MinJusticia, 2017), emitió un fallo el 11 de abril del 2002, sobre el cual se mencionaron algunos aspectos relevantes que corresponden a la declaratoria de inexecutable de la Ley 684 de 2002 donde se dictaban normas tendientes al fortalecimiento de la seguridad ciudadana.

Un primer acercamiento a lo que se refiere al contenido de la normativa declarada inexecutable consiste en las implicaciones sobre seguridad ciudadana, que, en palabras de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, 2015), es definida como:

Aquella situación donde las personas pueden vivir libres de las amenazas generadas por la violencia y el delito, a la vez que el Estado tiene las capacidades

necesarias para garantizar y proteger los derechos humanos directamente comprometidos frente a las mismas. En la práctica, la seguridad ciudadana, desde un enfoque de los derechos humanos es una condición donde las personas viven libres de violencia proveniente de actores estatales o no estatales. (p. 61)

Al respecto, dicho paradigma comprende específicamente unas circunstancias puntuales: violencia y delitos, tanto en el entendido de los deberes sociales, como en la protección del sujeto en la garantía de los derechos humanos, por lo que su enfoque está directamente relacionado con el individuo, situación que de entrada ya representaba una limitante en el contenido de la ley verificada en dicha sentencia.

Por otro lado, debido a la discusión sobre los fundamentos constitucionales (artículo 241 y 242, CPC), que avalan el empleo de una estructura argumentativa en la vigilancia legislativa de las leyes, la Corte Constitucional, para el caso en concreto, toma las siguientes elucidaciones como base para su declaratoria:

Al considerar que dicha normatividad (Ley 684 de 2001) vulnera la Constitución política de 1991 porque “su pilar, la figura de poder nacional, es incompatible con los principios constitucionales más básicos que definen la naturaleza democrática del Estado colombiano” (Corte Constitucional, 2002, p. 27)

También porque algunos de los componentes que desarrollan actividades específicas, “como la concesión de facultades de policía judicial a las Fuerzas Militares o la regulación del teatro de operaciones”, (Corte Constitucional, 2002, p. 27) desconocen varios preceptos constitucionales.

Respecto del primer punto, la corte afirma que se trata del desconocimiento de la separación de poderes “atentan la supremacía civil sobre el militar, empotran un estado de excepción indeleble, deterioran el pluralismo y abren la vía a un Estado totalitario” (Corte Constitucional, 2001).

En la misma línea, en el examen del caso en concreto la corte ha empleado argumentos de proporcionalidad en el control de dicha norma basándose en la formula constitucional que implica el desarraigo de cualquier tipo de totalitarismo, aludiendo a la esencia personalista del Estado y no estatalista. Lo que envuelve el contenido de una variable, como lo menciona Martínez (2011),

como una “ética pública consensuada” por los miembros de la sociedad debido al Estado democrático de derecho adicional a permitir la legitimación de los derechos humanos y los criterios basados en la axiología tanto en los aspectos políticos, como en el ordenamiento jurídico en sí (Martínez, 2011).

Asimismo la inexequibilidad de dicho precepto normativo ha sido conformada en las sentencias C-521 de 2002 y en 397 de 2002 para finalmente vislumbrar el alcance que tiene la seguridad y defensa, en aquel entonces, y que repercute en el análisis reiterado sobre el quehacer operacional militar, porque a lo sumo, bien se esté de cara a un operativo militar o policivo, a partir de la declaratoria de inconstitucionalidad de dicha norma, los criterios de abordaje serán limitantes y ajustados a derechos humanos y DIH.

La corte ha resaltado que no puede condicionarse la validez de un derecho constitucional a los criterios de las mayorías y a su compatibilidad con los objetivos de interés general, por cuanto eso implicaría “quitarle toda su eficacia específica puesto que, en una gran medida, los derechos constitucionales fundamentales son las promesas que formulan las mayorías a las minorías —y a esas minorías radicales que son las personas— de que su dignidad e igualdad serán siempre respetadas (Corte Constitucional, 2002).

Con lo anterior, el objetivo principal de dicho control constitucional es alcanzar la armonización de libertad y orden, para que un Estado de derecho alcance los criterios óptimos sobre la seguridad, evitando la vulneración los “derechos fundamentales y las libertades puedan ser ejercidas dentro de un orden justo, respetuoso del pluralismo y de la libertad de crítica” (Corte Constitucional, 2002, p. 11).

