

Sentencia C-291/07

PERSONA PROTEGIDA POR EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-Combatiente que ha depuesto las armas por captura, rendición u otra causa análoga/**NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD**-No vulneración por norma que considera como persona protegida al combatiente que ha depuesto las armas por captura, rendición u otra causa análoga/**HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA**-Tipificación como delito en combatientes que han depuesto las armas

Afirma el demandante que la expresión “combatientes” del artículo 135, parágrafo, numeral 6 de la Ley 599 de 2000 desconoce los artículos 93 y 94 de la Carta Política, en la medida en que las normas de Derecho Internacional Humanitario incorporadas al bloque de constitucionalidad no utilizan la figura de los “combatientes” en el ámbito de los conflictos armados no internacionales. Observa la Corte que la disposición acusada –el término “combatientes”- se refiere a una de las sub-categorías de las personas fuera de combate, en tanto una de las diversas categorías de “personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario” –las personas que han participado en las hostilidades y ya no lo hacen por haber depuesto las armas por captura, rendición u otra causa similar-, y que necesariamente debe interpretarse en su acepción genérica, explicada en el Acápite 3.3.1. de la Sección D precedente. Por otra parte, incluso si se interpretara en su acepción específica, el uso de este término en sí mismo no riñe con el bloque de constitucionalidad, por cuanto su incorporación al tipo penal que se estudia no reduce el ámbito de protección dispensado por la garantía fundamental de la prohibición del homicidio a quienes no participan de las hostilidades en un conflicto interno. Únicamente serían contrarias al bloque de constitucionalidad aquellas disposiciones legales que, al incorporar la noción de “combatiente” al ámbito de la regulación de los conflictos armados internos, disminuyan o reduzcan el campo de aplicabilidad o la efectividad de tal garantías, o impidan que éstas se constituyan en medios para la materialización de los referidos principios.

DELITO DE TOMA DE REHENES-Inclusión como norma de *ius cogens* que vincula al Estado colombiano como parte del bloque de constitucionalidad

Si bien Colombia es parte de la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, la cual fue ratificada mediante Ley 837 de 2003 y sujeta a revisión previa de la Corte Constitucional en sentencia C-405 de 2004 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), esta Convención no ha sido incorporada formalmente al bloque de constitucionalidad mediante un pronunciamiento expreso de esta Corporación. A pesar de lo anterior, resulta claro –por las razones expuestas extensamente en el apartado 5.4.4. de la Sección D de esta providencia- que el delito de toma de rehenes, a la fecha en que se adopta

esta providencia, ha sido incluido como conducta punible en normas de ius cogens que vinculan al Estado colombiano como parte del bloque de constitucionalidad, y que constituyen un parámetro obligado de referencia para ejercer el control de constitucionalidad sobre la disposición legal acusada.

DELITO DE TOMA DE REHENES-Requisito que exige para la tipificación, que privación de la libertad del rehén se condicione a la satisfacción de exigencias formuladas “a la otra parte” del conflicto armado desconoce bloque de constitucionalidad

Con base en la definición consuetudinaria del crimen internacional de toma de rehenes, señalada en el acápite 5.4.4. precedente y cristalizada en la definición de los Elementos de los Crímenes de la Corte Penal Internacional, observa la Sala que efectivamente asiste razón al peticionario cuando afirma que el requisito consistente en que las exigencias para liberar o preservar la seguridad del rehén se dirijan a la otra parte en un conflicto armado no internacional, plasmado en el artículo 148 del Código Penal, es violatorio del bloque de constitucionalidad. En efecto, este requisito no se encuentra previsto en las normas consuetudinarias que consagran la definición de los elementos de este crimen de guerra, por lo cual la introducción de dicha condición, al restringir las hipótesis de configuración del delito en cuestión, reduce injustificadamente el ámbito de protección establecido en el Derecho Internacional Humanitario, puesto que deja desprotegidos a los rehenes cuyos captores han formulado exigencias, no a la otra parte en el conflicto armado, sino a sujetos distintos a dicha parte –los cuales, según se enuncia en los Elementos de los Crímenes de la Corte Penal Internacional, pueden ser un Estado, una organización internacional, una persona natural o jurídica, o un grupo de personas-. Dado que quienes se encuentran en esta hipótesis fáctica han de recibir la protección plena del Derecho Internacional Humanitario y no existen en el ordenamiento jurídico constitucional elementos que justifiquen reducir el grado de protección previsto por la tipificación del crimen de guerra en cuestión, concluye la Sala Plena que se ha desconocido, con la introducción del requisito acusado, el bloque de constitucionalidad y, por lo mismo, los artículos 93 y 94 Superiores, así como al artículo 28 de la Constitución, que consagra el derecho fundamental a la libertad personal, el cual se ve protegido directamente por esta garantía fundamental del principio humanitario.

TOMA DE REHENES Y SECUESTRO EXTORSIVO-Distinción

DELITO DE DESTRUCCION O UTILIZACION ILICITA DE BIENES CULTURALES Y DE LUGARES DE CULTO-Requisito que exige para la tipificación, que dichos bienes y lugares se hallen debidamente señalados es inconstitucional

La Corte declarará inexecutable la expresión “debidamente señalados con los signos convencionales” de los artículos 156 y 157, demandados, puesto que

según se explicó en los capítulos 6.1. y 6.2. de la Sección D de esta providencia, este requisito no está incluido dentro de las normas convencionales y consuetudinarias de Derecho Internacional Humanitario que protegen los bienes culturales y las obras o instalaciones que contienen fuerzas peligrosas; en consecuencia, la introducción del requisito de señalización en el tipo penal que se estudia restringe el alcance de las salvaguardas internacionales aplicables, puesto que excluiría del ámbito de protección de estas normas a los bienes culturales y religiosos y a las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas que no se encuentren señalizados. Al restringir el ámbito de protección provisto por estas garantías, que reflejan principalmente el principio de distinción, las normas acusadas contrarían los artículos 93, 94 y 214 de la Carta Política.

TRATADOS INTERNACIONALES QUE HACEN PARTE DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD-Deben interpretarse de manera armónica y sistemática

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL-Límites/BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD-Función interpretativa/BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD-Función integradora

Las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad cumplen diversas funciones dentro del ordenamiento jurídico colombiano; en relación con el establecimiento de límites al margen de configuración del Legislador en materia penal, el bloque de constitucionalidad cumple dos funciones distintas: una función interpretativa –sirve de parámetro guía en la interpretación del contenido de las cláusulas constitucionales y en la identificación de las limitaciones admisibles a los derechos fundamentales-, y una función integradora -provisión de parámetros específicos de constitucionalidad en ausencia de disposiciones constitucionales expresas, por remisión directa de los artículos 93, 94, 44 y 53 Superiores-. Ambas funciones han sido aplicadas por la Corte Constitucional en su jurisprudencia sobre los límites del margen de configuración del legislador en materia penal, sea para identificar un desconocimiento de la Constitución con la ayuda interpretativa de las normas incluidas en el bloque, o para aplicar directamente los parámetros establecidos por tales normas en ausencia de una cláusula constitucional específica.

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-Definición

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-Ambito de aplicación temporal, geográfico y material

CONFLICTO ARMADO-Definición

CONFLICTO ARMADO INTERNO-Criterios de la jurisprudencia internacional para determinarlo

RECONOCIMIENTO DE BELIGERANCIA-Condiciones para el reconocimiento

Para efectos de la aplicación del Derecho Internacional Humanitario, la existencia de un conflicto armado se determina jurídicamente con base en factores objetivos, independientemente de la denominación o calificación que le den los Estados, Gobiernos o grupos armados en él implicados. También cabe subrayar que la existencia de un conflicto armado “no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico” de los grupos armados (Art. 3 Común). Una condición para el reconocimiento de insurgencia o beligerancia es que el grupo armado irregular haya aceptado y aplicado el DIH.

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-Obligación estatal de respetarlo y hacerlo respetar

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-El cumplimiento por los Estados no depende, del cumplimiento que le den las otras partes del conflicto

La obligación de respetar y de hacer respetar el derecho internacional humanitario no es de carácter sinalagmático o recíproco, es decir, su satisfacción por los Estados no depende del cumplimiento que le otorguen, a su vez, las otras partes enfrentadas en el conflicto. El carácter no recíproco de estas obligaciones se deriva directamente de la naturaleza fundamental de las normas y principios que mediante ellas se busca preservar, así como del hecho de que dichas obligaciones son erga omnes y por ende se adquieren frente a la comunidad internacional en su conjunto –punto que se explicará más adelante-. El carácter no recíproco de la obligación de respetar y hacer respetar el Derecho Internacional Humanitario adquirido a la fecha rango consuetudinario, habiendo sido reconocido en varias oportunidades por organismos internacionales de derechos humanos y tribunales internacionales.

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-Vincula tanto a los miembros de las fuerzas armadas estatales como a los grupos armados que se les oponen

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-Incluye normas de origen tanto convencional como consuetudinario

DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO-Importancia en Derecho Internacional Humanitario

PRINCIPIOS ESENCIALES DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-Naturaleza de *ius cogens*

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD-Integración

IUS COGENS-Concepto

NORMAS DE IUS COGENS Y OBLIGACIONES ERGA OMNES-Distinción

NORMAS DE IUS COGENS-Normas de Derecho Internacional Humanitario que se consideran como tales

PRINCIPIO DE DISTINCION EN DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-Alcance

COMBATIENTE EN DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-Definición en sentido genérico/COMBATIENTE EN DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-Definición en sentido específico

El término “combatientes” en Derecho Internacional Humanitario tiene un sentido genérico, y un sentido específico. En su sentido genérico, el término “combatientes” hace referencia a las personas que, por formar parte de las fuerzas armadas y los grupos armados irregulares, o tomar parte en las hostilidades, no gozan de las protecciones contra los ataques asignadas a los civiles. En su sentido específico, el término “combatientes” se utiliza únicamente en el ámbito de los conflictos armados internacionales para hacer referencia a un status especial, el “status de combatiente”, que implica no solamente el derecho a tomar parte en las hostilidades y la posibilidad de ser considerado como un objetivo militar legítimo, sino también la facultad de enfrentar a otros combatientes o individuos que participan en las hostilidades, y el derecho a recibir trato especial cuando ha sido puesto fuera de combate por rendición, captura o lesión - en particular el status conexo o secundario de “prisionero de guerra”. Precisa la Corte que para los efectos del principio de distinción en su aplicación a los conflictos armados internos, y de las distintas reglas que lo componen en particular, el Derecho Internacional Humanitario utiliza el término “combatientes” en su sentido genérico. Está fuera de duda que el término “combatientes” en sentido específico, y las categorías jurídicas adjuntas como “status de prisionero de guerra”, no son aplicables a los conflictos armados internos.

PERSONAS CIVILES Y POBLACION CIVIL EN DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-Definición

PRINCIPIO DE DISTINCION EN DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-Protección a “personas fuera de combate”

La protección establecida por el principio de distinción cubre no solamente a las personas civiles, sino también, dentro de la categoría más amplia de “no

combatientes”, a las personas que habiendo participado en las hostilidades, han sido puestas fuera de combate por (i) estar en poder de otro actor armado en el conflicto, (ii) no poder defenderse en razón de estar inconscientes, haber naufragado, estar heridas o estar enfermas, o (iii) haber expresado en forma clara su intención de rendirse, absteniéndose de actos hostiles y de intentos de evasión. La protección de las personas que fuera de combate está prevista en el Artículo 3 Común de las Convenciones de Ginebra y en el artículo 7 del Protocolo Adicional II, y además es una norma de derecho internacional consuetudinario que ha sido aplicada en tanto tal por los Tribunales Penales para Ruanda y Yugoslavia, los cuales han explicado que en el marco de conflictos armados internos, la protección provista por el Artículo 3 Común a las Convenciones de Ginebra (que tiene carácter consuetudinario) ampara, en general, a las personas que por una razón u otra, incluyendo las que se acaban de enumerar, ya no estaban directamente involucradas en los combates. Al igual que en el caso de los “civiles”, cuando las personas fuera de combate asumen una participación directa en las hostilidades, pierden las garantías provistas por el principio de distinción, únicamente durante el tiempo que dure su participación en el conflicto.

PRINCIPIO DE DISTINCION EN DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-Prohibición de dirigir ataques contra la población civil

PRINCIPIO DE DISTINCION EN DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-Prohibición de desarrollar actos orientados a aterrorizar a la población civil

PRINCIPIO DE DISTINCION EN DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-Obligación de las partes en conflicto de esforzarse por distinguir entre objetivos militares y bienes civiles

PRINCIPIO DE DISTINCION EN DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-Prohibición de ataques indiscriminados y de las armas de efectos indiscriminados

PRINCIPIO DE DISTINCION EN DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-Prohibición de atacar las condiciones de supervivencia de la población civil

PRINCIPIO DE DISTINCION EN DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-Prohibición de atacar a las personas fuera de combate

PRINCIPIO DE PRECAUCION EN DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-Concepto

PRINCIPIO DE PRECAUCION EN DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-Reglas que deben aplicarse a los conflictos armados internos

PRINCIPIO DE TRATO HUMANITARIO-Fundamento del Derecho Internacional Humanitario

PRINCIPIO DE TRATO HUMANITARIO-Antecedentes

CLAUSULA MARTENS-Carácter consuetudinario

PRINCIPIO DE TRATO HUMANITARIO-Garantías fundamentales que le son inherentes

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-Prohibición del homicidio de civiles y personas fuera de combate

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-Prohibición de la toma de rehenes

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN CONFLICTO ARMADO INTERNO-Personas y bienes especialmente protegidos

El Derecho Internacional Humanitario convencional y consuetudinario, en su aplicación a los conflictos armados internos, provee especial protección a ciertas categorías de personas y de bienes que resultan particularmente vulnerables a los efectos nocivos de la guerra. Las principales categorías de personas y bienes especialmente protegidos son (a) el personal y los bienes médicos, sanitarios y religiosos, (b) el personal y los bienes de socorro humanitario, (c) el personal y los bienes de las misiones de mantenimiento de la paz, (d) los periodistas, (e) los bienes culturales y (f) las instalaciones que contienen fuerzas peligrosas.

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN CONFLICTO ARMADO INTERNO-Protección especial de bienes culturales y religiosos

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN CONFLICTO ARMADO INTERNO-Protección especial de obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL-Alcance

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Ineptitud sustantiva de la demanda

Referencia: expediente D-6476

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 135, 156 y 157 (parciales) de la Ley 599 de 2000, y 174, 175, 178 y 179 de la Ley 522 de 1999.

Actor: Alejandro Valencia Villa

Magistrado Ponente:
Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil siete (2007)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y de los trámites establecidos en el decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución, el ciudadano Alejandro Valencia Villa demandó los artículos 135, 156 y 157 (parciales) de la Ley 599 de 2000, y 174, 175, 178 y 179 de la Ley 522 de 1999.

Mediante Auto del ocho (8) de septiembre de dos mil seis (2006), la Corte admitió la demanda.¹

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de constitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda en referencia.

En virtud de lo dispuesto por el artículo 241-4 la Corte Constitucional es competente para conocer de las demandas de inconstitucionalidad contra normas de rango legal, como las que se acusan en la demanda que se estudia.

¹ La ponencia inicialmente presentada a la Sala Plena por el Magistrado Jaime Araujo Rentería no fue aprobada en algunos apartes por la Corte, por lo cual el proceso fue asignado al Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa para la re-elaboración de la providencia, de conformidad con los argumentos adoptados por la Sala Plena.

II. LA DEMANDA

1. DEMANDA CONTRA EL ARTICULO 135 DE LA LEY 599 DE 2000, INTERVENCIONES Y CONCEPTO FISCAL.

1.1. Norma acusada

El demandante impugna la constitucionalidad de una parte del artículo 135, párrafo, numeral 6, de la Ley 599 de 2000, tal y como se transcribe a continuación (se subraya lo demandado):

“Artículo 135. Homicidio en persona protegida. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, ocasione la muerte de persona protegida conforme a los Convenios Internacionales sobre Derecho Humanitario ratificados por Colombia, incurrirá en prisión de cuatrocientos ochenta (480) a seiscientos (600) meses, multa dos mil seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (2.666,66) a siete mil quinientos (7.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de doscientos cuarenta (240) a trescientos sesenta (360) meses.

Ponente

PARAGRAFO. Para los efectos de este artículo y las demás normas del presente título se entiende por personas protegidas conforme al derecho internacional humanitario:

- 1. Los integrantes de la población civil.*
- 2. Las personas que no participan en hostilidades y los civiles en poder de la parte adversa.*
- 3. Los heridos, enfermos o náufragos puestos fuera de combate.*
- 4. El personal sanitario o religioso.*
- 5. Los periodistas en misión o corresponsales de guerra acreditados.*
- 6. Los combatientes que hayan depuesto las armas por captura, rendición u otra causa análoga.*
- 7. Quienes antes del comienzo de las hostilidades fueren considerados como apátridas o refugiados.*
- 8. Cualquier otra persona que tenga aquella condición en virtud de los Convenios I, II, III y IV de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales I y II de 1977 y otros que llegaren a ratificarse”.*

1.2. Cargos de inconstitucionalidad formulados en la demanda.

En criterio del accionante, la palabra “combatientes” incluida en el numeral 6 del párrafo del artículo 135 de la Ley 599 de 2000, debe ser declarada inexecutable por contrariar lo establecido en los artículos 93 y 214 de la Constitución.

Explica que en el proyecto legislativo original presentado por la Fiscalía General de la Nación sobre la tipificación de los delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario incluía en cada uno de los tipos penales un sujeto activo calificado, a saber, el combatiente; no obstante, el Presidente de la República presentó objeciones por inconveniencia frente al texto así aprobado, las cuales se transcriben:

“Las normas citadas definen al sujeto activo calificado de las conductas punibles respectivas bajo el sustantivo “el combatiente” concepto que sólo puede ser utilizado para referirse a los miembros de las Fuerzas Armadas de un Estado, según el artículo 43 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, que regulan los conflictos armados entre Estados.

Así las cosas, utilizar el calificativo de combatiente para todas las personas que en Colombia realizan tanto legítima como ilegítimamente actividad bélica, es equiparar las acciones de los miembros de las organizaciones armadas al margen de la ley con la misión institucional de las Fuerzas Armadas de la República.

El Protocolo I, adoptado en Ginebra el 8 de junio de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, celebrado con la finalidad de establecer en concreto la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, los define y precisa en los artículos 3º y 4º, y además, en la Sección II, incorpora el Estatuto del Combatiente y del Prisionero de Guerra, para significar su aplicación jurídica internacional en los conflictos entre potencias, definiendo en el artículo 43, en primer lugar, qué se debe entender por Fuerzas Armadas, y en segundo lugar que los miembros de las Fuerzas Armadas de una parte en conflicto son combatientes, por lo cual tienen derecho a participar directamente en las hostilidades.

El Protocolo II, realizado en Ginebra el 8 de junio de 1977, adicional de los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, con la finalidad de establecer lo relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, según la precisión del artículo 1º, para desarrollar y complementar el artículo 3º común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, en manera alguna hace referencia al carácter de combatiente, pues al referirse al trato humano, en el artículo 4º, de las Garantías Fundamentales; claramente se cambia la denominación de combatiente por las personas que participan o no en las hostilidades, siendo evidente que tampoco se les da el carácter de prisionero de guerra.

Finalmente, en el Estatuto de Roma, aprobado en la Conferencia de Plenipotenciarios, en la cual intervino Colombia, celebrada entre el 15 de junio y el 17 de julio de 1998, por medio de la cual se estableció

la Corte Penal Internacional, como institución permanente con jurisdicción mundial, con la finalidad de procesar a individuos acusados de la comisión de los más graves crímenes contra el Derecho Internacional Humanitario: el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, al determinar en los crímenes de guerra su intervención tanto en conflictos armados internacionales como internos; no hace alusión alguna al término combatiente, para definir a las personas partícipes de los conflictos.

Para concluir este punto, es pertinente anotar que de aplicar estrictamente estas normas tal y como están plasmadas en el proyecto de ley, se estaría dejando por fuera de la sanción penal los delitos de este tipo que fueran cometidos por integrantes de las organizaciones armadas al margen de la ley, pues dichas conductas sólo serían punibles para los combatientes es decir los miembros de las Fuerzas Armadas constitucionalmente establecidas.

*Por lo tanto es necesario sustituir la expresión ‘El combatiente’ por ‘El que’ o ‘Quien’.*²

El demandante recuerda, adicionalmente, que otras fuentes tales como el Comité Internacional de la Cruz Roja recomendaron al Congreso que estableciera, para estos tipos penales, un sujeto activo indeterminado. El Legislador, finalmente, hizo caso a estas objeciones y sugerencias, y aprobó para los tipos penales en cuestión, como sujeto activo, la expresión “el que”.

“Por estas razones –concluye el demandante-, muy seguramente se olvidó objetar y por tanto eliminar la palabra ‘combatientes’ del numeral 6° del parágrafo del artículo 135 de la Ley 599 de 2000. Por unidad normativa no existe justificación para mantener esa expresión cuando en ningún otro artículo de la Ley 599 de 2000 aparece. Por el contrario, para ser consecuentes con los demás tipos penales este ordinal debería decir simplemente ‘los que hayan depuesto las armas por captura, rendición u otra causa análoga’.”

Además, reitera que la expresión “combatiente” no se utiliza en relación con los conflictos armados no internacionales: *“El artículo 3 común de los Convenios de Ginebra y el Protocolo II de 1977 que contempla y adiciona estas disposiciones, normas aprobadas por las leyes 5 de 1960 y 171 de 1994 y que hacen parte del bloque de constitucionalidad, no utilizan en modo alguno esta palabra. Estas disposiciones hablan de las personas que participan o no participan en las hostilidades para hacer referencia a lo que las disposiciones del derecho humanitario en conflictos armados internacionales denominan combatientes o no combatientes. La razón esencial radica en la negativa de reconocer el estatuto de combatiente en cabeza de los miembros de los grupos armados no estatales que participen en*

² Gaceta del Congreso No. 65 de 17 de marzo de 2000, págs. 10-11.

un conflicto armado no internacional.³ A estas personas no se les puede reconocer el derecho a combatir puesto que pueden ser perseguidas y castigadas por el gobierno establecido por dichos actos.”⁴

En consecuencia el peticionario solicita a la Corte que declare inexecutable la palabra “combatientes”, ya que ésta viola los artículos 93 y 214 Superiores, “que establecen que el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y su Protocolo II Adicional de 1977 hacen parte del bloque de constitucionalidad y que en todo caso se deben respetar los principios de derecho humanitario.”

1.3. Intervención del Ministerio de Defensa Nacional

La representante del Ministerio de Defensa Nacional, Sandra Marcela Parada, intervino dentro del proceso de la referencia para defender la constitucionalidad de la norma acusada, afirmando:

“Respecto a los cargos formulados en la demanda en cuanto al término ‘combatiente’, contenido en el artículo 135 del Código Penal Ordinario considero que se debe verificar en primer lugar que la misma se encuentra contenida dentro del Título II del referido Código atinente a delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, el que igualmente incluye los conflictos armados de carácter internacional, el que si se mira a tono con los tratados internacionales en los que nuestro Estado es parte, y que forman el bloque de constitucionalidad, se entendería que guarda relación con nuestro ordenamiento jurídico y que no transgrede de manera alguna nuestra Constitución Política.

Así de conformidad con el numeral 1 del artículo 43 del Protocolo I de 1977 – Adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra, las Fuerzas Armadas de una parte en conflicto internacional, se componen de todas las fuerzas, grupos y unidades armadas y organizadas colocadas bajo un mando responsable de la conducta de sus

³ Incluso la práctica consuetudinaria de los Estados es ambigua en determinar si los miembros de los grupos armados de oposición se consideran miembros de las fuerzas armadas o personas civiles (...).

⁴ El demandante transcribe, para proveer un fundamento adicional a sus afirmaciones, el siguiente texto de un doctrinante especializado en la materia: “No existe un solo artículo en estas normas donde se utilice la expresión ‘combatiente’ para referirse a aquellos que participen en las hostilidades, y ello es así porque de esta forma se trata de evitar cualquier reconocimiento de un derecho a combatir, como es el que se predica de aquellos que participan en conflictos armados internacionales. En un conflicto armado entre Estados, los combatientes tienen un derecho legítimo de combatir, y en el caso de caer en poder del enemigo, por rendición o por herida, enfermedad o naufragio, tienen derecho al Estatuto de prisionero de guerra, en virtud del cual no podrán ser juzgados por haber combatido contra tal potencia, sino únicamente en aquellos casos en los que se hayan podido cometer infracciones del derecho internacional humanitario. Tal ‘derecho a combatir’ no se predica, en modo alguno, de los rebeldes o insurgentes que se levantan en armas contra un gobierno en el interior del territorio de un Estado, porque estos serán considerados como delincuentes, y podrán ser juzgados por los hechos delictivos cometidos con ocasión del conflicto armado, de ahí las disposiciones protectoras y garantías penales y procesales recogidas en los artículos 5 y 6 del Protocolo, aplicables a personas privadas de libertad y en el enjuiciamiento y sanción de infracciones cometidas con ocasión del conflicto armado.” Tomado de: SUAREZ LEOZ, David: “Los conflictos armados internos”. En: José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto (Coordinador), Derecho Internacional Humanitario, Cruz Roja Española, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 466.

subordinados ante esa parte, aún cuando esta esté representada por un Gobierno o por una actividad no reconocida por una parte adversa. Tales fuerzas deberán ser sometidas a un régimen de disciplina interna que haga cumplir las normas de Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados.

El numeral 2 del artículo señalado determina que son combatientes los miembros de las fuerzas armadas de una parte en conflicto, es decir tienen derecho a participar directamente en las hostilidades, con excepción de su personal sanitario y religioso.

Así las cosas debe entenderse que las fuerzas armadas a que se refiere esta norma, son las legítimamente constituidas y no las irregulares, como los grupos disidentes, insurgentes, subversivos o cualquier otro calificativo que se les dé. Estas organizaciones se observa, no poseen un mando responsable, no aplican ni respetan las normas del DIH, como tampoco poseen un régimen de disciplina interna válido por encontrarse por fuera de la ley, por lo tanto no se les puede dar el calificativo de fuerza armada, parte o combatiente por no cumplir estas condiciones.

Igualmente es necesario señalar que el monopolio del uso legítimo de las armas se encuentra en cabeza del Estado, a través de su fuerza pública y no de grupos irregulares. Por tanto resultaría impropio dar el calificativo de ‘combatientes’ a delincuentes ya que sus acciones bélicas y métodos utilizados no se pueden comparar con las desarrolladas por las Fuerzas Armadas de la República ni colocarlos en igualdad de condiciones y mucho menos darles el mismo tratamiento jurídico.”

1.4. Intervención de la Universidad Santiago de Cali

La Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad Santiago de Cali intervino en el presente proceso para solicitar que se declare inconstitucional la expresión “combatientes” demandada, por las razones siguientes:

“En nuestro criterio los cargos que dirige el demandante contra la expresión normativa señalada deben prosperar. Al respecto, es necesario precisar que el derecho internacional humanitario establece la obligación de todo Estado (parte o no en dichos tratados) de respetar y hacer respetar la normativa humanitaria. Para tal efecto se han establecido distintas medidas que los Estados pueden emplear en esa tarea.

Un primer elenco de medidas está relacionada con la prevención, entre las cuales se contempla la difusión del derecho internacional humanitario, la formación militar o policial en el tema y la adopción

de medidas para evitar que la población civil sufra los riesgos de las operaciones militares.

Un segundo grupo de medidas está referido a la represión de aquellas infracciones o violaciones graves al derecho internacional humanitario, obligación que está a cargo de todo Estado bien en conflictos armados internacionales o en conflictos armados internos. En la tarea de reprimir las infracciones al derecho internacional humanitario, al Estado le corresponde consagrar en la legislación penal los elementos propios de las infracciones mencionadas, describiendo con claridad y precisión las conductas que se reputan como tales. Para ello el legislador tiene una libertad de configuración legislativa restringida por virtud de los estándares que sobre la materia establece el derecho internacional humanitario. En otras palabras, el Estado debe establecer una normativa adecuada para sancionar todos aquellos comportamientos que infringen el derecho internacional humanitario, pero para ello no puede desconocer las diferentes categorías que ha configurado dicho sector del ordenamiento internacional.

En la hipótesis del numeral 6 del artículo 153, el legislador infringió precisas normas del derecho internacional humanitario que hacen parte del bloque de constitucionalidad stricto sensu, pues, en cuanto hizo referencia a los 'combatientes', excluyó a todas aquellas personas que participan en las hostilidades en el marco de conflictos armados internos y que a la luz del III Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y del Protocolo I de 1977 adicional a dichos convenios no tienen tal estatuto.

La categoría de 'combatiente' fue establecida por el derecho internacional humanitario para referirse a los miembros de las fuerzas armadas de un Estado y de ciertas personas mencionadas en el III Convenio y en el Protocolo I que intervienen en los conflictos armados internacionales. Dicha categoría no se aplica a los conflictos armados internos, en los cuales el concepto adecuado es 'personas que participan directamente en las hostilidades'.

Lo anterior no es un asunto de mera terminología jurídica, pues, teniendo en cuenta que en el derecho interno colombiano rige el principio de legalidad de los delitos y de las penas y que el tipo penal descrito en el artículo 153 es un tipo en blanco cuyo sentido debe ser complementado mediante los tratados de derecho internacional humanitario, es claro que a través del numeral 6 del artículo 153 se castigan aquellos atentados contra la vida cometidos respecto de los miembros de las Fuerzas Armadas y demás personas que participan en los conflictos armados internacionales, pero no se hace lo mismo respecto de aquellas lesiones al derecho a la vida que afectan a aquellas personas que participan directamente en las hostilidades en

el contexto de los conflictos internos y que han depuesto las armas por captura, rendición o cualquier otra circunstancia análoga. El homicidio frente a esta última categoría sería considerado un delito de derecho común, es decir, no un crimen de guerra, sino un homicidio sancionado de acuerdo a los artículos 103 ó 104 del Código Penal, lo que implica la imposición de una menor pena que resulta desproporcionada para la gravedad de una conducta que también es calificada como infracción al derecho internacional humanitario.

Basta una revisión del III Convenio de Ginebra y del Protocolo I para que se entienda la pertinencia del cargo planteado en la demanda. Una confrontación del artículo 153.6 del Código Penal con dichos instrumentos permite concluir que el legislador infringió las normas del derecho internacional humanitario que obligan al Estado colombiano a elevar a la categoría de delitos las infracciones a dichas normas, entre las cuales se encuentra el homicidio intencional tanto frente a los combatientes en conflictos armados internacionales como en cuanto a personas que participan en las hostilidades en conflictos armados internos.”

1.5. Intervención de la Universidad Santo Tomás

La Directora del Consultorio Jurídico de la Universidad Santo Tomás intervino en el presente proceso para solicitar que la expresión demandada sea declarada inexecutable, por considerar que desconoce el artículo 93 de la Constitución al ser contraria a los tratados internacionales que rigen la materia, en particular el Protocolo II y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en los cuales “*en ningún momento se hace alusión no solo al a palabra ‘combatientes, sino que adicionalmente se determina de manera específica que dicha expresión solo cabe dentro del ámbito de los Miembros de las Fuerzas Armadas que se encuentren actuando o tomando parte dentro de un conflicto. O sencillamente, se les otorga una denominación diferente, como la de ‘personas que participen o no en las hostilidades. // Así las cosas, (...) nos encontramos frente a un imperativo normativo que (...) entra a formar parte del denominado Bloque de Constitucionalidad. (...) En estas condiciones, por contrariar los mandatos superiores contenidos en dicho bloque, la norma impugnada es inconstitucional.*”

1.6. Intervención de la Comisión Colombiana de Juristas

El Director de la Comisión Colombiana de Juristas intervino en el presente proceso para solicitar que la Corte declare inexecutable el segmento demandado, por considerar que desconoce los artículos 214 y 93 Superiores, que integran al ordenamiento jurídico colombiano las normas del Derecho Internacional Humanitario. Explica:

“El Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra señala en su artículo 43.2 que los miembros de las fuerzas armadas de una parte en

conflicto son combatientes, salvo aquellos que formen parte del personal sanitario y religioso. El Protocolo I es aplicable únicamente a conflictos armados de carácter internacional. Por tal razón, el mismo artículo 43.2 señala que el hecho de ser combatientes les otorga el ‘derecho a participar directamente en las hostilidades’.

En los conflictos internacionales los combatientes no pueden ser penalizados por el mero hecho de participar en las hostilidades, porque en ellas sólo participan ejércitos regulares que actúan en el conflicto en ejercicio de una atribución legal. Sin embargo, pueden ser penalizados por infringir las normas del derecho internacional humanitario o por haber iniciado la guerra cometiendo el crimen de agresión.

Por otra parte, quienes participan en los conflictos armados de carácter interno pueden ser penalizados por el simple hecho de participar en los conflictos armados porque generalmente incurren en una infracción al ordenamiento penal interno. Esto no implica que el derecho internacional humanitario califique los conflictos de legítimos o ilegítimos, pues la finalidad esencial del derecho internacional humanitario no es otorgar derechos a quienes participan en las guerras, sino proteger a la población en medio de las mismas. De hecho, un principio fundamental del derecho internacional humanitario, el principio de distinción, consiste en que las personas puestas fuera de combate y las que no participan directamente en las hostilidades serán respetadas, protegidas y tratadas con humanidad.⁵

Aunque el Protocolo II Adicional a los convenios de Ginebra, que regula el tema de los conflictos armados internacionales no hace referencia al término ‘combatientes’, parte de la doctrina y jurisprudencia se refieren a quienes participan directamente en las hostilidades en un conflicto armado interno también como combatientes. (...) Ahora bien, es cierto que el término ‘combatiente’ sólo es usado en el Protocolo I, sobre conflictos armados internacionales y tal calificación les otorga el ‘derecho a atacar al adversario’. (...) A la luz del derecho internacional humanitario, quien participa directamente en las hostilidades en un conflicto armado interno no tiene el estatuto de combatiente y, por consiguiente, puede ser penalizado por participar en el conflicto armado interno. (...) Por las razones anteriores, y a pesar de que en lenguaje corriente es admisible el término ‘combatiente’ incluso en conflictos armados internos, se conceptuará que la Corte

⁵ “Dicho principio es de obligatorio cumplimiento también en conflictos armados sin carácter internacional, de conformidad con la parte final del preámbulo del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, que establece: ‘Recordando que, en los casos no previstos por el derecho vigente, la persona humana queda bajo la salvaguardia de los principios de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública’. Entre estos principios está el de proteger a la población civil, así como también el de distinguir entre civiles y combatientes. (...) El derecho humanitario no contempla ninguna excepción de carácter general al principio de protección a la población civil. (...)”

Constitucional deberá declarar la inexecutableidad de la palabra ‘combatiente’, debido a que esta expresión no es utilizada en el Protocolo II, y los efectos jurídicos del estatuto de combatiente (no ser castigados por haber cometido actos de hostilidad) sólo se reconocen a los combatientes de conflictos armados internacionales, regulados por el Protocolo I.”

Solicita además que la Corte otorgue efectos retroactivos a su fallo “en concordancia con el principio pro homine del derecho internacional”, así:

“La declaratoria de inconstitucionalidad de la palabra ‘combatiente’ podría dar lugar a la interpretación según la cual, por no ser ‘combatientes’, no se considerarían como personas protegidas aquellas que, habiendo participado directamente en las hostilidades en un conflicto armado interno, hayan depuesto las armas por captura, rendición u otra causa análoga, antes de que se produzca la sentencia de la Corte Constitucional en el proceso actual. Así, cualquiera de los delitos cometidos contra ellas no sería tal, porque no eran ‘combatientes’ puestos fuera de combate, por haber participado en un conflicto armado no internacional.

En el caso concreto del artículo demandado, la interpretación según la cual, en virtud de la declaratoria de inconstitucionalidad de la palabra combatientes, sólo son personas protegidas quienes sean puestas fuera de combate después de participar directamente en las hostilidades en conflictos armados internacionales, iría en contra del principio pro homine del derecho internacional. Este principio impone favorecer, entre varias posibilidades interpretativas, la que permita la mayor protección al ser humano. El principio parte de que los tratados internacionales están establecidos para garantizar un mínimo de protección a las personas y para establecer un límite al poder del Estado y, en caso de conflictos armados, también imponer límites a las partes en conflicto.⁶

Así, la preferencia hacia el pasado de la interpretación según la cual no son ‘combatientes’ los miembros de grupos armados en conflictos armados internos, llevaría el efecto de que tampoco serán ‘personas protegidas’ cuando se encuentren en la hipótesis del numeral 6 del párrafo del artículo 135 del Código Penal. Tal interpretación es jurídicamente inadmisibles porque vulnera el principio pro homine, así como el principio de distinción antes mencionado.

Por consiguiente, tal interpretación permitiría sostener que no es delito, por ejemplo, cometer homicidio contra un ‘combatiente que haya depuesto las armas por captura, rendición u otra causa análoga’ (art. 135 Código Penal), dado que se asesinó a un miembro de un

⁶ “Este principio se encuentra reconocido, entre otros, en el artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.”

grupo armado participante en un conflicto armado interno, sea de la fuerza pública o de un grupo armado ilegal y, por el carácter no internacional del conflicto, no era ‘combatiente’.

En consecuencia, para evitar la desprotección de esta clase de víctimas de los delitos contra las personas protegidas por el derecho internacional humanitario (título II del Libro II del Código Penal), en virtud del principio pro homine y del principio de distinción, se debe declarar el efecto retroactivo del fallo.”

1.7. Concepto Fiscal

El señor Procurador General de la Nación solicita a la Corte que declare la constitucionalidad condicionada de la expresión que se demanda, en el sentido de que *“la norma está destinada a proteger a toda persona que luego de participar en las hostilidades dentro de un conflicto armado interno o internacional, deponga las armas por captura, rendición u otra causa”*.

En primer lugar recuerda que *“(…) de acuerdo con los artículos 93 y 214 numeral 2º de la Constitución Política las disposiciones que integran el derecho internacional humanitario hacen parte del ‘bloque de constitucionalidad’, en la medida que establecen mecanismos de protección de los derechos humanos dentro de un conflicto armado, imposibles de suspender aún en estados de excepción y, en tal virtud deben ser observados por el legislador como límite axiológico en su tarea constructora del ordenamiento penal nacional”*. Cita a este respecto las sentencias SU-276 de 1999 y C-205 de 2003; y a continuación conceptúa:

“Pues bien, con el fin de desarrollar las normas del derecho internacional humanitario, el legislador consagró en el Título II de la Ley 599 de 2000 los ‘Delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario’, es decir, aquellos tipos penales aplicables en un escenario de conflicto armado interno o internacional, a través de los cuales se sancionan conductas que desconocen ese ‘cuerpo de normas internacionales de origen convencional o consuetudinario, específicamente destinado a ser aplicado en los conflictos armados, internacionales o no internacionales, y que limita el derecho de las partes en conflicto a elegir libremente los métodos y medios en la guerra (derecho de la Haya) y/o que protege a una categoría de personas y bienes que son o pueden ser afectadas por el conflicto armado (derecho de Ginebra)’⁷.

El reproche penal de aquellas conductas cometidas contra personas que no hacen parte de las hostilidades, es decir, contra las personas protegidas, guarda indiscutible relación con una de las principales reglas básicas de la guerra como es el principio de distinción, en virtud del cual, dentro del conflicto armado es obligatorio diferenciar

⁷ “Definición de Derecho Internacional Humanitario dada por el Comité Internacional de la Cruz Roja.”

entre combatiente y no combatiente, y entre objetivo militar, bienes protegidos y bienes de la población civil. [Ver sentencias C-574 de 1992, C-225 de 1995 y C-251 de 2002]

La aplicación de este principio en un escenario de conflicto armado es forzosa e inexcusable, en garantía de los derechos humanos de aquel sector de la población que no participa directamente en las hostilidades y al que, por tanto, debe brindársele protección contra ataques que no está obligado a soportar, de donde surge el deber estatal de adoptar medidas especiales que garanticen el respeto de su dignidad humana y que minimicen las consecuencias nocivas del conflicto armado, conforme a las disposiciones del derecho internacional humanitario.