En resumen, los principales criterios evaluados y puestos de presente en las consideraciones del alto tribunal constitucional colombiano estuvieron basados en los principios de proporcionalidad como criterio de uso de la fuerza en las operaciones policiales y militares propuestas en la normatividad cuestionada; adicionalmente, el principio de distinción; el principio de exclusividad y el principio de separación de poderes (Faúndez, 2004), aspectos que se deben continuar teniendo en cuenta para el quehacer operacional militar.

Actualmente, Colombia no cuenta con una ley estatutaria en materia de seguridad y defensa nacional, más allá de la Ley 1621 de 2013 reglamen-

tada por el Decreto Nacional 857 de 2014, “ Por medio de la cual se expiden normas para fortalecer el marco jurídico que permite a los organismos que lleven a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia cumplir con su misión constitucional y legal, y se dictan otras disposiciones” (Ley 1621 de 2013) y la Ley 2197 de 2022, “Por medio de la cual se dictan normas tendientes al fortalecimiento de la seguridad ciudadana y se dictan otras disposiciones”, cuyos lineamientos se encuentra estructurados bajo normativas que están divididas por función, ejercicio y actividad institucional en cabeza de cada uno de sus órganos representativos o en su defecto por la naturaleza de su contenido.

Modelo de seguridad multidimensional: política de seguridad y defensa

Teniendo en consideración la posición previa respecto de la observación sobre los criterios donde opera el reconocimiento y validación de principios constitucionales, el modelo de seguridad enmarcado en Colombia a partir de la CPC 1991, había sido divisado bajo una connotación institucional y reglada desde el esquema: policía-justicia-prisión, esto, desde la perspectiva de la seguridad ciudadana, que no alcanza a vislumbrar el amplio panorama de escenarios afectados por la violencia. De modo que, el análisis sobre seguridad y defensa envuelva necesariamente una relación con el contexto de violencia (Romero, 2010).

Considerando el desarrollo de las concepciones del término seguridad, brevemente se expone aquí la trascendencia de la seguridad multidimensional, la cual concita un conjunto de perspectivas sobre las diferentes amenazas contra el bienestar al interior y exterior de un Estado. Así pues, seguridad y defensa nacional, aun cuando son criterios regulados por discernimientos jurídicos, se entienden a nivel social, desde una óptica política (Ministerio de Defensa Nacional [MDN], 2019), bajo la condición de que la seguridad encuentra su fundamento en el enfoque de la teoría de las relaciones internacionales (Orozco, 2015), en correlación con las funciones institucionales, como por ejemplo, las establecidas por cuerpos militares. Al respecto, en la política pública sobre seguridad y defensa nacional se precisa lo siguiente:

[...] Responde a las amenazas y a los desafíos de seguridad, desde un nuevo enfoque multidimensional y con el fin de fortalecer la legitimidad estatal y el régimen democrático, el respeto por los derechos humanos y la construcción de legalidad. Con esa perspectiva, se busca preservar y potenciar los intereses nacionales ante actores foráneos, al tiempo que promover la cohesión de la sociedad colombiana. (MDN, 2019, p. 5)

Pues bien, como se afirmó al inicio de este escrito, la percepción de la seguridad debe estar entendida como elemento integrador del sistema político y social, lo que permite que esta representación adopte un enfoque multisectorial e intergeneracional, como se propone en la política pública.

Límites en el quehacer operacional militar en seguridad y defensa nacional

Puesto que en Colombia, el *quehacer operacional militar* permea diferentes escenarios, en esta oportunidad se analiza el alcance que tiene su ejercicio en el marco de la seguridad multidimensional y la defensa como modelo posterior al que se pretendía instaurar en Colombia con el esquema de seguridad ciudadana, que no ha sido erradicado y, por el contrario, se integra a la esfera de lo multidimensional (Peña, 2018).

Aunado a lo anterior, a la importancia que implica el tener en consideración las apreciaciones constitucionales por la cuales se ha limitado la debida regulación de los preceptos jurídicos que determinen el alcance, si se quiere, de un modelo *genérico* sobre seguridad y defensa, toda vez que ya no corresponde únicamente a una finalidad estatal, por el contrario, representa un sistema político que implica una estructura determinada y armonizada al Estado social de derecho.