(...) La penalización de conductas como el homicidio en persona protegida busca esencialmente materializar la protección, respeto y asistencia, que conforme al artículo 3º común a los cuatro Convenios de Ginebra y el artículo 4º del Protocolo II de 1977, debe darse a la persona, el honor, las convicciones y prácticas religiosas de quienes en medio de un conflicto armado no hacen parte de las hostilidades, o han dejado de participar en ellas; categoría en la cual el parágrafo del artículo 135 de la Ley 599 de 2000 incluyó a ‘los combatientes que hayan depuesto las armas por captura, rendición u otra causa análoga’.

En criterio del Ministerio Público la precitada disposición legal no merece crítica constitucional comoquiera que se fundamenta en el precitado principio de distinción, el cual rige tanto en los conflictos armados internacionales como en los de carácter no internacional. A él se refieren el artículo 3º común a los Convenios de Ginebra, los artículos 44 y 48 del Protocolo I, y los artículos 4 y 13 No. 3 del Protocolo II de 1977 adicional a los convenios de Ginebra.

(...) Es indiscutible entonces que existe un grupo de personas protegidas por el derecho internacional humanitario del cual hacen parte quienes habiendo sido combatientes, es decir, partícipes de las hostilidades, han depuesto las armas y/o han quedado fuera de combate, y frente a esta categoría particular de personas, como lo señala el precitado artículo, también está prohibido el homicidio, en todas sus formas.

La misma protección impone el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), en el artículo 41 (...).

Conforme con las disposiciones precitadas, no cabe duda que en cualquier clase de conflicto armado, ya sea de carácter internacional

o interno, conforme a las reglas del derecho internacional humanitario, quienes habiendo participado en las hostilidades hayan depuesto las armas, ya sea por captura, rendición o cualquier otra causa, son personas protegidas y en tal virtud, está perentoriamente prohibido dirigir en su contra acciones militares y, en particular, atentar contra su vida de cualquier forma.

De este modo, la protección que se busca garantizar mediante la tipificación del homicidio en persona protegida, no encuentra reparo constitucional alguno, por el contrario, además de ajustarse a la normativa internacional, garantiza el respeto de la dignidad humana y de la vida de quienes por cualquier causa, en medio de la confrontación han dejado las armas y cesado las hostilidades, de tal forma que han dejado de constituir un peligro para el adversario y entran a pertenecer al grupo de no combatientes. Al respecto es preciso recordar que un principio básico del derecho humanitario es que la fuerza no puede utilizarse, salvo contra personas que hagan uso o amenacen hacer uso de la fuerza.

Precisado lo anterior, el Ministerio Público encuentra que la inclusión del término 'combatientes' en nada afecta la constitucionalidad del numeral 6 del artículo 135 de la Ley 599 de 2000, si se tiene en cuenta que el referido tipo penal busca salvaguardar la vida e integridad física de quienes tienen el status de personas protegidas tanto dentro de los conflictos armados internacionales como en los conflictos sin carácter internacional, de tal forma que no es razonable, para efectos de fijar los sujetos pasivos de la conducta punible, sujetarse sólo a la definición de combatientes que trae uno de los instrumentos de derecho internacional humanitario, a través del cual se fija el contenido de este vocablo dentro de los conflictos de carácter internacional, mas no con carácter general.

Ciertamente, conforme al Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), artículo 43, 'son combatientes, es decir, tienen derecho a participar directamente en las hostilidades', las fuerzas armadas de una parte en conflicto, vale decir, 'las fuerzas, grupos y unidades armados y organizados, colocados bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados ante esa Parte, aun cuando esta esté representada por un gobierno o por una autoridad no reconocidos por una Parte adversa. Tales fuerzas armadas deberán estar sometidas a un régimen de disciplina interna que haga cumplir, inter alia, las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados', con excepción de los que formen parte del personal sanitario y religioso a que se refiere el artículo 33 del III Convenio.

Sin embargo, el término combatientes, incorporado en la definición del delito de Homicidio en persona protegida, tiene un alcance mayor al dado por el ordenamiento humanitario para los conflictos armados internacionales, ya que obedece a aquel de carácter general derivado de las disposiciones del ius cogens aplicables a cualquier clase de conflicto armado (DIH) y en particular del principio de distinción.

En este sentido, combatiente es, en oposición a los no combatientes, toda persona que participa directamente en las hostilidades, es decir, quienes como parte de una organización armada intervienen de la actividad militar, combaten y atacan al adversario, ya sean fuerzas armadas estatales o grupos armados organizados al margen de la ley.

Por lo anterior, el Ministerio Público solicitará a la Corte Constitucional declare la exequibilidad de la expresión ‘combatientes’, siempre que se entienda que la persona que por cualquier causa ha dejado o entregado las armas luego de haber participado directamente en las hostilidades, se convierte en un no combatiente, es decir, abandona su condición anterior (de combatiente) y adquiere el derecho a ser tratada con humanidad y a que se le respete su vida puesto que ya no representa peligro o amenaza para la otra fuerza.”

2. DEMANDA CONTRA EL ARTICULO 157 DE LA LEY 599 DE 2000, INTERVENCIONES Y CONCEPTO FISCAL.

2.1. Norma acusada

Se demanda parcialmente el artículo 157 de la Ley 599 de 2000, que se transcribe a continuación subrayando la frase acusada:

“Artículo 157. Ataque contra obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, sin justificación alguna basada en imperiosas necesidades militares, ataque presas, diques, centrales de energía eléctrica, nucleares u otras obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas, debidamente señalados con los signos convencionales, incurrirá en prisión de ciento sesenta (160) a doscientos setenta (270) meses, multa de mil trescientos treinta y tres punto treinta y tres (1.333.33) a cuatro mil quinientos (4500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ciento sesenta (160) a doscientos setenta (270) meses.

Si del ataque se deriva la liberación de fuerzas con pérdidas o daños en bienes o elementos importantes para la subsistencia de la

población civil, la pena será de doscientos cuarenta (240) a trescientos sesenta (360) meses de prisión, multa de dos mil seiscientos sesenta y seis puntos sesenta y seis (2.666.66) a seis mil (6000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de doscientos cuarenta (240) a trescientos sesenta (360) meses.”

2.2. Cargos de inconstitucionalidad formulados en la demanda.

Para el actor, la frase acusada desconoce los artículos 93 y 214 de la Carta Política. Explica que el establecimiento, como elemento normativo del tipo, del requisito de que los bienes objeto de ataque estén debidamente señalados con los signos convencionales, hace que *“si este requisito no se cumple, un eventual hecho punible no puede ser adecuado a este tipo penal”*; y resalta que éste es un requisito que no prevén las normas internacionales que vinculan a Colombia:

“Las normas del derecho internacional humanitario, normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad conforme a la Carta Política y que deben respetarse en todo momento conforme al artículo 214 de la Constitución, no establecen esta obligación a efectos de sancionar esta conducta. El artículo 15 del Protocolo II de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, instrumento aprobado por el Estado colombiano mediante la ley 171 de 1994, señala que ‘las obras o instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, a saber las presas, los diques y las centrales nucleares de energía eléctrica, no serán objeto de ataques aunque sean objetivos militares, cuando tales ataques puedan producir la liberación de aquellas fuerzas y causar, en consecuencia, pérdidas importantes en la población civil’. En modo alguno exige pues que estos bienes estén señalizados.

En relación con el signo convencional, el artículo 56.7 del Protocolo I de 1977 adicional a los Convenciones de Ginebra de 1949, instrumento no improbadado según decisión de la Comisión especial Legislativa del 4 de septiembre de 1991, dice lo siguiente:

‘(...) las Partes en conflicto podrán marcarlos con un signo especial consistente en un grupo de tres círculos de color naranja vivo a lo largo de un mismo eje, como se indica en el artículo 16 Anexo I del presente Protocolo. La ausencia de tal señalización no dispensará en modo alguno a las Partes en conflicto de las obligaciones dimanantes del presente artículo’.

Como la existencia o inexistencia del signo distintivo es facultativa, en el sentido de que su inexistencia no dispensa a las partes en conflicto del cumplimiento de las obligaciones que dimanar tanto del Protocolo I como del Protocolo II (entre las que se encuentra no atacar a este

tipo de bienes), no está acorde con estos instrumentos internacionales la expresión que se demanda que aparece en el tipo penal. Por ejemplo, si se atacara una presa que no contara con el signo distintivo y liberara fuerzas peligrosas para la población civil, esta conducta tendría que adecuarse en el artículo 154 sobre destrucción y apropiación de bienes protegidos, pero no sería posible tipificarla en el artículo 157 que establece una pena mayor. No es comprensible que el legislador haya establecido un tipo penal autónomo para proteger este tipo de bienes sólo en la medida en que estén señalizados. Puesto que la tipificación interna exige un requisito adicional a la categoría convencional internacional, con base en las normas constitucionales de los artículos 93 del bloque de constitucionalidad de los instrumentos internacionales y el artículo 214 del respeto en todo caso de las reglas del derecho humanitario, se debe declarar su inconstitucionalidad.”

2.3. Intervención del Ministerio de Defensa Nacional

La representante del Ministerio de Defensa Nacional, Sandra Marcela Parada, intervino dentro del proceso de la referencia para defender la constitucionalidad de la norma acusada, afirmando: *“en materia de protección de bienes culturales, civiles y religiosos en cumplimiento de los tratados internacionales ya señalados estos deben ser protegidos pese a ‘no estar debidamente señalizados con signos convencionales’ como lo señalan los artículos 156 y 157 del Código Penal Colombiano y su penalización no puede estar supeditada a tal señalización.”*

2.4. Intervención de la Universidad Santiago de Cali

La Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad Santiago de Cali solicitó a la Corte que declare inconstitucional el segmento acusado, por cuanto *“por virtud del principio de legalidad, interpretado a la luz del bloque de constitucionalidad, no existe un tratado internacional que condicione la protección de dichos bienes a que se utilicen los signos convencionales establecidos al efecto. (...) En cuanto al artículo 157 del Código Penal, la inconstitucionalidad es aún más manifiesta debido a que el artículo 56.7 del Protocolo I de 1977 dispone que ‘La ausencia de tal señalización no dispensará en modo alguno a las partes en conflicto de las obligaciones dimanantes del presente artículo’. Esto significa (...) que la protección a las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas existe independientemente de que tales obras estén señalizadas con el signo consistente en un grupo de tres círculos de color naranja. Luego, el legislador infringió tales disposiciones internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad al exigir como ingrediente normativo del tipo penal descrito en el artículo 157 que tales obras e instalaciones estén debidamente señalizadas. Por tanto, esa expresión es manifiestamente inconstitucional tal como lo demostró el actor.”*

2.5. Intervención de la Universidad Santo Tomás

La Directora del Consultorio Jurídico de la Universidad Santo Tomás de Aquino solicitó a la Corte declarar inexecutable la expresión demandada por ser ésta contraria al bloque de constitucionalidad, ya que ni el Protocolo II de 1977 ni la Convención de La Haya de 1954 incluyen el requisito de que los bienes protegidos estén debidamente señalados con los signos convencionales; de allí que sea violatoria de los artículos 93 y 214 de la Constitución.

2.6. Intervención de la Comisión Colombiana de Juristas

La Comisión Colombiana de Juristas intervino para apoyar los planteamientos de la demanda, por considerar que “la inclusión en la legislación colombiana del requisito de la señalización para efectos de proteger las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas y los bienes culturales y de lugares de culto excede los parámetros establecidos en las normas internacionales ratificadas por Colombia e implica una menor protección tanto para la población civil como para los bienes aludidos en los tipos penales demandados”. En consecuencia, la expresión acusada es inconstitucional “porque disminuye los estándares del DIH y, en este sentido, desconoce los artículos 93 y 214.2 de la Constitución, de acuerdo a los cuales las normas de inferior jerarquía del ordenamiento jurídico deben adaptarse a las normas de DIH, que prevalecen sobre la legislación interna”. Cita, a este respecto, la sentencia C-148 de 2005.

Agrega que las normas demandadas *“también desconocen el principio pro homine, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos o, inversamente, a la norma o interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria”*; y que la Corte Constitucional ha señalado que la potestad de configuración normativa del legislador encuentra un límite en las normas del bloque de constitucionalidad que consagran garantías más amplias para los derechos humanos. También indica que *“en lo que atañe a los bienes que contienen o liberan fuerzas peligrosas, el requisito exigido por el legislador colombiano se puede ver traducido en una menor protección para la población. En efecto, dichos bienes no están protegidos por sí mismos, sino que su protección se justifica en la medida que su destrucción puede liberar fuerzas peligrosas para la población civil. En este sentido cabría resaltar que el Protocolo II solamente señala algunos bienes especialmente protegidos ‘dada su naturaleza y función en la salvaguardia de la población civil’⁸ y que, de acuerdo a ese instrumento, las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas ‘son objeto de una protección particular a causa de las graves consecuencias, e incluso la pérdida de*

⁸ “OACNUDH, Defensoría del Pueblo, Manual de Calificación de conductas violatorias, Volumen II, Bogotá, 2004”.

*muchas vidas humanas entre la población civil, que podría acarrear su destrucción*⁹.”

Finalmente, el interviniente señala que el principio de distinción entre combatientes y no combatientes, que busca la protección de los segundos, *“consiste en la obligación de diferenciar entre combatientes y no combatientes y personas civiles con la finalidad de evitar ataques indiscriminados, y se fundamenta en el hecho de que la población civil no participa en hostilidades. // Así, el DIH establece obligaciones para los combatientes, como la de tomar todas las precauciones factibles en la elección de los medios y métodos de combate para evitar, o al menos, reducir todo lo posible el número de muertos y de heridos que pudieran causar incidentalmente entre la población civil, así como los daños a los bienes de carácter civil (artículo 48 Protocolo I). // Dado que en una taque puede resultar afectada la población civil o sus bienes, el DIH obliga a las partes involucradas en el conflicto a tomar las precauciones necesarias durante las operaciones militares con el fin de preservar a dicha población y a sus bienes. Este deber incluye la obligación de los combatientes de distinguir entre objetivos militares y bienes civiles, hasta el punto que en caso de duda acerca de si un bien que normalmente se dedica a fines civiles, tal es como un lugar de culto, una casa u otra vivienda o una escuela, se utiliza para contribuir eficazmente a la acción militar, se presumirá que no se utiliza con tal fin (artículo 52 protocolo I).”* En consecuencia, *“la exigencia de señalar los bienes objeto de protección por las normas demandadas con signos convencionales, como requisito para ser protegidos, implica por un lado el desconocimiento de las obligaciones de los combatientes de tomar todas las precauciones necesarias para preservar a la población civil y a sus bienes y para distinguir entre un bien civil y un bien militar y, por otro lado, el traslado de dichas obligaciones a la población civil”*. Por lo tanto, solicita que la expresión acusada se declare inexecutable.

3. DEMANDA CONTRA EL ARTICULO 156 DE LA LEY 599 DE 2000, INTERVENCIONES Y CONCEPTO FISCAL.

3.1. Norma acusada

Se acusa la expresión subrayada del artículo 156 de la Ley 599 de 2000:

“Artículo 156. Destrucción o utilización ilícita de bienes culturales y de lugares de culto. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, sin justificación alguna basada en imperiosas necesidades militares y sin que previamente haya tomado las medidas de protección adecuadas y oportunas, ataque y destruya monumentos históricos, obras de arte, instalaciones educativas o lugares de culto, que constituyan el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos, debidamente señalados con los signos convencionales, o utilice tales

⁹ *“Ibid”*.

bienes en apoyo del esfuerzo militar, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ochenta (180) meses y multa de doscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (266.66) a mil quinientos (1500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

3.2. Cargos de inconstitucionalidad formulados en la demanda.

El demandante señala que la expresión acusada desconoce los artículos 93 y 214 de la Constitución, por razones similares a las que se expresaron en relación con idéntica frase en el artículo 157, *“puesto que las normas internacionales no exigen este requisito”*. Explica en este sentido que *“ni el artículo 53 del Protocolo I de 1977, ni el artículo 16 del Protocolo II de 1977, ni la Convención de La Haya de 1954 sobre la protección de los bienes culturales, Convención aprobada por el Estado colombiano mediante la Ley 340 de 1996, hace referencia que para proteger estos bienes deben estar debidamente señalizados. Los artículos 16 y 17 de la Convención de La Haya de 1954 sobre emblema y su uso nada dicen al respecto, al igual que los artículos 20 y 21 del Reglamento de esta Convención. Mal puede pues el legislador establecer este ingrediente normativo del tipo, puesto que si el bien no está señalizado no puede adecuarse a esta disposición y tendría que recurrirse al artículo 154 del Código Penal, que en su parágrafo hace referencia a esta misma modalidad de bienes. Aunque la pena mayor de los artículos 154 y 156 del Código penal es igual, no tendría sentido afirmar que el legislador lo que quiso era diferenciar entre bienes culturales señalizados y no señalizados; que si se atenta contra un bien señalizado se aplica el 156 y que si no está señalizado se aplica el 154. Lo que el legislador buscó fue tipificar de manera autónoma una conducta para proteger un bien particularmente protegido por el derecho humanitario, como son los bienes culturales o los lugares de culto. Exigir pues esta señalización convencional, se estaría excediendo los parámetros de los instrumentos internacionales de derecho humanitario, que prevalecen en el orden interno y que son criterios de interpretación conforme al artículo 93 constitucional y que en todo caso se deben respetar conforme al artículo 214 constitucional”*.

3.3. Intervención del Ministerio de Defensa Nacional

La representante del Ministerio de Defensa Nacional, Sandra Marcela Parada, intervino dentro del proceso de la referencia para defender la constitucionalidad de la norma acusada, afirmando: *“en materia de protección de bienes culturales, civiles y religiosos en cumplimiento de los tratados internacionales ya señalados estos deben ser protegidos pese a ‘no estar debidamente señalizados con signos convencionales’ como lo señalan los artículos 156 y 157 del Código Penal Colombiano y su penalización no puede estar supeditada a tal señalización.”*

3.4. Intervención de la Universidad Santiago de Cali

La Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad Santiago de Cali solicita a la Corte que declare inexecutable la expresión acusada, por considerar que *“el legislador no podía condicionar bajo ninguna circunstancia la aplicación del artículo 156 [a que] estuviese ‘debidamente señalado’, toda vez que por virtud del principio de legalidad, interpretado a la luz del bloque de constitucionalidad, no existe un tratado internacional que condicione la protección de dichos bienes a que se utilicen los signos convencionales establecidos al efecto. Lo ideal o deseable es que quienes participen en las hostilidades procedan a señalar debidamente los bienes culturales o de culto con signos convencionales, pero en modo alguno la protección de dichos bienes depende de los signos convencionales. La protección existe independientemente de estos.”*

3.5. Intervención de la Universidad Santo Tomás

La Directora del Consultorio Jurídico de la Universidad Santo Tomás de Aquino solicitó a la Corte declarar inexecutable la expresión demandada por ser ésta contraria al bloque de constitucionalidad, ya que ni el Protocolo II de 1977 ni la Convención de La Haya de 1954 incluyen el requisito de que los bienes protegidos estén debidamente señalados con los signos convencionales; de allí que sea violatoria de los artículos 93 y 214 de la Constitución.

3.6. Intervención de la Comisión Colombiana de Juristas

La Comisión Colombiana de Juristas solicita que la Corte declare inexecutable la expresión acusada, con base en argumentos idénticos a los que se presentaron en relación con el artículo 157 de la Ley 599 de 2000.

4. DEMANDA CONTRA EL ARTICULO 148 DE LA LEY 599 DE 2000, INTERVENCIONES Y CONCEPTO FISCAL.

4.1. Norma acusada

Se acusa la expresión subrayada del artículo 148 de la Ley 599 de 2000:

“Artículo 148. Toma de rehenes. [Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1º de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:] El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, prive a una persona de su libertad condicionando ésta o su seguridad a la satisfacción de exigencias formuladas a la otra parte, o la utilice como defensa, incurrirá en prisión de trescientos veinte (320) a quinientos cuarenta (540) meses, multa de dos mil seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (2.666.66) a seis mil (6000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de doscientos cuarenta (240) a trescientos sesenta (360) meses.”

4.2. Cargos de inconstitucionalidad formulados en la demanda.

Considera el actor que la expresión acusada es contraria a los artículos 93 y 214 Superiores, y pide que la Corte declare su constitucionalidad condicionada, con base en las siguientes razones:

“La toma de rehenes está prohibida por el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, Convención aprobada por el Estado colombiano mediante la ley 5ª de 1960, y por el artículo 4.2.c del Protocolo II de 1977, Protocolo aprobado por el Estado colombiano mediante la Ley 171 de 1994. Así mismo, las amenazas de practicarlo también están prohibidas por el artículo 4.2.h del Protocolo II de 1977 y el Estatuto de la Corte Penal Internacional lo considera como un crimen de guerra, en caso de conflictos armados no internacionales en su artículo 8.2.c.iii, Estatuto aprobado por el Estado colombiano mediante la Ley 742 de 2002.¹⁰ Estos instrumentos no definen esta conducta y tan sólo se limitan a prohibirla.

Las palabras ‘a la otra parte’ del citado artículo del Código Penal deben interpretarse en un sentido amplio y no estricto. Es de nuestro parecer que la Corte Constitucional debe condicionar la interpretación de esta expresión señalando que la exigencia para liberar al rehén no debe formularse exclusivamente a uno de los actores armados, sino a cualquier otro sujeto, tal como lo sugieren las siguientes definiciones:

*‘Hay toma de rehenes... cuando se reúnen simultáneamente los elementos siguientes: - se captura y se detiene a una persona ilícitamente; -se obliga, de forma explícita o implícita, a una **tercera parte** a hacer o a abstenerse de hacer algo, como condición para liberar al rehén, para no atentarse contra la vida o la integridad física de éste’ (las negrillas son nuestras).¹¹ Obsérvese como esta definición señala que la exigencia puede formularse a una tercera parte, sin especificar su calidad.*

‘(...) [L]os rehenes son personas que se encuentran, de grado o por la fuerza, en poder de una de las partes en conflicto o de uno de sus agentes y que responden con su libertad, integridad corporal o su vida, de la ejecución de órdenes dadas por personas en cuyo poder

¹⁰ “Según el Customary International Humanitarian Law, es norma consuetudinaria para conflictos armados internacionales y no internacionales, en relación con las personas civiles o fuera de combate, la siguiente: ‘Norma 96. Queda prohibido tomar rehenes’. Véase International Committee of the Red Cross, Customary International Humanitarian Law, Volume I, Rules, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, págs. 334 a 336.”

¹¹ “‘La actitud del CICR en caso de toma de rehenes’ en Revista Internacional de la Cruz Roja, No. 162, junio 2002, pág. 175.”

*están o de los actos hostiles cometidos contra ellas’.*¹² Véase como esta definición no dice nada con respecto a la calidad de a quien se le reclama la liberación.

La Convención Internacional de las Naciones Unidas contra la toma de rehenes de 1979, aprobada por el Estado colombiano mediante la Ley 837 de 2003, señala en su artículo 1.1 lo siguiente:

‘Toda persona que se apodere de otra (que en adelante se denominará ‘el rehén’) o la detenga, y amenace con matarla, hierla o mantenerla detenida a fin de obligar a un tercero, a saber, un Estado, una organización internacional intergubernamental, una persona natural o jurídica o un grupo de personas, a una acción u omisión como condición explícita o implícita para la liberación del rehén, comete el delito de toma de rehenes en el sentido de la presente convención’ (las negrillas son nuestras).

Los Elementos de los Crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional, señalan como elementos del crimen de guerra de toma de rehenes (artículo 8.2.c.iii) los siguientes:

- ‘1. Que el autor haya capturado, detenido o retenido como rehén a una o más personas.*
- 2. Que el autor haya amenazado con matar, herir o seguir deteniendo a esa persona o personas.*
- 3. Que el autor haya tenido la intención de obligar a un Estado, una organización internacional, una persona natural o jurídica o un grupo de personas a que actuaran o se abstuvieran de actuar como condición expresa o tácita de la seguridad o la puesta en libertad de esa persona o personas (las negrillas son nuestras).*
- 4. Que esa persona o personas hayan estado fuera de combate o hayan sido personas civiles o miembros del personal sanitario o religioso que no tomaban parte activa en las hostilidades.*
- 5. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían esa condición.*
- 6. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.*
- 7. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.’*

Obsérvese que estas dos definiciones, una convencional y otra parte de un instrumento convencional, que bien pueden considerarse como integradas al bloque de constitucionalidad conforme al artículo 93 de la Constitución Política y que deben respetarse de conformidad con el

¹² “Comité Internacional de la Cruz Roja, Comentarios del Protocolo de 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y el artículo 3 de estos Convenios, Ob. Cit., párr. 4537”

artículo 214 de la misma Constitución, señalan que esa parte a quien se le exige un cierto comportamiento para que el rehén sea liberado o no se atente contra su integridad sea ‘un Estado, una organización internacional, una persona natural o jurídica o un grupo de personas’.

Por estas razones es que consideramos que la Corte Constitucional debe declarar la exequibilidad condicionada y señalar que la expresión ‘a la otra parte’ a que alude el artículo 148 es una expresión amplia que incluye no sólo a las partes en conflicto armado sino también a un tercero que bien puede ser un Estado, una organización internacional, una persona natural o jurídica o un grupo de personas.”

4.3. Intervención de la Comisión Colombiana de Juristas.

La Comisión Colombiana de Juristas intervino para expresar que apoya plenamente los planteamientos de la demanda, con base en las consideraciones siguientes: *“En efecto, en concordancia con las normas internacionales ratificadas por Colombia que se refieren a la toma de rehenes, de acuerdo a los artículos 93 y 214 constitucionales, y de conformidad con las definiciones realizadas por el CICR, la expresión ‘a la otra parte’, contenida en el tipo de toma de rehenes, debe interpretarse en sentido amplio y no estricto. Por ello la Corte Constitucional debería declarar la constitucionalidad condicionada de la expresión demandada, tal como lo solicita el demandante. (...) en opinión de la Comisión Colombiana de Juristas, debe declararse la constitucionalidad condicionada de la expresión demandada, teniendo en cuenta tanto la Convención Internacional de Naciones Unidas contra la toma de rehenes como la definición del crimen de guerra de toma de rehenes que contempla el Estatuto de Roma.”*

5. DEMANDA CONTRA LOS ARTICULOS 174, 175, 178 Y 179 DE LA LEY 522 DE 1999, INTERVENCIONES Y CONCEPTO FISCAL.

5.1. Normas acusadas

Se demandan en su integridad los siguientes artículos de la Ley 522 de 1999, Código de Justicia Penal Militar:

“Artículo 174. Devastación. El que en actos del servicio y sin justa causa, destruya edificios, templos, archivos, monumentos u otros bienes de utilidad pública; o ataque hospitales o asilos de beneficencia señalados con los signos convencionales, incurrirá en prisión de uno (1) a ocho (8) años.

Artículo 175. Saqueo. Los que en operación de combate se apoderen de bienes muebles, sin justa causa y en beneficio propio o de un tercero, incurrirán en prisión de dos (2) a seis (6) años.

Artículo 178. Exacción. El que abusando de sus funciones, obligue a persona integrante de la población civil a entregar, o poner a su disposición, cualquier clase de bien o a suscribir o entregar documentos capaces de producir efectos jurídicos, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años.

Artículo 179. Contribuciones ilegales. El que sin facultad legal y sin justa causa establezca contribuciones, incurrirá en prisión de seis (6) meses a tres (3) años.”

5.2. Cargos de inconstitucionalidad formulados en la demanda.

Para el demandante, las normas acusadas desconocen los artículos 221, 93 y 214 de la Carta Política:

“Los delitos contra la población civil consagrados en los artículos 174, 175, 178 y 179 no pueden ser de competencia de la justicia penal militar. La destrucción de bienes protegidos, el saqueo, la exacción y las contribuciones ilegales no son actos propios del servicio ni están relacionados con él como exige el artículo 221 constitucional y tampoco son ‘una tarea que en sí misma constituya un desarrollo legítimo de los cometidos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional’, al tenor de la sentencia C-358 de 1997 de la Corte Constitucional. Así el artículo 174 de manera textual utilice la expresión ‘el que en actos del servicio’, no es actividad propia de la fuerza pública destruir bienes civiles, bienes culturales o unidades sanitarias. Atentar contra la población civil o sus bienes no tiene una relación directa con una misión o tarea militar o policiva legítima.

Las conductas descritas en los artículos 174, 175, 178 y 179 deben ser de conocimiento de la justicia ordinaria porque son claras transgresiones al derecho humanitario y sobre el particular ha dicho la Corte Constitucional: ‘Las fuerzas militares tienen la obligación absoluta de impedir el desconocimiento del derecho internacional humanitario (restricción absoluta aun frente a los estados de excepción según lo dispone el artículo 214 de la Constitución) y los derechos que, conforme a los tratados internacionales ratificados por Colombia, no pueden ser suspendidos durante tales estados. Permitir que ocurran, sea porque activamente intervienen en ellas o porque omiten el deber estatal de proteger a los asociados en sus derechos, constituye una flagrante violación a la posición de garante de las condiciones mínimas y básicas de la organización social y, por lo mismo, nunca podrán considerarse como un acto relacionado con el servicio.’¹³

¹³ “Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001, Magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett.”

Si estas conductas son de competencia de la jurisdicción ordinaria en aras de mantener una adecuada unidad normativa no deben estar tipificadas en el Código de Justicia Penal Militar y por lo tanto los artículos 174, 175, 178 y 179 de la Ley 522 de 1999, son contrarios a los artículos 221, 93 y 214 de la Constitución Política de Colombia y por lo tanto solicito que las citadas disposiciones sean declaradas inconstitucionales.”

5.3. Intervención del Ministerio de Defensa Nacional

La representante del Ministerio de Defensa Nacional, Sandra Marcela Parada, intervino dentro del proceso de la referencia para solicitar que la Corte declare exequible la norma acusada, afirmando:

“En lo referente a los cargos formulados por el accionante en contra de los artículos 174 ‘Devastación’, 175 ‘saqueo’, 178 ‘Exacción’ y 179 ‘Contribuciones ilegales’ del Código Penal Militar se considera que no le asiste razón y que por el contrario una declaratoria de inexequibilidad frente a las citadas normas dejaría sin protección los bienes jurídicos que protege la penalización frente a estas conductas.

Otra situación diferente es la relacionada con la figura procesal de la ‘colisión de competencias’, para la investigación y sanción de hechos punibles, la que se debe alegar en casos específicos, sin importar en qué legislación están descritas las conductas que son objeto de acción penal, resultando improcedente acudir ante la acción pública de inexequibilidad como se trata en este caso.

De otro lado es necesario precisar que en el cumplimiento de la misión constitucional que cumplen los miembros de la fuerza pública, se pueden presentar daños colaterales o incidentales no previstos en el planeamiento y conducción de las hostilidades. Las infracciones al derecho internacional humanitario por tratarse del Derecho de la Guerra deben ser conocidas y juzgadas por la jurisdicción penal militar, por tratarse de delitos cometidos por sus propios miembros al igual que los contenidos en el Título II del Código Penal Colombiano.”

5.4. Intervención del Vicepresidente del Tribunal Superior Militar

El Vicepresidente del Tribunal Superior Militar, Coronel (R) Germán Prieto Navarro, intervino en el proceso para defender la constitucionalidad de las disposiciones acusadas del Código de Justicia Penal Militar, en los términos siguientes:

“Los tratadistas consideran que el Código Penal Militar, a que hace mención el artículo 221 Constitucional, que a la vez reconoce el fuero militar, en lo relacionado con infracciones al Derecho Internacional

Humanitario, se ha quedado corto, por no tipificar toda la normatividad internacional, no obstante, es importante señalar que en el mismo Decálogo Penal Militar, encontramos el artículo 195, el cual efectúa un reenvío a los delitos previstos en el Código Penal Ordinario, y demás leyes complementarias.

En consecuencia, cualquier actuación de un miembro de la Fuerza Pública en servicio activo, que se desarrolle en relación con el servicio y esté tipificado en el Código Penal Común, incluidos los del Título II delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, serán de conocimiento de la Jurisdicción Penal Militar, salvo las excepciones legales (Art. 3º C.P.M.) y de interpretación constitucional (C-358-97).

El memorialista, soporta la posible causal de inconstitucionalidad, en que no es una actividad propia de la Fuerza Pública, destruir bienes civiles, esto es evidente, pues de acuerdo a lo establecido en los artículos 217 y 218 superiores, corresponde a las Fuerzas Militares, la finalidad primordial de defender la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional, y a su vez, a la Policía Nacional, le concierne el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de sus derechos y libertades públicas y para asegurar que los habitantes de Colombia, convivan en paz.

Por lo tanto, para el cumplimiento de estos sagrados fines, la Fuerza Pública, de acuerdo con sus competencias, deberá adelantar operaciones y misiones de carácter militar o policial, contra quienes atentan y vulneran estos bienes y derechos absolutos de la Patria, del Estado y de la comunidad en general. Es decir, que si dentro de estas misiones constitucionales y en cumplimiento de orden de operaciones, un miembro de la Fuerza Pública, se extralimita en el ejercicio de sus funciones y afecta los bienes jurídicos protegidos de la población civil, a que se refieren los artículos mencionados, nos encontramos con el ejemplo clásico de la ‘relación con el servicio’, dado que precisamente, es en el cumplimiento estricto de la Constitución y la ley, cuando el funcionario público, sin premeditación puede, en un momento del enfrentamiento armado o del combate, afectar a las personas o los bienes protegidos. Aquí emerge con claridad lo definido por la Corte Constitucional, como relación con el servicio ‘un delito está relacionado con el servicio únicamente en la medida en que haya sido cometido en el marco del cumplimiento de la labor –es decir del servicio- que ha sido asignada por la Constitución y la ley a la Fuerza Pública’ y además ‘para que un delito sea de competencia de la justicia penal militar debe existir un vínculo claro de origen entre él y la actividad del servicio, esto es, el hecho punible debe surgir como una extralimitación o un abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del

cuerpo armado. Pero aún más, el vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio debe ser próximo y directo, y no puramente hipotético y abstracto. Esto significa que el exceso y la extralimitación deben tener lugar durante la realización de una tarea que en sí misma constituya un desarrollo legítimo de los cometidos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional’.

Así las cosas, no vemos cómo los delitos demandados, que además se consideran típicamente militares, tal como lo entendió la Comisión Redactora, pueden tener las características de inconstitucionales, por el simple hecho de hallarse en el Código Penal Militar; lo que resultaría contradictorio. Claro está que si los hechos se producen como lo ha manifestado la Corte constitucional, en sentencia SU-1184-01, en el contexto de una operación que ab initio, buscaba fines contrarios a los valores, privilegios y derechos consagrados en la Carta, o si en algún momento, se presenta una desviación esencial del curso de la actividad, por ejemplo cuando se presenta el maltrato de una persona que ya no muestra ninguna clase de resistencia en el combate, o cuando los miembros de la Fuerza Pública, no impiden graves violaciones a los Derechos Humanos o al Derecho Internacional Humanitario, pudiendo evitar el daño, sucede el rompimiento del nexo con el servicio, por lo que sería la Jurisdicción Ordinaria la llamada a investigar y juzgar este tipo de conductas. Pero aún así, es la actividad investigativa del funcionario judicial Ordinario o Especial, que determina las circunstancias, que permiten establecer a cuál de las dos jurisdicciones, corresponde el conocimiento del hecho.

No encontramos tampoco, que las mencionadas conductas punibles, puedan afectar de alguna manera, o estar en contravía de lo establecido en el artículo 214 Superior, que trata sobre las reglas a que se deben someter los estados de excepción, en cuanto a que el Código Penal Militar como el común, se aplican indistintamente, estando o no, el país en estado de excepción. No aparece ninguna norma en el Código Castrense, que pretenda justificar o excepcionar a los miembros de la Fuerza Pública, cuando por alguna circunstancia, afecten los bienes protegidos de la población civil, por el contrario, su tipificación reconoce la obligación y deber de respetar tales derechos por los miembros de la Fuerza Pública.

Por consiguiente, este aspecto relacionado por el demandante, no genera de por sí, una situación de inconstitucionalidad, porque en últimas, si se presenta un conflicto de competencia, bien sea positivo o negativo, entre las dos jurisdicciones, el llamado a solucionarlo es el Consejo Superior de la Judicatura, por mandato constitucional (art. 256.6).

Igualmente, es el Código Penal Militar, en su artículo 198, norma rectora de procedimiento y en consecuencia, obligatoria y de prevalencia, en el cual se señala con claridad meridiana, que se deben respetar todas las normas internacionales reconocidas sobre Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, y que en ningún caso, podrá haber violación de las mismas.

Como se puede observar, este artículo debe ser interpretado sistemáticamente con los artículos que pretende el libelista, se declaren inexecutable y obviamente hacerse también extensivo a los artículos del Código Penal Ordinario, que acogen toda la legislación penal en materia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario.

Por lo tanto, tales referencias legislativas, responden sustancial y efectivamente al artículo 93 de la Constitución, que privilegia los Tratados y Convenios Internacionales, ratificados sobre estos temas en el orden interno.”

5.5. Intervención de la Universidad Santiago de Cali.

En criterio de la Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad Santiago de Cali, las normas acusadas deben ser declaradas inexecutable por inconstitucionalidad manifiesta:

“tales conductas constituyen, como lo indica el demandante, infracciones al derecho internacional humanitario. De acuerdo al Estatuto de la Corte Penal Internacional, constituyen crímenes de guerra, los cuales, bajo ninguna circunstancia, pueden ser conocidos por la jurisdicción penal militar, pues no pueden ser considerados actos que correspondan a una tarea legítima conferida a la Fuerza Pública. Por el contrario, esos comportamientos son ab initio criminales, toda vez que demuestran el deliberado propósito de atentar contra la población civil.

Tal como lo indica el actor, a la luz de la jurisprudencia constitucional las Fuerzas Armadas tienen el deber jurídico de impedir cualquier infracción al derecho internacional humanitario. Cuando no ocurre esto sino que la Fuerza Pública termina infringiendo tal ámbito de protección de la persona, no puede considerarse como una tarea propia de la actividad castrense. En estas condiciones, difícilmente puede asignarse a la jurisdicción ordinaria la competencia para conocer de tales comportamientos punibles.

Es necesario recordar que la cláusula general de competencia para conocer de todo delito le corresponde a la jurisdicción ordinaria. La jurisdicción penal militar es una excepción constitucional a esa

cláusula general de competencia, lo que significa que como toda excepción sus elementos deben ser interpretados de manera restrictiva, sin que sea dable al legislador extender la competencia de la jurisdicción penal militar a acciones o situaciones que no guardan correspondencia con los elementos del fuero penal militar.

Además, en el derecho internacional existe una clara tendencia a limitar o reducir cada vez más el ámbito de la jurisdicción penal, al punto de haber sido limitada en distintos contextos al conocimiento de delitos típicamente militares, es decir, aquellos que por su naturaleza sólo podrían ser cometidos por militares en servicio activo, tales como insubordinación, desobediencia, ataque al centinela, etcétera.

También resulta contrario al principio de imparcialidad objetiva propio del debido proceso que la jurisdicción penal adscrita a una de las partes que participa en los combatientes o las hostilidades de un conflicto armado internacional o interno, respectivamente, sea quien investigue y juzgue a los mismos miembros de esas Fuerzas Armadas señalados como autores o partícipes de tales infracciones.

Por lo anterior, dichas normas resultan contrarias al bloque de constitucionalidad y deben ser declaradas inexecutable.

5.6. Intervención de la Universidad Santo Tomás

La Directora del Consultorio Jurídico de la Universidad Santo Tomás solicitó a la Corte que declare inexecutable las normas acusadas, por considerar que “*si bien es cierto que estos actos pueden ser cometidos como consecuencia de un conflicto armado, las normas en mención señalan que la realización de estas actuaciones para que sean imputables deben ser cometidos sin justa causa. Por lo tanto, el razonamiento anteriormente enunciado no tendría cabida en dicha normatividad y el planteamiento sugerido por el accionante tendría validez y acierto, en tanto que las acciones contenidas en dicho articulado, no se constituyen en una función propia del desarrollo legítimo del cometido de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Por lo tanto, consideramos que es función de la Jurisdicción Ordinaria entrar a juzgar estos delitos y en consecuencia es viable la declaratoria de inconstitucionalidad de la mencionada normatividad. // De conformidad con nuestro ordenamiento constitucional las Fuerzas Militares tienen como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional (artículo 217, C.N.). Por tanto, las actuaciones de los cuerpos armados constitucionalmente reconocidos deben tener esta única finalidad. Cuando se salen de esta limitante constitucional, no puede considerarse que su proceder sea a costa de servicio y por ende, del conocimiento de sus tribunales especializados. // Este tipo de actuaciones contenidas en las normas demandadas, en cabeza de las fuerzas armadas riñe de manera directa con la función que la misma Constitución les ha señalado y donde entran a jugar conceptos de carácter subjetivo que se salen del marco*

de institucionalidad que demanda la función pública señalada a este tipo de organismos, desnaturalizando de esta manera la posibilidad que los sujetos activos de las conductas sean del fuero especial de una jurisdicción especializada creada con ocasión de las funciones y no para conocer de conductas que como ciudadanos los miembros de dichos organismos deben responder en igualdad de condiciones con los demás.”

5.7. Intervención de la Comisión Colombiana de Juristas

La Comisión Colombiana de Juristas intervino para apoyar los planteamientos de la demanda, al considerar que los delitos tipificados en las normas acusadas no tienen relación con el servicio y, por lo tanto, no pueden ser de conocimiento de la justicia penal militar. Sin embargo, en atención al vacío normativo que se generaría con una declaratoria de inconstitucionalidad de las normas demandadas –por no estar contenidos todos los tipos penales allí contenidos en el Código Penal ordinario, concretamente la exacción, por lo cual se disminuiría el ámbito de protección legal de las víctimas de tales conductas-, solicita que la Corte declare su constitucionalidad condicionada, en el sentido de que tales conductas no podrán en ningún caso ser investigadas y juzgadas por la justicia penal militar, sino por la justicia ordinaria.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

A. Competencia

En virtud de lo dispuesto por el artículo 241-4 la Corte Constitucional es competente para conocer de las demandas de inconstitucionalidad contra normas de rango legal, como las que se acusan en la demanda que se estudia.

B. Problemas jurídicos a resolver

En el presente proceso se han demandado diversas expresiones contenidas en las normas del Código Penal que tipifican algunas conductas violatorias del Derecho Internacional Humanitario, argumentando que con el uso de dichas expresiones, se desconocen las normas de este ordenamiento que han ingresado al bloque de constitucionalidad, por lo cual los apartes acusados resultan violatorios de los artículos 93 y 94 de la Carta Política, en armonía con las normas constitucionales e internacionales pertinentes en cada caso. En esa medida, los problemas jurídicos a los que debe dar respuesta la Sala Plena son los siguientes:

1. Dado el margen de configuración del legislador penal para construir tipos penales, ¿cuándo puede legítimamente el juez constitucional entender que algunos elementos del tipo son inconstitucionales?
2. ¿Cuáles son las funciones y ámbito de aplicabilidad del bloque de constitucionalidad en tanto referentes para el control constitucional de normas

legales que consagran tipos penales, y específicamente tipos penales que proscriben actos violatorios del derecho internacional humanitario?

3. ¿Es violatoria de los artículos 93 y 94 de la Constitución, en armonía con el derecho a la vida, la utilización por el Legislador del término “combatientes” en el artículo 136, parágrafo, numeral 6 de la Ley 599 de 2000 -en el cual se tipifica el delito de homicidio contra persona protegida por el derecho internacional humanitario-, en la medida en que el DIH no utiliza la figura de los “combatientes” en el ámbito de los conflictos armados no internacionales?

4. ¿Resulta violatoria de los artículos 93 y 94 de la Carta Política, en armonía con la libertad personal y otros derechos, la utilización por el Legislador de la expresión “a la otra parte” en el artículo 148 de la Ley 599 de 2000 –en el cual se tipifica el delito de toma de rehenes-, en la medida en que dicho requisito no está incluido en las normas del bloque de constitucionalidad que consagran internacionalmente los elementos de este delito?

5. ¿Desconoce los artículos 93 y 94 de la Constitución, en armonía con los derechos pertinentes, la utilización por el Legislador de la expresión “debidamente señalados con los signos convencionales” en los artículos 156 y 157 de la Ley 599 de 2000 –que tipifican respectivamente los delitos de “destrucción o utilización ilícita de bienes culturales y de lugares de culto” y de “ataque contra obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas”-, en la medida en que las normas incluidas en el bloque de constitucionalidad que tipifican estos crímenes a nivel internacional no consagran ese requisito de señalización?

La respuesta a estos problemas jurídicos exige que la Corte Constitucional se pronuncie sobre diversos temas complejos. En primer lugar, es necesario señalar cuáles son los límites impuestos por la Constitución Política y el bloque de constitucionalidad a la potestad de configuración del legislador en materia penal, señalando las funciones que puede cumplir a este respecto el derecho internacional humanitario. En segundo lugar, teniendo en cuenta que en este caso se demandan normas que tipifican conductas violatorias del derecho internacional humanitario, y que los cargos de inconstitucionalidad formulados se estructuran con base en las disposiciones del DIH relevantes para cada tema, es necesario que la Corte se pronuncie sobre la definición del derecho internacional humanitario y su ámbito de aplicación, sobre el carácter convencional y consuetudinario de las distintas normas que lo componen y su carácter vinculante dentro del bloque de constitucionalidad, y sobre la naturaleza imperativa y el contenido específico de algunos de los principios fundamentales de este ordenamiento, que resultan directamente aplicables al caso presente –a saber, los principios de distinción, precaución y trato humanitario-. En tercer lugar, para efectos de resolver el problema jurídico atinente al uso de la noción de “combatientes” en el tipo penal de homicidio contra persona protegida por el derecho internacional humanitario, la Corte habrá de estudiar cuidadosamente el contenido de este concepto, que refiere directamente al principio de distinción, así como a la garantía fundamental de

la prohibición del homicidio de no combatientes implícita en el principio de trato humanitario, en relación con el principio de distinción. Cuarto, para efectos de resolver el cargo atinente a la tipificación legislativa del delito de toma de rehenes, la Corte deberá referirse tanto al contenido general del principio de trato humanitario como a la garantía fundamental específica de la prohibición de toma de rehenes que le subyace. Quinto, para los efectos del problema jurídico relativo a los delitos de ataques contra bienes culturales, religiosos o que contengan fuerzas peligrosas, es necesario que la Corte explore el contenido del principio de precaución, y las garantías específicas provistas por el derecho internacional humanitario para salvaguardar estos bienes especialmente protegidos.

C. El margen de configuración del Legislador en materia penal; límites trazados por la Constitución Política y el bloque de constitucionalidad. Funciones interpretativa e integradora del bloque de constitucionalidad.

Como se indicó, los primeros problemas jurídicos planteados a la Corte por la demanda que se estudia exigen: (1) determinar cuáles son los límites constitucionales del margen de configuración del legislador para construir tipos penales, y (2) establecer cuáles son las funciones y ámbito de aplicabilidad del bloque de constitucionalidad en tanto referente para el control constitucional de normas legales que consagran tipos penales, particularmente aquellos en los que se proscriben actos violatorios del derecho internacional humanitario.

El Legislador cuenta con un amplio margen de configuración para el diseño de la política criminal y el derecho penal, dentro del cual puede optar por diversas alternativas de regulación que incluyen la potestad de crear los delitos, establecer los elementos constitutivos de los tipos penales y sus correspondientes sanciones, así como el procedimiento a seguir para su investigación y juzgamiento; la competencia amplia y exclusiva del Legislador en este ámbito se basa en el principio democrático y en la soberanía popular¹⁴. Sin embargo, tal potestad legislativa encuentra sus límites

¹⁴ En este sentido, en la sentencia C-148 de 2005 se reiteró: “La Corte ha sido enfática en reconocer que para la definición de la política criminal del Estado y, en particular, en materia penal para la configuración de las conductas punibles, el órgano legislativo tiene una competencia amplia y exclusiva que encuentra claro respaldo en el principio democrático y en la soberanía popular (C.P. arts. 1º y 3º), razón por la cual, corresponde a las mayorías políticas, representadas en el Congreso, determinar, dentro de los marcos de la Constitución Política, la orientación del Estado en estas materias. [Ver en este sentido entre otras las sentencias C-559 de 1999. MP Alejandro Martínez Caballero, C-226/02 M.P. Álvaro Tafur Galvis, C-420/02 M.P. Jaime Córdoba Triviño, C-762/02 M.P. Rodrigo Escobar Gil, C-205/03 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.]/ Esta circunstancia, permite que el legislador adopte distintas estrategias de política criminal, siempre que la alternativa aprobada, además de ser legítima en cuanto a la forma como se configura, respete los valores, preceptos y principios constitucionales. Así las cosas, es evidente que la política criminal y el derecho penal no se encuentran definidos en el texto constitucional sino que corresponde al legislador desarrollarlos. La Corte ha precisado que en el ejercicio de su atribución el Congreso “no puede desbordar la Constitución y está subordinado a ella porque la Carta es norma de normas (CP art. 4). Pero, en función del pluralismo y la participación democrática, el Legislador puede tomar diversas opciones dentro del marco de la Carta.[Sentencia C-038 de 1995. Fundamento 4]” // En este sentido es claro para la Corte que la Constitución reconoce al Legislador un margen de discrecionalidad para desarrollar la política criminal y determinar o no el establecimiento de delitos y sanciones según la valoración que este haga en el marco de la Constitución [Al respecto cabe recordar lo dicho por la Corte en la Sentencia C-237/97 en la que se señaló lo siguiente: “El derecho penal, que en un Estado democrático debe ser la última ratio, puede ser utilizado, sin

en la Constitución Política y en las normas que integran el bloque de constitucionalidad, y corresponde a la Corte Constitucional hacer efectivos dichos límites, cuandoquiera que se desconozcan por el Legislador los principios, valores o derechos allí protegidos.¹⁵

En efecto, la jurisprudencia de esta Corte ha determinado con claridad que el control constitucional abstracto se ha de efectuar no solamente con referencia a lo dispuesto en el texto literal de la Constitución Política, sino también a una serie de normas y principios que, aunque no están consagrados expresamente en la Carta, representan parámetros de constitucionalidad de obligatoria consideración, en la medida en que la propia Constitución les otorga especial fuerza jurídica por medio de las cláusulas de recepción consagradas en los artículos 93, 94, 44 y 53-. En este sentido, en la sentencia C-028 de 2006 (M.P. Humberto Sierra Porto) se explicó que las normas del bloque de constitucionalidad se han de interpretar en forma consistente con el texto de la Carta Política de manera que se integren con éste en forma armónica para constituir un parámetro coherente de obligatorio cumplimiento por el Legislador: *“la pertenencia de una determinada norma internacional al llamado bloque de constitucionalidad, de manera alguna puede ser interpretada en términos de que esta última prevalezca sobre el Texto Fundamental; por el contrario, dicha inclusión conlleva necesariamente a adelantar interpretaciones armónicas y sistemáticas entre disposiciones jurídicas de diverso origen. // Así las cosas, la técnica del bloque de constitucionalidad parte de concebir la Constitución como un texto abierto,*

vulnerar la Constitución, para sancionar las conductas lesivas de bienes jurídicos ajenos que se estiman esenciales y cuya vulneración, en consecuencia, debe asociarse a una pena. La Corte, en función de la competencia que le ha sido atribuida, puede valorar la norma atendiendo sólo criterios de razonabilidad y proporcionalidad.” [Sentencia C-237/97 M.P. Carlos Gaviria Díaz.]. Ese es el margen de acción de la función legislativa en materia punitiva, en el que si el legislador advierte que la criminalización es la forma más invasiva de control social, por su intensa afectación de la libertad, y esa circunstancia no contribuye al perfeccionamiento de una política adecuada al logro de los fines perseguidos por la norma, puede prescindir de ella luego de la ponderación que haga de la realidad que pretende controlar. [Ver Sentencia C-226/02 M.P. Álvaro Tafur Galvis.]. // La Corte también ha sido constante en afirmar que mientras en el cumplimiento de la función legislativa no resulten contrariados los preceptos fundamentales *“bien puede el legislador crear o suprimir figuras delictivas, introducir clasificaciones entre ellas, establecer modalidades punitivas, graduar las penas aplicables, fijar la clase y magnitud de éstas con arreglo a criterios de agravación o atenuación de los comportamientos penalizados, todo de acuerdo con la apreciación, análisis y ponderación que efectúe acerca de los fenómenos de la vida social y del mayor o menor daño que ciertos comportamientos puedan estar causando o lleguen a causar en el conglomerado”* [Sentencia C-013/1997 M. P. José Gregorio Hernández Galindo.]. En el mismo sentido *“puede consagrar regímenes diferenciados para el juzgamiento y tratamiento de delitos y contravenciones, pudiendo, incluso, realizar diferenciaciones dentro de cada uno de estos grupos, en la medida en que unos y otros se fundamenten en criterios de razonabilidad y proporcionalidad que atiendan una valoración objetiva de elementos tales como, la mayor o menor gravedad de la conducta ilícita, la mayor o menor repercusión que la afectación del bien jurídico lesionado tenga en el interés general y en el orden social, entre otros”*. [Sentencia C-840 de 2000.]

¹⁵ Se afirmó en este sentido en la sentencia C-148 de 2005: *“En ese orden de ideas la Corte ha explicado que si bien el Legislador cuenta con una amplia potestad de configuración normativa para el diseño de la política criminal del Estado y, en consecuencia, para la tipificación de conductas punibles es evidente que no por ello se encuentra vedada la intervención de la Corte cuando se dicten normas que sacrifiquen los valores superiores del ordenamiento jurídico, los principios constitucionales, los derechos fundamentales y como pasa a examinarse las normas internacionales en materia de derechos humanos ratificados por Colombia y que hacen parte del bloque de constitucionalidad (art. 93 C.P.).”* En igual sentido, en esta sentencia se precisó que, de conformidad con la jurisprudencia de esta Corte, el control de constitucionalidad se debe realizar *“no sólo frente al texto formal de la Carta, sino también frente a otras disposiciones a las que se atribuye jerarquía constitucional -bloque de constitucionalidad estricto sensu-, y en relación con otras normas que aunque no tienen rango constitucional, configuran parámetros necesarios para el análisis de las disposiciones sometidas a su control -bloque de constitucionalidad lato sensu-.”*

caracterizado por la presencia de diversas cláusulas mediante las cuales se operan reenvíos que permiten ampliar el espectro de normas jurídicas que deben ser respetadas por el legislador. (...) En ese sentido, la confrontación de una ley con un tratado internacional no puede dar lugar a una declaratoria automática de constitucionalidad o inconstitucionalidad, ya que es necesario, a su vez, interpretarla sistemáticamente con el texto de la Constitución.”¹⁶ Según se precisó con claridad en la sentencia C-067 de 2003 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), “[e]l hecho de que las normas que integran el bloque de constitucionalidad tengan jerarquía constitucional hace de ellas verdaderas fuentes de derecho, lo que significa que los jueces en sus providencias y los sujetos de derecho en sus comportamientos oficiales o privados deben atenerse a sus prescripciones. Así como el preámbulo, los principios, valores y reglas constitucionales son obligatorios y de forzoso cumplimiento en el orden interno, las normas del bloque de constitucionalidad son fuente de derecho obligatoria para todos los asociados. (...) El hecho de compartir la jerarquía del texto formal de la Carta convierte a los dispositivos del bloque en “eje y factor de unidad y cohesión de la sociedad”¹⁷, y la condición de ocupar con ellos el máximo peldaño en la escala normativa obliga a que toda la legislación interna

¹⁶ Igualmente, en la referida sentencia **C-028 de 2006** (M.P. Humberto Sierra Porto) se recordó que “esta Corporación, en sentencia C-225 de 1995, definió el bloque de constitucionalidad como ‘aquella unidad jurídica compuesta “por...normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución’. La anterior consideración, como es bien sabido, pone de presente, tal y como se manifestó en la sentencia C-067 de 2003, que la normatividad constitucional no es un privilegio exclusivo de los artículos que formalmente integran el texto de la Carta Política, sino que el Estatuto Superior está compuesto por un grupo más amplio de principios, reglas y normas de derecho positivo, que comparten con los artículos del texto de la Carta la mayor jerarquía normativa en el orden interno. En ese orden de ideas, la noción del bloque de constitucionalidad permite vislumbrar el hecho de que la Constitución de un Estado es mucho más amplia que su texto constitucional, puesto que existen otras disposiciones, contenidas en otros instrumentos o recopilaciones, que también hacen parte del mismo.” En igual sentido, ver la sentencia **C-047 de 2006** (M.P. Rodrigo Escobar Gil): “Tal como de manera reiterada se ha expresado por la Corte, la revisión de constitucionalidad de los asuntos sometidos a su conocimiento, debe realizarse no sólo frente al articulado de la Carta, sino también a partir de su comparación con otras disposiciones que de acuerdo con la Constitución tienen jerarquía constitucional (bloque de constitucionalidad stricto sensu), o a partir de otras normas que aunque no tienen rango constitucional, configuran parámetros para analizar la validez constitucional de las disposiciones sometidas a su control (bloque de constitucionalidad lato sensu) [Ver, entre otras, las Sentencias C-191 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, C-774 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil y C-200 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis.].” Ver también la sentencia **C-067 de 2003** (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra): “Del análisis de los artículos 4º y 93 de la Constitución Política era evidente para la Corte que la coexistencia de dos jerarquías normativas de carácter prevalente constituía un escenario jurídico de gran complejidad; por esta razón, la Corporación entendió que la única manera de conciliar dicha contradicción era aceptando que los tratados internacionales de los cuales Colombia es estado parte, en los que se reconocieran derechos humanos de conculcación prohibitiva en estados de excepción, también tenían jerarquía constitucional y conformaban, con el texto del Estatuto Superior, un solo bloque normativo al que la legalidad restante debía sumisión. // Así resolvió la Corte el dilema planteado por esta normatividad: ‘En tales circunstancias, la Corte Constitucional coincide con la Vista Fiscal en que el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP arts 93 y 214 numeral 2º) es que éstos forman con el resto del texto constitucional un “bloque de constitucionalidad”, cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (CP art. 4º), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (CP art. 93).’” (Sentencia C-225/95, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero). (...) De lo dicho anteriormente se tiene que las disposiciones que hacen parte del bloque de constitucionalidad ostentan jerarquía constitucional por estar situadas a la altura de las normas del texto de la Carta y forman con el un conjunto normativo de igual rango.”

¹⁷ Cfr. Sentencia C-531/93.

*acondicione su contenido y ajuste sus preceptos a los estatutos por aquellas adoptados, pues éstos irradian su potestad sobre todo el ordenamiento normativo*¹⁸. ”

La Corte Constitucional ha señalado que existen dos acepciones de la noción de “bloque de constitucionalidad”: una en sentido estricto, que incluye *“aquellos principios y normas que han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato expreso de la Carta, por lo que entonces tienen rango constitucional, como los tratados de derecho humanitario”*¹⁹; y otra en sentido lato, que se refiere a *“aquellas disposiciones que tienen un rango normativo superior al de las leyes ordinarias, aunque a veces no tengan rango constitucional, como las leyes estatutarias y orgánicas, pero que sirven como referente necesario para la creación legal y para el control constitucional”*²⁰. De esta manera, no todas las disposiciones internacionales que vinculan al Estado colombiano forman parte del bloque de constitucionalidad; en lo relevante para el caso que ocupa la atención de la Sala, basta recordar que la Corte ha aceptado que se incorporan al bloque los tratados de derechos humanos y las normas convencionales y consuetudinarias que conforman el Derecho Internacional Humanitario.

Las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad cumplen diversas funciones dentro del ordenamiento jurídico colombiano; en relación con el establecimiento de límites al margen de configuración del Legislador en materia penal, el bloque de constitucionalidad cumple dos funciones distintas: una función *interpretativa* –sirve de parámetro guía en la interpretación del contenido de las cláusulas constitucionales y en la identificación de las limitaciones admisibles a los derechos fundamentales–, y una función *integradora* –provisión de parámetros específicos de constitucionalidad en ausencia de disposiciones constitucionales expresas, por remisión directa de los artículos 93, 94, 44 y 53 Superiores–. Ambas funciones han sido aplicadas por la Corte Constitucional en su jurisprudencia sobre los límites del margen de configuración del legislador en materia penal, sea para identificar un desconocimiento de la Constitución con la ayuda interpretativa de las normas incluidas en el bloque, o para aplicar directamente los parámetros establecidos por tales normas en ausencia de una cláusula constitucional específica.

Así, por ejemplo, la función *interpretativa* del bloque de constitucionalidad en el ámbito penal fue aplicada en la sentencia C-047 de 2006 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), en la cual la Corte abordó el problema jurídico consistente en determinar si se desconoce el principio del *non bis in idem* y las garantías propias del debido proceso en materia penal mediante el establecimiento legal de la posibilidad de apelar las sentencias penales absolutorias. Para efectos de

¹⁸ “Esta Corporación reitera que conforme a su jurisprudencia, la Carta Política tiene una capacidad de irradiación sobre la interpretación de las leyes y de los contratos celebrados por los particulares, pues la educación y los derechos fundamentales de los ciudadanos constituye un marco valorativo que impregna y condiciona todos los actos jurídicos celebrados por los coasociados.” (Sentencia T-202 de 2000, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz).

¹⁹ Sentencia C-582 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

²⁰ Ibid.

determinar el alcance de la cláusula constitucional del debido proceso, luego de recordar que *“tanto el derecho a impugnar la sentencia condenatoria, como la garantía del non bis in idem, están previstos de manera expresa en la Constitución y son, por consiguiente, un parámetro obligado del control de constitucionalidad”*, la Corte afirmó que *“de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución, la interpretación de ese derecho y de esa garantía, debe hacerse de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia y en particular, para este caso, con lo que sobre la materia se dispone en el Pacto de San José y el PIDCP”*. En este orden, la Corte determinó que *“ni la Convención, ni el Pacto, contienen la prohibición de que los ordenamientos jurídicos de los estados parte establezcan la posibilidad de apelar la sentencia absolutoria en materia penal, ni de esos instrumentos se desprende una interpretación de la garantía del non bis in idem que sea contraria a la que se ha plasmando en el apartado precedente de esta providencia. (...) Esa posibilidad, finalmente, no solo, entonces, no resulta contraria al tenor literal de los tratados invocados por el demandante, sino que, además, obedece a postulados que los mismos instrumentos consagran y que hacen parte de un amplio consenso internacional orientado a la consecución de la verdad, la justicia y la reparación. // De este modo, ni de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ni del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se desprende una prohibición para los Estados parte de establecer la posibilidad de apelar sentencia absolutoria en materia penal, posibilidad que tampoco resulta contraria a la garantía del non bis in idem consagrada en la Constitución e interpretada a la luz de los tratados internacionales suscritos por el Estado colombiano”*; en consecuencia, las normas acusadas fueron declaradas exequibles. En igual medida, en la sentencia C-578 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), la Corte recurrió a la función interpretativa del bloque de constitucionalidad para identificar los límites que debe respetar el legislador penal colombiano, señalando que en virtud de las obligaciones internacionales del Estado colombiano, el ejercicio de la potestad legislativa de fijar las sanciones y los procedimientos de investigación y juicio de delitos tales como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad o los crímenes de guerra, debe efectuarse en forma consistente con el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, cuyo estándar de protección fue recogido por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional²¹.

²¹ Dijo la Corte: *“(...) el ejercicio de las competencias soberanas de los Estados para definir las sanciones y procedimientos penales de graves violaciones a los derechos humanos tales como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad o los crímenes de guerra, deberá hacerse de tal forma que resulte compatible con el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y con los fines de lucha contra la impunidad que resalta el Estatuto de Roma. (...) si bien es cierto que los Estados son soberanos para definir las sanciones y procedimientos penales internos que resulten más adecuados para impedir la impunidad frente a crímenes tales como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad o los crímenes de guerra, existe un consenso internacional en torno a que tal regulación debe hacerse de manera compatible con el deber de protección de los derechos humanos y de respeto al derecho internacional humanitario y, por lo tanto, las limitaciones a la soberanía en estas materias han sido aceptadas por los Estados como parte de su compromiso de garantizar la efectividad de tales derechos. El Estatuto de Roma reitera ese compromiso y reafirma el consenso internacional en la materia. El estándar de protección que recoge el Estatuto de Roma no es distinto de otros compromisos internacionales en la materia, pero si más efectivo, por cuanto recoge un anhelo de la comunidad internacional de garantizar que no exista impunidad frente a los crímenes más atroces.”*

Por otra parte, en la sentencia C-148 de 2005 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), la Corte dio aplicación a la función *integradora* del bloque de constitucionalidad, al resolver sobre la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la expresión grave incluida en los tipos penales de genocidio, tortura y tortura en persona protegida²²; se argumentaba que la inclusión del calificativo “grave” en dichos tipos penales desconocía, entre otras, el bloque de constitucionalidad, que no restringe la configuración de los delitos de tortura o genocidio a las hipótesis de lesiones graves. Dado que la Constitución Política no contiene disposiciones detalladas, ni definiciones, de los delitos de genocidio o tortura, para resolver los cargos formulados contra ambos tipos penales la Corte recurrió a las definiciones consagradas en tratados internacionales de derechos humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad, para efectos de determinar si el Legislador había desconocido los límites por ellas impuestos a su margen de configuración en materia penal. Así, luego de recordar que en Colombia es aplicable la cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos humanos (contenida entre otras en el art. 4 del Protocolo de San Salvador) -de forma tal que *“cuando las normas constitucionales y legales colombianas ofrezcan una mayor protección al derecho fundamental de que se trate éstas habrán de primar sobre el texto de los tratados internacionales, de la misma manera que siempre habrá de preferirse en la interpretación de los mismos la hermenéutica que resulte menos restrictiva para la aplicación del derecho fundamental comprometido”*-, la Corte procedió a resolver los cargos formulados así: (i) en cuanto a la palabra “grave” en el tipo de genocidio, la Corte constató que no había contradicción entre la disposición acusada y las normas internacionales que lo definen –la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional- que también contienen esa misma expresión, por lo cual no hubo violación del art. 93²³; además, la Corte constató que no existen en derecho interno disposiciones que puedan llevar a una interpretación más favorable de los derechos protegidos por este tipo penal -cuyas características específicas requieren que las lesiones inflingidas sean graves y no leves-, y que además, las hipótesis de generación de lesiones no graves están cubiertas por otros tipos penales que amparan bienes jurídicos afines, por lo cual éstos no quedan desprotegidos.²⁴ (ii) En cuanto a la palabra “grave” del tipo de

²² Demanda de inconstitucionalidad contra las expresiones “grave” contenida en el numeral 1º del artículo 101 [genocidio] y “graves” contenida en los artículos 137 y 178 [tortura en persona protegida y tortura] de la Ley 599 de 2000 “por la cual se expide el Código Penal”

²³ Dijo la Corte: “Es claro, en efecto, que tanto en dichos textos internacionales como en el artículo 101 en que se contiene la expresión acusada se hace referencia al carácter grave de las lesiones que puedan infligirse a los miembros de un grupo para tipificar el delito de genocidio y en este sentido mal puede considerarse que el Legislador desconoció en este caso el mandato contenido en el artículo 93 superior que señala que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Así como que los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.”

²⁴ “Si bien ello no sería óbice para declarar la inexequibilidad de la referida expresión, si en el ordenamiento constitucional interno existieran disposiciones que llevaran a una interpretación más favorable para la protección de los derechos que ampara el tipo penal aludido, en el presente caso ello no es así. En efecto, como pasa a explicarse, son las lesiones graves a que aluden los textos internacionales reseñados las que resultan compatibles con la intencionalidad específica que se encuentra a la base de la conducta genocida a saber la voluntad de destruir el grupo “en su totalidad o en parte” y desde esta perspectiva mal puede

tortura, la Corte adoptó como parámetro de constitucionalidad la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, que contiene un estándar más favorable que los otros instrumentos internacionales que obligan a Colombia en la materia –la Convención contra la Tortura y la Declaración contra la Tortura; en consecuencia, al verificar que la Convención Interamericana no incluye la palabra “grave” en su definición, la Corte concluyó que el Legislador, al desconocer esta definición, sí había violado el art. 93 Superior – por lo cual se declaró inexecutable la expresión “grave” en relación con este tipo penal²⁵.

Ahora bien, ha de reiterarse que según se aclaró en la sentencia C-028 de 2006 (M.P. Humberto Sierra Porto), las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad no constituyen referentes autónomos del control de constitucionalidad, y la Corte Constitucional no es juez de convencionalidad – es decir, no está llamada a verificar la concordancia abstracta de la legislación nacional con los tratados internacionales que obligan al Estado-: “(...) *En ese sentido, la confrontación de una ley con un tratado internacional no puede*

entenderse que con la inclusión por el Legislador de la expresión “grave” los bienes jurídicos que la tipificación del delito de genocidio busca proteger se vean desprotegidos, o pueda entenderse que el legislador estableció en este caso algún tipo de discriminación contraria a la Constitución. // Al respecto cabe recordar que el bien jurídico que se busca proteger al penalizar el genocidio, no es tan sólo la vida e integridad sino el derecho a la existencia misma de los grupos humanos, sin supeditarlos a su nacionalidad, raza, credo religioso o político. Así mismo que el delito de genocidio supone el elemento intencional especial a saber la destrucción total o parcial del grupo humano de que se trate. // Dicho bien jurídico específico y dicha intencionalidad igualmente específica hacen que de la misma manera que no cualquier agresión racista pueda considerarse como genocidio, no toda lesión a la integridad física o mental de los miembros del grupo deba calificarse como tal. // En ese orden de ideas asiste razón al señor Procurador cuando pone de presente que son las lesiones graves y no las leves, las que tienen eficacia para lesionar o poner en peligro los bienes jurídicos que se busca proteger con la tipificación del delito de genocidio y que no sería razonable que el legislador penalizara como genocidio actos ajenos a su esencia, que no es otra que la destrucción deliberada de un grupo humano que tenga una identidad definida. (...) En ese orden de ideas es claro que los bienes jurídicos que se pretende proteger con la tipificación del delito de genocidio a saber la vida e integridad personal de los miembros del grupo no resultan desprotegidos, con el hecho de que el Legislador haya señalado que solo las lesiones graves a los miembros del grupo comportan la configuración del delito de genocidio. No solo son ese tipo de lesiones las que tienen la aptitud para afectar o poner en peligro el bien jurídico vida, sino que ha de tenerse en cuenta que en el mismo título sobre I sobre “delitos contra la vida y la integridad personal” el Código Penal tipifica en el capítulo III “de las lesiones personales” en los artículos 111 a 121 toda una serie de delitos atinentes a diferentes formas de lesiones que puedan ser inflingidas a una persona y en este sentido es claro que en manera alguna las lesiones que se causen a uno o a más miembros de un grupo que no lleguen a configurar el delito de genocidio quedan impunes, pues bien pueden ser objeto de sanción penal acudiendo a dichos artículos.”

²⁵ “Al respecto la Corte constata que en el presente caso y contrariamente a lo que se señaló para el delito de genocidio, es clara la contradicción entre el texto de los artículos 173 y 178 de la Ley 599 de 2000 -que tipifican respectivamente los delitos de tortura en persona protegida y tortura- y la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, instrumento internacional que en armonía con el artículo 93 superior y el principio *pro homine* es el que corresponde tomar en cuenta en este caso como se explicó en los apartes preliminares de esta sentencia. // En efecto en dicho instrumento internacional aprobado mediante la Ley 409 de 1997 no solamente se excluye la expresión “graves” para efectos de la definición de lo que se entiende por tortura, sino que se señala claramente que se entenderá como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica. Es decir que de acuerdo con la Convención Interamericana configura el delito de tortura cualquier acto que en los términos y para los fines allí señalados atente contra la autonomía personal, incluso si el mismo no causa sufrimiento o dolor. // En ese orden de ideas en la medida en que tanto en el artículo 137 como en el artículo 138 de la Ley 599 de 2000 el Legislador al regular respectivamente los delitos de tortura en persona protegida y de tortura, incluyó en la definición de estas conductas la expresión graves para calificar los dolores o sufrimientos físicos o psíquicos que se establecen como elementos de la tipificación de los referidos delitos, no cabe duda de que desconoció abiertamente la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura y consecuentemente vulneró el artículo 93 superior.”

dar lugar a una declaratoria automática de constitucionalidad o inconstitucionalidad, ya que es necesario, a su vez, interpretarla sistemáticamente con el texto de la Constitución.”. Como ya se precisó, el fundamento normativo de las disposiciones internacionales que se integran al bloque se deriva de cláusulas constitucionales expresas en las que se efectúan remisiones directas a dichas normas y principios, incorporándolos al ordenamiento interno con rango constitucional para efectos de precisar y complementar el sentido de las cláusulas constitucionales.²⁶

En conclusión, al momento de diseñar la política criminal del país y, como parte de esta tarea, establecer los tipos penales con su correspondiente sanción, el Legislador cuenta con un margen de configuración amplio pero no ilimitado, puesto que debe ser respetuoso de los límites establecidos en la Constitución Política interpretada a la luz de las normas que conforman el bloque de constitucionalidad -sea para determinar el contenido de las cláusulas constitucionales existentes, o para proveer parámetros específicos en ausencia de disposiciones constitucionales expresas y por remisión específica de los artículos 93, 94 y 44 Superiores-²⁷.

²⁶ Así, según se precisó en la sentencia C-1189 de 2000 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), “[t]al como se estableció en la sentencia C-400/98 (M.P. Martínez Caballero), la primacía moderada de las normas internacionales en el orden interno, no trae como consecuencia que las disposiciones nacionales con las cuales éstas entren en conflicto pierdan, por ese motivo, su validez; lo que sucede es que, en cada caso concreto, la aplicación de la ley nacional deberá ceder frente a la de la norma de mayor jerarquía. En el fallo que se cita, la Corte formuló este principio así: ‘la doctrina y la jurisprudencia internacionales han reconocido que la supremacía de los tratados sobre los ordenamientos internos de los Estados no implica la invalidación automática de las normas internas contrarias a los compromisos internacionales, por cuanto, para los ordenamientos nacionales y para los jueces nacionales, esas disposiciones internas pueden seguir teniendo plena validez y eficacia, por lo cual son aplicables. Lo que sucede es que si los jueces aplican esas normas contrarias a un tratado, entonces eventualmente pueden comprometer la responsabilidad internacional del Estado en cuestión’. En este orden de ideas, no es jurídicamente viable afirmar que, por oponerse a una disposición internacional, una ley interna deba ser excluida del ordenamiento nacional, mucho menos cuando de esa incongruencia se pretende derivar un juicio de inconstitucionalidad. La Corte ha sido enfática en establecer que el análisis de constitucionalidad de las disposiciones legales, requiere una confrontación directa de las normas en cuestión con el texto de la Carta Política, y no con ningún otro. // En todo caso, es claro que por virtud de la prevalencia moderada del derecho internacional, y en aplicación del principio de interpretación conforme, las normas internas se deben leer de manera tal que su sentido armonice al máximo, no sólo con los preceptos del Estatuto Superior, sino también con las obligaciones internacionales que asisten a Colombia. Así lo dijo esta Corporación en la providencia antecitada, refiriéndose a las normas convencionales: ‘en virtud del principio pacta sunt servanda, que encuentra amplio sustento en la carta (C.P. art. 9), como ya se ha visto, es deber de los operadores jurídicos aplicar las normas internas distintas de la Constitución de manera que armonicen lo más posible con los compromisos internacionales suscritos que tiene el país’. Por este motivo, no son de aceptación las interpretaciones de la ley que, al oponerla a lo dispuesto en las normas internacionales aplicables, pretendan otorgarle un sentido que riñe con los mandatos de la Carta”.

²⁷ En idéntico sentido, ver la sentencia C-329 de 2003 (M.P. Álvaro Tafur Galvis): “Adicionalmente, debe decirse que compromisos internacionales sobre derechos humanos asumidos de tiempo atrás por el Estado colombiano, y que forman parte del Bloque de Constitucionalidad, sujetan la actuación del legislador a los principios mencionados, al momento de definir las sanciones penales [Ver Sentencia T-153 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.] Por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [Aprobado por la Ley 74 de 1968] prescribe en el numeral 1º del artículo 10º que toda persona privada de la libertad debe ser tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. Así mismo, el literal a) de su numeral 2º, señala que los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y que deben ser sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas. Y por último, el numeral 3º establece que el régimen penitenciario que cada País establezca debe consistir en un tratamiento cuya finalidad esencial sea la reforma y la readaptación social de los penados. [En ese mismo sentido, pueden consultarse la Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955. Además, las Resoluciones 43/110 y 43/173 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. En el marco del sistema Interamericano, constituye fuente de

D. Límites constitucionales a la potestad de configuración legislativa en relación con los tipos penales demandados en el presente proceso.

La Corte considera que para efectos de llevar a cabo el control de constitucionalidad de los tipos penales acusados, es necesario, por mandato de los artículos 93 y 94 Superiores, acudir a las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario, que forman parte del bloque de constitucionalidad. En efecto, en la sentencia C-225 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) la Corte señaló que *“la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores”*.

En este caso se habrá de acudir al Derecho Internacional Humanitario en su función *integradora* como parte del bloque de constitucionalidad, puesto que si bien la Constitución Política incorpora principios cardinales como el de dignidad humana (art. 1º) y el de primacía de los derechos fundamentales (art. 5º) -que a su vez nutren los pilares centrales del Derecho Internacional Humanitario-, no contiene disposiciones específicas que incorporen literalmente las normas de este ordenamiento internacional al texto constitucional, limitándose a ordenar su respeto durante los estados de excepción (art. 214) y a remitir directamente, mediante los artículos 93, 94 y 44 Superiores, a las normas internacionales que lo componen.

Ahora bien, es necesario establecer exactamente cuáles elementos del Derecho Internacional Humanitario, como componentes del bloque de constitucionalidad, son directamente aplicables al caso presente. Para efectos de precisión jurídica, y teniendo en cuenta que las normas demandadas en el presente proceso tipifican la comisión de delitos contra personas y bienes especialmente protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, la Sala Plena considera indispensable detenerse brevemente en la definición y caracterización del Derecho Internacional Humanitario y de las condiciones que generan su aplicación, para luego proceder a señalar el contenido específico de los principios y normas de Derecho Internacional Humanitario aplicables, por mandato de la Carta Política, a la resolución de los cargos planteados en la demanda.

1. El Derecho Internacional Humanitario: definición y ámbito de aplicación.

dichos principios el Pacto de San José o Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobado por la Ley 16 de 1972 –inciso 6º del artículo 5º de la Convención-.] // En conclusión, cuando el legislador hace uso de su potestad para configurar las penas que deben imponerse a quienes cometen algún delito, se encuentra limitado por los principios constitucionales de la dignidad de las personas y el respeto a los derechos humanos, la aplicación de criterios de razonabilidad y proporcionalidad y las obligaciones internacionales contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad.”

El Derecho Internacional Humanitario es el derecho aplicable a los conflictos armados. El objetivo fundamental del Derecho Internacional Humanitario, al decir de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, es “*restringir la contienda armada para disminuir los efectos de las hostilidades*”²⁸. La Asamblea General de las Naciones Unidas ha recordado que “*en el siglo actual la comunidad internacional ha aceptado un papel más amplio y nuevas responsabilidades para aliviar los sufrimientos humanos en todas sus formas y, en particular, durante los conflictos armados*”²⁹, para efectos de lo cual se han adoptado a nivel internacional las normas constitutivas del Derecho Internacional Humanitario.

El Derecho Internacional Humanitario se aplica a los conflictos armados internos o internacionales. En tanto ordenamiento jurídico unitario y sistemático, el Derecho Internacional Humanitario regula tanto el desarrollo de las hostilidades –limitando la posibilidad de las partes de recurrir a los métodos y medios bélicos a su disposición- como la protección de las personas víctimas de los conflictos armados.³⁰ La jurisprudencia internacional –en particular la de los tribunales penales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda, así como la de la Corte Internacional de Justicia- ha sido clara y prolija al explicar, entre otras, los siguientes postulados básicos sobre la aplicación del Derecho Internacional Humanitario: (1) su definición, en particular la de los conflictos armados internos, (2) las condiciones de tipo temporal, geográfico y material que delimitan su ámbito de aplicación, (3) su

²⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso “La Tablada” – Informe No. 55/97, Caso No. 11.137 - Juan Carlos Abella vs. Argentina, 18 de noviembre de 1997.

²⁹ Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 2675 (1970), sobre Principios Básicos para la protección de las poblaciones civiles en los conflictos armados, adoptada por unanimidad.