Continuando con la apreciación de la aplicación de la proporcionalidad con el examen de constitucionalidad, este apartado insiste en mencionar que, a partir del rol y la función de los militares, se pretende la satisfacción de la seguridad y defensa nacional. Entonces, la fuerza pública está contenida en la CPC de 1991, en su artículo 216, el cual describe que está conformada de manera exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional. Subsiguientemente, en el artículo 217, se establece que: “[...] Las Fuerzas Militares tendrán como

finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional [...]” (CPC, 1991).

Con lo anterior, se retoma un aspecto particular que Montealegre (2014) desarrolla de manera acertada, al exponer los fines y medios como elementos clásicos del principio de proporcionalidad, donde se resalta la importancia que tiene la administración al instante le están dados los fines que tiene que perseguir mediante la determinación de las funciones legalmente dadas, entonces cuando un hecho resulta intolerable, lo *adecuado/ajustado*, será no reaccionar o reaccionar con base en la proporcionalidad (Clérico, 2018).

Es importante desmilitarizar el país para cambiar las relaciones cívico-militares: uno de los pasos más importantes es la creación de confianza mediante el rompimiento de la lógica del *enemigo interno* y el respeto de los derechos humanos, cuando los agentes militares y policiales tengan que actuar (Cerón & López, 2021, párr. 35).

Con ello, se propone que las dinámicas militares enmarcadas en los derechos humanos y el DIH como elementos constitutivos del llamado *derecho aplicado en las operaciones militares* (Jiménez, Gil, & Jiménez, 2021) reafirman el criterio que desde 2001 se ha venido tranzando en aras a la consolidación de una estructura garantista que encierra el elemento seguridad y defensa nacional. Por lo tanto, desde esa posición, el quehacer militar está limitado bajo los siguientes criterios, expuestos en el modelo de seguridad adoptado en la PDS dada por el MDN en enero de 2019 y vigente hasta el periodo presidencial de Iván Duque Márquez:

Límite de la seguridad multidimensional

Una de las limitantes que está representada en este modelo de seguridad es la adaptación de la defensa a los diversos escenarios, particularmente, como se mencionaba al inicio, respecto de la estructura de los cuerpos institucionales, que se encargan de categorizar, clasificar y enlistar las diversas amenazas que se desenvuelven en el tejido social (Rivera, 2008). Asimismo, este modelo de seguridad no es tan reciente, como la PSD trata de hacerlo parecer, al ser las Fuerzas Militares y la Policía los principales órganos de control de dichas amenazas.

Límites jurídicos en el ejercicio operacional militar

Implica que necesariamente el quehacer militar esté encaminado al cumplimiento de los preceptos constitucionales, orientados a la legalidad en las operaciones, el correcto y proporcional uso de la fuerza y en especial cuando se trata de operaciones, estas implican y tiene un alto impacto en los derechos de la población que se encuentran bajo especial protección, como lo son los niños, niñas y adolescentes (NNA) o frente a la protección de los derechos fundamentales, que como bien lo reconoce el estudio planteado en la Sentencia C-251 de 2002 como criterios esenciales en el desarrollo de los principios de seguridad y defensa: la dignidad y libertades individuales (Corte Constitucional, Sentencia 570, 2019).

Límite que permite el respaldo constitucional de la seguridad y la defensa nacional

Este tipo de limitante viene de la mano con los dos anteriores, puesto que se trata básicamente de revisar los parámetros normativos que privilegien el sentido social, democrático, jurídico-legal, por ejemplo, en operaciones que impliquen escenarios de inteligencia y contrainteligencia, donde se debe mantener el resguardo de la identidad, el fortalecimiento de sistemas de investigación acertados y obrando conforme a los preceptos de resguardo de la dignidad humana.

Finalmente, este capítulo concluye afirmando que los límites del quehacer militar están dados en los mismos términos que el control de constitucionalidad ejerce en las leyes; asimismo, los parámetros establecidos en la PDS para la legalidad, equidad y emprendimiento son adoptados con el fin de satisfacer constitucionalmente los fines esenciales del Estado colombiano, en dirección al fortalecimiento de la paz, la seguridad y la defensa nacional.

Conclusiones

En primer lugar, el término seguridad y defensa nacional se encuentra enmarcado como elemento integrador del sistema estatal, por lo tanto, tiene repercusiones de tipo político y social. De lo contrario, dada su naturaleza amplia e indeterminada, no permitirá que las instituciones avancen conforme los cambios en la sociedad y representaría un desequilibrio mayor.

A lo largo de la historia y basados en las diferentes teorías, la seguridad juega un papel fundamental desde diferentes aristas, como la seguridad interior, ciudadana, nacional, pública y que han sido reunidas en un precepto denominado *multidimensional* que encierra un esquema sistemático de prevenciones de diversa índole para el resguardo y la garantía de los derechos y la soberanía nacional.

Respecto de la Sentencia C-251 de 2002, se reconoció que a partir de la declaratoria de inexecutable, Colombia no ha desarrollado un lineamiento normativo relativo a una ley estatutaria en materia de seguridad y defensa nacional, lo cual no implica que no esté regulada.

Asimismo, la base del examen de constitucionalidad determinó los criterios que se debía ajustar posteriormente para el quehacer de las instituciones que garantizan los fines del Estado actualmente desarrollado en la política de seguridad y defensa.

Los límites que se presentan en el quehacer militar aunado al estudio de caso y respecto de las diferentes aristas de la seguridad, están contemplados desde el entendido de la proporcionalidad ajustado a que todos los lineamientos deben estar sujetos al control y examen de constitucionalidad, buscando que en cualquier acción militar cumpla con el objetivo sin causar daños excesivos a los civiles o propiedades. De igual manera, dentro de las limitaciones jurídicas, está el adoptar las reglas propias del DIH y los derechos humanos especialmente en situaciones de conflicto donde el impacto humanitario sea considerable.

Finalmente, los límites propuestos en el quehacer operacional militar respecto del análisis de los criterios de seguridad se clasificaron en tres: 1) los criterios propios ajustados a la seguridad multidimensional; 2) un límite planteado desde las posiciones jurídicas y el principio de legalidad, evitando así, contrariar la CPC, y en último lugar, pero no menos importante, 3) el límite en los operativos ajustados al respaldo y garantía de su actividad para alcanzar los fines esenciales del Estado de derecho.

Referencias

- Bernal-Pulido, C. (2019). Fundamentos Bíblicos de la separación de poderes y función catalizadora del juez. *Revista Dikaion*, 28(2), 222-246. <https://n9.cl/sg4yv>
- Bertalanffy, L. (1989). *Teoría General de los Sistemas. Fundamentos, desarrollo, aplicaciones*. [Trad. Almela Juan]. Fondo de Cultura Económica.
- Browski, M. (2021). Derechos absolutos y proporcionalidad. *Revista Derecho Estado*, (48), <https://doi.org/10.18601/01229893.n48.11>
- Cárdenas Gracia, J. (2000). *Una constitución para la democracia. Propuesta para un nuevo orden constitucional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
- Clérico, L. (2018.). *Derechos y proporcionalidad: violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión*. Miradas locales interamericanas y comparadas. Instituto de Estudios Constitucionales.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, CIDH. (2015). Seguridad ciudadana. En CIDH, *Situación de derechos humanos en Guatemala: Diversidad, desigualdad y exclusión*. Universidad Autónoma de México.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, CIDH. (2013). *Verdad, justicia y reparación: cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*. <https://n9.cl/98174>
- Cortés Zambrano, S. (2010). Equilibrio y control del poder político en la tradición política y constitucional colombiana. *Via Inveniendi Et ludicandi*, 5(2), 2-97.
- Cubides Cárdenas, J., & Garay Acevedo, C. (2013). Hacia la construcción de un estado del arte de la seguridad y defensa nacional en Colombia. *Revista Científica General José María Córdova*, 11(11), 81-98. <https://n9.cl/u6ihr>
- Dávila, L. (2015). Conceptos y enfoques de seguridad. *Revista Pensamiento Penal*, 1-22.
- Faúndez Ledesma, H. (2004). *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Gómez Díaz de León, C. (2015). *Sistema político y formas de gobierno*. Universidad Autónoma de Nuevo León.
- Jiménez Reina, J., Gil Osorio, J., & Jiménez Reina, R. (2021). El derecho operacional en relación con los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario. *Revista Científica General José María Córdova*, 19(33), 115-131. <https://n9.cl/lzqq4>
- Ley 1621 de 2013. Por medio de la cual se expiden normas para fortalecer el Marco Jurídico que permite a los organismos que llevan a cabo actividades de [...]. Abril 17 de 2013. DO N.º 48764
- Ley 2197 de 2022. Por medio de la cual se dictan normas tendientes al fortalecimiento de la seguridad ciudadana y se dictan otras disposiciones. Enero 25 de 2022.
- Lopera Mesa, G. (2005). El principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de las leyes penales sustantivas (una aproximación a su empleo en la jurisprudencia constitucional colombiana). *Nuevo foro penal*, (57), 11-37.
- Martínez I Seguí, J. (2011). El iusnaturalismo formal de inspiración calvinista en la filosofía social y política de Denis de Rougemont. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, (23), 355-377.