³⁰ En este sentido, según lo reconoció la Corte Internacional de Justicia en su Opinión Consultiva de 1996 sobre la Legalidad de la Amenaza o el Uso de Armas Nucleares, el Derecho Internacional Humanitario contemporáneo unifica los regímenes anteriormente conocidos como “Derecho de la Haya” –relativo a las limitaciones o prohibiciones sobre métodos y medios específicos de guerra- y “Derecho de Ginebra” –relacionado principalmente con la protección de las víctimas de los conflictos armados, es decir, los civiles y los no combatientes”, especialmente desde la adopción de los protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949 en 1977. En términos de la Corte Internacional de Justicia: “*Las ‘leyes y costumbres de la guerra’ –como se les conocía tradicionalmente- fueron objeto de esfuerzos de codificación en La Haya (incluidas las convenciones de 1899 y 1907), y se basaban parcialmente en la Declaración de San Petersburgo de 1868, así como en los resultados de la Conferencia de Bruselas de 1874. Este ‘Derecho de La Haya’ (...) establecía los derechos y deberes de los beligerantes en la conducción de las operaciones y limitaba las opciones de métodos y medios para herir al enemigo en un conflicto armado internacional. A esto se debe añadir el ‘Derecho de Ginebra’ (las Convenciones de 1864, 1906, 1929 y 1949), que protege a las víctimas de la guerra y busca proveer salvaguardas para el personal inhabilitado de las fuerzas armadas y las personas que no toman parte en las hostilidades. // Estas dos ramas del derecho aplicable al conflicto armado han llegado a estar tan íntimamente interrelacionadas, que se considera que han formado gradualmente un sistema unitario complejo, conocido hoy en día como Derecho Internacional Humanitario. Las disposiciones de los Protocolos Adicionales de 1977 expresan y acreditan la unidad y complejidad de ese derecho*”. [Traducción informal: “*The ‘laws and customs of war’ — as they were traditionally called — were the subject of efforts at codification undertaken in The Hague (including the Conventions of 1899 and 1907), and were based partly upon the St. Petersburg Declaration of 1868 as well as the results of the Brussels Conference of 1874. This ‘Hague Law’ (...) fixed the rights and duties of belligerents in their conduct of operations and limited the choice of methods and means of injuring the enemy in an international armed conflict. One should add to this the ‘Geneva Law’ (the Conventions of 1864, 1906, 1929 and 1949), which protects the victims of war and aims to provide safeguards for disabled armed forces personnel and persons not taking part in the hostilities. // These two branches of the law applicable in armed conflict have become so closely interrelated that they are considered to have gradually formed one single complex system, known today as international humanitarian law. The provisions of the Additional Protocols of 1977 give expression and attest to the unity and complexity of that law*”. Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva sobre la Legalidad de la Amenaza o el Uso de Armas Nucleares, 1996].

carácter vinculante para todas las partes en conflicto, y (4) su independencia del reconocimiento de la legitimidad de las razones de fondo del conflicto, así como del status de los grupos enfrentados ante el Derecho Internacional Público. Por tratarse del entorno jurídico básico en el cual se han de interpretar las disposiciones acusadas en el presente proceso, la Corte explicará brevemente el contenido de cada uno de ellos a continuación.

1.1. Definición de “conflicto armado” para efectos de la aplicación del Derecho Internacional Humanitario.

El supuesto necesario para la aplicación del Derecho Internacional Humanitario es la existencia de un conflicto armado. La determinación de las condiciones que detonan la aplicación del Derecho Internacional Humanitario es, por lo mismo, necesaria para establecer el ámbito de aplicación de los tipos penales que se demandan en el presente proceso -ya que todos consagran conductas violatorias del DIH-, en tanto pre-requisito de su adecuada interpretación y, en consecuencia, de la resolución de los problemas jurídicos planteados a la Corte.

La naturaleza voluble de los conflictos armados actuales³¹ ha llevado a la jurisprudencia internacional a definirlos como “*el recurso a la fuerza armada entre Estados, o la violencia armada prolongada entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados, o entre tales grupos, dentro de un Estado*”³². En el caso de los conflictos armados internos, el adjetivo “*prolongada*”³³ busca excluir de esta definición los casos de meros disturbios civiles, revueltas esporádicas o actos terroristas aislados.³⁴ Esta definición se refleja en lo dispuesto en el artículo 1 del Protocolo Adicional II sobre su “*ámbito de aplicación material*”, en el cual se dispone:

“1. El presente Protocolo, que desarrolla y completa el artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, sin modificar sus

³¹ Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Aleksovsky**, sentencia del 25 de junio de 1999.

³² Traducción informal: “*a resort to armed force between States or protracted armed violence between governmental authorities and organised armed groups or between such groups within a State*”. **Caso del Fiscal v. Dusko Tadic**, No. IT-94-1-AR72, decisión de la Sala de Apelaciones sobre su propia jurisdicción, 2 de octubre de 1995, par. 70. Esta regla ha sido reiterada en numerosas decisiones del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, entre las cuales se cuentan los casos de **Fiscal vs. Aleksovsky**, sentencia del 25 de junio de 1999; **Fiscal vs. Blagojevic y Jokic**, sentencia del 17 de enero de 2005; **Fiscal vs. Tihomir Blaskic**, sentencia del 3 de marzo del 2000; **Fiscal vs. Radoslav Brdjanin**, sentencia del 1º de septiembre de 2004; **Fiscal vs. Anto Furundzija**, sentencia del 10 de diciembre de 1998; **Fiscal vs. Stanislav Galic**, sentencia del 5 de diciembre de 2003; **Fiscal vs. Enver Hadzihanovic y Amir Kubura**, sentencia del 15 de marzo de 2006; **Fiscal vs. Dario Kordic y Mario Cerkez**, sentencia del 26 de febrero de 2001; **Fiscal vs. Sefer Halilovic**, sentencia del 16 de noviembre de 2005; **Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros**, sentencia de la Sala de Apelaciones 12 de junio de 2002; **Fiscal vs. Momcilo Krajisnik**, sentencia del 27 de septiembre de 2006.

³³ El Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia usa el término “*protracted*”, en la versión inglesa de las sentencias.

³⁴ Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, casos del **Fiscal vs. Dario Kordic y Mario Cerkez**, sentencia de la Sala de Apelaciones del 17 de diciembre de 2004; **Fiscal vs. Sefer Halilovic**, sentencia del 16 de noviembre de 2005; y **Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros**, sentencia de la sala de apelaciones del 12 de junio de 2002.

actuales condiciones de aplicación, se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente protocolo.

2. El presente protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados.”

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional contiene un test similar para la determinación de la existencia de un conflicto armado no internacional, a efectos de determinar la ocurrencia de crímenes de guerra. De conformidad con el artículo 8(2)(f) de este tratado, *“el párrafo 2(e) del presente artículo [que define como crímenes de guerra las violaciones graves de las leyes y usos aplicables a conflictos armados no internacionales] se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y, por consiguiente, no se aplica a situaciones de disturbios y tensiones internas, como motines, actos aislados y esporádicos de violencia u otros actos de carácter similar. Se aplica a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos”*.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha explicado que para efectos de la aplicación del Derecho Internacional Humanitario, específicamente de las garantías previstas por el Artículo 3 común, es necesario que la situación en cuestión haya trascendido la magnitud de un mero disturbio interior o tensión interna³⁵, para constituir un conflicto armado de carácter no internacional:

³⁵ Explica la Comisión Interamericana: *“Las normas legales que rigen un conflicto armado interno difieren significativamente de las que se aplican a situaciones de disturbios interiores o tensiones internas (...)”*. Estos son ejemplificados por la Comisión siguiendo un estudio elaborado por el Comité Internacional de la Cruz Roja, con los siguientes casos no taxativos: *“motines, vale decir, todos los disturbios que desde su comienzo no están dirigidos por un líder y que no tienen una intención concertada; actos de violencia aislados y esporádicos, a diferencia de operaciones militares realizadas por las fuerzas armadas o grupos armados organizados; otros actos de naturaleza similar que entrañen, en particular, arrestos en masa de personas por su comportamiento u opinión política”*. En este orden de ideas, la Comisión señala que *“el rasgo principal que distingue las situaciones de tensión grave de los disturbios interiores es el nivel de violencia que comportan. Si bien las tensiones pueden ser la secuela de un conflicto armado o de disturbios interiores, estos últimos son ‘...situaciones en las cuales no existe un conflicto armado sin carácter internacional como tal, pero se produce una confrontación dentro de un país, que se caracteriza por cierta gravedad o duración y que trae aparejados actos de violencia...En esas situaciones que no conducen necesariamente a la lucha abierta, las autoridades en el poder emplazan fuerzas policiales numerosas, o incluso fuerzas armadas, para restablecer el orden interno’*. // El derecho internacional humanitario excluye expresamente de su ámbito de aplicación a las situaciones de disturbios interiores y tensiones internas, por no considerarlas como conflictos armados. Estas se encuentran regidas por normas de derecho interno y por las normas pertinentes del derecho internacional de los derechos humanos”. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso “La Tablada” – Informe No. 55/97, Caso No. 11.137 - Juan Carlos Abella vs. Argentina, 18 de noviembre de 1997.

*“En contraste con esas situaciones de violencia interna, el concepto de conflicto armado requiere, en principio, que existan grupos armados organizados que sean capaces de librar combate, y que de hecho lo hagan, y de participar en otras acciones militares recíprocas, y que lo hagan. El artículo 3 común simplemente hace referencia a este punto pero en realidad no define ‘un conflicto armado sin carácter internacional’. No obstante, en general se entiende que el artículo 3 común se aplica a confrontaciones armadas abiertas y de poca intensidad entre fuerzas armadas o grupos relativamente organizados, que ocurren dentro del territorio de un Estado en particular. Por lo tanto, el artículo 3 común no se aplica a motines, simples actos de bandolerismo o una rebelión no organizada y de corta duración. Los conflictos armados a los que se refiere el artículo 3, típicamente consisten en hostilidades entre fuerzas armadas del gobierno y grupos de insurgentes organizados y armados. También se aplica a situaciones en las cuales dos o más bandos armados se enfrentan entre sí, sin la intervención de fuerzas del gobierno cuando, por ejemplo, el gobierno establecido se ha disuelto o su situación es tan débil que no le permite intervenir. Es importante comprender que la aplicación del artículo 3 común no requiere que existan hostilidades generalizadas y de gran escala, o una situación que se pueda comparar con una guerra civil en la cual grupos armados de disidentes ejercen el control de partes del territorio nacional. La Comisión observa que el Comentario autorizado del CICR sobre los Convenios de Ginebra de 1949 indica que, a pesar de la ambigüedad en el umbral de aplicación, el artículo 3 común debería ser aplicado de la manera más amplia posible. // El problema más complejo en lo que se refiere a la aplicación del artículo 3 común no se sitúa en el extremo superior de la escala de violencia interna, sino en el extremo inferior. La línea que separa una situación particularmente violenta de disturbios internos, del conflicto armado de nivel “inferior”, conforme al artículo 3, muchas veces es difusa y por lo tanto no es fácil hacer una determinación. Cuando es necesario determinar la naturaleza de una situación como la mencionada, en el análisis final lo que se requiere es tener buena fe y realizar un estudio objetivo de los hechos en un caso concreto.”*³⁶

En consecuencia, la determinación de la existencia de un conflicto armado debe realizarse no en abstracto, sino en atención a las características de cada caso particular³⁷. Para efectos de establecer en casos concretos si un determinado conflicto ha trascendido el umbral de gravedad necesario para ser clasificado como un conflicto armado interno, la jurisprudencia internacional ha recurrido principalmente a dos criterios: (i) la intensidad del conflicto, y (ii)

³⁶ Id.

³⁷ Así, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda ha explicado que “la definición de un conflicto armado *per se* se formula en abstracto; el que una situación pueda o no ser descrita como un “conflicto armado” que satisface los criterios del Artículo 3 Común, ha de decidirse en cada caso concreto”. [Traducción informal: “The definition of an armed conflict *per se* is termed in the abstract, and whether or not a situation can be described as an “armed conflict”, meeting the criteria of Common Article 3, is to be decided upon on a case-by-case basis.”] Tribunal Penal Internacional para Ruanda, caso del **Fiscal vs. Rutaganda**, sentencia del 6 de diciembre de 1999.

el nivel de organización de las partes.³⁸ Al apreciar la intensidad de un determinado conflicto, las Cortes internacionales han aplicado, por ejemplo, factores tales como la seriedad de los ataques y si ha habido un incremento en las confrontaciones armadas³⁹, la extensión de las hostilidades a lo largo de un territorio y de un período de tiempo⁴⁰, el aumento en las fuerzas armadas estatales y en su movilización, así como la movilidad y distribución de armas de las distintas partes enfrentadas⁴¹. En cuanto a la organización de los grupos enfrentados, las cortes internacionales la han apreciado de conformidad con criterios tales como la existencia de cuarteles, zonas designadas de operación, y la capacidad de procurar, transportar y distribuir armas.⁴²

Otros criterios más exigentes para establecer la existencia de un conflicto armado han sido invocados con frecuencia por algunos sectores de la doctrina, pero la jurisprudencia internacional ha descartado expresamente que se trate de requisitos necesarios para clasificar una determinada situación en esta categoría. Así, se ha sugerido que es necesario (a) que haya un reconocimiento explícito de los grupos enfrentados como insurgentes o como beligerantes, (b) que la disputa haya ingresado a la agenda del Consejo de Seguridad o la Asamblea General de las Naciones Unidas, (c) la existencia de una organización semi-estatal a nivel de los grupos armados que enfrentan a las autoridades *de jure*, o (d) el ejercicio de autoridad estatal de facto sobre determinadas porciones del territorio por los grupos armados en cuestión. Sin

³⁸ El Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia ha explicado en este sentido: “Bajo este test, al establecer la existencia de un conflicto armado de carácter interno la Sala debe apreciar dos criterios: (i) la intensidad del conflicto y (ii) la organización de las partes [ver sentencia del caso Tadic, par. 562]. Estos criterios se utilizan ‘solamente para el propósito, como mínimo, de distinguir un conflicto armado de actos de delincuencia, insurrecciones desorganizadas y de corta duración, o actividades terroristas, que no están sujetas al Derecho Internacional Humanitario’ [sentencia del caso Tadic, par. 562]. (...) En consecuencia, un cierto grado de organización de las partes será suficiente para establecer la existencia de un conflicto armado. (...) Esta posición es consistente con otros comentarios autorizados sobre el tema. Un estudio por el CICR sometido como documento de referencia a la Comisión Preparatoria para el establecimiento de los Elementos de los Crímenes para la CPI notó que: ‘La determinación de si existe un conflicto armado no internacional no depende del juicio subjetivo de las partes a ese conflicto; debe ser determinado con base en criterios objetivos; el término ‘conflicto armado’ presupone la existencia de hostilidades entre fuerzas armadas organizadas en mayor o menor medida; debe haber oposición por las fuerzas armadas, y una cierta intensidad de los combates.(...)’”. [Traducción informal: “*Under this test, in establishing the existence of an armed conflict of an internal character the Chamber must assess two criteria: (i) the intensity of the conflict and (ii) the organisation of the parties.[See Tadic Trial Judgement, para 562.]These criteria are used “solely for the purpose, as a minimum, of distinguishing an armed conflict from banditry, unorganized and short-lived insurrections, or terrorist activities, which are not subject to international humanitarian law.” [Tadic Trial Judgement, para 562.] (...) Therefore, some degree of organisation by the parties will suffice to establish the existence of an armed conflict. (...)This position is consistent with other persuasive commentaries on the matter. A study by the ICRC submitted as a reference document to the Preparatory Commission for the establishment of the elements of crimes for the ICC noted that: The ascertainment whether there is a non-international armed conflict does not depend on the subjective judgment of the parties to the conflict; it must be determined on the basis of objective criteria; the term ‘armed conflict’ presupposes the existence of hostilities between armed forces organised to a greater or lesser extent; there must be the opposition of armed forces and a certain intensity of the fighting.(...)”]. Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia, **caso del Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros**, sentencia del 30 de noviembre de 2005.*

³⁹ Ver, entre otros, los casos **Fiscal v. Dusko Tadic**, No. IT-94-1-AR72, decisión de la Sala de Apelaciones sobre su propia jurisdicción, 2 de octubre de 1995; **Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros**, sentencia del 30 de noviembre de 2005; **Fiscal vs. Zejnil Delalic y otros (caso Celebici)**, sentencia del 16 de noviembre de 1998.

⁴⁰ Ver, entre otros, los casos **Fiscal v. Dusko Tadic**, No. IT-94-1-AR72, decisión de la Sala de Apelaciones sobre su propia jurisdicción, 2 de octubre de 1995; **Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros**, sentencia del 30 de noviembre de 2005

⁴¹ Ver, entre otros, los casos **Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros**, sentencia del 30 de noviembre de 2005; **Fiscal vs. Zejnil Delalic y otros (caso Celebici)**, sentencia del 16 de noviembre de 1998.

⁴² Ver, entre otros, el caso **Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros**, sentencia del 30 de noviembre de 2005.

embargo, el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, basándose en un cuidadoso estudio del estado del Derecho Internacional Humanitario, afirmó expresamente que no es necesario que estén presentes estos factores para efectos de considerar que una confrontación armada determinada está sujeta a las leyes de la guerra.⁴³

Es claro, en fin, que para efectos de la aplicación del Derecho Internacional Humanitario, la existencia de un conflicto armado se determina jurídicamente con base en factores objetivos, independientemente de la denominación o calificación que le den los Estados, Gobiernos o grupos armados en él implicados.⁴⁴ También cabe subrayar que la existencia de un conflicto armado “no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico” de los grupos armados (Art. 3 Común). Una condición para el reconocimiento de insurgencia o beligerancia es que el grupo armado irregular haya aceptado y aplicado el DIH.

1.2. Ámbito de aplicación temporal, geográfico y material del Derecho Internacional Humanitario.

El DIH se aplica automáticamente cuando están dadas las condiciones de índole *temporal, espacial y material*; tales condiciones hacen que “*el ámbito temporal y geográfico tanto de los conflictos armados internos como de los internacionales se extienda más allá del tiempo y lugar exactos de las*

⁴³ Dijo el Tribunal: “La historia de la redacción del Artículo 3 Común provee una guía adicional. Varias propuestas en borrador de lo que más tarde sería conocido como el Artículo 3 Común buscaban hacer que su aplicación dependiera, *inter alia*, de condiciones tales como un reconocimiento explícito de los insurgentes por el gobierno *de jure*, la admisión de la disputa a la agenda del Consejo de Seguridad o la Asamblea General de las Naciones Unidas, la existencia de una organización semi-Estatal de los insurgentes, y de autoridades civiles ejerciendo poderes de facto sobre personas en determinados territorios. Sin embargo, ninguna de estas condiciones fue incluida en la versión final del Artículo 3 común que fue objeto de acuerdo por los Estados Parte en la Conferencia Diplomática. Ello provee una clara indicación de que los redactores de las Convenciones de Ginebra no quisieron incluir tales requisitos explícitos para la aplicación del Artículo 3 Común. // La Sala también es consciente del Artículo 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (...). Un comentario al Estatuto de la CPI sugiere, más aún, que factores adicionales tales como el involucramiento de las fuerzas gubernamentales de un lado, o el ejercicio de control territorial por las fuerzas rebeldes, no son indispensables para la determinación de un conflicto armado. (...)” [Traducción informal: “*The drafting history of Common Article 3 provides further guidance. Several proposed drafts of what later became known as Common Article 3 sought to make its application dependant, inter alia, on conditions such as an explicit recognition of the insurgents by the de jure government, the admission of the dispute to the agenda of the Security Council or the General Assembly of the United Nations, the existence of the insurgents’ State-like organisation, and civil authority exercising de facto authority over persons in determinate territory. However, none of these conditions was included in the final version of Common Article 3, which was actually agreed by the States Parties at the Diplomatic Conference. This provides a clear indication that no such explicit requirements for the application of Common Article 3 were intended by the drafters of the Geneva Conventions. // 87. The Chamber is also conscious of Article 8 of the Statute of the International Criminal Court (...). A commentary on the ICC Statute further suggests that additional factors, such as the involvement of government forces on one side or the exercise of territorial control by the rebel forces, are not indispensable for the determination of an armed conflict. (...)*”]. Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia, **caso del Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros**, sentencia del 30 de noviembre de 2005.

⁴⁴ “Un estudio por el CICR sometido como documento de referencia a la Comisión Preparatoria para el establecimiento de los Elementos de los Crímenes para la CPI notó que: ‘La determinación de si existe un conflicto armado no internacional no depende del juicio subjetivo de las partes a ese conflicto; debe ser determinado con base en criterios objetivos (...)’”. [Traducción informal: “*A study by the ICRC submitted as a reference document to the Preparatory Commission for the establishment of the elements of crimes for the ICC noted that: The ascertainment whether there is a non-international armed conflict does not depend on the subjective judgment of the parties to the conflict; it must be determined on the basis of objective criteria (...)*”]. Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia, **caso del Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros**, sentencia del 30 de noviembre de 2005.

hostilidades”⁴⁵; que “una violación de las leyes o costumbres de la guerra [pueda], por lo tanto, ocurrir durante un tiempo y en un lugar en los que no se desarrolla un combate efectivo como tal. (...) el requisito de que los actos del acusado estén relacionados de cerca con el conflicto armado no se incumple cuando los crímenes son remotos, temporal y geográficamente, de los combates como tales”⁴⁶; y que “las leyes de la guerra [puedan] frecuentemente abarcar actos que, aunque no han sido cometidos en el teatro del conflicto, se encuentran sustancialmente relacionados con éste”.⁴⁷

1.2.1. En términos temporales, “el derecho internacional humanitario se aplica desde la iniciación de tales conflictos armados, y se extiende más allá de la cesación de hostilidades hasta que se haya logrado una conclusión general de la paz; o en caso de conflictos internos, cuando se logre un arreglo pacífico”⁴⁸.

1.2.2. En términos geográficos, el Derecho Internacional Humanitario se aplica tanto a los lugares en los que materialmente se desarrollan los combates u hostilidades armados, como a la totalidad del territorio controlado por el Estado y los grupos armados enfrentados, así como a otros lugares en donde, si bien no ha habido materialmente una confrontación armada, se han dado hechos que se relacionan de cerca con el conflicto armado. Así lo ha explicado el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia al precisar que “no existe una correlación necesaria entre el área donde se desarrollan los combates como tales, y el alcance geográfico de las leyes de la guerra”.⁴⁹ La jurisprudencia internacional ha aceptado que para efectos de aplicar el Derecho Internacional Humanitario “no es necesario establecer la existencia de un conflicto armado dentro de cada municipio implicado. Es suficiente establecer la existencia del conflicto dentro de la región como un todo de la que forman parte dichos municipios”⁵⁰; que “no es necesario que un determinado municipio sea presa

⁴⁵ Traducción informal: “the temporal and geographical scope of both internal and international armed conflicts extends beyond the exact time and place of hostilities”. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, **caso del Fiscal v. Dusko Tadic**, No. IT-94-1-AR72, decisión de la Sala de Apelaciones sobre su propia jurisdicción, 2 de octubre de 1995.

⁴⁶ Traducción informal: “A violation of the laws or customs of war may therefore occur at a time when and in a place where no fighting is actually taking place. As indicated by the Trial Chamber, the requirement that the acts of the accused must be closely related to the armed conflict would not be negated if the crimes were temporally and geographically remote from the actual fighting.” Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros**, sentencia de la sala de apelaciones del 12 de junio de 2002.

⁴⁷ Traducción informal: “The laws of war may frequently encompass acts which, though they are not committed in the theatre of conflict, are substantially related to it.” Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros**, sentencia de la sala de apelaciones del 12 de junio de 2002.

⁴⁸ Traducción informal: “International humanitarian law applies from the initiation of such armed conflicts and extends beyond the cessation of hostilities until a general conclusion of peace is reached; or, in the case of internal conflicts, a peaceful settlement is achieved”. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, **Caso del Fiscal v. Dusko Tadic**, No. IT-94-1-AR72, decisión de la Sala de Apelaciones sobre su propia jurisdicción, 2 de octubre de 1995. Reiterado en los casos de **Fiscal vs. Enver Hadzihanovic y Amir Kubura**, sentencia del 15 de marzo de 2006; **Fiscal vs. Dario Kordic y Mario Cerkez**, sentencia del 26 de febrero de 2001; y **Fiscal vs. Momcilo Krajisnik**, sentencia del 27 de septiembre de 2006.

⁴⁹ Traducción informal: “There is no necessary correlation between the area where the actual fighting is taking place and the geographical reach of the laws of war”. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros**, sentencia de la sala de apelaciones del 12 de junio de 2002.

⁵⁰ Traducción informal: “It is not necessary to establish the existence of an armed conflict within each municipality concerned. It suffices to establish the existence of the conflict within the whole region of which the municipalities are a part.” Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, Caso del **Fiscal vs. Tihomir**

de la confrontación armada para que se apliquen allí los estándares del *Derecho Internacional Humanitario*⁵¹; que “no es necesario probar que hubo un conflicto armado en todas y cada una de las pulgadas cuadradas del área en general. El estado de conflicto armado no se limita a las áreas de combate militar efectivo, sino que existe a lo ancho de todo el territorio bajo control de las partes en guerra”⁵²; y así mismo, que en el caso específico de los conflictos armados internos, el Derecho Internacional Humanitario se aplica desde su iniciación hasta el logro de un arreglo pacífico, en “*todo el territorio bajo el control de una de las partes, sea que allí se desarrollen los combates como tales o no*”⁵³. De tal manera, cuando se trata de hechos o situaciones que tienen lugar en lugares donde no se desarrollan directamente los combates, para la aplicación del Derecho Internacional Humanitario “*sería suficiente (...) que los crímenes alegados estuviesen relacionados de cerca con las hostilidades desarrolladas en otras partes de los territorios controlados por las partes del conflicto*”⁵⁴.

1.2.3. En términos materiales, para que un determinado hecho o situación que ha ocurrido en un lugar en el que no se han desarrollado los combates armados quede cubierto bajo el ámbito de aplicación del Derecho Internacional Humanitario, es necesario que tal hecho o situación guarde una relación cercana y suficiente con el desarrollo del conflicto⁵⁵. Así, no todos los hechos

Blaskic, sentencia del 3 de marzo del 2000. Reiterado en el caso del **Fiscal vs. Enver Hadzihasanovic y Amir Kubura**, sentencia del 15 de marzo de 2006.

⁵¹ Ibid.

⁵² Traducción informal: “*the Prosecutor did not have to prove that there was an armed conflict in each and every square inch of the general area. The state of armed conflict is not limited to the areas of actual military combat but exists across the entire territory under the control of the warring parties.*” Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros**, sentencia de la sala de apelaciones del 12 de junio de 2002.

⁵³ Traducción informal: “*International humanitarian law applies from the initiation of such armed conflicts and extends beyond the cessation of hostilities until a general conclusion of peace is reached; or, in the case of internal conflicts, a peaceful settlement is achieved. Until that moment, international humanitarian law continues to apply in the whole territory of the warring States or, in the case of internal conflicts, the whole territory under the control of a party, whether or not actual combat takes place there.*” Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, **Caso del Fiscal v. Dusko Tadic**, No. IT-94-1-AR72, decisión de la Sala de Apelaciones sobre su propia jurisdicción, 2 de octubre de 1995. En igual sentido, ha afirmado este tribunal que “el marco geográfico y temporal de este test también es jurisprudencia consolidada: los crímenes cometidos en cualquier lugar del territorio bajo el control de una parte del conflicto, hasta que se logre un arreglo pacífico del conflicto, caen bajo la jurisdicción del Tribunal” [Traducción informal: “*The geographic and temporal framework of this test is also settled jurisprudence: crimes committed anywhere in the territory under the control of a party to a conflict, until a peaceful settlement of the conflict is achieved, fall within the jurisdiction of the Tribunal.*” Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros**, sentencia del 30 de noviembre de 2005.] Regla reiterada en los casos de **Fiscal vs. Sefer Halilovic**, sentencia del 16 de noviembre de 2005; **Fiscal vs. Momcilo Krajisnik**, sentencia del 27 de septiembre de 2006.

⁵⁴ Traducción informal: “*it would be sufficient (...) that the alleged crimes were closely related to hostilities occurring in other parts of the territories controlled by the parties to the conflict.*” Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros**, sentencia de la sala de apelaciones del 12 de junio de 2002. Igual regla fue aplicada en los casos de **Fiscal vs. Dusko Tadic**, anteriormente citado; **Fiscal vs. Radoslav Brdjanin**, sentencia del 1º de septiembre de 2004; **Fiscal vs. Mladen Naletilic y Vinko Martinovic**, sentencia del 31 de marzo de 2003; **Fiscal vs. Enver Hadzihasanovic y Amir Kubura**, sentencia del 15 de marzo de 2006; y **Fiscal vs. Sefer Halilovic**, sentencia del 16 de noviembre de 2005.

⁵⁵ El Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia ha considerado que la “relación requerida” se satisface cuandoquiera que los crímenes denunciados están “relacionados de cerca con las hostilidades” [“closely related to the hostilities”]; **Caso del Fiscal v. Dusko Tadic**, No. IT-94-1-AR72, decisión de la Sala de Apelaciones sobre su propia jurisdicción, 2 de octubre de 1995], cuando existe un “vínculo obvio” entre ellos [“an obvious link”]; caso del **Fiscal vs. Zejnil Delalic y otros (caso Celebici)**, sentencia del 16 de noviembre de 1998], un “nexo claro” entre los mismos [“a clear nexus”; id.]; o un “nexo evidente entre los crímenes

ilícitos que ocurren durante un conflicto armado se someten al derecho internacional humanitario; *“solo aquellos actos suficientemente relacionados con el desarrollo de las hostilidades están sujetos a la aplicación de este derecho. (...) Es necesario concluir que el acto, que bien podría ser cometido en ausencia de un conflicto, fue perpetrado contra la víctima o víctimas afectadas por razón del conflicto en cuestión”*.⁵⁶ La jurisprudencia internacional ha proporcionado distintos criterios para determinar la existencia de un nexo cercano entre un determinado hecho o situación y el conflicto armado internacional o interno en el que ha tenido lugar; así, ha señalado que tal relación cercana existe *“en la medida en que el crimen sea moldeado por o dependiente del ambiente en el que se ha cometido –v.g. el conflicto armado–”*⁵⁷. Al determinar la existencia de dicha relación las cortes internacionales han tomado en cuenta factores tales como la calidad de combatiente del perpetrador, la calidad de no combatiente de la víctima, el hecho de que la víctima sea miembro del bando opuesto, el hecho de que el acto pueda ser visto como un medio para lograr los fines últimos de una campaña militar, o el hecho de que el acto haya sido cometido como parte de los deberes oficiales del perpetrador, o en el contexto de dichos deberes⁵⁸. También ha precisado la jurisprudencia, en casos de comisión de crímenes de guerra, que es suficiente establecer que *“el perpetrador actuó en desarrollo o bajo la apariencia del conflicto armado”*⁵⁹, y que *“el conflicto no debe necesariamente haber sido la causa de la comisión del crimen, sino que la existencia del conflicto debe*

alegados y el conflicto armado como un todo” [“evident nexus between the alleged crimes and the armed conflict as a whole”; caso del **Fiscal vs. Tihomir Blaskic**, sentencia del 3 de marzo del 2000].

⁵⁶ Traducción informal: *“Not all unlawful acts occurring during an armed conflict are subject to international humanitarian law. Only those acts sufficiently connected with the waging of hostilities are subject to the application of this law. (...) It is necessary to conclude that the act, which could well be committed in the absence of a conflict, was perpetrated against the victim(s) concerned because of the conflict at issue.”* Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, **caso del Fiscal vs. Aleksovsky**, sentencia del 25 de junio de 1999.

⁵⁷ Traducción informal: *“Such a relation exists as long as the crime is ‘shaped by or dependent upon the environment – the armed conflict – in which it is committed.’”* Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, **caso del Fiscal vs. Blagojevic y Jokic**, sentencia del 17 de enero de 2005. En igual sentido ha explicado este tribunal que *“lo que distingue en últimas a un crimen de guerra de un delito puramente doméstico, es que el crimen de guerra es moldeado por o dependiente del ambiente en el cual se ha cometido –el conflicto armado–”* [Traducción informal: *“What ultimately distinguishes a war crime from a purely domestic offence is that a war crime is shaped by or dependent upon the environment – the armed conflict – in which it is committed”*. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros**, sentencia de la Sala de Apelaciones del 12 de junio de 2002].

⁵⁸ Traducción informal: *“59. In determining whether or not the act in question is sufficiently related to the armed conflict, the Trial Chamber may take into account, inter alia, the following factors: the fact that the perpetrator is a combatant; the fact that the victim is a non-combatant; the fact that the victim is a member of the opposing party; the fact that the act may be said to serve the ultimate goal of a military campaign; and the fact that the crime is committed as part of or in the context of the perpetrator’s official duties.”* Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros**, sentencia de la sala de apelaciones del 12 de junio de 2002. En igual sentido afirmó este Tribunal que *“al determinar si dicho nexo existe, la Sala puede tomar en consideración, entre otros, el hecho de que el perpetrador sea un combatiente, el que la víctima sea un no-combatiente, el que la víctima sea miembro de la parte contraria, el que pueda decirse que el acto haya contribuido a la meta última de la campaña militar, o el que el crimen se haya cometido como parte o en el contexto de los deberes oficiales del perpetrador”* [Traducción informal: *“In determining whether such nexus exists the Chamber may take into account, inter alia, whether the perpetrator is a combatant, whether the victim is a non-combatant, whether the victim is a member of the opposing party, whether the act may be said to serve the ultimate goal of a military campaign, and whether the crime is committed as part of or in the context of the perpetrator’s official duties.”* Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros**, sentencia del 30 de noviembre de 2005].

⁵⁹ Traducción informal: *“the perpetrator acted in furtherance of or under the guise of the armed conflict”*. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros**, sentencia de la sala de apelaciones del 12 de junio de 2002.

*haber jugado, como mínimo, una parte sustancial en la capacidad del perpetrador para cometerlo, en su decisión de cometerlo, en la manera en que fue cometido o en el objetivo para el que se cometió”*⁶⁰.

1.3. Obligatoriedad del Derecho Internacional Humanitario para todas las partes enfrentadas en un conflicto armado interno.

1.3.1. La obligación estatal de respetar y hacer respetar el Derecho Internacional Humanitario.

Los Estados, entre ellos el Estado colombiano, tienen la obligación primordial de respetar y hacer respetar el Derecho Internacional Humanitario. A nivel internacional, esta obligación se deriva de fuentes convencionales y consuetudinarias, y forma parte del deber general de los Estados de respetar el Derecho Internacional y honrar sus obligaciones internacionales. A nivel constitucional, esta obligación encuentra su fuente en diversos artículos de la Carta Política.

A nivel internacional, la obligación estatal de respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario se encuentra consagrada en el Artículo 1º común de las Convenciones de Ginebra de 1949⁶¹, y ha adquirido el rango de norma de derecho consuetudinario.⁶²

La Corte Internacional de Justicia ha destacado este deber básico de los Estados en varios pronunciamientos. En el fallo de fondo sobre el Caso de las Actividades Militares y Paramilitares En y Contra Nicaragua de 1986, la Corte Internacional señaló que en virtud del Artículo 1º Común de las Convenciones de Ginebra de 1949, los Estados tienen la obligación *“de ‘respetar’ las Convenciones e incluso de ‘asegurar el respeto’ de las mismas ‘en toda circunstancia’, ya que tal obligación no se deriva solamente de las Convenciones en sí mismas, sino de los principios generales de derecho humanitario a los que las Convenciones meramente dan expresión*

⁶⁰ Traducción informal: *“the armed conflict need not have been causal to the commission of the crime, but that the existence of an armed conflict must, at a minimum, have played a substantial part in the perpetrator’s ability to commit it, his decision to commit it, the manner in which it was committed or the purpose for which it was committed”*. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, casos de **Fiscal vs. Enver Hadzihanovic y Amir Kubura**, sentencia del 15 de marzo de 2006, y **Fiscal vs. Sefer Halilovic**, sentencia del 16 de noviembre de 2005 –ambos reiterando lo decidido en el caso del **Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros**, sentencia de la sala de apelaciones del 12 de junio de 2002-. Ver en igual sentido el pronunciamiento de este Tribunal en el caso Limaj: *“No es necesario que el conflicto armado haya sido la causa de la commission del crimen que se acusa, pero sí debe haber jugado un rol sustancial en la capacidad del perpetrador para cometerlo”* [Traducción informal: *“The armed conflict need not have been causal to the commission of the crime charged, but it must have played a substantial part in the perpetrator’s ability to commit that crime.”* Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros**, sentencia del 30 de noviembre de 2005].

⁶¹ Artículo 1º Común: *“Las Altas Partes Contratantes se comprometen a respetar y a hacer respetar el presente Convenio en todas las circunstancias”*.

⁶² La cuidadosa sistematización del derecho internacional humanitario consuetudinario emprendida por el CICR en 2005 establece el contenido consuetudinario de esta norma así: *“Las partes en conflicto deberán respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario por sus fuerzas armadas, así como por otras personas y agrupaciones que actúen de hecho siguiendo sus instrucciones o bajo su dirección y control”* [Sistematización CICR, Norma 139].

específica.”⁶³ En igual sentido, en su orden sobre medidas provisionales en el caso de las Actividades Armadas en el Territorio de la República Democrática del Congo de 2000, la Corte Internacional afirmó que *“ambas partes deben, inmediatamente, adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el pleno respeto, dentro de la zona de conflicto, de ...las disposiciones aplicables del derecho internacional humanitario”*.⁶⁴

Diversas instancias internacionales han afirmado el carácter vinculante del Derecho Internacional Humanitario y han llamado urgentemente a los Estados a que cumplan y hagan cumplir sus obligaciones en este ámbito. El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, por ejemplo, en la Resolución 1674 del 28 de abril de 2006 –sobre protección de civiles en casos de conflicto armado–, ha exigido a las partes interesadas que *“cumplan estrictamente las obligaciones que les impone el derecho internacional, en particular las estipuladas en los Convenios de La Haya de 1899 y 1907 y los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977, así como las decisiones del Consejo de Seguridad”*, y ha llamado a los Estados a *“adoptar medidas apropiadas de orden legislativo, judicial y administrativo para cumplir las obligaciones que les imponen estos instrumentos”*. El Consejo de Seguridad también ha exigido en numerosas oportunidades a las partes de conflictos armados específicos, tanto internos como internacionales, a que cumplan en forma estricta con sus obligaciones bajo el Derecho Internacional Humanitario.⁶⁵ Por su parte, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha resaltado la obligación primordial de respetar y hacer respetar el Derecho Internacional Humanitario en diversas Resoluciones adoptadas por consenso. Así, por citar solo los más importantes, (a) en la Resolución 2674 de 1970 sobre “Respeto de los derechos humanos en los conflictos armados”, la Asamblea General, afirmó que *“los principios del Protocolo de Ginebra de 1925 y de los Convenios de Ginebra de 1949 deben ser estrictamente observados por todos los Estados y que los Estados que violen esos instrumentos internacionales deben ser condenados y considerados responsables ante la comunidad mundial”*; (b) en la Resolución 2852 de 1971, la Asamblea *“exhorta nuevamente a todas las partes en cualquier conflicto armado a que observen las normas establecidas en las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907, el Protocolo de Ginebra de 1925, los Convenios de Ginebra de 1949 y otras normas humanitarias en los*

⁶³ Traducción informal: *“The Court considers that there is an obligation on the United States Government, in terms of Article 1 of the Geneva Conventions, to ‘respect’ the Conventions and even ‘to ensure respect’ for them ‘in all circumstances’, since such an obligation does not derive only from the Conventions themselves, but from the general principles of humanitarian law to which the Conventions merely give specific expression.”*. Corte Internacional de Justicia, Caso de las Actividades Militares y paramilitares en y contra Nicaragua, sentencia de fondo del 27 de junio de 1986, párrafo 220.

⁶⁴ Traducción informal: *“both Parties must, forthwith, take all measures necessary to ensure full respect within the zone of conflict for ... the applicable provisions of humanitarian law”*. CIJ, Caso de las Actividades Armadas en el Territorio de la República Democrática del Congo, orden del 1o de Julio de 2000, párrafo 47(3).

⁶⁵ Ver, entre otros, los pronunciamientos del Consejo de Seguridad sobre los casos de **Liberia** (Resoluciones 788 del 19 de noviembre de 1992, 985 del 13 de abril de 1995, 1001 del 30 de junio de 1995, 1041 del 29 de enero de 1996, 1059 del 31 de mayo de 1996 y 1071 del 30 de agosto de 1996), **Azerbaiján** (Resolución 822 del 30 de abril de 1993), **Angola** (Resoluciones 834 del 1º de junio de 1993, 851 del 15 de julio de 1993, 864 del 15 de septiembre de 1993 y 1213 del 3 de diciembre de 1998), los **territorios ocupados palestinos** (Resolución 904 del 18 de marzo de 1994), **Yugoslavia** (Resolución 1034 del 21 de diciembre de 1995), **Afganistán** (Resolución 1193 del 28 de agosto de 1998).

conflictos armados”, e “insta además a todos los Estados a que (...) adopten todas las medidas necesarias para asegurar la plena observancia, por sus propias fuerzas armadas, de las normas humanitarias aplicables en los conflictos armados”; (c) en la Resolución 3102 de 1973, la Asamblea “encarece a todas las partes en los conflictos armados que reconozcan y cumplan las obligaciones que tienen en virtud de los instrumentos humanitarios y que acaten las normas humanitarias internacionales que sean aplicables”; (d) más recientemente, en la Resolución 48/30 del 9 de diciembre de 1993, la Asamblea General “recuerda a todos los Estados su responsabilidad de respetar y de velar por que se respete el derecho humanitario internacional a fin de asegurar la protección de las víctimas de la guerra”; (e) en la resolución 59/171 del 20 de diciembre de 2004, la Asamblea reafirma “la importancia fundamental de respetar y aplicar el derecho internacional humanitario”; y (f) en la resolución 59/36 del 2 de diciembre de 2004, se declara “convencida del valor inalterable de las normas humanitarias establecidas con respecto a los conflictos armados y de la necesidad de respetar y hacer que se respeten dichas normas en todas las circunstancias que correspondan al ámbito de aplicación de los instrumentos internacionales pertinentes, hasta que se logre la más pronta conclusión posible de esos conflictos”, y subraya “la necesidad de consolidar el régimen existente de derecho internacional humanitario mediante su aceptación universal y de que ese derecho se difunda de manera amplia y se aplique cabalmente en el plano nacional”, adicionalmente “expresando su preocupación por todas las transgresiones de los Convenios de Ginebra y de los dos Protocolos Adicionales”, y afirmando “la necesidad de hacer más efectiva la aplicación del derecho internacional humanitario”. La Asamblea General de la Organización de Estados Americanos también ha exigido en varias resoluciones a los Estados Parte que cumplan con su obligación de promover, respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario. Así, por citar los ejemplos más recientes, (1) en la Resolución 2226 (XXXVI-O/06) de 2006, la Asamblea General (a) se declara “consternada por las violaciones persistentes del derecho internacional humanitario, que generan sufrimientos a todas las víctimas de los conflictos armados”; (b) recuerda “la obligación que incumbe a todos los Estados Miembros de respetar y hacer respetar los Convenios de Ginebra de 1949 en todas las circunstancias”; (c) afirma que “el derecho internacional humanitario contiene normas que reflejan el derecho consuetudinario internacional que los Estados deben observar”; (d) subraya “la necesidad de fortalecer las normas del derecho internacional humanitario, mediante su aceptación universal, su más amplia difusión y la adopción de medidas nacionales de aplicación”; (e) destaca “la obligación de los Estados de castigar todas las violaciones del derecho internacional humanitario”; (f) insta “a los Estados Miembros [de la OEA] y a las partes involucradas en un conflicto armado a respetar sus obligaciones bajo el derecho internacional humanitario, incluyendo las destinadas a la protección de la integridad y la dignidad de las víctimas, así como el trato debido a los prisioneros de guerra”; (g) insta “a los Estados Miembros a que den la mayor difusión posible a las reglas del derecho internacional humanitario, en particular, a través de su inclusión en las doctrinas y

manuales militares, así como entre toda la población civil”; (h) insta “a los Estados Miembros a que adecuen su legislación penal, a fin de cumplir con sus obligaciones legales, de acuerdo a lo dispuesto por los Convenios de Ginebra de 1949 y su Protocolo adicional I de 1977 en cuanto a la tipificación de los crímenes de guerra, la jurisdicción universal y la responsabilidad del superior”; e (i) invita “a los Estados Miembros que son Parte en el Estatuto de Roma a cooperar plenamente con la Corte Penal Internacional y a tipificar en su legislación penal los crímenes de su competencia.” En igual tono, (2) en la Resolución 1944 (XXXIII-O/03) del 10 de junio de 2003, la Asamblea General de la OEA (i) se declara “consternada por las persistentes violaciones del derecho internacional humanitario que tienen lugar en el mundo, afectando poblaciones civiles, en particular niños y mujeres”; (ii) afirma que es “consciente de que el derecho internacional humanitario tiene como objetivo la protección de la población civil y de todas las personas afectadas por los conflictos armados, y que establece además que el derecho de las partes en conflicto armado a elegir los métodos y medios para la guerra no es ilimitado”; (iii) reconoce que “el derecho internacional humanitario proporciona normas adecuadas para prevenir y aliviar los sufrimientos humanos en situaciones de conflicto armado”; (iv) reconoce “la necesidad de fortalecer sus normas mediante su aceptación universal, su más amplia difusión y aplicación, y la importancia de desarrollarlo; (v) recuerda “que es obligación de todos los Estados respetar y hacer respetar, en todas las circunstancias, las normas establecidas en los Convenios de Ginebra de 1949 y, de aquellos Estados que son parte, las normas contenidas en sus Protocolos Adicionales de 1977”; (vi) reitera “la necesidad de los Estados de adoptar medidas de naturaleza legislativa, administrativa, educacional o práctica que permitan la aplicación a nivel nacional del derecho internacional humanitario”; (vii) se declara “consciente de la necesidad de sancionar a los responsables de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, así como de otras violaciones graves del derecho internacional humanitario”; (viii) recuerda “que el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional tipifica crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad que sus Estados parte se comprometen a que no queden sin castigo”; (ix) insta “a los Estados Miembros y a todas las partes en un conflicto armado a respetar sus obligaciones bajo el derecho internacional humanitario, en especial aquellas que se refieren a la protección de la población civil”; (x) insta “a los Estados Miembros a que adopten las medidas necesarias para poner en práctica a nivel nacional las normas contenidas en los instrumentos de derecho internacional humanitario de los que sean parte; (...) y a que den la mayor difusión posible del derecho internacional humanitario entre toda la población, en particular entre las fuerzas armadas y las fuerzas de seguridad, incluyéndolos en las doctrinas, manuales militares y programas oficiales de instrucción”; e (xi) invita “a los Estados Partes del Estatuto de Roma para que tipifiquen en sus legislaciones penales, además de los crímenes que se deben reprimir por otros tratados de derecho internacional humanitario, los previstos en el Estatuto y adopten todas las medidas necesarias para cooperar eficazmente con la Corte Penal

Internacional”. Estas dos resoluciones tienen numerosos precedentes redactados en términos similares.⁶⁶

La doctrina especializada en la materia también ha coincidido en afirmar el carácter elemental de la obligación de respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario, cuya raigambre es tanto convencional como consuetudinaria. Así, el Instituto de Derecho Internacional precisó en 1999 que *“todas las partes a los conflictos armados en los que participan entidades no estatales, independientemente de su status legal, así como las Naciones Unidas, y las organizaciones regionales competentes u otras organizaciones internacionales tienen la obligación de respetar el derecho internacional humanitario, así como los derechos humanos fundamentales.”*⁶⁷

Como lo han resaltado las instancias internacionales que se acaban de citar, la obligación general de respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario se manifiesta en varios deberes específicos. Entre ellos se cuentan: (1) el deber de impartir las órdenes e instrucciones necesarias a los miembros de las fuerzas armadas para garantizar que éstos respeten y cumplan el Derecho Internacional Humanitario, así como de impartir los cursos de formación y asignar los asesores jurídicos que sean requeridos en cada caso; y (2) el deber de investigar, juzgar, sancionar y reparar los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio cometidos en el curso de conflictos armados internos, deber que compete en principio a los Estados por mandato del derecho internacional consuetudinario⁶⁸, pues son éstos a través de sus autoridades legítimamente establecidas quienes deben hacer efectiva la responsabilidad penal individual por las infracciones serias del Derecho Internacional Humanitario –sin perjuicio del principio de jurisdicción universal respecto de la comisión de este tipo de crímenes, que hoy en día goza de aceptación general-; y (3) el deber de adoptar al nivel de derecho interno los actos de tipo legislativo, administrativo o judicial necesarios para adaptar el ordenamiento jurídico doméstico a las pautas establecidas, en lo aplicable, por el derecho humanitario.

Finalmente, la obligación de respetar y de hacer respetar el derecho internacional humanitario no es de carácter sinalagmático o recíproco, es decir, su satisfacción por los Estados no depende del cumplimiento que le

⁶⁶ Ver las resoluciones AG/RES. 1270 (XXIV-O/94), AG/RES. 1335 (XXV-O/95), AG/RES. 1408 (XXVI-O/96), AG/RES. 1503 (XXVII-O/97), AG/RES. 1565 (XXVIII-O/98), AG/RES. 1619 (XXIX-O/99), AG/RES. 1706 (XXX-O/00), AG/RES. 1770 (XXXI-O/01), AG/RES. 1771 (XXXI-O/01), AG/RES. 1900 (XXXII-O/02) y AG/RES. 1904 (XXXII-O/02).

⁶⁷ Traducción informal: *“All parties to armed conflicts in which non-State entities are parties, irrespective of their legal status, as well as the United Nations, and competent regional and other international organizations have the obligation to respect international humanitarian law as well as fundamental human rights.”* Institute of International Law, Berlin Session. *“Resolution on the Application of International Humanitarian Law and Fundamental Human Rights in Armed Conflicts in which Non-State Entities are parties”*, Agosto 25 de 1999.

⁶⁸ La cuidadosa sistematización del derecho internacional humanitario consuetudinario emprendida por el CICR en 2005 establece el contenido consuetudinario de esta norma, aplicable a conflictos armados internos e internacionales, así: *“Los Estados deberán investigar los crímenes de guerra presuntamente cometidos por sus ciudadanos o sus fuerzas armadas, así como en su territorio, y encausar, si procede, a los imputados. Deberán asimismo investigar otros crímenes de guerra que sean de su competencia y encausar, si procede, a los imputados”*. [Sistematización CICR, Norma 158].

otorguen, a su vez, las otras partes enfrentadas en el conflicto. El carácter no recíproco de estas obligaciones se deriva directamente de la naturaleza fundamental de las normas y principios que mediante ellas se busca preservar, así como del hecho de que dichas obligaciones son *erga omnes* y por ende se adquieren frente a la comunidad internacional en su conjunto⁶⁹ –punto que se explicará más adelante-. El carácter no recíproco de la obligación de respetar y hacer respetar el Derecho Internacional Humanitario adquirido a la fecha rango consuetudinario⁷⁰, habiendo sido reconocido en varias oportunidades por organismos internacionales de derechos humanos⁷¹ y tribunales internacionales.⁷²

⁶⁹ Según ha explicado el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, “como consecuencia de su carácter absoluto, estas normas de derecho internacional humanitario no generan obligaciones sinalagmáticas, v.g. obligaciones del Estado frente a otro Estado. Más bien –según lo afirmó la Corte Internacional de Justicia en el caso *Barcelona Traction* (que se refirió específicamente a obligaciones relativas a los derechos humanos), establecen obligaciones frente a la comunidad internacional como un todo, con la consecuencia de que todos y cada uno de los miembros de la comunidad internacional tienen un ‘interés jurídico’ en su cumplimiento, y en consecuencia un título jurídico para exigir el respeto de dichas obligaciones” [Traducción informal: “As a consequence of their absolute character, these norms of international humanitarian law do not pose synallagmatic obligations, i.e. obligations of a State *vis-à-vis* another State. Rather -- as was stated by the International Court of Justice in the *Barcelona Traction* case (which specifically referred to obligations concerning fundamental human rights) -- they lay down obligations towards the international community as a whole, with the consequence that each and every member of the international community has a “legal interest” in their observance and consequently a legal entitlement to demand respect for such obligations”]. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Zoran Kupreskic y otros**, sentencia del 14 de enero de 2000].

⁷⁰ La cuidadosa sistematización del derecho internacional humanitario consuetudinario emprendida por el CICR en 2005 establece el contenido consuetudinario de esta norma así: “La obligación de respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario no depende de la reciprocidad.” [Sistematización CICR, Norma 140].

⁷¹ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “las disposiciones obligatorias del artículo 3 común obligan y se aplican expresamente por igual a ambas partes de los conflictos internos, vale decir el gobierno y las fuerzas disidentes. Además, la obligación de dar cumplimiento al artículo 3 común es absoluta para ambas partes e independiente de la obligación de la otra parte”. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso “La Tablada” – Informe No. 55/97, Caso No. 11.137 - Juan Carlos Abella vs. Argentina, 18 de noviembre de 1997.

⁷² El Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia ha explicado en el caso Kupreskic: “La Sala de Decisión desea enfatizar en este sentido la irrelevancia de la reciprocidad, particularmente en relación con obligaciones del ámbito del derecho internacional humanitario que tienen un carácter absoluto y no derogable. Se deriva de ello que la excepción *tu quoque* no tiene lugar en el derecho internacional humanitario contemporáneo. Por el contrario, la característica definitoria del derecho internacional humanitario moderno es la obligación de respetar los fundamentos principales de este ordenamiento jurídico independientemente de la conducta de los combatientes enemigos. ...516. Debe señalarse en primer lugar que aunque [la excepción] *tu quoque* fue invocada como defensa en los juicios por crímenes de guerra que siguieron a la Segunda Guerra Mundial, aquella fue rechazada universalmente. El Tribunal Militar de los Estados Unidos en el caso de *High Command*, por ejemplo, afirmó categóricamente que, de conformidad con los principios generales de derecho, un acusado no se puede exonerar a sí mismo de un crimen demostrando que otros han cometido un crimen similar, sea antes o después de la comisión del crimen por el acusado. En efecto, no existe en la realidad ningún fundamento, ni en la práctica de los Estados ni en las opiniones de los doctrinantes, para sustentar la validez de tal excepción. // 517. En segundo lugar, el argumento *tu quoque* está viciado de entrada. Visualiza el derecho internacional humanitario como si estuviera basado sobre un estrecho intercambio bilateral de derechos y obligaciones. Por el contrario, el grueso de este ordenamiento jurídico establece obligaciones absolutas, a saber obligaciones que son incondicionales, o en otras palabras no se basan en la reciprocidad. Este concepto ya se encontraba consagrado en el Artículo 1º común de los Convenios de Ginebra de 1949 (...). La noción general que subyace a dichas disposiciones es que la responsabilidad por las violaciones graves [de las mismas] es absoluta y no puede en ningún caso ser evitada recurriendo a medios jurídicos tales como tratados o acuerdos derogatorios. *A fortiori* dicha responsabilidad, y –en términos más generales- la responsabilidad penal individual por las violaciones serias del derecho internacional humanitario, no se puede evadir recurriendo a argumentos tales como el de reciprocidad. // 518. La naturaleza absoluta de la mayoría de las obligaciones impuestas por el derecho internacional humanitario refleja la tendencia progresiva hacia la denominada “humanización” de las obligaciones jurídicas internacionales, que refiere a la erosión general del rol de la reciprocidad en la aplicación del derecho humanitario en el curso del último siglo. Luego de la Primera Guerra Mundial, la aplicación de las leyes de la guerra dejó de depender de la reciprocidad entre los

1.3.2. El carácter vinculante del Derecho Internacional Humanitario también para los grupos armados no estatales que toman parte en conflictos armados no internacionales.

En los conflictos armados internos, las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario vinculan tanto a los miembros de las fuerzas armadas estatales, como a los de los grupos armados que se les oponen. Así se deduce de la formulación del Artículo 3 común de los Convenios de Ginebra; también está dispuesto así en otros tratados aplicables a conflictos armados no internacionales, tales como la Convención de La Haya para la Protección de los Bienes Culturales (art. 19-1), en el Segundo Protocolo a la Convención de la Haya para la Protección de los Bienes Culturales (art. 22), y en el Protocolo II (enmendado) a la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales (art. 1-3). Así también lo han establecido distintos organismos internacionales. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo, ha señalado que *“las disposiciones obligatorias del artículo 3 común obligan y se aplican*

beligerantes, con la consecuencia de que en términos generales, tales reglas comenzaron a ser aplicadas de manera incremental por cada uno de los beligerantes independientemente de su posible desconocimiento por el enemigo. La razón de fondo de este cambio fue que los Estados comprendieron que las normas de derecho internacional humanitario no buscaban proteger intereses estatales; habían sido diseñadas con el objetivo primario de beneficiar a los individuos en tanto seres humanos. A diferencia de otras normas internacionales, tales como las [contenidas en] tratados comerciales que pueden estar basadas legítimamente en la protección de los intereses recíprocos de los Estados, el cumplimiento con las reglas humanitarias no puede hacerse dependiente del cumplimiento recíproco o correspondiente de dichas obligaciones por otros Estados. Esta tendencia marca la traducción, en términos de normas jurídicas, del ‘imperativo categórico’ formulado por Kant en el campo de la moral: se deben cumplir las obligaciones independientemente de que los otros las cumplan o las violen”. Traducción informal: *“The Trial Chamber wishes to stress, in this regard, the irrelevance of reciprocity, particularly in relation to obligations found within international humanitarian law which have an absolute and non-derogable character. It thus follows that the tu quoque defence has no place in contemporary international humanitarian law. The defining characteristic of modern international humanitarian law is instead the obligation to uphold key tenets of this body of law regardless of the conduct of enemy combatants. ...516. It should first of all be pointed out that although tu quoque was raised as a defence in war crimes trials following the Second World War, it was universally rejected. The US Military Tribunal in the High Command trial, for instance, categorically stated that under general principles of law, an accused does not exculpate himself from a crime by showing that another has committed a similar crime, either before or after the commission of the crime by the accused. Indeed, there is in fact no support either in State practice or in the opinions of publicists for the validity of such a defence. // 517. Secondly, the tu quoque argument is flawed in principle. It envisages humanitarian law as based upon a narrow bilateral exchange of rights and obligations. Instead, the bulk of this body of law lays down absolute obligations, namely obligations that are unconditional or in other words not based on reciprocity. This concept is already encapsulated in Common Article 1 of the 1949 Geneva Conventions (...). the general notion underpinning those provisions is that liability for grave breaches is absolute and may in no case be set aside by resort to any legal means such as derogating treaties or agreements. A fortiori such liability and, more generally individual criminal responsibility for serious violations of international humanitarian law may not be thwarted by recourse to arguments such as reciprocity. // 518. The absolute nature of most obligations imposed by rules of international humanitarian law reflects the progressive trend towards the so-called ‘humanisation’ of international legal obligations, which refers to the general erosion of the role of reciprocity in the application of humanitarian law over the last century. After the First World War, the application of the laws of war moved away from a reliance on reciprocity between belligerents, with the consequence that, in general, rules came to be increasingly applied by each belligerent despite their possible disregard by the enemy. The underpinning of this shift was that it became clear to States that norms of international humanitarian law were not intended to protect State interests; they were primarily designed to benefit individuals qua human beings. Unlike other international norms, such as those of commercial treaties which can legitimately be based on the protection of reciprocal interests of States, compliance with humanitarian rules could not be made dependent on a reciprocal or corresponding performance of these obligations by other States. This trend marks the translation into legal norms of the “categorical imperative” formulated by Kant in the field of morals: one ought to fulfil an obligation regardless of whether others comply with it or disregard it.”* Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Zoran Kupreskic y otros**, sentencia del 14 de enero de 2000].

expresamente por igual a ambas partes de los conflictos internos, vale decir el gobierno y las fuerzas disidentes. Además, la obligación de dar cumplimiento al artículo 3 común es absoluta para ambas partes e independiente de la obligación de la otra parte.”⁷³. Los tribunales internacionales han impuesto responsabilidad penal tanto a los miembros de las fuerzas armadas estatales como de los grupos armados organizados no estatales involucrados en conflictos armados internos, por violaciones del Derecho Internacional Humanitario que constituyan crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad cometidos en el curso de un conflicto armado, o genocidio. Los organismos principales de las Naciones Unidas han llamado en numerosas oportunidades a todas las partes involucradas en conflictos armados internos a que cumplan con su obligación de respetar el Derecho Internacional Humanitario; así lo ha hecho el Consejo de Seguridad en varias ocasiones⁷⁴.

1.4. Independencia de la aplicación del Derecho Internacional Humanitario y del reconocimiento de la legitimidad de las razones invocadas por las partes y de su status ante el Derecho Internacional Público.

La aplicación del Derecho Internacional Humanitario es independiente de las razones de fondo que motivaron el conflicto armado y del *status* de los grupos armados no estatales que en él participan ante el Derecho Internacional Público. En efecto, la aplicación del Derecho Internacional Humanitario no implica un reconocimiento ni de la legitimidad de las razones o causas invocadas por los grupos armados disidentes que toman parte en los conflictos armados, ni tampoco –desde ninguna perspectiva- un reconocimiento de insurgencia o de beligerancia a la luz del Derecho Internacional Público.⁷⁵ El Instituto de Derecho Internacional precisó en 1999 que “*la aplicación de tales principios y reglas no afecta el status legal de las partes del conflicto, y no depende de su reconocimiento como beligerantes o insurgentes*”.⁷⁶

2. Composición del Derecho Internacional Humanitario.

⁷³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso “La Tablada” – Informe No. 55/97, Caso No. 11.137 - Juan Carlos Abella vs. Argentina, 18 de noviembre de 1997.

⁷⁴ Ver en particular las resoluciones del Consejo de Seguridad en los casos de **Afganistán** (Resolución 1193 del 28 de agosto de 1998), **Angola** (Resoluciones 834 del 1º de junio de 1993, 851 del 15 de julio de 1993, 864 del 15 de septiembre de 1993 y 1213 del 3 de diciembre de 1998) y **Liberia** (Resoluciones 788 del 19 de noviembre de 1992, 985 del 13 de abril de 1995, 1001 del 30 de junio de 1995, 1041 del 29 de enero de 1996, 1059 del 31 de mayo de 1996, 1071 del 30 de agosto de 1996 y 1083 del 27 de noviembre de 1996).

⁷⁵ Así lo ha explicado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “...Debe comprenderse que la aplicación del artículo 3 común, o de cualquier otra disposición del Derecho humanitario, también aplicable a las hostilidades en el cuartel de la Tablada, no puede interpretarse como un reconocimiento de la legitimidad de las razones o la causa por la cual los miembros del MTP tomaron las armas. Más importante, las causas del conflicto no condicionan la aplicación de la ley. El principio básico del derecho humanitario está consagrado en el preámbulo del Protocolo Adicional I que establece, en la parte pertinente: Reafirmando, además, que las disposiciones de los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 ... deben aplicarse plenamente en toda circunstancia ... sin distinción adversa alguna basada en la naturaleza o el origen del conflicto armado o en las causas aducidas por las Partes en conflicto o atribuidas a ellas’ (subrayado añadido)”. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso “La Tablada” – Informe No. 55/97, Caso No. 11.137 - Juan Carlos Abella vs. Argentina, 18 de noviembre de 1997.

⁷⁶ Traducción informal: “*The application of such principles and rules does not affect the legal status of the parties to the conflict and is not dependent on their recognition as belligerents or insurgents*”. Institute of International Law, Berlin Session. Resolution on the Application of International Humanitarian Law and Fundamental Human Rights in Armed Conflicts in which Non-State Entities are parties, Agosto 25 de 1999.

Como se indicó, en este caso la Corte Constitucional debe hacer referencia al bloque de constitucionalidad en su función integradora, y concretamente a las normas del derecho internacional humanitario relevantes para los distintos temas planteados por los problemas jurídicos a resolver. En la medida en que estos parámetros internacionales están contenidos en normas de distinta naturaleza –tanto convencional como consuetudinaria-, y dado que algunas de las normas aplicables tienen carácter de *ius cogens*, la Sala Plena considera indispensable efectuar algunas precisiones preliminares sobre la composición del Derecho Internacional Humanitario y la naturaleza de las normas que lo integran, así como sobre la noción de *ius cogens* y las normas del DIH que tienen este rango.

2.1. Incluye normas de origen tanto convencional como consuetudinario.

Como primera medida, debe tenerse en cuenta que las normas de origen consuetudinario ocupan un lugar de primera importancia en el ámbito del Derecho Internacional Humanitario. Recuerda la Sala que las normas consuetudinarias de Derecho Internacional Humanitario son vinculantes para Colombia en la misma medida en que lo son los tratados y los principios que conforman este ordenamiento jurídico. En términos generales, la Corte Constitucional ha reconocido en su jurisprudencia el valor vinculante de la costumbre internacional para el Estado colombiano en tanto fuente primaria de obligaciones internacionales⁷⁷ y su prevalencia normativa en el orden interno a la par de los tratados internacionales⁷⁸, así como la incorporación de las normas consuetudinarias que reconocen derechos humanos al bloque de constitucionalidad⁷⁹. Específicamente en relación con el Derecho

⁷⁷ En la sentencia C-1189 de 2000 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) se indicó: “la Corte debe precisar que las obligaciones internacionales del Estado colombiano, tienen su fuente tanto en los tratados públicos que ha ratificado, como en la costumbre internacional y en los principios generales de derecho aceptados por las naciones civilizadas [Es de notar que la enumeración del artículo 38 en cuestión no es exhaustiva, y que junto con las fuentes que allí se consagran, existen otras, como los actos unilaterales de los Estados y las Organizaciones Internacionales, bajo ciertas circunstancias]. Estas fuentes han sido reconocidas tradicionalmente por la comunidad internacional, y como tales fueron incluidas en el catálogo del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, tratado que vincula a Colombia por formar parte integral de la Carta de las Naciones Unidas, que fue ratificada mediante ley 13 de 1.945, y cuyo artículo 93 dispone: “Todos los Miembros de las Naciones Unidas son ipso facto partes en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia”. Dicha enumeración también es obligatoria para el Estado colombiano en la medida en que éste aceptó expresamente someterse a la jurisdicción de la Corte Internacional, mediante instrumento depositado el 30 de octubre de 1.937 [Si bien la declaración colombiana está referida a la jurisdicción de la Corte Permanente de Justicia Internacional, por virtud del artículo 36-6 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, dicha declaración vale para someter al Estado colombiano a la jurisdicción de este último tribunal], sin haber opuesto hasta ahora reservas a la aplicación de las fuentes que se enumeran en su Estatuto.”

⁷⁸ Dijo la Corte en la sentencia C-1189 de 2000: “(...) de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, la costumbre internacional, junto con los tratados y los principios generales de derecho aceptados por las naciones civilizadas, es una de las fuentes “principales” de las obligaciones internacionales, por oposición a las fuentes “subsidiarias” o “auxiliares” -esto es, las decisiones judiciales, y los escritos de los doctrinantes de mayor importancia. Como los tres tipos de normas principales gozan, bajo estos preceptos, de idéntica jerarquía, forzoso es afirmar que a todas ellas se les debe aplicar la doctrina expuesta en la sentencia C-400/98, según la cual las disposiciones internacionales priman sobre el derecho interno, salvo que se opongan a la Constitución Nacional. En otras palabras, las costumbres internacionales y los principios generales de derecho aceptados por las naciones civilizadas gozan de prevalencia normativa en nuestro ordenamiento, en la misma medida de los tratados, siempre y cuando su contenido se ajuste a los dictados de la Carta, y sin perjuicio de que haya ciertas normas consuetudinarias que, por consagrar derechos inherentes al ser humano, se integran al bloque de constitucionalidad.”

⁷⁹ En la misma sentencia C-1189 de 2000, se explicó que “las normas consuetudinarias que vinculan a Colombia pueden ser de dos tipos: a) aquellas que, por consagrar derechos inherentes a la persona humana,

Internacional Humanitario, la Corte ha reconocido que las normas consuetudinarias que lo integran, se vean o no codificadas en disposiciones convencionales, forman parte del *corpus* jurídico que se integra al bloque de constitucionalidad por mandato de los artículos 93, 94 y 44 Superiores.⁸⁰

En efecto, el alto nivel de codificación del Derecho Internacional Humanitario en un gran número de tratados internacionales⁸¹, no obsta para afirmar que el derecho consuetudinario continúa siendo una parte fundamental de esta rama del derecho, que ha sido identificada y aplicada por distintos organismos y tribunales internacionales⁸², y ha merecido cuidadosos trabajos de identificación y sistematización por parte de cuerpos internacionales especializados. Recientes estudios y esfuerzos de codificación doctrinal,

ingresan al ordenamiento jurídico por virtud de los artículos 93 y 94 de la Constitución, conformando junto con ésta el llamado bloque de constitucionalidad, tal y como se reconoció en las sentencias C-574/92 y C-179/94; y b) aquellas que, si bien no se refieren a derechos inherentes a la persona, prescriben normas de conducta igualmente obligatorias para los Estados. Esta segunda categoría no forma parte del bloque de constitucionalidad, pero es vinculante para el Estado colombiano.”

⁸⁰ Como se señaló en la sentencia C-574/92 (M.P. Ciro Angarita Barón), “su fuerza vinculante proviene de la universal aceptación y reconocimiento que la comunidad internacional de Estados en su conjunto le ha dado al adherir a esa axiología y al considerar que no admite norma o práctica en contrario. No de su eventual codificación como normas de derecho internacional (...). De ahí que su respeto sea independiente de la ratificación o adhesión que hayan prestado o dejado de prestar los Estados a los instrumentos internacionales que recogen dichos principios”. De igual manera, en la sentencia C-225 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), la Corte explicó que “el derecho internacional humanitario ha sido fruto esencialmente de unas prácticas consuetudinarias, que se entienden incorporadas al llamado derecho consuetudinario de los pueblos civilizados. Por ello, la mayoría de los convenios de derecho internacional humanitario deben ser entendidos más como la simple codificación de obligaciones existentes que como la creación de principios y reglas nuevas. (...) Esto explica que las normas humanitarias sean obligatorias para los Estados y las partes en conflicto, incluso si éstos no han aprobado los tratados respectivos, por cuanto la imperatividad de esta normatividad no deriva del consentimiento de los Estados sino de su carácter consuetudinario.” Tal como se señaló anteriormente, en esta última providencia se aclaró expresamente que “el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP arts 93 y 214 numeral 2º) es que éstos forman con el resto del texto constitucional un “bloque de constitucionalidad”, cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (CP art. 4º), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (CP art. 93). // Como es obvio, la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores.” Estos efectos se predicen, pues, tanto de las normas convencionales como de las normas consuetudinarias del Derecho Internacional Humanitario.

⁸¹ El proceso de codificación del derecho internacional humanitario en general ha sido largo y complejo, y data desde el siglo XIX tardío, cuando se inició el movimiento hacia la sistematización de las leyes y costumbres de la guerra. En consecuencia, el Derecho Internacional Humanitario es uno de los ámbitos del derecho internacional más codificados en la actualidad. Ver, en este sentido, CHETAIL, Vincent: “The contribution of the International Court of Justice to International Humanitarian Law”. En: *International Review of the Red Cross*, Vol. 85 No. 850, Junio de 2003.

⁸² Así, por ejemplo, el Secretario General de las Naciones Unidas, en su Informe presentado de conformidad con la Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad (en la cual se le solicitó presentar un reporte integral sobre los distintos aspectos atinentes al establecimiento del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia), explicó que el Derecho Internacional Humanitario “*existe tanto en forma de derecho convencional como en forma de derecho consuetudinario. Mientras que existe derecho internacional consuetudinario que no está plasmado en tratados, una parte importante del derecho convencional humanitario ha ingresado al derecho internacional consuetudinario*”. [Traducción informal: “*This body of law exists in the form of both conventional law and customary law. While there is international customary law which is not laid down in conventions, some of the major conventional humanitarian law has become part of customary international law.*” Documento de Naciones Unidas S/25704, presentado el 3 de mayo de 1993.] Por su parte, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos ha recordado, en su Resolución 2226 (XXXVI-O/06) de 2006, que “*el derecho internacional humanitario contiene normas que reflejan el derecho consuetudinario internacional que los Estados deben observar*”.

particularmente el proyecto de investigación emprendido y culminado entre 1995 y 2005 por el Comité Internacional de la Cruz Roja, han confirmado que el Derecho Internacional Humanitario cuenta con un amplio e importantísimo componente de naturaleza consuetudinaria⁸³, no sólo por tratarse del cuerpo normativo que ha contado con un mayor desarrollo a lo largo del tiempo, sino porque proporciona regulaciones del conflicto mucho más detalladas que aquellas incluidas en los tratados internacionales que le codifican, por lo cual constituye un instrumento de interpretación e integración de cardinal importancia, y porque en virtud de su naturaleza consuetudinaria, resulta vinculante para todas las partes en un conflicto armado internacional o interno, independientemente de que hayan ratificado o no el tratado correspondiente.⁸⁴

En este orden de ideas, uno de los principales factores que explican la trascendencia de las normas consuetudinarias de Derecho Internacional Humanitario para los conflictos armados internos contemporáneos –tales como el colombiano–, es que éstas regulan con mucho mayor detalle el desarrollo de las hostilidades y la protección de sus víctimas que los distintos tratados aplicables a este tipo de conflictos. Entre los numerosos tratados que codifican el Derecho Internacional Humanitario, son comparativamente pocos los que regulan el desarrollo de conflictos armados no internacionales, a saber, el Artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949, el Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 (1977), la Convención sobre Ciertas Armas no Convencionales con sus enmiendas, el Estatuto de la Corte Penal Internacional, la Convención de Ottawa sobre la prohibición de las minas antipersonal, la Convención sobre Armas Químicas, y la Convención de La Haya para la Protección de los Bienes Culturales con su Protocolo II. La regulación provista por estos instrumentos convencionales es poco detallada, e ignora numerosos aspectos del conflicto armado.⁸⁵ A diferencia de estos tratados, el derecho consuetudinario regula el tema con mayor detalle.

Hoy en día existe consenso en la jurisprudencia y la doctrina internacionales sobre el hecho de que la gran mayoría de las disposiciones de los Convenios de Ginebra de 1949, especialmente el artículo 3 común, han ingresado al derecho internacional consuetudinario.⁸⁶ Así mismo, en lo relativo a los

⁸³ Ver: Comité Internacional de la Cruz Roja – HENCKAERTS, Jean Marie and DOSWALD-BECK, Louise: “Customary International Humanitarian Law”. Cambridge University Press, 2005. El estudio fue realizado en forma minuciosa por el CICR, a invitación de la Conferencia Internacional para la Protección de las Víctimas de la Guerra (Ginebra, 1993), para efectos de reforzar la eficacia de la aplicación del Derecho Internacional Humanitario a través del mejoramiento de su conocimiento y difusión. Para identificar las normas consuetudinarias de este ordenamiento, se siguió la metodología establecida por la Corte Internacional de Justicia en el caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte, es decir, determinando la existencia de los elementos de práctica y *opinio iuris* indispensables, con los requisitos específicos allí enunciados.

⁸⁴ Ver a este respecto la sentencia C-225 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

⁸⁵ Ver, en este sentido, HENCKAERTS, Jean-Marie. “Estudio sobre el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario: una contribución a la comprensión y al respeto del derecho de los conflictos armados”. En: International Review of the Red Cross, Vol. 87 No. 857, marzo de 2005. Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 2005, p. 6-7: “*Aunque el artículo 3 común tiene una importancia fundamental, sólo proporciona un marco rudimentario de exigencias mínimas. El Protocolo Adicional II es un complemento útil del artículo 3 común, pero es menos detallado que las normas que rigen los conflictos armados internacionales contenidas en los Convenios de Ginebra y en el Protocolo Adicional I.*”

⁸⁶ Así lo han confirmado numerosos tribunales internacionales, como se verá en la sección XXX de la presente providencia. En términos generales, el carácter consuetudinario de las normas básicas de las Convenciones de Ginebra de 1949, concretamente los artículos comunes 1 y 3, fue confirmado por la Corte

conflictos armados no internacionales, un gran número de normas del Protocolo Adicional II han adquirido carácter consuetudinario, dado el impacto que han surtido sobre la práctica de los estados y el desarrollo de los conflictos de las últimas décadas; entre las distintas disposiciones que, según se ha demostrado concienzudamente, han ingresado a la costumbre internacional, se cuentan: *“la prohibición de los ataques contra la población civil; la obligación de respetar y proteger al personal sanitario y religioso, las unidades y los medios de transporte sanitarios; la obligación de proteger a la misión médica; la prohibición de hacer padecer hambre; la prohibición de los ataques contra los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil; la obligación de respetar las garantías fundamentales de las personas civiles y fuera de combate; (...) la obligación de proteger a las personas privadas de libertad; la prohibición de los desplazamientos forzados de la población civil; y las protecciones específicas conferidas a las mujeres y los niños.”*⁸⁷ También han ingresado al derecho consuetudinario *“la Convención (IV) de la Haya sobre el respeto por las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre y las regulaciones anexas del 18 de octubre de 1907; la Convención sobre la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio del 9 de Diciembre de 1948; y el Estatuto del Tribunal Internacional Militar [de Nüremberg] del 8 de agosto de 1945”*⁸⁸. Adicionalmente, el derecho internacional consuetudinario tal y como se ha consolidado en la actualidad, trasciende el contenido del Protocolo Adicional II y provee normas mucho más detalladas para una gran cantidad de aspectos del desarrollo de los conflictos armados internos, que incluyen los principios fundamentales de distinción y proporcionalidad, normas sobre respeto de personas y bienes especialmente protegidos y métodos de guerra determinados. La Sala Plena se detendrá en la naturaleza consuetudinaria de distintas normas relevantes para el presente proceso, en los acápites subsiguientes de esta sentencia.

La importancia de las normas consuetudinarias dentro del Derecho Internacional Humanitario contemporáneo es tal, que en sí mismas proveen el fundamento para la responsabilidad penal individual de quienes cometen crímenes de guerra. Así, el Estatuto de la Corte Penal Internacional remite directamente a las normas consuetudinarias del DIH al establecer, en el Artículo 8 (“Crímenes de Guerra”) que *“2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por ‘crímenes de guerra’: (...) (e) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional (...)”* (subraya la Sala); y el artículo 3 del Estatuto del Tribunal Penal para la

Internacional de Justicia en el caso de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua (sentencia de fondo del 27 de junio de 1986, par. 218), en el cual las clasificó como *“los principios generales fundamentales del derecho humanitario”*, y precisó que reflejaban el estado del derecho consuetudinario. En el mismo sentido se ha pronunciado, como se verá, el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, el cual afirmó –por ejemplo– en el caso Limaj que *“se ha establecido jurisprudencialmente que el artículo 3 común forma parte del derecho internacional consuetudinario”* [traducción informal: *“it is settled jurisprudence that Common Article 3 forms part of customary international law”*]. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros**, sentencia del 30 de noviembre de 2005].

⁸⁷ HENCKAERTS, Op. Cit.

⁸⁸ Informe del Secretario General de las Naciones Unidas, Documento de Naciones Unidas S/25704, 3 de mayo de 1993.

Antigua Yugoslavia otorga competencia a este organismo para investigar y juzgar a los responsables de “*violaciones a las leyes o costumbres de la guerra*”⁸⁹. Más aún, este último Tribunal en varias sentencias ha deducido la responsabilidad penal individual de los criminales del conflicto yugoslavo exclusivamente con base en normas *consuetudinarias*, y no convencionales, de Derecho Internacional Humanitario. Así lo recomendó el Secretario General de las Naciones Unidas en su Informe⁹⁰, en el cual indicó que este órgano debía aplicar preferentemente, en relación con las “*violaciones de las leyes o costumbres de la guerra*”, las reglas de derecho internacional humanitario que son indudablemente consuetudinarias, para así respetar el principio de *nullum crimen sine lege* y evitar los problemas derivados de la adherencia de sólo algunos Estados a los tratados relevantes.⁹¹ Desde el caso seminal del *Fiscal vs. Dusko Tadic* y a lo largo de su jurisprudencia, el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, luego de constatar que tanto las Regulaciones de La Haya como el Artículo 3 Común de los Convenios de Ginebra forman parte indudable del derecho consuetudinario⁹², ha declarado la responsabilidad individual de varios acusados con base en el contenido de éstas disposiciones, excluyendo específicamente la necesidad de recurrir al Protocolo I de los Convenios de Ginebra y declarando que “*el derecho internacional consuetudinario impone responsabilidad penal por las violaciones serias del Artículo 3 Común*”.⁹³

⁸⁹ Artículo 3 del Estatuto del Tribunal (“*violations of the laws or customs of war*”, en el texto inglés auténtico).