- Mila Maldonado, F., Yáñez Yáñez, K., & Mantilla Salgado, J. (2021). Una aproximación de la investigación jurídica. *Revista pedagógica universitaria y didáctica del derecho*, 8(2), 81-96.
- Ministerio de Defensa Nacional, MDN. (2019). *Política de Defensa y Seguridad (PDS). Para la legalidad, el emprendimiento y la equidad*. MDN.
- Ministerio de Justicia y del Derecho (2017, 14 de junio). *¿Qué es la Corte Constitucional de Colombia y quién elige a sus Magistrados?* <https://www.minjusticia.gov.co>
- Moreno, O. L. (2010). El sistema de control de constitucionalidad en Colombia. . *Revista Civilizar*, 10(19), 75-92.
- Murillo de la Cueva, P. (1989). El examen de constitucionalidad de las leyes y la soberanía parlamentaria. *Revista Ius et Praxis*, (014), 31-60. <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis1989.n014.3413>
- Orozco, G. (2015). El concepto de ña seguridad en la Teoría de las Relaciones Internacionales. *Revista CIDOB d' Afers Internacionals*, (72), 161-180.
- Ospina Molina, P. (2019). El control de constitucionalidad en Colombia. *Revista Criterio Libre Jurídico*, 16(1), 1-8.
- Parson, T. (2005). *The social system*. Taylor & Francis e-Library.
- Peña Chivatá, C. (2018). *La dimensión continental de la seguridad y la defensa nacional*. (Vol. 3, pp. 71-118. <https://n9.cl/9jhuf>
- Rivera Vélez, F. (2008). *Seguridad Multidimensional en América Latina*. Ministerio de Cultura del Ecuador.
- Romero Herrera, J. (2010). Violencia, autonomía militar y procesos de formación del Estado y la constitución de la Nación. *Revista Criminalidad*, 52(2), 113-131.
- Tello, A. (2000). Conceptos de seguridad y defensa. *Relaciones Internacionales*, (19), 135-137.
- Velasco Cano, N., & Vladimir LLano, J. (2015). Teoría del derecho, neoconstitucionalismo y modelo de estado constitucional en el contexto colombiano. *Novum Jus*, 9(2), 49-73.
- Vallejo Rubiano, H., Cubides Cárdenas, J., & Díaz Castillo, W. (2018). Contextualización del conflicto interno colombiano en relación con las víctimas. En *El conflicto armado interno en Colombia: Análisis jurídico de protección a las víctimas del medioambiente*. Sello Editorial ESDEG.



Problemas abiertos en torno del principio de proporcionalidad: análisis desde el DIDH y el DIH

El presente libro nace fruto del trabajo que realizan los editores y autores de cada capítulo en la Facultad de Derecho de la Escuela Militar de Cadetes “General José María Córdova”, *alma mater* del Ejército Nacional de Colombia e institución de educación superior donde jóvenes de todo el país se forman en su carrera principal para obtener el título de profesional en Ciencias Militares y en carreras complementarias del quehacer militar, como lo es la disciplina jurídica, la cual, tiene por finalidad blindar jurídicamente las operaciones militares, de modo que los futuros oficiales actúen siempre amparados en los dos marcos jurídicos operacionales, a saber: el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y el Derecho Internacional Humanitario (DIH).

Y es en este punto donde nace el problema de investigación del presente texto académico, esto debido a que los principios rectores de estas dos áreas jurídicas, a pesar de tener denominaciones similares y en algunos casos idénticas, tienen significados bien diferentes. Un ejemplo de ello es el *principio de proporcionalidad*. Así pues, el presente libro quiere hacer una reflexión desde distintas perspectivas que conciernen a este principio, así como, sus distintos significados y acepciones centrándose en tres focos de análisis, el principio de proporcionalidad como principio del DIH, del DIDH y como criterio de interpretación constitucional.



ISBN 978-628-95446-8-8