⁹⁰ Documento de Naciones Unidas S/25704, 3 de mayo de 1993. Aprobado por unanimidad por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

⁹¹ Dice el Informe: “En criterio del Secretario General, la aplicación del principio *nullum crimen sine lege* exige que el Tribunal Internacional aplique reglas de derecho internacional humanitario que forman parte, sin lugar a duda, del derecho consuetudinario, para que así no se presente el problema de la adherencia de algunos, pero no todos los Estados, a determinadas convenciones específicas. Esto resulta particularmente importante en el contexto de un tribunal internacional que investiga y juzga a las personas responsables de violaciones serias al derecho internacional humanitario.” [Traducción informal: “*In the view of the Secretary-General, the application of the principle nullum crimen sine lege requires that the international tribunal should apply rules of international humanitarian law which are beyond any doubt part of customary law so that the problem of adherence of some but not all States to specific conventions does not arise. This would appear to be particularly important in the context of an international tribunal prosecuting persons responsible for serious violations of international humanitarian law*”. Informe presentado por el Secretario General de conformidad con la Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad, Documento de Naciones Unidas S/25704, 3 de mayo de 1993.]

⁹² Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros**, sentencia del 30 de noviembre de 2005.

⁹³ Dijo el Tribunal: “*El derecho internacional consuetudinario impone responsabilidad penal por las violaciones serias del Artículo 3 común, complementado por otros principios generales y reglas sobre la protección de las víctimas de los conflictos armados internos, y por transgredir ciertos principios y reglas fundamentales sobre los medios y métodos de combate durante los conflictos civiles*” [Traducción informal: “customary international law imposes criminal liability for serious violations of common Article 3, as supplemented by other general principles and rules on the protection of victims of internal armed conflict, and for breaching certain fundamental principles and rules regarding means and methods of combat in civil strife.” Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, **Caso del Fiscal v. Dusko Tadić**, No. IT-94-1-AR72, decisión de la Sala de Apelaciones sobre su propia jurisdicción, 2 de octubre de 1995; reiterado, entre otras, en el caso del **Fiscal vs. Stanislav Galic**, sentencia del 5 de diciembre de 2003. En el mismo sentido, dijo el Tribunal en el caso **Blaskić**: “176. La Sala de Decisión recuerda que las violaciones del Artículo 3 del Estatuto que incluyen las violaciones de las Regulaciones de La Haya y las del Artículo 3 común, son por definición violaciones serias del derecho internacional humanitario dentro del sentido del Estatuto. Por lo tanto son susceptibles de generar responsabilidad penal individual de conformidad con el Artículo 7 del Estatuto. (...) La Sala de Decisión opina que, tal como se concluyó en la Sentencia de la Sala de Apelaciones en el caso Tadić, el derecho internacional consuetudinario impone responsabilidad penal por las violaciones serias del Artículo 3 Común”. [Traducción informal: “176. The Trial Chamber recalls that violations of Article 3 of the Statute which include violations of the Regulations of The Hague and those of Common

2.2. Naturaleza de *ius cogens* de los principios esenciales del Derecho Internacional Humanitario y de las sub-reglas básicas que los componen.

No todas las normas que conforman el extenso ámbito del Derecho Internacional Humanitario tienen la naturaleza de *ius cogens*. Si bien existe un importante nivel de controversia doctrinal sobre el rango de normas de *ius cogens* que tienen las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario, y en anteriores oportunidades la Corte Constitucional ha adoptado pronunciamientos que se han interpretado como una atribución de este rango normativo al Derecho Internacional Humanitario sin distinciones (ver, por ejemplo, las sentencias C-574/92 y C-225/95), la Sala Plena precisa que son los principios esenciales del Derecho Internacional Humanitario los que tienen el rango cierto de normas de *ius cogens*, dado que la comunidad internacional como un todo les ha reconocido carácter perentorio e imperativo, en la misma medida en que se lo ha reconocido a disposiciones cardinales tales como la prohibición del genocidio, la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la tortura o la prohibición del apartheid. Entre los principios esenciales del Derecho Internacional Humanitario con rango de *ius cogens*, en su aplicación a los conflictos armados internos, tres resultan directamente relevantes para la decisión presente: (i) el principio de distinción, (ii) el principio de precaución, y (iii) el principio humanitario y de respeto por las garantías y salvaguardas fundamentales de las personas civiles y fuera de combate.

Lo anterior no obsta para que la Corte determine con total precisión que, tengan o no el carácter de normas de *ius cogens*, la totalidad de disposiciones que integran el Derecho Internacional Humanitario –tanto sustantivas como

Article 3 are by definition serious violations of international humanitarian law within the meaning of the Statute. They are thus likely to incur individual criminal responsibility in accordance with Article 7 of the Statute. (...) The Trial Chamber is of the opinion that, as was concluded in the Tadić Appeal Decision, customary international law imposes criminal responsibility for serious violations of Common Article 3." Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, Caso del **Fiscal vs. Tihomir Blaskić**, sentencia del 3 de marzo del 2000.]. Ver, así mismo, el caso del **Fiscal vs. Dario Kordić y Mario Cerkez**, sentencia del 26 de febrero de 2001; el caso **Kunarac**, en el cual se afirmó: "Está bien establecido en la jurisprudencia del Tribunal que el Artículo 3 común contenido en los Convenios de Ginebra ha adquirido el status de derecho internacional consuetudinario. Dado que la aplicación del artículo 3 común sería la misma bajo el derecho convencional y bajo el derecho consuetudinario, y dado que no hay acuerdos obligatorios entre las partes relevantes que pretendan modificar el artículo 3 común para los efectos de este caso, la Sala considera suficiente concentrarse en los requisitos generales para la aplicación del artículo 3 común bajo el derecho internacional consuetudinario. La Sala considera adicionalmente que es innecesario discutir los requisitos adicionales para la aplicación de los cargos por violación sexual basados en el derecho convencional, ya que el artículo 3 común en sí mismo es suficiente en principio para conformar la base de estos cargos, según se explica más adelante" [Traducción informal: "It is well established in the jurisprudence of the Tribunal that common Article 3 as set out in the Geneva Conventions has acquired the status of customary international law. As the application of common Article 3 would be the same under treaty law as it is under customary international law, and as there are no binding agreements between the relevant parties which purport to vary common Article 3 for the purposes of this case, the Chamber considers it sufficient to focus on the general requirements for the application of common Article 3 under customary international law. The Chamber further considers that it is unnecessary to discuss any additional requirements for the application of rape charges based on treaty law, since common Article 3 alone is sufficient in principle to form the basis of these charges under Article 3, as is observed below." Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros**, sentencia del 22 de febrero de 2001]; y también el caso **Limaj**: "el derecho internacional consuetudinario impone responsabilidad penal por violaciones serias del artículo 3 común" [Traducción informal: "customary international law imposes criminal liability for serious violations of Common Article 3". Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros**, sentencia del 30 de noviembre de 2005].

procedimentales, tanto convencionales como consuetudinarias en su origen o como principios generales de derecho- son **obligatorias** para el Estado colombiano como parte del bloque de constitucionalidad. Constituyen, en consecuencia, un parámetro necesario de referencia para el juez constitucional en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad.

Por su importancia y su relevancia directa para la adopción de una decisión de fondo en el presente proceso, la Sala Plena se detendrá en el examen de las razones que la llevan a concluir que estos tres principios esenciales del derecho internacional humanitario, a su vez desarrollados por distintas sub-reglas jurídicas, gozan indubitablemente del rango de *ius cogens*. Estos principios son, a su vez y por mandato de los artículos 9, 44, 93 y 94 Superiores, un referente necesario para la resolución de los problemas jurídicos planteados en la demanda, por lo cual forman parte integral del fundamento de la *ratio decidendi* del presente pronunciamiento.

2.2.1. Normas de *ius cogens* y obligaciones internacionales *erga omnes*: nociones básicas.

Las normas de *ius cogens*, o normas imperativas de derecho internacional, son reglas que por su naturaleza fundamental, tienen una especial jerarquía dentro del conjunto de las normas de derecho internacional, y por lo mismo no pueden ser desconocidas por los Estados, limitando así su libertad para celebrar tratados y realizar actuaciones unilaterales. Según su definición generalmente aceptada en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados entre Estados, las normas de *ius cogens* son aquellas que son aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados como un todo en tanto normas perentorias o imperativas respecto de las que no se permiten derogaciones; en consecuencia, solamente podrían llegar a ser modificadas por normas subsiguientes de derecho internacional consuetudinario con el mismo rango perentorio.

Los criterios para el reconocimiento de una norma de derecho internacional como una norma de *ius cogens* son estrictos. De conformidad con el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, dichas normas no solamente deben cumplir con las condiciones para ser reconocidas en primer lugar como normas de derecho internacional, sino también con los requisitos adicionales para ser reconocidas como normas de carácter imperativo o perentorio por parte de la comunidad internacional como un todo –proceso denominado de “doble reconocimiento”-. Estos requisitos exigen el consenso de la mayoría casi unánime de los Estados, independientemente de sus diferencias culturales e ideológicas, respecto de su carácter perentorio. Pocas normas han recibido hasta el presente reconocimiento unánime como normas de *ius cogens*. Es el caso de la prohibición del genocidio⁹⁴, la prohibición de la esclavitud, la

⁹⁴ Caracterizada como una norma imperativa o de *ius cogens* por la Corte Internacional de Justicia en la Opinión Consultiva sobre las Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, 28 de mayo de 1951, y en el Caso relativo a la aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (objeciones preliminares) del 11 de julio de 1996.

prohibición del apartheid, la prohibición de los crímenes de lesa humanidad, la prohibición de la tortura y de los tratos crueles, inhumanos o degradantes, la prohibición de la piratería, la prohibición de la agresión y el derecho a la libre determinación de los pueblos.

Los efectos jurídicos de las normas de *ius cogens*, a nivel internacional, son múltiples. Así, en caso de conflicto entre obligaciones internacionales, una de las cuales surge de una norma imperativa de derecho internacional, la norma imperativa debe prevalecer. De conformidad con el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados entre Estados, un tratado que entre en conflicto con una norma imperativa de derecho internacional es nulo; a la vez, de conformidad con el artículo 64 de la misma convención, los tratados que entren en conflicto con normas de *ius cogens* posteriores a su celebración, son igualmente nulos. Igualmente, los procesos de interpretación y aplicación de las obligaciones internacionales de los Estados se deben llevar a cabo de conformidad con las normas de *ius cogens*. Por otra parte, los Estados no pueden dispensar a otros Estados de su obligación de cumplir con normas de *ius cogens*. Por ejemplo, un Estado no puede permitir voluntariamente que otro deje de cumplir sus obligaciones cometiendo genocidio o tortura. En el ámbito de la responsabilidad internacional, el artículo 26 del Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas de 2001 dispone que no se admitirá la invocación de causales de exclusión de responsabilidad internacional cuando el hecho ilícito correspondiente surja del desconocimiento de normas imperativas o de *ius cogens*. En otras palabras, las circunstancias que excluyen la responsabilidad internacional –tales como el estado de necesidad o la fuerza mayor- no autorizan, excusan ni justifican la violación de una norma de *ius cogens*; así, un Estado que adopta una contramedida no puede incumplir una norma imperativa de derecho internacional –por ejemplo, la comisión de un genocidio no puede justificar la comisión de otro genocidio en respuesta.⁹⁵

Por último, es relevante tener en cuenta que una importante indicación sobre la naturaleza imperativa o de *ius cogens* de una determinada norma de derecho internacional, está provista por el hecho de que esa norma consagre garantías de derechos humanos que no son derogables durante los estados de emergencia. Así lo ha explicado el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en su Observación General No. 29, al explicar: “*el hecho de que en el párrafo 2 del artículo 4º [del Pacto Internacional de Derechos*

⁹⁵ Así lo explicó la Comisión de Derecho Internacional en el comentario al Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional de los Estados de 2001, al explicar que “las circunstancias que excluyen la ilicitud en el capítulo V de la Parte Primera no autorizan ni excusan ninguna derogación de una norma imperativa de derecho internacional general. Por ejemplo, un Estado que adopta contramedidas no puede incumplir una norma tal. Por ejemplo, un Estado que adopta contramedidas no puede desconocer una norma así: por ejemplo, un genocidio no puede justificar un contra-genocidio”. [Traducción informal: “*It is however desirable to make it clear that the circumstances precluding wrongfulness in chapter V of Part One do not authorize or excuse any derogation from a peremptory norm of general international law. For example, a State taking countermeasures may not derogate from such a norm: for example, a genocide cannot justify a counter-genocide*”. International Law Commission, “Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries - 2001”. Naciones Unidas, 2005.]

Civiles y Políticos] se declare que la aplicación de ciertas disposiciones del Pacto no puede suspenderse debe considerarse en parte como el reconocimiento del carácter de norma imperativa de ciertos derechos fundamentales garantizados por el Pacto en la forma de un tratado (por ejemplo, los artículos 6º y 7º).”⁹⁶ Como se verá, varias de las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario reflejan directamente garantías no derogables del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que por lo mismo confirman la naturaleza de *ius cogens* de aquéllas.

Una noción distinta a la de “normas de *ius cogens*”, pero conexa, es la de “obligaciones *erga omnes*”. Las obligaciones *erga omnes* son aquellas debidas por un Estado a la totalidad de la comunidad internacional, cuya violación es una ofensa no solo contra el Estado directamente afectado, sino contra todos los demás Estados que la componen. El concepto de obligaciones *erga omnes* fue explicado por la Corte Internacional de Justicia en el caso *Barcelona Traction*, en el cual se señaló que “se debe trazar una distinción esencial entre las obligaciones de un Estado frente a la comunidad internacional como un todo, y aquellas que surgen frente a otro Estado (...). Por su naturaleza misma, las primeras deben ser objeto de la atención de todos los Estados. Dada la importancia de los derechos implicados, puede sostenerse que todos los Estados tienen un interés legal en su protección; son obligaciones *erga omnes*. Tales obligaciones se derivan, por ejemplo, en el derecho internacional contemporáneo, de la proscripción de los actos de agresión, y del genocidio, así como también de los principios y reglas relativos a los derechos básicos de la persona humana, incluyendo la protección frente a la esclavitud y la discriminación racial.”⁹⁷

Algunas normas forman parte simultáneamente de ambas categorías. La prohibición del genocidio, por ejemplo, ha sido categorizada por la Corte Internacional de Justicia como una norma de *ius cogens*⁹⁸, y las obligaciones

⁹⁶ Ha precisado adicionalmente el Comité en esta Observación general que existen derechos no sujetos a suspensión que no constituyen normas de *ius cogens*, y que las normas de *ius cogens* trascienden el catálogo de los derechos no derogables: “Sin embargo, es evidente que en la lista de disposiciones cuya aplicación no puede suspenderse se incluyeron algunas otras disposiciones del Pacto porque nunca será necesario suspender la vigencia de esos derechos durante un estado de excepción (por ejemplo, los artículos 11 y 18). Además, la categoría de normas imperativas va más allá de la lista de disposiciones cuya aplicación no puede suspenderse, que figura en el párrafo 2 del artículo 4º.”

⁹⁷ Traducción informal: “[A]n essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State (...). By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations *erga omnes*. Such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination”. Corte Internacional de Justicia, caso de *Barcelona Traction, Light and Power Company* (Bélgica vs. España), ICJ Reports 1970.

⁹⁸ Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva sobre las Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, 28 de mayo de 1951. Más recientemente, la Corte Internacional de Justicia ratificó este postulado en el Caso relativo a la aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Objeciones Preliminares) de 1996, al afirmar: “Los orígenes de la Convención demuestran que fue intención de las Naciones Unidas condenar y sancionar el genocidio como ‘un crimen bajo el derecho internacional’, que implica la negación del derecho a la existencia de grupos humanos enteros, negación que estremece la consciencia de la humanidad y resulta en graves pérdidas para la humanidad, y que es contrario a la ley moral y al espíritu y los propósitos de las Naciones Unidas (...). La primera consecuencia que surge de esta concepción es que los principios que subyacen a la Convención son

que impone a los Estados como obligaciones *erga omnes*⁹⁹, cuyo cumplimiento no está sujeto a reciprocidad dados los fines puramente humanitarios y civilizadores que persigue, que constituyen intereses comunes, y no individuales, de los miembros de la comunidad internacional¹⁰⁰.

2.2.2. Normas del Derecho Internacional Humanitario que son *ius cogens*.

El catálogo de normas de *ius cogens* ha experimentado un proceso de expansión acelerada¹⁰¹, el cual se ha acentuado en el curso de la última década, particularmente en el ámbito del Derecho Internacional Humanitario, en el cual se han presentado desarrollos jurídicos significativos y notorios.

En efecto, varias fuentes jurisprudenciales y doctrinales han indicado que los principios fundamentales del Derecho Internacional Humanitario son actualmente normas imperativas o perentorias de derecho internacional, haciendo referencia a la categoría de “principios fundamentales del DIH”, o a determinadas reglas en particular. Con base en un análisis cuidadoso de los

principios reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorios para los Estados, incluso sin obligación convencional alguna. Una segunda consecuencia es el carácter universal tanto de la condena del genocidio como de la cooperación requerida ‘para liberar a la humanidad de un flagelo tan odioso’ (Preámbulo de la Convención)”. [Traducción informal: “The origins of the Convention show that it was the intention of the United Nations to condemn and punish genocide as ‘a crime under international law’ involving a denial of the right of existence of entire human groups, a denial which shocks the conscience of mankind and results in great losses to humanity, and which is contrary to moral law and to the spirit and aims of the United Nations (...). The first consequence arising from this conception is that the principles underlying the Convention are principles which are recognized by civilized nations as binding on States, even without any conventional obligation. A second consequence is the universal character both of the condemnation of genocide and of the cooperation required ‘in order to liberate mankind from such an odious scourge’ (Preamble to the Convention)”].

⁹⁹ Así se dijo expresamente en el caso de Barcelona Traction, Light and Power Company (Bélgica vs. España), ICJ Reports 1970, p. 32, párrafo 33. Posteriormente se ratificó en el caso de la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (objeciones preliminares) de 1996, en el cual se caracterizaron no solo las obligaciones de allí derivadas, sino también los derechos, como obligaciones y derechos *erga omnes*.

¹⁰⁰ Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva sobre las Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, 28 de mayo de 1951. En términos de la Corte, “*la Convención fue adoptada manifiestamente para un fin puramente humanitario y civilizador. Es, en efecto, difícil imaginar una convención que pueda tener este doble carácter en un mayor grado, ya que su objeto es, por una parte, el de salvaguardar la existencia misma de ciertos grupos humanos, y por otra, confirmar y endosar los principios más elementales de moralidad. En una convención así, los Estados contratantes no tienen ningún interés suyo propio; simplemente tienen, uno y todos, un interés común, a saber, el logro de esos altos propósitos que constituyen la razón de ser de la convención. En consecuencia, en una convención de este tipo no se puede hablar de ventajas o desventajas individuales para los Estados, ni del mantenimiento de un equilibrio contractual perfecto entre derechos y deberes. Los altos ideales que inspiraron la Convención proveen, en virtud de la voluntad común de las partes, el fundamento y la medida de todas sus disposiciones*”. [Traducción informal: “*The Convention was manifestly adopted for a purely humanitarian and civilizing purpose. It is indeed difficult to imagine a convention that might have this dual character to a greater degree, since its object on the one hand is to safeguard the very existence of certain human groups and on the other to confirm and endorse the most elementary principles of morality. In such a convention the contracting States do not have any interest of their own; they merely have, one and all, a common interest, namely, the accomplishment of those high purposes which are the raison d’être of the convention. Consequently, in a convention of this type one cannot speak of individual advantages or disadvantages to States, or of the maintenance of a perfect contractual balance between rights and duties. The high ideals which inspired the Convention provide, by virtue of the common will of the parties, the foundation and measure of all its provisions.*”]

¹⁰¹ El hecho de que el proceso de “doble reconocimiento” se ha expandido y acelerado, abarcando nuevas normas dentro de la categoría de *ius cogens*, fue la razón específica por la cual la Comisión de Derecho Internacional se abstuvo de efectuar una enunciaci3n de tales normas en el artículo 53 de la Convenci3n de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados. Ver el Proyecto de Artículos.

distintos pronunciamientos internacionales que han otorgado este rango preeminente a los principios fundamentales del DIH, la Corte Constitucional de Colombia expondrá en el presente acápite su postura razonada sobre el particular, en el sentido de que los principios esenciales del Derecho Internacional Humanitario han adquirido el rango cierto de normas de *ius cogens* por haberse surtido respecto de ellos un proceso notorio de doble reconocimiento, concretamente en relación con los principios de distinción, precaución y trato humanitario y respeto por las garantías fundamentales de la persona.

La jurisprudencia internacional ha señalado que distintos principios de derecho internacional humanitario tienen la categoría de *ius cogens*, y ha incluido dentro de este grupo los tres principios de distinción, precaución y trato humanitario que se mencionan. Así, la Corte Internacional de Justicia, en la Opinión Consultiva sobre la Legalidad de la Amenaza o el Uso de las Armas Nucleares de 1996, decidió expresamente no abordar, por razones jurisdiccionales, la resolución de la pregunta general sobre si los principios fundamentales del derecho internacional humanitario tienen o no la naturaleza de normas de *ius cogens*.¹⁰² No obstante, acto seguido enumeró y caracterizó tres principios básicos del derecho internacional humanitario como “**intransgredibles**”, a saber, el principio de distinción, el principio de proporcionalidad y necesidad, y el principio de trato humanitario, respecto de los cuales afirmó: “[Las] reglas fundamentales [del derecho humanitario] han de ser observadas por todos los Estados independientemente de que hayan ratificado o no las convenciones que las contienen, puesto que constituyen principios intransgredibles de derecho internacional consuetudinario”.¹⁰³ En igual medida, en otras opiniones y sentencias –casos del Estrecho de Corfú, de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua, de las Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio y de la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio- la Corte Internacional de Justicia ha resaltado el carácter fundamental, universal y perentorio de estos tres principios cardinales del Derecho Internacional Humanitario. Aunque esta caracterización se ha efectuado con diversa terminología, el sentido de las afirmaciones de la Corte Internacional es claro, en el sentido de resaltar –como se verá- la naturaleza trascendental, fundamental, absoluta, superior y perentoria de estas normas dentro del derecho internacional como un todo, así como de los valores que a través de ellas se preservan.¹⁰⁴

¹⁰² La Corte afirmó que no era necesario responder a esta pregunta, por cuanto la solicitud de opinión presentada por la Asamblea General de las Naciones Unidas únicamente se había referido al tema de la aplicabilidad del derecho internacional humanitario frente al uso de armas nucleares, pero no a la naturaleza jurídica de estas normas.

¹⁰³ Traducción informal: “[The] fundamental rules [of humanitarian law] are to be observed by all States whether or not they have ratified the conventions that contain them, because they constitute *intransgressible principles of international customary law*”.

¹⁰⁴ Algunos jueces individuales de la Corte Internacional de Justicia, en sus declaraciones concurrentes o salvamentos de voto, han ido más allá y han reconocido explícitamente que, en su criterio, los principios y reglas del derecho internacional humanitario sí tienen la naturaleza de *ius cogens*. Por ejemplo, en la Opinión Individual del juez Bedjaoui a la Opinión Consultiva sobre la Legalidad de la Amenaza o Uso de Armas Nucleares se expresa que la mayoría de normas del Derecho Internacional Humanitario tienen tal rango, al igual que en el salvamento de voto del juez Weeramantry en el mismo caso.

El Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia también se ha pronunciado en términos generales sobre el particular, afirmando de hecho que “*la mayoría de las normas de derecho internacional humanitario*” tienen el carácter de normas imperativas o de *ius cogens*¹⁰⁵. En distintos pronunciamientos, como se verá, este mismo Tribunal ha resaltado la naturaleza imperativa o perentoria de determinadas normas específicas de Derecho Internacional Humanitario, que integran los principios fundamentales de este ordenamiento, entre las cuales se incluyen los tres principios de distinción, precaución y trato humanitario, y varias de las reglas específicas que los desarrollan.

A continuación, la Corte estudiará el contenido y la naturaleza imperativa de los tres principios fundamentales del Derecho Internacional Humanitario relevantes para el presente proceso de constitucionalidad: el principio de distinción, el principio de precaución, y el principio de trato humanitario y respeto por las garantías fundamentales. Se hará énfasis en el contenido de cada uno de estos principios, y en su reconocimiento en tanto norma de *ius cogens*, en su aplicación a los conflictos armados internos. Debe resaltarse que cada uno de estos principios tiene una formulación general, cuya naturaleza imperativa es indudable, y se traduce en una serie de sub-reglas, algunas de las cuales tienen carácter autónomo de normas de *ius cogens*. Únicamente se explicará en las secciones siguientes el contenido de las sub-reglas que son pertinentes para la resolución de los cargos planteados en la demanda y configuran, por lo tanto, el fundamento de la *ratio decidendi* de la presente sentencia.

3. EL PRINCIPIO DE DISTINCION

3.1. *El postulado medular de protección de la población civil como fundamento del principio de distinción.*

El principio de distinción, que es una de las piedras angulares del Derecho Internacional Humanitario, se deriva directamente del postulado según el cual se debe proteger a la población civil de los efectos de la guerra, ya que en tiempos de conflicto armado sólo es aceptable el debilitamiento del potencial militar del enemigo¹⁰⁶. El principio de protección de la población civil tiene carácter medular para el Derecho Internacional Humanitario. Según lo ha

¹⁰⁵ Dijo el Tribunal que “la mayoría de las normas del derecho internacional humanitario (...) también son normas perentorias de derecho internacional o *ius cogens*, v.g. de un carácter no derogable y prevaleciente” [Traducción informal: “*most norms of international humanitarian law (...) are also peremptory norms of international law or jus cogens, i.e. of a non-derogable and overriding character.*” Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Zoran Kupreskic y otros**, sentencia del 14 de enero de 2000.

¹⁰⁶ Ver, en este sentido, CHETAIL, Vincent: “The contribution of the International Court of Justice to International Humanitarian Law”. En: *International Review of the Red Cross*, Vol. 85 No. 850, Junio de 2003: “La distinción entre el combatiente y el no combatiente es la piedra angular de todo el derecho humanitario. Este principio básico se deriva del axioma que provee el fundamento mismo del derecho internacional humanitario, a saber, que únicamente es aceptable en tiempos de conflicto armado el debilitamiento del potencial militar del enemigo” [Traducción informal: “*The distinction between combatant and non-combatant is the cornerstone of all humanitarian law. This basic principle derives from the axiom that is the very foundation of international humanitarian law, namely that only the weakening of the military potential of the enemy is acceptable in time of armed conflict.*”]

explicado el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “*las partes en los conflictos armados tienen la responsabilidad primordial de adoptar todas las medidas posibles para asegurar la protección de los civiles afectados*”.¹⁰⁷ En palabras de la Asamblea General de las Naciones Unidas, “*las poblaciones civiles tienen una necesidad especial de mayor protección en épocas de conflictos armados*”¹⁰⁸, y “*todos los Estados y las partes en los conflictos armados tienen el deber de proteger a los civiles en los conflictos armados de conformidad con el derecho internacional humanitario*”.¹⁰⁹

El Protocolo Adicional II consagra el principio general de protección de la población civil en su formulación general en su artículo artículo 13-1, así: “*Artículo 13. Protección de la población civil. 1. La población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares*”; y precisa que “*para hacer efectiva esta protección, se observarán en todas la circunstancias las normas siguientes*” – es decir, las sub-reglas específicas en las que se manifiesta el principio de distinción. El principio general de protección de la población civil en el ámbito de los conflictos armados internos también se consagra en otros tratados vinculantes para Colombia. Así, la “Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados” de 1980¹¹⁰ reafirma en su preámbulo “*el principio general de la protección de la población civil contra los efectos de las hostilidades*”. Adicionalmente, el principio general de protección de la población civil constituye una norma de derecho internacional consuetudinario aplicable a todo tipo de conflictos armados.¹¹¹ Así lo estableció el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia al constatar la naturaleza consuetudinaria de la regla según la cual “*los civiles deben gozar de protección general contra el peligro derivado de las hostilidades*”¹¹². Se trata de un deber que, en términos de la jurisprudencia internacional, tiene naturaleza absoluta y “sacrosanta”.¹¹³

¹⁰⁷ Resolución 1674 del 28 de abril de 2006, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas

¹⁰⁸ AGNU, Resolución 2675 (1970), sobre Principios Básicos para la protección de las poblaciones civiles en los conflictos armados, adoptada por unanimidad.

¹⁰⁹ AGNU, Resolución 59/171 del 20 de diciembre de 2004.

¹¹⁰ Ratificada por Colombia mediante la Ley 469 de 1999, y aplicable a conflictos armados internos en virtud de la enmienda introducida por consenso a su artículo 1º en 2001

¹¹¹ En términos del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, “la jurisprudencia de este Tribunal ya ha establecido que el principio de protección de los civiles ha evolucionado [y se ha convertido en] un principio de derecho internacional consuetudinario aplicable a todos los conflictos armados” [Traducción informal: “The jurisprudence of the Tribunal has already established that the principle of protection of civilians has evolved into a principle of customary international law applicable to all armed conflicts.”] Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Stanislav Galic**, sentencia del 5 de diciembre de 2003.

¹¹² Traducción informal: “*the customary rule that civilians must enjoy general protection against the danger arising from hostilities*”. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Stanislav Galic**, sentencia del 5 de diciembre de 2003].

¹¹³ Así lo explicó el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia en el caso Kupreskic: “*El punto que debe enfatizarse es el carácter sacrosanto del deber de proteger a los civiles, que implica, entre otras cosas, el carácter absoluto de la prohibición de retaliaciones contra la población civil. Incluso si se puede probar que la población musulmana de Ahmici no era enteramente civil sino que incluía algunos elementos armados, de todas maneras no existiría ninguna justificación para los ataques extendidos e indiscriminados contra civiles. En efecto, incluso en situaciones de pleno conflicto armado, aún se aplican ciertas normas fundamentales que proscriben inequívocamente tal conducta, tales como las reglas relativas a la proporcionalidad.*” [Traducción informal: “*The point which needs to be emphasised is the sacrosanct character of the duty to protect civilians, which entails, amongst other things, the absolute character of the prohibition of reprisals*”]

3.2. Formulación general del principio de distinción

Tal y como lo definió la Corte Internacional de Justicia, el principio de distinción busca *“la protección de la población civil y de objetos civiles, y establece la distinción entre combatientes y no combatientes; los Estados nunca pueden hacer a los civiles objeto de ataques, y en consecuencia nunca pueden utilizar armas que sean incapaces de diferenciar entre objetivos civiles y militares”*¹¹⁴.

El deber general de distinguir entre civiles y combatientes es un deber básico de las partes a todo conflicto armado no internacional, en el sentido de diferenciar en todo momento entre los civiles y los combatientes, para efectos de preservar a las personas civiles y sus bienes. En efecto, es obligación de las partes en un conflicto el esforzarse por distinguir entre objetivos militares y personas o bienes civiles.¹¹⁵ Esta norma está plasmada en tratados internacionales aplicables a conflictos armados internos y vinculantes para Colombia, forma parte del derecho internacional humanitario consuetudinario, y tiene en sí misma el rango de *ius cogens*.

En el Protocolo II se incluyen las subreglas específicas de prohibición de ataques contra la población civil y prohibición de actos o amenazas de violencia destinadas a producir terror entre la población civil; el derecho consuetudinario ha provisto las demás sub-reglas específicas que conforman el ámbito de aplicación del principio de distinción. Las normas respectivas contenidas en el Protocolo II, como se dijo, también tienen carácter consuetudinario. El principio de distinción también está consagrado en otras normas convencionales vinculantes para el Estado colombiano; así, la “Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción de 1997”¹¹⁶ dispone en su preámbulo que las Partes se han basado, entre otras, en *“el principio de que se debe hacer una distinción entre civiles y combatientes”*.

Además de estar consagrado –como se acaba de indicar– en tratados internacionales aplicables a conflictos armados no internacionales vinculantes para Colombia, es también una norma consuetudinaria de derecho

against civilian populations. Even if it can be proved that the Muslim population of Ahmici was not entirely civilian but comprised some armed elements, still no justification would exist for widespread and indiscriminate attacks against civilians. Indeed, even in a situation of full-scale armed conflict, certain fundamental norms still serve to unambiguously outlaw such conduct, such as rules pertaining to proportionality.” Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Zoran Kupreskic y otros**, sentencia del 14 de enero de 2000.

¹¹⁴ Traducción informal: “[it] is aimed at the protection of the civilian population and civilian objects and establishes the distinction between combatants and non-combatants; States must never make civilians the object of attack and must consequently never use weapons that are incapable of distinguishing between civilian and military targets”. Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva sobre la Legalidad de la Amenaza o el Uso de Armas Nucleares, 1996.

¹¹⁵ Así lo afirmó el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia: “Las partes en un conflicto están obligadas a esforzarse por distinguir entre objetivos militares y personas o bienes civiles” [Traducción informal: “The parties to the conflict are obliged to attempt to distinguish between military targets and civilian persons or property”]. Caso del **Fiscal vs. Tihomir Blaskic**, sentencia del 3 de marzo del 2000.

¹¹⁶ Ratificada por Colombia mediante Ley 454 de 2000

internacional, aplicable tanto en conflictos armados internos como internacionales, en su formulación general y en las distintas sub-reglas que lo conforman. Así lo ha establecido repetidamente la jurisprudencia internacional¹¹⁷, postura que ha confirmado el Comité Internacional de la Cruz Roja en su concienzudo estudio de 2005 sobre el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario. Por su parte, el Instituto Internacional de Derecho Humanitario de San Remo ha expresado, en las *“Reglas de Derecho Internacional Humanitario que Rigen la Conducción de las Hostilidades en Conflictos Armados No-Internacionales”* de 1990, que *“la obligación de distinguir entre los combatientes y los civiles es una regla general aplicable en los conflictos armados no internacionales”*¹¹⁸.

Adicionalmente, el principio de distinción tiene el rango de norma imperativa de derecho internacional, o norma de *ius cogens*. Así ha sido indicado por múltiples instancias internacionales; por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia, en la Opinión Consultiva de 1996 sobre la Legalidad o el Uso de las Armas Nucleares, lo clasificó como el primero de *“los principios cardinales (...) que constituyen la esencia del derecho humanitario”*, y precisó que el principio de distinción es una regla *“fundamental”* que debe ser observada por todos los Estados, independientemente de que hayan ratificado o no las convenciones que las contienen, ya que constituye uno de los principios *“intransgredibles”*, y de naturaleza consuetudinaria, del Derecho Internacional Humanitario.¹¹⁹ Por su parte, el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia ha descrito el deber de proteger a la población civil como uno de carácter *“sacrosanto”*.¹²⁰ A nivel de la doctrina especializada en la materia, el Instituto de Derecho Internacional ha declarado que *“la obligación de respetar la distinción entre objetivos militares y objetos no militares, así como*

¹¹⁷ Estableció así el la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia: “La Sala de apelaciones hace referencia al Artículo 51(2) del Protocolo Adicional I y al Artículo 13(2) del Protocolo Adicional II, los cuales disponen que ‘No serán objeto de ataque la población civil como tal, ni las personas civiles.’ La protección de los civiles refleja un principio de derecho internacional consuetudinario que es aplicable en conflictos armados internos e internacionales, y la prohibición de ataques contra civiles, delineada en los anteriores Protocolos, refleja el estado actual del derecho internacional consuetudinario”. [Traducción informal: “*The Appeals Chamber has recourse to Article 51(2) of Additional Protocol I and Article 13(2) of Additional Protocol II, which both provide that “[t]he civilian population as such, as well as individual civilians, shall not be the object of attack.” The protection of civilians reflects a principle of customary international law that is applicable in internal and international armed conflicts, and the prohibition of an attack on civilians, outlined in the above Protocols, reflects the current status of customary international law.*” Caso del **Fiscal vs. Tihomir Blaskic**, sentencia de la Sala de Apelaciones del 29 de junio de 2004.]

¹¹⁸ Traducción informal: “the obligation to distinguish between combatants and civilians is a general rule applicable in non-international armed conflicts”. International Institute of Humanitarian Law: “Rules of International Humanitarian Law Governing the Conduct of Hostilities in Non-international Armed Conflicts” – Rule 1, publicado en IRRC, No. 278 (1990). En el mismo sentido, ver la **Norma 1 de la Sistematización del CICR**: *“Las partes en conflicto deberán distinguir en todo momento entre personas civiles y combatientes”*.

¹¹⁹ En términos de la Corte Internacional de Justicia, “estas reglas fundamentales han de ser observadas por todos los Estados independientemente de que hayan ratificado o no las convenciones que los contienen, porque constituyen principios intransgredibles de derecho internacional consuetudinario”. [Traducción informal: “these fundamental rules are to be observed by all States whether or not they have ratified the conventions that contain them, because they constitute intransgressible principles of international customary law”.] CIJ, Opinión Consultiva sobre la Legalidad de la Amenaza o Uso de Armas Nucleares, 1996.

¹²⁰ En palabras del Tribunal, “El punto que debe enfatizarse es el carácter sacrosanto del deber de proteger a los civiles” [Traducción informal: “*The point which needs to be emphasised is the sacrosanct character of the duty to protect civilians*”. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Zoran Kupreskic y otros**, sentencia del 14 de enero de 2000.

entre personas que participan en las hostilidades y miembros de la población civil, sigue siendo un principio fundamental del derecho internacional en vigor”¹²¹. Por su parte, el Instituto Internacional de Derecho Humanitario declaró en 1995 que los estándares humanitarios mínimos se basan en “*principios... de ius cogens, que expresan consideraciones humanitarias básicas reconocidas como universalmente obligatorias*”, los cuales incluyen el principio según el cual “*en casos de que una situación se caracterice por las hostilidades, deberá efectuarse una diferenciación entre los combatientes y los civiles*”¹²².

3.3. Definición de los términos “combatientes”, “civiles” y “personas fuera de combate” para efectos de la aplicación del principio de distinción en conflictos armados no internacionales.

La cabal aplicación del principio de distinción en los conflictos armados no internacionales exige claridad conceptual respecto de los conceptos de “combatientes”, “personas civiles”, “población civil” y “personas fuera de combate”. A pesar de que estas nociones adquieren un contenido específico en los conflictos armados no internacionales, el Protocolo Adicional II no contiene una definición de los mismos; por lo tanto, las cortes internacionales han hecho usualmente recurso a definiciones de tipo consuetudinario, doctrinal y jurisprudencial. Actualmente estas definiciones se encuentran, en lo esencial, consolidadas a nivel consuetudinario.

3.3.1. “Combatientes”

El término “combatientes” en Derecho Internacional Humanitario tiene un sentido genérico, y un sentido específico. En su sentido **genérico**, el término “combatientes” hace referencia a las personas que, por formar parte de las fuerzas armadas y los grupos armados irregulares, o tomar parte en las hostilidades, no gozan de las protecciones contra los ataques asignadas a los civiles. En su sentido **específico**, el término “combatientes” se utiliza únicamente en el ámbito de los conflictos armados internacionales para hacer referencia a un *status* especial, el “status de combatiente”, que implica no solamente el derecho a tomar parte en las hostilidades y la posibilidad de ser considerado como un objetivo militar legítimo, sino también la facultad de enfrentar a otros combatientes o individuos que participan en las hostilidades, y el derecho a recibir trato especial cuando ha sido puesto fuera de combate por

¹²¹ Traducción informal: “*the obligation to respect the distinction between military objectives and non-military objects, as well as between persons participating in the hostilities and members of the civilian population, remains a fundamental principle of the international law in force*”. Institute of International Law – Edinburgh Session – “Resolution on the Distinction between Military Objectives and Non-military Objects in General and Particularly the Problems Associated with Weapons of Mass Destruction”, 9 de septiembre de 1969.

¹²² Traducción informal: “*...principles... of ius cogens, expressing basic humanitarian considerations which are recognized to be universally binding. (...) in the case where the situation is characterized by hostilities, the difference between combatants and civilians shall be made*”. International Institute of Humanitarian Law, “Comments on the Declaration of Minimum Humanitarian Standards submitted to the UN Secretary-General”, citado en la Sistematización CICR, volumen II, p. 15.

rendición, captura o lesión - en particular el *status* conexo o secundario de “prisionero de guerra”.

Precisa la Corte que para los efectos del principio de distinción en su aplicación a los conflictos armados internos, y de las distintas reglas que lo componen en particular, el Derecho Internacional Humanitario utiliza el término “*combatientes*” en su sentido genérico. Está fuera de duda que el término “*combatientes*” en sentido específico, y las categorías jurídicas adjuntas como “*status de prisionero de guerra*”, no son aplicables a los conflictos armados internos.

3.3.2. “Personas civiles” y “población civil”

Para los efectos del principio de distinción en su aplicación a los conflictos armados internos, el término “civil” se refiere a las personas que reúnen las dos condiciones de (i) no ser miembros de las fuerzas armadas u organizaciones armadas irregulares enfrentadas y (ii) no tomar parte en las hostilidades, sea de manera individual como “personas civiles” o “individuos civiles”, o de manera colectiva en tanto “población civil”. La definición de “personas civiles” y de “población civil” es similar para los distintos propósitos que tiene en el Derecho Internacional Humanitario en su aplicación a los conflictos armados internos – por ejemplo, se ha aplicado jurisprudencialmente la misma definición de “civil” para efectos de caracterizar una determinada conducta, en casos concretos, como un crimen de guerra o como un crimen de lesa humanidad¹²³.

3.3.2.1. “Personas civiles”

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

El primer requisito -el de no ser miembro de las Fuerzas Armadas o grupos armados irregulares-, ha sido señalado en la Sistematización del CICR como una definición consuetudinaria de la noción de “civil”.¹²⁴ Por su parte, el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia ha indicado que para efectos de la aplicación de las protecciones consagradas en las normas que penalizan los crímenes de guerra, los civiles son “*las personas que no son, o han dejado de ser, miembros de las fuerzas armadas*”¹²⁵, entendidas éstas para comprender tanto a los cuerpos armados estatales oficiales como a los grupos armados irregulares.

¹²³ Ver, por ejemplo, el caso del **Fiscal vs. Stanislav Galic**, sentencia del 5 de diciembre de 2003.

¹²⁴ Ver la Sistematización del CICR, Norma 5: “Son personas civiles quienes no son miembros de las fuerzas armadas. La población civil comprende a todas las personas civiles.” Se precisa en tal estudio que esta norma es aplicable, para efectos del principio de distinción, en los conflictos armados no internacionales.

¹²⁵ Traducción informal: “*Civilians within the meaning of Article 3 are persons who are not, or no longer, members of the armed forces*”. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Tihomir Blaskic**, sentencia del 3 de marzo del 2000.

El segundo requisito -el de no tomar parte en las hostilidades- ha sido indicado por múltiples instancias internacionales. Según ha precisado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, las garantías mínimas establecidas en el artículo 3 común se aplican, en el contexto de los conflictos armados internos, a quienes no toman parte directa o activa en las hostilidades, incluida la población civil y las personas puestas fuera de combate por rendición, captura u otras causas.¹²⁶ El Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia ha indicado que para efectos de determinar el carácter civil de las personas amparadas por las garantías que se consagran, entre otras, en el Artículo 3 Común –aplicable a los conflictos armados internos-, “*es necesario demostrar que las violaciones se cometieron contra personas que no estaban directamente involucradas en las hostilidades*”¹²⁷, para lo cual se debe aplicar el criterio establecido en el caso Tadic: “*si, al momento de la comisión del hecho aludidamente ilícito, la supuesta víctima de los actos proscritos estaba tomando parte directamente en las hostilidades, hostilidades en el contexto de las cuales se dice haber cometido el hecho supuestamente ilícito. Si la respuesta a esta pregunta es negativa, la víctima goza de la protección de las proscripciones contenidas en el Artículo 3 común*”¹²⁸. En consecuencia, la determinación del carácter civil de una persona o de una población depende de un análisis de los hechos específicos frente a los cuales se invoca dicha condición, más que de la mera invocación de su *status* legal en abstracto¹²⁹, y teniendo en cuenta que –según

¹²⁶ En términos de la Comisión: “El objetivo básico del artículo 3 común es disponer de ciertas normas legales mínimas que se puedan aplicar en el curso de hostilidades para proteger a las personas que no tomaron, o que ya no toman parte directa o activa en las hostilidades. Las personas que tienen derecho a la protección que legalmente les confiere el artículo 3 común, incluyen a los miembros del gobierno y de las fuerzas disidentes que se rinden, son capturados o están fuera de combate (*hors de combat*). De igual modo, los civiles están protegidos por las garantías del artículo 3 común, cuando son capturados o de alguna otra manera quedan sujetos a la autoridad de un adversario, incluso aunque hayan militado en las filas de la parte opositora.”

¹²⁷ Traducción informal: “*Where the charges are specifically based on Common Article 3, it is necessary to show that the violations were committed against persons not directly involved in the hostilities.*” Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Tihomir Blaskic**, sentencia del 3 de marzo del 2000.

¹²⁸ Traducción informal: “*whether, at the time of the alleged offence, the alleged victim of the proscribed acts was directly taking part in hostilities, being those hostilities in the context of which the alleged offences are said to have been committed. If the answer to that question is negative, the victim will enjoy the protection of the proscriptions contained in Common Article 3*”. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, **Caso del Fiscal v. Dusko Tadic**, No. IT-94-1-AR72, decisión de la Sala de Apelaciones sobre su propia jurisdicción, 2 de octubre de 1995, par. 70. Reiterado en el caso del **Fiscal vs. Sefer Halilovic**, sentencia del 16 de noviembre de 2005.

¹²⁹ Afirmó el Tribunal que “las conclusiones basadas en este criterio dependerán de un análisis de los hechos más que del derecho” [Traducción informal: “The conclusions grounded on this criterion will depend on an analysis of the facts rather than the law.” Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Tihomir Blaskic**, sentencia del 3 de marzo del 2000. Esta regla de apreciación fáctica para determinar el status de civil, no se aplica en relación con los miembros de las Fuerzas Armadas, quienes no pierden su condición de partícipes activos en las hostilidades por el hecho de no encontrarse en situación de combate en un momento determinado. Así lo ha explicado la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, al precisar que la regla según la cual la situación específica de la víctima al momento de los hechos debe tomarse en cuenta al determinar su status como civil, no debe prestarse a malentendidos en el sentido de adscribir esta categoría a los miembros de las Fuerzas Armadas por el hecho de no encontrarse combatiendo en un momento determinado. En términos del Tribunal: “Sin embargo, la postura de la Sala de Decisión según la cual la situación específica de la víctima al momento de la comisión de los crímenes debe ser tenida en cuenta al determinar su posición de civil, puede prestarse a malentendidos. El Comentario del CICR es ilustrativo en este punto y establece: Todos los miembros de las fuerzas armadas son combatientes, y solamente los miembros de las fuerzas armadas son combatientes. Ello debería descartar, por lo tanto, la noción de cuasi-combatientes, que a veces se ha utilizado basada en actividades que se relacionan más o menos directamente con los esfuerzos bélicos. En forma similar, cualquier noción de un status de tiempo parcial, de un status semi-civil y semi-militar, de soldado de noche y ciudadano pacífico de día, también desaparece. Un civil que se incorpora a una organización armada (...) se convierte en un miembro del aparato

se señaló anteriormente- la noción de “hostilidades”, al igual que la de “conflicto armado”, trasciende el momento y lugar específicos de los combates, para aplicarse según los criterios geográficos y temporales que demarcan la aplicación del Derecho Internacional Humanitario.¹³⁰

3.3.2.2. “Población civil”

Una población se considera como “población civil” si su naturaleza es predominantemente civil.¹³¹ La noción de “población civil” comprende a todas las personas civiles individualmente consideradas.¹³² La presencia entre la población civil de miembros de las fuerzas armadas o de grupos armados irregulares, de personas puestas fuera de combate, de personas activamente involucradas en el conflicto o de cualquier otra persona que no quede amparada por la definición de “civil”, no altera el carácter civil de dicha población.¹³³ *“No es necesario que todos y cada uno de los miembros de esa*

militar y en combatiente durante la duración de las hostilidades (o, en cualquier caso, hasta que haya sido permanentemente desmovilizado por el comando responsable...), sea que se encuentre o no en combate, o por ese momento armado. (...) En consecuencia, la situación específica de la víctima al momento de la comisión de los crímenes puede no ser determinante de su estatus de civil o no civil. Si es, en efecto, un miembro de una organización armada, el hecho de que se encuentre o no armado o en combate al momento de la comisión de los crímenes no le atribuye el status de civil” [Traducción informal: “However, the Trial Chamber’s view that the specific situation of the victim at the time the crimes were committed must be taken into account in determining his standing as a civilian may be misleading. The ICRC Commentary is instructive on this point and states: All members of the armed forces are combatants, and only members of the armed forces are combatants. This should therefore dispense with the concept of quasi-combatants, which has sometimes been used on the basis of activities related more or less directly with the war effort. Similarly, any concept of a part-time status, a semi-civilian, semi-military status, soldier by night and peaceful citizen by day, also disappears. A civilian who is incorporated in an armed organization such as that mentioned in paragraph 1, becomes a member of the military and a combatant throughout the duration of the hostilities (or in any case, until he is permanently demobilized by the responsible command referred to in paragraph 1), whether or not he is in combat, or for the time being armed. (...) As a result, the specific situation of the victim at the time the crimes are committed may not be determinative of his civilian or non-civilian status. If he is indeed a member of an armed organization, the fact that he is not armed or in combat at the time of the commission of crimes, does not accord him civilian status”. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Tihomir Blaskic**, sentencia de la Sala de Apelaciones del 29 de junio de 2004.”]

¹³⁰ Ver, a este respecto, el caso del **Fiscal vs. Sefer Halilovic**, sentencia del 16 de noviembre de 2005

¹³¹ Ver a este respecto los casos del **Fiscal vs. Blagojevic y Jokic**, sentencia del 17 de enero de 2005, y del **Fiscal vs. Dario Kordic y Mario Cerkez**, sentencia del 26 de febrero de 2001.

¹³² Ver la Sistematización del CICR, Norma 5: “Son personas civiles quienes no son miembros de las fuerzas armadas. La población civil comprende a todas las personas civiles.”

¹³³ “La presencia de combatientes individuales entre la población no cambia su carácter civil”. [Traducción informal: “The presence of individual combatants within the population does not change its civilian character.”] Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Stanislav Galic**, sentencia del 5 de diciembre de 2003, reiterado en el caso de

Fiscal vs. Blagojevic y Jokic, sentencia del 17 de enero de 2005. **Ver igualmente el caso Blaskic**: “‘la presencia dentro de la población civil de individuos que no encuentran bajo la definición de civiles no priva a tal población de su carácter civil’ (...) Finalmente, puede concluirse que la presencia de soldados dentro de una población civil atacada intencionalmente no altera la naturaleza civil de esa población” [Traducción informal: “[t]he presence within the civilian population of individuals who do not come within the definition of civilians does not deprive the population of its civilian character”. (...) Finally, it can be concluded that the presence of soldiers within an intentionally targeted civilian population does not alter the civilian nature of that population”. Caso del **Fiscal vs. Tihomir Blaskic**, sentencia del 3 de marzo del 2000], y el caso **Kupreskic**: “la presencia de quienes están activamente involucrados en el conflicto no debe impedir la caracterización de una población como civil” [Traducción informal: “the presence of those actively involved in the conflict should not prevent the characterization of a population as civilian”. Caso del **Fiscal vs. Zoran Kupreskic y otros**, sentencia del 14 de enero de 2000]. La Sala de Apelaciones del tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia ha precisado que la regla según la cual la presencia de soldados dentro de una población civil no altera su naturaleza como tal, debe ser apreciada teniendo en cuenta el número de soldados, así como si están en licencia o si se encuentran permanentemente asentados en medio de la población; así, en el caso Blaskic se explicó: “La Sala de Decisión también afirmó que la ‘presencia de soldados dentro de una

*población sean civiles – es suficiente con que sea de naturaleza predominantemente civil, y puede incluir, por ejemplo, individuos puestos fuera de combate”.*¹³⁴

Por otra parte, a nivel de derecho consuetudinario cuando las personas civiles o fuera de combate asumen una participación directa en las hostilidades, pierden las garantías provistas por el principio de distinción¹³⁵, únicamente durante el tiempo que dure su participación en el conflicto.¹³⁶ Así lo establece a nivel convencional el artículo 13-3 del Protocolo Adicional II, en virtud del cual *“las personas civiles gozarán de la protección que confiere este Título, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación.”*

3.3.3. “Personas fuera de combate” en tanto “no combatientes”

población civil intencionalmente atacada no altera la naturaleza civil de esa población’. El Comentario del CICR en este punto dispone: ...en tiempos de guerra es inevitable que individuos que pertenecen a la categoría de combatientes se entremezclen con la población civil, por ejemplo, soldados de licencia visitando a sus familias. Sin embargo, siempre y cuando éstas no sean unidades regulares con números significativamente altos, ello no cambia de ninguna manera el carácter civil de una población. Por lo tanto, para efectos de determinar si la presencia de soldados dentro de una población civil priva a la población de su carácter civil, el número de soldados, así como si se encuentran en licencia, debe ser examinado.” [Traducción informal: “*The Trial Chamber also stated that the “presence of soldiers within an intentionally targeted civilian population does not alter the civilian nature of that population.” The ICRC Commentary on this point states: ...in wartime conditions it is inevitable that individuals belonging to the category of combatants become intermingled with the civilian population, for example, soldiers on leave visiting their families. However, provided that these are not regular units with fairly large numbers, this does not in any way change the civilian character of a population. Thus, in order to determine whether the presence of soldiers within a civilian population deprives the population of its civilian character, the number of soldiers, as well as whether they are on leave, must be examined*”. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Tihomir Blaskic**, sentencia de la Sala de Apelaciones del 29 de junio de 2004.] Idéntica regla fue reiterada en los casos del **Fiscal vs. Radoslav Brdjanin**, sentencia del 1º de septiembre de 2004, y del **Fiscal vs. Dario Kordic y Mario Cerkez**, sentencia del 26 de febrero de 2001.

¹³⁴ Traducción informal: “It is not required that every single member of that population be a civilian – it is enough if it is predominantly civilian in nature, and may include, e.g., individuals *hors de combat*.” [351 Jelisić Trial Judgement, para. 54; Blaškić Appeal Judgement, paras 111-113. For ICTR jurisprudence, see Akayesu Trial Judgement, para. 582; Kayishema Trial Judgement, para. 128.]” Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Radoslav Brdjanin**, sentencia del 1º de septiembre de 2004.

¹³⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso “La Tablada” – Informe No. 55/97, Caso No. 11.137 - Juan Carlos Abella vs. Argentina, 18 de noviembre de 1997: “...Concretamente, cuando civiles como los que atacaron el cuartel de La Tablada, asumen el papel de combatientes al participar directamente en el combate, sea en forma individual o como integrantes de un grupo, se convierten en objetivos militares legítimos. En tal condición, están sujetos al ataque directo individualizado en la misma medida que los combatientes. Por consiguiente, en virtud de sus actos hostiles, los atacantes de La Tablada perdieron los beneficios de las precauciones antes mencionadas en cuanto al ataque y contra los efectos de ataques indiscriminados o desproporcionados, acordados a los civiles en actitud pacífica. En contraposición, esas normas del Derecho humanitario siguen aplicándose plenamente con respecto a los civiles pacíficos presentes o residentes en los alrededores del cuartel de La Tablada, al momento de ocurrir las hostilidades”. Ver en el mismo sentido la Regla 6 de la Sistematización del CICR: “Las personas civiles gozan de protección contra los ataques, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación”.

¹³⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso “La Tablada” – Informe No. 55/97, Caso No. 11.137 - Juan Carlos Abella vs. Argentina, 18 de noviembre de 1997: “...La Comisión desea hacer hincapié, sin embargo, en que las personas que participaron en el ataque contra el cuartel eran objetivos militares legítimos solo durante el tiempo que duró su participación activa en el conflicto. Los que se rindieron, fueron capturados o heridos y cesaron los actos hostiles, cayeron efectivamente en poder de los agentes del Estado argentino, quienes, desde un punto de vista legal, ya no podían atacarlos o someterlos a otros actos de violencia. Por el contrario, eran absolutamente acreedores a las garantías irrevocables de trato humano estipuladas en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra y en el artículo 5 de la Convención Americana. El mal trato intencional, y mucho más la ejecución sumaria, de esas personas heridas o capturadas, constituiría una violación particularmente grave de esos instrumentos.”

La protección establecida por el principio de distinción cobija no solamente a las personas civiles, sino también, dentro de la categoría más amplia de “no combatientes”, a las personas que habiendo participado en las hostilidades, han sido puestas fuera de combate por (i) estar en poder de otro actor armado en el conflicto, (ii) no poder defenderse en razón de estar inconscientes, haber naufragado, estar heridas o estar enfermas, o (iii) haber expresado en forma clara su intención de rendirse, absteniéndose de actos hostiles y de intentos de evasión. La protección de las personas que fuera de combate está prevista en el Artículo 3 Común de las Convenciones de Ginebra y en el artículo 7 del Protocolo Adicional II¹³⁷, y además es una norma de derecho internacional consuetudinario¹³⁸ que ha sido aplicada en tanto tal por los Tribunales Penales para Ruanda y Yugoslavia, los cuales han explicado que en el marco de conflictos armados internos, la protección provista por el Artículo 3 Común a las Convenciones de Ginebra (que tiene carácter consuetudinario) ampara, en general, a las personas que por una razón u otra, incluyendo las que se acaban de enumerar, ya no estaban directamente involucradas en los combates.¹³⁹

Al igual que en el caso de los “civiles”, cuando las personas fuera de combate asumen una participación directa en las hostilidades, pierden las garantías

¹³⁷ Artículo 7: “1. Todos los heridos, enfermos y náufragos, hayan o no tomado parte en el conflicto armado, serán respetados y protegidos. // 2. En toda circunstancia serán tratados humanamente y recibirán, en la medida de lo posible y en el plazo más breve, los cuidados médicos que exija su estado. No se hará entre ellos distinción alguna que no esté basada en criterios médicos.”

¹³⁸ En palabras del Tribunal, “el Artículo 3 Común de los Convenios de Ginebra dispone 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.*’ El que estas personas están protegidas durante los conflictos armados refleja un principio de derecho internacional consuetudinario [Traducción informal: “*Common Article 3 of the Geneva Conventions provides that “Persons taking no active part in the hostilities, including members of armed forces who have laid down their arms and those placed hors de combat by sickness, wounds, detention, or any other cause, shall in all circumstances be treated humanely, without any adverse distinction founded on race, colour, religion or faith, sex, birth or wealth, or any other similar criteria.” That these persons are protected in armed conflicts reflects a principle of customary international law*”. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Tihomir Blaskic**, sentencia de la Sala de Apelaciones del 29 de junio de 2004.] En igual sentido, ver la Sistematización del CICR, Norma 47: “*Queda prohibido atacar a una persona cuando se reconozca que está fuera de combate. Está fuera de combate toda persona: (a) que está en poder de una parte adversa; (b) que no puede defenderse porque está inconsciente, ha naufragado o está herida o enferma; o (c) que exprese claramente su intención de rendirse; siempre que se abstenga de todo acto hostil y no trate de evadirse.*”

¹³⁹ Esta regla fue sintetizada así por el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia en el caso Blaskic: “...el Artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, cuya naturaleza consuetudinaria fue reconocida, en particular, por la Sala de Apelaciones en la decisión Tadic, protege no solamente a las personas que no toman parte activa en las hostilidades sino también a los miembros de las fuerzas armadas que han depuesto sus armas y a las personas puestas fuera de combate por enfermedad, heridas, captura o cualquier otra causa. Más aún, la Sala de Decisión I del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, que decidió sobre el caso Akayesu, se basó en esta disposición para clasificar como civiles en el sentido del Artículo 3 del Estatuto del Tribunal a personas que por una u otra razón ya no estaban involucradas directamente en los combates” [Traducción informal: “*In this spirit, it is appropriate to state that Article 3 common to the Geneva Conventions, whose customary nature was recognised, in particular, by the Appeals Chamber in the Tadic Appeal Decision, protects not only persons taking no active part in the hostilities but also members of armed forces who have laid down their arms and persons placed hors de combat by sickness, wounds, detention or any other cause. Moreover, Trial Chamber I of the ICTR which heard the Akayesu case relied on this provision to classify as civilians within the meaning of Article 3 of the ICTR Statute persons who for one reason or another were no longer directly involved in fighting*”. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Tihomir Blaskic**, sentencia del 3 de marzo del 2000.

provistas por el principio de distinción¹⁴⁰, únicamente durante el tiempo que dure su participación en el conflicto.¹⁴¹

3.4. Contenido complejo del principio de distinción

El principio de distinción es de naturaleza compleja, y se compone de varias sub-reglas que, individualmente consideradas, comparten con el principio básico la naturaleza simultánea de normas convencionales y normas consuetudinarias de derecho internacional humanitario aplicables a conflictos armados internos, además de ser en varios casos normas de *ius cogens* en sí mismas. Las distintas sub-reglas que componen el principio de distinción han sido consagradas desde los primeros instrumentos de codificación del derecho de la guerra, incluyendo la Declaración de San Petersburgo de 1868¹⁴², la Declaración de Bruselas de 1874¹⁴³, los Convenios de La Haya¹⁴⁴ y numerosos otros textos¹⁴⁵, hasta alcanzar su formulación cristalizada y concisa en los Protocolos Adicionales de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949, tal y como se han complementado por el derecho consuetudinario aplicable a los conflictos armados internos. Estas reglas son principalmente las siguientes: (1) la prohibición de dirigir ataques contra la población civil, (2) la prohibición de desarrollar acciones orientadas a aterrorizar a la población civil, (3) las reglas relativas a la distinción entre bienes civiles y objetivos militares, (4) la prohibición de ataques indiscriminados y de armas de efectos indiscriminados, (5) la prohibición de atacar las condiciones básicas de supervivencia de la población civil, y (6) la prohibición de atacar a las personas puestas fuera de

¹⁴⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso “La Tablada” – Informe No. 55/97, Caso No. 11.137 - Juan Carlos Abella vs. Argentina, 18 de noviembre de 1997: “*Concretamente, cuando civiles como los que atacaron el cuartel de La Tablada, asumen el papel de combatientes al participar directamente en el combate, sea en forma individual o como integrantes de un grupo, se convierten en objetivos militares legítimos. En tal condición, están sujetos al ataque directo individualizado en la misma medida que los combatientes. Por consiguiente, en virtud de sus actos hostiles, los atacantes de La Tablada perdieron los beneficios de las precauciones antes mencionadas en cuanto al ataque y contra los efectos de ataques indiscriminados o desproporcionados, acordados a los civiles en actitud pacífica. En contraposición, esas normas del Derecho humanitario siguen aplicándose plenamente con respecto a los civiles pacíficos presentes o residentes en los alrededores del cuartel de La Tablada, al momento de ocurrir las hostilidades*”.

¹⁴¹ COMISION INTERAMERICANA, CASO LA TABLADA: “...La Comisión desea hacer hincapié, sin embargo, en que las personas que participaron en el ataque contra el cuartel eran objetivos militares legítimos solo durante el tiempo que duró su participación activa en el conflicto. Los que se rindieron, fueron capturados o heridos y cesaron los actos hostiles, cayeron efectivamente en poder de los agentes del Estado argentino, quienes, desde un punto de vista legal, ya no podían atacarlos o someterlos a otros actos de violencia. Por el contrario, eran absolutamente acreedores a las garantías irrevocables de trato humano estipuladas en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra y en el artículo 5 de la Convención Americana. El mal trato intencional, y mucho más la ejecución sumaria, de esas personas heridas o capturadas, constituiría una violación particularmente grave de esos instrumentos.”

¹⁴² El preámbulo de la Declaración de San Petersburgo de 1868 dispone que las necesidades de la guerra deben ceder ante los requerimientos de la humanidad, y que el debilitamiento de las fuerzas militares del enemigo debe ser el único objeto legítimo perseguido por los Estados durante la guerra.

¹⁴³ La Declaración de Bruselas de 1874 dispone en sus artículos 15 al 18 que las residencias o albergues civiles son inmunes a los ataques.

¹⁴⁴ Ver, específicamente, las Regulaciones sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre (Art. 25) en el Anexo a la Convención IV de La Haya de 1907 sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre; y la Convención IX de La Haya sobre Bombardeo por Fuerzas Navales en Tiempo de Guerra (Art. 1). El art. 25 de la Convención IV de La Haya establece que el ataque mediante bombardeos o cualesquiera otros medios de pueblos, poblados, residencias o edificios se encuentra prohibido.

¹⁴⁵ Se pueden citar, a título meramente ilustrativo, los siguientes instrumentos: (i) las Reglas para la Guerra Aérea de La Haya de 1923 (arts. 22 y 24); (ii) la Resolución de la Asamblea de la Liga de Naciones del 30 de septiembre de 1928; (iii) las Resoluciones 2444 (XXIII) del 9 de diciembre de 1968 y 2675 (XXV) del 9 de diciembre de 1970 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

combate. Por su parte, son consuetudinarias las definiciones de los conceptos básicos que componen cada una de estas reglas, como se explicará a continuación. Estas reglas se encuentran interrelacionadas, se refuerzan mutuamente y contribuyen en su conjunto a la protección de la población civil y no combatiente víctima de las confrontaciones armadas no internacionales. Por la importancia del principio de distinción para la resolución del caso presente, la Corte reseñará brevemente el contenido de cada una de estas sub-reglas.

3.4.1. La prohibición de dirigir ataques contra la población civil.

El artículo 13-2 del Protocolo Adicional II establece: “*No serán objeto de ataque la población civil como tal, ni las personas civiles.*”¹⁴⁶ Además, la prohibición de ataques dirigidos contra la población civil como tal o contra individuos civiles constituye, según el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el Comité Internacional de la Cruz Roja, una norma de derecho internacional consuetudinario aplicable a todo tipo de conflictos armados.¹⁴⁷ En términos del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, “*de conformidad con los principios de distinción y protección de la población civil, solamente se puede atacar lícitamente los objetivos militares*”¹⁴⁸.

La prohibición de dirigir ataques contra la población civil también ha sido categorizada a nivel internacional como una norma fundamental, básica o imperativa de Derecho Internacional, adjetivos que para la Corte Constitucional confirman su naturaleza autónoma de norma de *ius cogens*. La prohibición de dirigir ataques contra la población civil ha sido clasificada expresamente por el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia como una norma **imperativa** de derecho internacional¹⁴⁹, como una regla **fundamental** de derecho internacional -al afirmar que “*la norma según la cual la población civil como tal, así como los individuos civiles, no serán objeto de ataques, es*

¹⁴⁶ El artículo 13-2 fue adoptado por consenso durante el proceso de negociación y aprobación del texto del Protocolo. Hay una disposición igual en el artículo 51(2) del Protocolo Adicional I, aplicable a los conflictos armados internacionales.

¹⁴⁷ El Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia ha sostenido que “la prohibición de atacar civiles (...) refleja el derecho internacional consuetudinario” [Traducción informal: “the prohibition of attack on civilians embodied in the above-mentioned provisions reflects customary international law.” Caso del **Fiscal vs. Stanislav Galic**, sentencia del 5 de diciembre de 2003]. En el mismo sentido, ver la *Sistematización del CICR, Norma 1*: “*Los ataques sólo podrán dirigirse contra combatientes. Los civiles no deben ser atacados.*” En términos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: “Además del artículo 3 común, los principios del derecho consuetudinario aplicables a todos los conflictos armados exigen que las partes contendientes se abstengan de atacar directamente a la población civil y a civiles en forma individual, y que al fijar sus objetivos distingan entre los civiles y los combatientes y otros objetivos militares legítimos” - Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso “La Tablada” – Informe No. 55/97, Caso No. 11.137 - Juan Carlos Abella vs. Argentina, 18 de noviembre de 1997.

¹⁴⁸ Traducción informal: “in accordance with the principles of distinction and protection of the civilian population, only military objectives may be lawfully attacked”. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Stanislav Galic**, sentencia del 5 de diciembre de 2003.

¹⁴⁹ En términos del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, “la prohibición del terror es una prohibición específica dentro de la prohibición general de atacar a los civiles. La prohibición general es una norma perentoria de derecho internacional consuetudinario” [Traducción informal: “the prohibition against terror is a specific prohibition within the general prohibition of attack on civilians. The general prohibition is a peremptory norm of customary international law.” Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Stanislav Galic**, sentencia del 5 de diciembre de 2003.

una regla fundamental de derecho internacional humanitario aplicable a todos los conflictos armados”¹⁵⁰-, y como una “**prohibición absoluta**” de naturaleza consuetudinaria, cuya violación no se justifica en ningún caso, y contra la cual no es válido invocar motivos de necesidad militar¹⁵¹, además de afirmar que la comisión de ataques contra la población civil o contra individuos civiles transgrede en forma grave un **principio cardinal** del derecho internacional humanitario.¹⁵² La Asamblea General de las Naciones Unidas, por su parte, lo ha afirmado como uno de los principios humanitarios **básicos** aplicables a todos los conflictos armados en distintas resoluciones, en el sentido de “*que está prohibido lanzar ataques contra la población civil como tal*”¹⁵³, que “*las poblaciones civiles como tales no deberán ser objeto de operaciones militares*”¹⁵⁴, que “*las poblaciones civiles o las personas que las componen no deberán ser objeto de represalias, traslados forzosos u otros ataques contra su integridad*”¹⁵⁵, y que “*los lugares o zonas designadas al*

¹⁵⁰ Traducción informal: “*the rule that the civilian population as such, as well as individual civilians, shall not be the object of attack, is a fundamental rule of international humanitarian law applicable to all armed conflicts*”. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal v. Martić**, 8 de marzo de 1996. En el mismo sentido: “La prohibición de los ataques contra los civiles se deriva de un principio fundamental de derecho internacional humanitario, el principio de distinción, que obliga a las partes en conflicto a distinguir en todo momento entre la población civil y los combatientes, y entre los objetos civiles y los objetivos militares, y en consecuencia dirigir sus operaciones únicamente contra objetivos militares.” [Traducción informal: “*The prohibition against attacking civilians stems from a fundamental principle of international humanitarian law, the principle of distinction, which obliges warring parties to distinguish at all times between the civilian population and combatants and between civilian objects and military objectives and accordingly to direct their operations only against military objectives*”. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Stanislav Galic**, sentencia del 5 de diciembre de 2003.]

¹⁵¹ En este sentido, la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia expresamente rectificó lo decidido en una sentencia de instancia sujeta a su revisión, precisando que la necesidad militar en ningún caso puede justificar un ataque contra civiles: “la Sala de Apelaciones considera necesario rectificar la afirmación de la Sala de Decisión (...) de acuerdo con la cual ‘atacar a los civiles o bienes civiles es un delito cuando no se justifica por necesidad militar’. La Sala de Apelaciones enfatiza que existe una prohibición absoluta de los ataques contra civiles en el derecho internacional consuetudinario”. [Traducción informal: 109. Before determining the scope of the term “civilian population,” the Appeals Chamber deems it necessary to rectify the Trial Chamber’s statement, contained in paragraph 180 of the Trial Judgement, according to which ‘[t]argeting civilians or civilian property is an offence when not justified by military necessity.’ The Appeals Chamber underscores that there is an absolute prohibition on the targeting of civilians in customary international law.” Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Tihomir Blaskić**, sentencia de la Sala de Apelaciones del 29 de junio de 2004]. Esta regla se reiteró en los casos del **Fiscal vs. Blagojević y Jokić**, sentencia del 17 de enero de 2005; **Fiscal vs. Stanislav Galic**, sentencia del 5 de diciembre de 2003; y **Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros**, sentencia del 30 de noviembre de 2005. En idéntico sentido, ver el caso **Kupreskić**: “La protección de los civiles en tiempos de conflicto armado, sea internacional o interno, es el basamento del derecho humanitario moderno. (...) En efecto, hoy en día es un principio universalmente reconocido, recientemente reafirmado por la Corte Internacional de Justicia, que los ataques deliberados sobre los civiles o sobre bienes civiles están absolutamente prohibidos por el derecho internacional humanitario” [Traducción informal: “*The protection of civilians in time of armed conflict, whether international or internal, is the bedrock of modern humanitarian law. (...) Indeed, it is now a universally recognised principle, recently restated by the International Court of Justice, that deliberate attacks on civilians or civilian objects are absolutely prohibited by international humanitarian law*”. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Zoran Kupreskić y otros**, sentencia del 14 de enero de 2000.]

¹⁵² “El acto de convertir a la población civil o a civiles individuales en el objetivo de un ataque (...) resultante en la muerte o en lesiones a civiles, transgrede un principio cardinal de derecho internacional humanitario” [Traducción informal: “*The act of making the civilian population or individual civilians the object of attack (...), resulting in death or injury to civilians, transgresses a core principle of international humanitarian law*”. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Stanislav Galic**, sentencia del 5 de diciembre de 2003].

¹⁵³ AGNU, Resolución 2444 (XXIII), 19 de diciembre de 1968, sobre respeto de los derechos humanos en conflictos armados (adoptada por unanimidad).

¹⁵⁴ AGNU, Resolución 2675 (1970), sobre Principios Básicos para la protección de las poblaciones civiles en los conflictos armados, adoptada por unanimidad.

¹⁵⁵ AGNU, Resolución 2675 (1970), sobre Principios Básicos para la protección de las poblaciones civiles en los conflictos armados, adoptada por unanimidad.

solo efecto de proteger a los civiles, como las zonas de hospitales o refugios análogos, no deberán ser objeto de operaciones militares”¹⁵⁶. El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ha reafirmado la prohibición de atacar a la población civil en distintas resoluciones sobre la protección de los civiles durante los conflictos armados tanto internos como internacionales, condenando en términos estrictos sus violaciones. Así, en la Resolución 1265 del 17 de septiembre de 1999 el Consejo de Seguridad “*condena enérgicamente los ataques deliberados contra la población civil en situaciones de conflicto armado, así como los ataques contra objetos protegidos por el derecho internacional, y hace un llamamiento a todas las partes para que pongan fin a esa clase de prácticas*”, instándolas a cumplir con sus obligaciones bajo el Derecho Internacional Humanitario y declarando “*que está dispuesto a afrontar las situaciones de conflicto armado en que la población civil es objeto de ataques o la asistencia humanitaria destinada a ella es obstaculizada deliberadamente, en particular considerando la adopción de medidas apropiadas a disposición del Consejo de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*”. Posteriormente, en la Resolución 1296 del 19 de abril de 2000, el Consejo de Seguridad reafirmó “*que condena enérgicamente los ataques dirigidos deliberadamente contra los civiles u otras personas protegidas en situaciones de conflicto armado y hace un llamamiento a todas las partes para que pongan fin a esas prácticas*”; observó que “*los ataques dirigidos deliberadamente contra las poblaciones civiles u otras personas protegidas y las violaciones sistemáticas, manifiestas y generalizadas del derecho internacional humanitario y del derecho internacional relativo a los derechos humanos en situaciones de conflicto armado pueden constituir una amenaza para la paz y la seguridad internacionales y, a este respecto, reafirma que está dispuesto a examinar esas situaciones y, cuando sea necesario, imponer medidas adecuadas*”; y reafirmó “*que condena todas las actividades de incitación a la violencia contra los civiles en situaciones de conflicto armado*”, y “*que es necesario hacer comparecer ante la justicia a quienes inciten a esa violencia o la provoquen por otros medios*”. Más recientemente, en la Resolución 1674 del 28 de abril de 2006, el Consejo de Seguridad reafirmó “*que las partes en los conflictos armados tienen la responsabilidad primordial de adoptar todas las medidas posibles para asegurar la protección de los civiles afectados*”, recordó “*que los ataques dirigidos deliberadamente contra los civiles u otras personas protegidas en situaciones de conflicto armado constituyen una violación flagrante del derecho internacional humanitario*”, condenó “*en los términos más enérgicos esas prácticas*” y exigió “*que todas las partes les pongan término de inmediato*”. El Consejo de Seguridad también ha condenado explícitamente, en numerosas oportunidades, la realización de ataques contra la población civil, cometidos en el marco de conflictos armados específicos tanto internos como internacionales en diferentes países.¹⁵⁷

¹⁵⁶ AGNU, Resolución 2675 (1970), sobre Principios Básicos para la protección de las poblaciones civiles en los conflictos armados, adoptada por unanimidad.

¹⁵⁷ Ha condenado enfáticamente este tipo de crímenes en distintas resoluciones adoptadas en relación con los conflictos armados en **Libano** [Resolución 564 del 31 de mayo de 1985; Resolución 1052 del 18 de abril de 1996], **Bosnia y Herzegovina** [Resolución 771 del 13 de agosto de 1992; Resolución 819 del 16 de abril de 1993; Resolución 913 del 22 de abril de 1994; Resolución 998 del 16 de junio de 1995], **Somalia** [Resolución

Los ataques proscritos por la prohibición son aquellos en los que la población civil es el objetivo primario del ataque.¹⁵⁸ Para efectos de determinar si los ataques han sido dirigido efectivamente contra una población civil, la jurisprudencia internacional ha tenido en cuenta factores tales como: los medios y métodos utilizados en el curso del ataque, el número y el status de las víctimas, la naturaleza de los crímenes cometidos durante el ataque, la resistencia a los atacantes durante el avance, y la medida en la cual la fuerza atacante cumplió o intentó cumplir con el principio de precaución del Derecho Internacional Humanitario.¹⁵⁹ No es necesario que el ataque sea dirigido contra la totalidad de la población civil de la entidad geográfica en la que ocurren los hechos; pero sí debe probarse que el ataque no se dirigió contra un número limitado de individuos.¹⁶⁰ *“No es necesario que todos y cada uno de los miembros de esa población sean civiles – es suficiente con que sea de naturaleza predominantemente civil, y puede incluir, por ejemplo, individuos puestos fuera de combate”*.¹⁶¹

La violación de las normas convencionales y consuetudinarias de derecho internacional humanitario que proscriben los ataques contra la población civil, genera responsabilidad penal individual.¹⁶² Así, los ataques contra la

794 del 3 de diciembre de 1992], **Azerbaiján** [Resolución 853 del 29 de julio de 1993], **los territorios ocupados de Palestina** [Resolución 904 del 18 de marzo de 1994; Resolución 1073 del 28 de septiembre de 1996], **Ruanda** [Resolución 912 del 21 de abril de 1994; Resolución 918 del 17 de mayo de 1994; Resolución 925 del 8 de junio de 1994; Resolución 929 del 22 de junio de 1994; Resolución 935 del 1 de julio de 1994; Resolución 978 del 27 de febrero de 1995; Resolución 1161 del 9 de abril de 1998], **Liberia** [Resolución 950 del 21 de octubre de 1994; Resolución 1001 del 30 de junio de 1995; Resolución 1041 del 29 de enero de 1996]; **Georgia** [Resolución 993 del 12 de mayo de 1995], **Croacia** [Resolución 1019 del 9 de noviembre de 1995]; **Burundi** [Resolución 1049 del 5 de marzo de 1996; Resolución 1072 del 30 de agosto de 1996]; **Afganistán** [Resolución 1076 del 22 de octubre de 1996]; **Tayikistán** [Resolución 1089 del 13 de diciembre de 1996]; y **Sierra Leona** [Resolución 1181 del 13 de julio de 1998].

¹⁵⁸ Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Radoslav Brdjanin**, sentencia del 1º de septiembre de 2004.

¹⁵⁹ “Para efectos de determinar si puede decirse que un ataque se dirigió contra una población civil, los medios y métodos utilizados en el curso del ataque pueden ser examinados, el número y el status de las víctimas, la naturaleza de los crímenes cometidos durante su desarrollo, la resistencia a los asaltantes en ese momento, y el grado en el cual puede decirse que la fuerza atacante que cumplió o intentó cumplir con los requisitos de precaución de las leyes de la guerra” [Traducción informal: *“In order to determine whether the attack may be said to have been directed against a civilian population, the means and methods used in the course of the attack may be examined, the number and status of the victims, the nature of the crimes committed in its course, the resistance to the assailants at the time and the extent to which the attacking force may be said to have complied or attempted to comply with the precautionary requirements of the laws of war”*]. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Radoslav Brdjanin**, sentencia del 1º de septiembre de 2004.

¹⁶⁰ En palabras del Tribunal, “tampoco es necesario que toda la población civil de la entidad geográfica en la que tiene lugar el ataque sea el objetivo del mismo. Sin embargo, debe probarse que el ataque no se dirigió contra un número limitado y seleccionado aleatoriamente de individuos” [Traducción informal: *“It is also not necessary that the entire civilian population of the geographical entity in which the attack is taking place be targeted by the attack. It must, however, be shown that the attack was not directed against a limited and randomly selected number of individuals.”*] Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Radoslav Brdjanin**, sentencia del 1º de septiembre de 2004.

¹⁶¹ Traducción informal: “It is not required that every single member of that population be a civilian – it is enough if it is predominantly civilian in nature, and may include, *e.g.*, individuals *hors de combat*.” [351 *Jelisić* Trial Judgement, para. 54; *Blaškić* Appeal Judgement, paras 111-113. For ICTR jurisprudence, see *Akayesu* Trial Judgement, para. 582; *Kayishema* Trial Judgement, para. 128.”] Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Radoslav Brdjanin**, sentencia del 1º de septiembre de 2004.

¹⁶² “La Sala de Apelaciones ha sostenido que ‘el derecho internacional consuetudinario impone responsabilidad penal por las violaciones serias del Artículo 3 Común, tal y como las complementan otros principios generales y reglas sobre la protección de las víctimas de conflictos armados internos, y por violar

población civil pueden constituir crímenes de guerra bajo el derecho internacional humanitario convencional y consuetudinario aplicable a los conflictos armados internos. El Estatuto de la Corte Penal Internacional tipifica los ataques contra la población civil como crímenes de guerra en conflictos armados internacionales y no internacionales. Así, de conformidad con el artículo 8, los crímenes de guerra en conflictos armados internos incluyen “(e) otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido del derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes: i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil como tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades”. De acuerdo con el Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, la prohibición de los ataques contra la población civil y sus elementos constitutivos son aplicables tanto en los conflictos armados internacionales como en los internos, y su violación constituye un crimen de guerra en ambos tipos de escenario.¹⁶³ Los ataques intencionales contra la población civil, o contra civiles individuales que no participan directamente en las hostilidades, han sido tipificados en el Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona (art. 4-a) como violaciones serias del derecho internacional sujetas a la jurisdicción de tal Corte. También se encuentran tipificados como crímenes de guerra en el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de la Comisión de Derecho Internacional de 1996¹⁶⁴. Por otra parte, si están dadas las condiciones específicas, la jurisprudencia internacional ha sostenido que en el marco de conflictos armados, los ataques dirigidos contra civiles, así como los ataques indiscriminados contra poblaciones civiles, pueden constituir crímenes de lesa humanidad, de conformidad con el derecho internacional consuetudinario, en particular los crímenes de persecución o exterminio.¹⁶⁵

ciertos principios y reglas fundamentales relativos a los medios y métodos de combate en las guerras civiles [Decisión sobre la Jurisdicción del caso Tadić, par. 134] (...). También ha reconocido expresamente que el derecho internacional consuetudinario establece que una violación del principio que prohíbe los ataques contra civiles conlleva responsabilidad penal individual. [Auto interlocutorio del caso Sturgar]. De allí se sigue, por lo tanto, que las violaciones serias del principio que prohíbe los ataques contra civiles generan responsabilidad penal individual bajo las leyes de la guerra” [Traducción informal: “The Appeals Chamber has found that “customary international law imposes criminal liability for serious violations of common Article 3, as supplemented by other general principles and rules on the protection of victims of internal armed conflict, and for breaching certain fundamental principles and rules regarding means and methods of combat in civil strife.” [Tadić Jurisdiction Decision, para. 134.] It has further expressly recognized that customary international law establishes that a violation of the principle prohibiting attacks on civilians entails individual criminal responsibility.[Sturgar Interlocutory Appeal, para. 10.] (...) It therefore follows that serious violations of the principle prohibiting attacks on civilians incur individual criminal responsibility under the laws of war (...)]. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Stanislav Galic**, sentencia del 5 de diciembre de 2003.

¹⁶³ Caso del **Fiscal vs. Radoslav Brdjanin**, sentencia del 1º de septiembre de 2004.

¹⁶⁴ Art. 20: “hacer a la población civil o individuos civiles objeto de un ataque [es un crimen de guerra]” [traducción informal: “making the civilian population or individual civilians the object of attack [is a war crime]”]

¹⁶⁵ Según ha explicado la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, “a la luz de las reglas consuetudinarias sobre el tema, la Sala de Apelaciones considera que los ataques dirigidos contra civiles, así como los ataques indiscriminados contra ciudades, poblados y aldeas, pueden constituir persecución en tanto crimen de lesa humanidad” [Traducción informal: “In light of the customary rules on the issue, the Appeals Chamber holds that attacks in which civilians are targeted, as well as indiscriminate attacks on cities, towns, and villages, may constitute persecutions as a crime against humanity.” Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Tihomir Blaskic**, sentencia de la Sala de Apelaciones del 29 de junio de 2004].

3.4.2. Prohibición de desarrollar actos orientados a aterrorizar a la población civil.

La segunda sub-regla en la que se manifiesta el principio general de distinción, es la prohibición de cometer actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea la de aterrorizar a la población civil. Esta norma está consagrada en el Protocolo Adicional II -cuyo artículo 13(2) dispone: *“Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil”*¹⁶⁶-, y además tiene naturaleza consuetudinaria, aplicable tanto a conflictos armados internos como internacionales.¹⁶⁷ Así mismo, esta sub-regla específica tiene el rango autónomo de norma de *ius cogens*. Así lo ha confirmado el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia al explicar que la prohibición de realizar actos dirigidos a generar terror entre la población civil es una especie de la prohibición general de dirigir ataques contra los civiles, que comparte con dicha prohibición general el rango de norma de *ius cogens*.¹⁶⁸

La jurisprudencia internacional ha explicado que esta violación de las leyes y costumbres de guerra, que puede cometerse tanto en conflictos armados internos como internacionales, busca proteger a la población civil como un todo -o a civiles individuales- que no toman parte en las hostilidades, de actos o amenazas de violencia perpetrados con el objetivo principal de generar terror, es decir, *“para crear entre la población civil una atmósfera de miedo extremo o de incertidumbre de ser sometida a la violencia”*¹⁶⁹. El vínculo directo entre esta prohibición y derechos fundamentales de especial importancia ha sido resaltado por el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, el cual ha señalado que además de su proscripción tanto en las Convenciones de Ginebra y sus protocolos adicionales como en el derecho consuetudinario, *“la exposición al terror es una negación del derecho fundamental a la seguridad personal, que se reconoce en todos los sistemas nacionales y está contenido en el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Artículo 5 de la Convención Europea de Derechos Humanos. En consecuencia, la Sala de decisión considera que el*

¹⁶⁶ Igual prohibición se encuentra en el artículo 51(2) del Protocolo I Adicional, para el caso de los conflictos armados internacionales.

¹⁶⁷ Ver la Norma 2 de la Sistematización del CICR: “Quedan prohibidos los actos o las amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil.”

¹⁶⁸ En términos del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, “la prohibición del terror es una prohibición específica dentro de la prohibición general de atacar a los civiles. La prohibición general es una norma perentoria de derecho internacional consuetudinario. Puede decirse también que la prohibición específica también comparte este carácter perentorio, ya que protege el mismo valor” [Traducción informal: “the prohibition against terror is a specific prohibition within the general prohibition of attack on civilians. The general prohibition is a peremptory norm of customary international law. It could be said that the specific prohibition also shares this peremptory character, for it protects the same value.” Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Stanislav Galic**, sentencia del 5 de diciembre de 2003.

¹⁶⁹ Traducción informal: “to create an atmosphere of extreme fear or uncertainty of being subjected to violence among the civilian population”. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Blagojevic y Jokic**, sentencia del 17 de enero de 2005. En este mismo caso se explicó que no es necesario que efectivamente se genere dicho terror para que se cometa el crimen de guerra -o de lesa humanidad-correspondiente; basta con la intención del perpetrador. En el mismo sentido, ver el caso del **Fiscal vs. Stanislav Galic**, sentencia del 5 de diciembre de 2003.

aterroizamiento viola un derecho fundamental establecido en el derecho internacional consuetudinario y convencional".¹⁷⁰

La prohibición de los actos dirigidos a generar terror entre la población civil en el curso de conflictos armados internos está íntimamente relacionada con la proscripción general del terrorismo, sin identificarse con ella.¹⁷¹ También se relaciona directamente con la garantía fundamental consagrada en el Artículo 4-2(d) del Protocolo Adicional II, que prohíbe los actos de terrorismo cometidos en el curso del conflicto armado, como parte del principio humanitario¹⁷² pero preservando su carácter específico. La violación de esta prohibición en conflictos armados internos genera responsabilidad penal bajo el derecho internacional consuetudinario¹⁷³, y ha sido catalogada como un crimen de guerra en los Estatutos del Tribunal Penal Internacional para Ruanda¹⁷⁴ y de la Corte Especial para Sierra Leona¹⁷⁵.

3.4.3. Distinción entre bienes de carácter civil y objetivos militares

¹⁷⁰ Traducción informal: "In addition to the prohibition against acts or threats of violence enshrined in the Geneva Conventions, the Trial Chamber observes that the exposure to terror is a denial of the fundamental right to security of person which is recognised in all national systems and is contained in Article 9 of the ICCPR and Article 5 of the ECHR. Accordingly, the Trial Chamber finds that terrorization violates a fundamental right laid down in international customary and treaty law." Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Blagojevic y Jokic**, sentencia del 17 de enero de 2005.

¹⁷¹ Así, el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia ha señalado que existen múltiples instrumentos internacionales que proscriben el "terrorismo" en diversas variantes, sea que se cometa en tiempos de conflicto armado o en tiempos de paz; sin embargo, para efectos de la aplicación del Derecho Internacional Humanitario, existen normas específicas que hacen innecesario el recurso a estos instrumentos generales, concretamente, la prohibición consuetudinaria de actos destinados a esparcir el terror entre la población civil. "La mayoría es consciente de que existen varios instrumentos internacionales que proscriben el 'terrorismo' en varias formas. La Mayoría necesariamente se limita al régimen jurídico que se ha desarrollado en relación a los conflictos armados convencionales entre Estados, o entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados, o entre tales grupos en un Estado. En otras palabras, la Mayoría procede sobre la asunción de que el caso presente se fundamentará, de ser necesario, en el régimen legal de las Convenciones de Ginebra y los Protocolos Adicionales, y no en los esfuerzos internacionales dirigidos contra las variedades 'políticas' del terrorismo. La mayoría también nota que el 'terrorismo' nunca ha recibido una definición única bajo el Derecho Internacional. (...) La prohibición del terror contra la población civil en tiempos de guerra, la cual encuentra expresión en la Convención de Ginebra IV y los Protocolos Adicionales, es otro ejemplo de una aproximación temática específica al 'terrorismo'." [Traducción informal: "The Majority is aware that several international instruments exist outlawing 'terrorism' in various forms. The Majority necessarily limits itself to the legal regime that has been developed with reference to conventional armed conflict between States, or between governmental authorities and organized armed groups, or between such groups within a State. In other words, the Majority proceeds on the understanding that the present case will have a basis, if at all, in the legal regime of the Geneva Conventions and the Additional Protocols and not in international efforts directed against 'political' varieties of terrorism. The Majority would also note that 'terrorism' has never been singly defined under international law. (...) The prohibition of terror against the civilian population in times of war, which (as discussed below) is given expression in Geneva Convention IV and the Additional Protocols, is another example of the thematic, subject-specific, approach to 'terrorism'". Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Stanislav Galic**, sentencia del 5 de diciembre de 2003.]

¹⁷² Dispone este artículo: "Artículo 4. Garantías fundamentales. 1. Todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas, estén o no privadas de libertad, tienen derecho a que se respeten su persona, su honor, sus convicciones y sus practicas religiosas. Serán tratadas con humanidad en toda circunstancia, sin ninguna distinción de carácter desfavorable. Queda prohibido ordenar que no haya supervivientes. 2. Sin perjuicio del carácter general de las disposiciones que preceden, están y quedarán prohibidos en todo tiempo y lugar con respecto a las personas a que se refiere el párrafo 1: (...) los actos de terrorismo (...)"

¹⁷³ Así lo confirmó el Secretario General de las Naciones Unidas en su informe especial sobre el establecimiento de una Corte Especial para Sierra Leona, al explicar que las violaciones del Artículo 4 del Protocolo Adicional II han sido consideradas desde hace mucho tiempo como crímenes bajo el derecho internacional consuetudinario -

¹⁷⁴ Art. 4 (d).

¹⁷⁵ Art. 3 (d).

La tercera sub-regla específica en la que se expresa el principio general de distinción, es la obligación de las partes en un conflicto de esforzarse por distinguir entre objetivos militares y bienes civiles.¹⁷⁶ Los bienes civiles son *“aquellos bienes que no pueden ser considerados legítimamente como objetivos militares”*¹⁷⁷; los objetivos militares, por su parte, son *“aquellos bienes que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar y cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca, en las circunstancias del caso, una ventaja militar definida”*¹⁷⁸.

En términos del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, *“de conformidad con los principios de distinción y protección de la población civil, solamente se puede atacar lícitamente los objetivos militares”*¹⁷⁹. El deber de distinguir entre objetivos militares y bienes civiles ha sido catalogado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como un principio de derecho internacional consuetudinario, que se aplica a todos los conflictos armados.¹⁸⁰ La Asamblea General de las Naciones Unidas ha afirmado, como principios **básicos** para la protección de las poblaciones civiles en los conflictos armados, que *“las viviendas y otras instalaciones usadas sólo por poblaciones civiles no deberán ser objeto de operaciones militares”*¹⁸¹.

3.4.4. Prohibición de los ataques indiscriminados y de las armas de efectos indiscriminados.

El cuarto componente del principio de distinción es la doble prohibición de los ataques indiscriminados, y de las armas de efectos indiscriminados.

La protección de los civiles frente a los ataques indiscriminados es una norma de derecho internacional consuetudinario¹⁸² aplicable en todos los conflictos

¹⁷⁶ Traducción informal: *“The parties to the conflict are obliged to attempt to distinguish between military targets and civilian persons or property”*. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Tihomir Blaskic**, sentencia del 3 de marzo del 2000.

¹⁷⁷ Traducción informal: *“Civilian property covers any property that could not be legitimately considered a military objective.”* Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Tihomir Blaskic**, sentencia del 3 de marzo del 2000. Ver en el mismo sentido la Norma 9 de la Sistematización del CICR: *“Son bienes de carácter civil todos los bienes que no son objetivos militares”*, norma aplicable a conflictos armados tanto internacionales como no internacionales.

¹⁷⁸ Sistematización del CICR, Norma 8 (aplicable a conflictos armados tanto internos como internacionales).

¹⁷⁹ Traducción informal: *“in accordance with the principles of distinction and protection of the civilian population, only military objectives may be lawfully attacked”*. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Stanislav Galic**, sentencia del 5 de diciembre de 2003.

¹⁸⁰ En términos de la Comisión: *“Además del artículo 3 común, los principios del derecho consuetudinario aplicables a todos los conflictos armados exigen que las partes contendientes se abstengan de atacar directamente a la población civil y a civiles en forma individual, y que al fijar sus objetivos distingan entre los civiles y los combatientes y otros objetivos militares legítimos”*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso *“La Tablada”* – Informe No. 55/97, Caso No. 11.137 - Juan Carlos Abella vs. Argentina, 18 de noviembre de 1997.

¹⁸¹ AGNU, Resolución 2675 (1970), sobre Principios Básicos para la protección de las poblaciones civiles en los conflictos armados, adoptada por unanimidad.

¹⁸² Para el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, *“entre las normas consuetudinarias que se han desarrollado se encuentra la protección de los civiles contra los ataques indiscriminados”*. [Traducción informal: *“Among the customary rules that have developed is the protection of civilians against*

armados, sean internacionales o internos.¹⁸³ Los ataques de carácter indiscriminado no se justifican en ningún caso, ni siquiera cuando la población civil incluye algunos elementos no civiles o la presencia de combatientes.¹⁸⁴ En su definición consuetudinaria, *“Son indiscriminados los ataques: (a) que no están dirigidos contra un objetivo militar concreto; (b) en los que se emplean métodos o medios de combate que no pueden dirigirse contra un objetivo militar concreto; o (c) en los que se emplean métodos o medios de combate cuyos efectos no sea posible limitar, como exige el derecho internacional humanitario; y que, en consecuencia, pueden alcanzar indistintamente, en cualquiera de tales casos, tanto a objetivos militares como a personas civiles o bienes de carácter civil.”*¹⁸⁵

También es consuetudinaria la prohibición de usar armas de efectos indiscriminados.¹⁸⁶ La Corte Internacional de Justicia ha explicado que uno de los corolarios de la prohibición de dirigir ataques contra la población civil, es la prohibición de usar armas incapaces de diferenciar entre objetivos civiles y militares.¹⁸⁷ Entre las armas que quedan cobijadas por esta prohibición por sus efectos indiscriminados sobre la población civil se cuentan las minas antipersonal¹⁸⁸ y las armas incendiarias¹⁸⁹, las cuales además han sido objeto

indiscriminate attacks”. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Tihomir Blaskic**, sentencia de la Sala de Apelaciones del 29 de junio de 2004].

¹⁸³ “los ataques indiscriminados se encuentran expresamente prohibidos por el Protocolo Adicional I. Esta prohibición refleja una norma de derecho consuetudinario bien establecida aplicable a todos los conflictos armados” [Traducción informal: “indiscriminate attacks are expressly prohibited by Additional Protocol I. This prohibition reflects a well-established rule of customary law applicable in all armed conflicts.” Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Stanislav Galic**, sentencia del 5 de diciembre de 2003, reiterando en este punto la decisión adoptada en el caso Tadic]. Ver en igual sentido la Norma 11 de la Sistematización del CICR: “Quedan prohibidos los ataques indiscriminados”, la cual es aplicable tanto a conflictos armados internos como internacionales.

¹⁸⁴ Así lo ha expresado el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia en el caso Kupreskic: “Incluso si se pudiera probar que la población musulmana de Ahmici no era enteramente civil sino que incluía algunos elementos armados, aun así no existiría ninguna justificación para los ataques extendidos e indiscriminados contra civiles” [Traducción informal: “Even if it can be proved that the Muslim population of Ahmici was not entirely civilian but comprised some armed elements, still no justification would exist for widespread and indiscriminate attacks against civilians”. Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Zoran Kupreskic y otros**, sentencia del 14 de enero de 2000].

¹⁸⁵ Sistematización del CICR, **Norma 12, aplicable a conflictos armados internos e internacionales**. Una forma paradigmática de ataque indiscriminado son los llamados “ataques de área”, cuya prohibición consuetudinaria se formula así en la Norma 13 de la Sistematización del CICR en tanto regla aplicable a los conflictos armados internos e internacionales: “Quedan prohibidos los ataques por bombardeo, cualesquiera que sean los métodos o medios utilizados, que traten como un objetivo militar único varios objetivos militares precisos y claramente separados, situados en una ciudad, un pueblo, una aldea u otra zona en la que haya una concentración análoga de personas civiles o bienes de carácter civil.”

¹⁸⁶ Sistematización del CICR, **Norma 71**: “Queda prohibido el empleo de armas de tal índole que sus efectos sean indiscriminados”, norma aplicable a conflictos armados internacionales y no internacionales.

¹⁸⁷ Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva sobre la Legalidad de la Amenaza o el Uso de Armas Nucleares, 1996, párrafo 78.

¹⁸⁸ Sistematización del CICR, **Norma 81**: “Cuando se empleen minas terrestres, se pondrá especial cuidado en reducir a un mínimo sus efectos indiscriminados”, norma aplicable a conflictos armados internacionales y no internacionales. Ver igualmente la **Norma 82** “Las partes en conflicto que empleen minas terrestres deberán registrar, en la medida de lo posible, su ubicación” y la **Norma 83**: “Cuando cesen las hostilidades activas, las partes en conflicto que hayan empleado minas terrestres deberán retirarlas o hacerlas de algún otro modo inofensivas para la población civil, o facilitar su remoción”, ambas aplicables a conflictos armados internacionales y no internacionales.

¹⁸⁹ Sistematización del CICR, **Norma 84**: “Si se emplean armas incendiarias, se pondrá especial cuidado en evitar que se causen incidentalmente muertos o heridos entre la población civil, así como daños a bienes de carácter civil, o en reducir en todo caso a un mínimo estos efectos”, norma aplicable a conflictos armados internos e internacionales.

de prohibiciones específicas convencionales y consuetudinarias aplicables a los conflictos armados internos, y diseñadas para limitar sus efectos indiscriminados.

La prohibición de ataques indiscriminados y de armas de efectos indiscriminados se interrelaciona directamente con la prohibición de dirigir ataques contra la población civil, hasta el punto de que el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia ha clasificado en varios casos la comisión de ataques con medios o armas de efectos indiscriminados, como ataques dirigidos contra civiles.¹⁹⁰ Por otra parte, si están dadas las condiciones específicas, la jurisprudencia internacional ha sostenido que en el marco de conflictos armados, los ataques dirigidos contra civiles, así como los ataques indiscriminados contra poblaciones civiles, pueden constituir el delito de persecución en tanto crimen de lesa humanidad, de conformidad con el derecho internacional consuetudinario.¹⁹¹

3.4.5. Prohibición de atacar las condiciones de supervivencia de la población civil.

El quinto elemento constitutivo del principio de distinción es la prohibición de atacar las condiciones esenciales de subsistencia de la población civil, la cual se traduce en las dos proscripciones específicas de hacer padecer hambre a la población civil¹⁹², y de atacar, destruir, sustraer o inutilizar los bienes indispensables para su supervivencia.¹⁹³ En este sentido, y en el ámbito

¹⁹⁰ Ha dicho el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia que “la Sala de decisión concuerda con decisiones previas de otras Salas de Decisión en que los ataques indiscriminados, es decir, ataques que impactan a civiles o a bienes civiles y a objetivos militares sin distinción, pueden ser caracterizados como ataques directos contra civiles” [traducción informal: “the Trial Chamber agrees with previous Trial Chambers that indiscriminate attacks, that is to say, attacks which strike civilians or civilian objects and military objectives without distinction, may qualify as direct attacks against civilians.” Caso del **Fiscal vs. Stanislav Galic**, sentencia del 5 de diciembre de 2003]. Este Tribunal en ha considerado que los ataques con medios de combate que no pueden diferenciar entre las personas y bienes civiles y los objetivos militares, equivalen a ataques directos contra civiles; así, por ejemplo, en el caso **Blaskic** se infirió que los perpetradores de un ataque contra la población de Stari Vitez habían buscado atacar a los civiles, por cuanto usaron armas difíciles de guiar con precisión, de trayectoria irregular y no lineal, por lo cual era factible que impactaran objetivos no militares. [Ver caso del **Fiscal vs. Tihomir Blaskic**, sentencia del 3 de marzo del 2000]. Una decisión similar se adoptó en el caso **Martić** en relación con el uso de rockets tipo Orkan cuyas cabezas contenían bombas de fragmentación y eran imprecisos: “con relación a su precisión y fuerza de impacto, el uso del rocket Orkan en este caso no se diseñó para impactar un objetivo militar, sino para aterrorizar a los civiles de Sarajevo. Estos ataques son por lo tanto contrarios a las reglas de derecho internacional consuetudinario y convencional” [Traducción informal: “in respect of its accuracy and striking force, the use of the Orkan rocket in this case was not designed to hit military target but to terrorise the civilians of Zagreb. These attacks are therefore contrary to the rules of customary and conventional international law”. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, Caso **Fiscal vs. Martić**, Decisión sobre la Regla 61.]

¹⁹¹ Según ha explicado la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, “a la luz de las reglas consuetudinarias sobre el tema, la Sala de Apelaciones considera que los ataques dirigidos contra civiles, así como los ataques indiscriminados contra ciudades, poblados y aldeas, pueden constituir persecución en tanto crimen de lesa humanidad” [Traducción informal: “In light of the customary rules on the issue, the Appeals Chamber holds that attacks in which civilians are targeted, as well as indiscriminate attacks on cities, towns, and villages, may constitute persecutions as a crime against humanity.” Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Tihomir Blaskic**, sentencia de la Sala de Apelaciones del 29 de junio de 2004].

¹⁹² **Norma 53 de la Sistematización del CICR:** “Queda prohibido, como método de guerra, hacer padecer hambre a la población civil”, regla aplicable tanto a conflictos armados internos como internacionales.

¹⁹³ **Norma 54 de la Sistematización del CICR:** “Queda prohibido atacar, destruir, sustraer o inutilizar los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil”, regla aplicable tanto a conflictos armados internos como internacionales.

específico de los conflictos armados internos, el artículo 14 del Protocolo Adicional II, sobre “Protección de los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil”, establece: “*Queda prohibido, como método de combate, hacer padecer hambre a las personas civiles. En consecuencia, se prohíbe atacar, destruir, sustraer o inutilizar con ese fin los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, tales como los artículos alimenticios y las zonas agrícolas que los producen, las cosechas, el ganado, las instalaciones y reservas de agua potable y las obras de riego.*” Se trata de una norma que, además, tiene rango consuetudinario, y en tanto manifestación básica del principio de distinción, también goza de su status de *ius cogens*.

3.4.6. Prohibición de atacar a las personas puestas fuera de combate

Por último, como se explicó anteriormente, las salvaguardas del principio de distinción cobijan tanto a las personas civiles y a la población civil, como también a las personas fuera de combate, dentro de la categoría más amplia de “no combatientes”; entendiendo por “personas puestas fuera de combate” a quienes habiendo participado en las hostilidades, han dejado de hacerlo por captura o retención, inconsciencia, naufragio, heridas, enfermedad, rendición u otra circunstancia análoga. La prohibición de atacar a las personas puestas fuera de combate está consagrada en el Artículo 3 Común de los Convenios de Ginebra de 1949, y forma parte del derecho consuetudinario.¹⁹⁴

Del principio de distinción se derivan, a su vez, dos más de los principios cardinales del Derecho Internacional Humanitario con rango de *ius cogens*, a saber, el principio de precaución –que se explicará en el apartado siguiente-, y el principio de proporcionalidad –que exige a las partes en un conflicto armado abstenerse de llevar a cabo una operación militar cuandoquiera que se pueda prever que de ésta resulten daños a la población civil o a bienes de carácter civil que sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa que se anticipa¹⁹⁵. Existe un nivel considerable de discusión jurídica sobre el alcance de la noción de “ventaja militar” y su adecuación proporcional a los ataques. Sin embargo, por no ser un tema directamente relevante para la resolución de los problemas jurídicos planteados en el presente proceso, la Corte no se pronunciará sobre el contenido del principio de proporcionalidad-.

¹⁹⁴ **Norma 47 de la Sistematización del CICR:** “Queda prohibido atacar a una persona cuando se reconozca que está fuera de combate. Está fuera de combate toda persona: (a) que está en poder de una parte adversa; (b) que no puede defenderse porque está inconsciente, ha naufragado o está herida o enferma; o (c) que exprese claramente su intención de rendirse; siempre que se abstenga de todo acto hostil y no trate de evadirse”, regla aplicable tanto a conflictos armados internos como internacionales.

¹⁹⁵ Este principio se formuló de manera sintética así en el caso **Galic** del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia: “Una vez se ha constatado el carácter militar de un objetivo, los comandantes deben considerar si se puede esperar que el impacto de este objetivo cause pérdidas incidentales de vida, heridas a civiles, daños a objetivos civiles o una combinación de los mismos, que resulten excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa que se anticipa. Si se espera que resulten tales bajas, el ataque no debe ser realizado”. [Traducción informal: “Once the military character of a target has been ascertained, commanders must consider whether striking this target is “expected to cause incidental loss of life, injury to civilians, damage to civilian objectives or a combination thereof, which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated.” If such casualties are expected to result, the attack should not be pursued.” Caso del **Fiscal vs. Stanislav Galic**, sentencia del 5 de diciembre de 2003.

4. El principio de precaución

El principio de precaución se deriva directamente del principio de distinción, y exige, en su formulación consuetudinaria: *“Las operaciones militares se realizarán con un cuidado constante de preservar a la población civil, a las personas civiles y los bienes de carácter civil. Se tomarán todas las precauciones factibles para evitar, o reducir en todo caso a un mínimo, el número de muertos y heridos entre la población civil, así como los daños a bienes de carácter civil, que pudieran causar incidentalmente.”*¹⁹⁶ Según ha precisado el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, *“la aplicación práctica del principio de distinción exige que quienes planean o lanzan un ataque tomen todas las precauciones posibles para verificar que los objetivos atacados no son civiles ni objetos civiles, para así proteger a los civiles al mayor grado posible”*¹⁹⁷. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos también ha resaltado la naturaleza consuetudinaria del principio de precaución, así como su relación con el principio de protección de la población civil: *“Para amparar a los civiles de los efectos de las hostilidades, otros principios del derecho consuetudinario exigen que la parte atacante tome precauciones para evitar o minimizar la pérdida de vidas civiles o daños a la propiedad de civiles, incidentales o colaterales a los ataques contra objetivos militares.”*¹⁹⁸

El principio de precaución es una norma consuetudinaria de derecho internacional humanitario, y por su carácter fundamental goza adicionalmente del rango de norma de *ius cogens*, en este caso directamente ligada a la naturaleza de *ius cogens* del principio de distinción, del cual el principio de precaución constituye una derivación inmediata, orientada a preservar idénticos valores esenciales. En este sentido, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha afirmado, como uno de los principios **básicos** para la protección de las poblaciones civiles en los conflictos armados, el que *“en el desarrollo de operaciones militares, se hará todo lo posible por tener a las poblaciones civiles a salvo de los estragos de la guerra y se adoptarán todas*

¹⁹⁶ **Sistematización del CICR, Norma 15.**

¹⁹⁷ Traducción informal: *“The practical application of the principle of distinction requires that those who plan or launch an attack take all feasible precautions to verify that the objectives attacked are neither civilians nor civilian objects, so as to spare civilians as much as possible”*. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Stanislav Galic**, sentencia del 5 de diciembre de 2003. En igual sentido se explicó en el caso **Kupreskic** que *“en el caso de ataques contra objetivos militares que causen daño a civiles, el derecho internacional contiene un principio general según el cual deben tomarse los cuidados razonables al atacar objetivos militares, para efectos de que los civiles no sean heridos innecesariamente por descuido. (...) Parecería ser el caso que tales provisiones son parte del derecho internacional consuetudinario, no solo porque especifican y desarrollan normas generales pre-existentes, sino también porque no parecen haber sido controvertidas por ningún Estado, incluidos aquellos que no han ratificado el protocolo.”* [Traducción informal: *“In the case of attacks on military objectives causing damage to civilians, international law contains a general principle prescribing that reasonable care must be taken in attacking military objectives so that civilians are not needlessly injured through carelessness. (...) Such provisions, it would seem, are now part of customary international law, not only because they specify and flesh out general pre-existing norms, but also because they do not appear to be contested by any State, including those which have not ratified the Protocol.”* Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Zoran Kupreskic y otros**, sentencia del 14 de enero de 2000].

¹⁹⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso “La Tablada” – Informe No. 55/97, Caso No. 11.137 - Juan Carlos Abella vs. Argentina, 18 de noviembre de 1997.

*las precauciones necesarias para evitar que las poblaciones civiles padezcan heridas, pérdidas o daños”*¹⁹⁹.

El principio de precaución se manifiesta en distintas reglas específicas, que son igualmente consuetudinarias y se aplican a los conflictos armados internos; varias de estas reglas son directamente relevantes para la resolución de los cargos planteados en el presente proceso de constitucionalidad. Entre las principales expresiones del principio de precaución se cuentan (i) la obligación de las partes en conflicto de hacer todo lo posible para verificar que los objetivos que van a atacar son objetivos militares²⁰⁰, (ii) la obligación de las partes en conflicto de tomar todas la precauciones posibles al elegir los medios y métodos bélicos que van a usar, para así evitar o minimizar el número de muertos, heridos y daños materiales causados incidentalmente entre la población civil²⁰¹ y proteger a los civiles de los efectos de los ataques²⁰², (iii) la obligación de las partes en conflicto de dar aviso en la medida en que las circunstancias lo permitan, con la debida anticipación y por medios efectivos, de cualquier ataque que pudiera afectar a la población civil²⁰³, (iv) el deber de optar, cuando se pueda elegir entre varios objetivos militares que representen una ventaja similar, por aquél cuyo ataque represente menos peligro para las personas y bienes civiles²⁰⁴, (v) la obligación de las partes en un conflicto de retirar a la población civil, al máximo grado posible, de la vecindad de los objetivos militares²⁰⁵, y (vi) el deber de evitar ubicar objetivos militares en o cerca de áreas densamente pobladas²⁰⁶. El

¹⁹⁹ AGNU, Resolución 2675 (1970), sobre Principios Básicos para la protección de las poblaciones civiles en los conflictos armados, adoptada por unanimidad.

²⁰⁰ Sistematización del CICR, **Norma 16**: “Las partes en conflicto deberán hacer todo lo que sea factible para verificar que los objetivos que prevén atacar son objetivos militares”, aplicable a conflictos armados internos e internacionales.

²⁰¹ Sistematización del CICR, **Norma 17**: “Las partes en conflicto deberán tomar todas las precauciones factibles en la elección de los medios y métodos de guerra para evitar, o reducir en todo caso a un mínimo, el número de muertos y de heridos entre la población civil, así como los daños a los bienes de carácter civil, que pudieran causar incidentalmente.”, aplicable a conflictos armados internos e internacionales.

²⁰² Sistematización del CICR, **Norma 22**: “Las partes en conflicto deberán tomar todas las precauciones factibles para proteger de los efectos de los ataques a la población civil y los bienes de carácter civil que estén bajo su control.”, aplicable a conflictos armados internos e internacionales.

²⁰³ Sistematización del CICR, **Norma 20**: “Las partes en conflicto deberán dar aviso con la debida antelación y por medios eficaces de todo ataque que pueda afectar a la población civil, salvo si las circunstancias lo impiden”, norma aplicable a conflictos armados internos e internacionales.

²⁰⁴ Sistematización del CICR, **Norma 21**: “Cuando se pueda elegir entre varios objetivos militares para obtener una ventaja militar similar, se optará por el objetivo cuyo ataque presente previsiblemente menos peligro para las personas civiles y los bienes de carácter civil”, aplicable a conflictos armados internos e internacionales.

²⁰⁵ Según el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, “las partes en un conflicto están en la obligación de retirar a los civiles, al máximo grado posible, de la vecindad de objetivos militares” [Traducción informal: “the parties to a conflict are under an obligation to remove civilians, to the maximum extent feasible from the vicinity of military objectives”. Caso del **Fiscal vs. Stanislav Galic**, sentencia del 5 de diciembre de 2003]. En el mismo sentido, ver la Norma 24 de la Sistematización del CICR: “En la medida de lo factible, las partes en conflicto deberán alejar a las personas civiles y los bienes de carácter civil que estén bajo su control de la proximidad de objetivos militares”.

²⁰⁶ Según el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, “las partes en un conflicto están en la obligación de (...) evitar situar objetivos militares dentro o cerca de áreas densamente pobladas” [Traducción informal: “the parties to a conflict are under an obligation (...) to avoid locating military objectives within or near densely populated areas”. Caso del **Fiscal vs. Stanislav Galic**, sentencia del 5 de diciembre de 2003]. Ver en el mismo sentido la Norma 23 de la Sistematización del CICR: “En la medida de lo factible, las partes en conflicto evitarán situar objetivos militares en el interior o cerca de zonas densamente pobladas.”

incumplimiento de estas obligaciones por una de las partes, no exime a las otras de cumplir con sus propios deberes según el principio de distinción²⁰⁷.

5. El principio de trato humanitario y de respeto por las garantías fundamentales de la persona.

De acuerdo con el principio de trato humanitario, las personas civiles y las personas fuera de combate deberán ser tratadas con humanidad.²⁰⁸ De este principio, que protege el bien jurídico de la dignidad humana en situaciones de conflicto armado, se deriva una serie de garantías fundamentales y salvaguardas humanitarias que son inherentes a la persona y deben ser respetadas en todo caso, así como la prohibición de generar males superfluos o sufrimientos innecesarios. El principio humanitario no sólo es el fundamento último del Derecho Internacional Humanitario como un todo, sino que en sí mismo es una norma de carácter convencional y consuetudinario; además de estar plasmado en los principales tratados que regulan el conflicto armado no internacional, forma parte indudable de la costumbre internacional, según lo han confirmado varios tribunales que incluyen la Corte Internacional de Justicia²⁰⁹ y el Tribunal Internacional Militar de Nuremberg²¹⁰.

El principio de trato humanitario tiene el rango de norma de *ius cogens*, y varias de las garantías fundamentales derivadas del principio humanitario también tienen la naturaleza de normas de *ius cogens*. En efecto, el principio de trato humanitario es la esencia misma del Derecho Internacional Humanitario. El principio humanitario ha sido reconocido por la Corte Internacional de Justicia, incluso de manera tangencial, desde sus primeros pronunciamientos. Así, en el caso del Estrecho de Corfú de 1949 –su primera

²⁰⁷ En términos del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, “el incumplimiento de esta obligación por una parte no releva a la parte atacante de su deber de cumplir los principios de distinción y proporcionalidad al lanzar un ataque” [Traducción informal: “*the failure of a party to abide by this obligation does not relieve the attacking side of its duty to abide by the principles of distinction and proportionality when launching an attack*”]. Caso del **Fiscal vs. Stanislav Galic**, sentencia del 5 de diciembre de 2003].

²⁰⁸ Ver la Sistematización del CICR, Norma 87: “Las personas civiles y las personas fuera de combate serán tratadas con humanidad”, aplicable a conflictos armados tanto internos como internacionales.

²⁰⁹ En su opinión consultiva de 1996 sobre la Legalidad de la Amenaza o el Uso de Armas Nucleares, la Corte Internacional de Justicia reafirmó la naturaleza consuetudinaria y fundamental del principio humanitario, que provee el basamento del Derecho Internacional Humanitario en su totalidad: “La extensa codificación del derecho humanitario y la amplitud de la adhesión a los tratados resultantes, así como el hecho de que las cláusulas de denuncia existentes en los instrumentos de codificación nunca han sido usadas, han provisto a la comunidad internacional de un cuerpo de reglas convencionales, la gran mayoría de las cuales ya se habían convertido en consuetudinarias, y que reflejaban los principios humanitarios de mayor reconocimiento universal” [Traducción informal: “*The extensive codification of humanitarian law and the extent of the accession to the resultant treaties, as well as the fact that the denunciation clauses that existed in the codification instruments have never been used, have provided the international community with a corpus of treaty rules the great majority of which had already become customary and which reflected the most universally recognized humanitarian principles.*” Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva sobre la Legalidad de la Amenaza o el Uso de Armas Nucleares, 1996.

²¹⁰ Según lo reseña la Corte Internacional de Justicia en la Opinión Consultiva sobre la Legalidad de la Amenaza o el Uso de Armas Nucleares de 1996, “el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg ya había sostenido en 1945 que las reglas humanitarias incluidas en las Regulaciones anexas a la Convención IV de La Haya de 1907 ‘eran reconocidas por todas las naciones civilizadas y eran consideradas como declarativas de las leyes y costumbres de la guerra’”. [Traducción informal: “*The Nuremberg International Military Tribunal had already found in 1945 that the humanitarian rules included in the Regulations annexed to the Hague Convention IV of 1907 ‘were recognized by all civilized nations and were regarded as being declaratory of the laws and customs of war’.*”]

sentencia-, la Corte Internacional hizo referencia a las “*consideraciones elementales de humanidad*” como una fuente autónoma de obligaciones internacionales²¹¹. La trascendencia de los valores humanitarios sobre los que se erige la totalidad del derecho internacional humanitario fue resaltada posteriormente por la Corte Internacional de Justicia en 1996, al señalar que “*es, indudablemente, por el hecho de que una gran cantidad de reglas de derecho humanitario aplicables en conflicto armado son tan fundamentales para el respeto de la persona humana y las ‘consideraciones elementales de humanidad’, como lo formuló la Corte en su sentencia del 9 de abril de 1949 en el caso del Estrecho de Corfú (...), que las Convenciones de La Haya y de Ginebra han disfrutado de una amplia accesión*”²¹². El principio humanitario provee el fundamento del derecho internacional humanitario como una unidad.²¹³ La garantía general de trato humano provee el principio guía general subyacente a las convenciones de Ginebra, en el sentido de que su objeto mismo es la tarea humanitaria de proteger al individuo en tanto persona, salvaguardando los derechos que de allí se derivan.²¹⁴ El carácter

²¹¹ En este caso la Corte indicaba la obligación de Albania de informar sobre la presencia de minas en sus aguas territoriales y advertir a ciertos barcos británicos sobre el peligro inminente al que estaban expuestos. Aunque esta obligación estaba contenida en la Convención de La Haya VIII de 1907, Albania no era parte a dicho tratado. La Corte precisó, no obstante, que “*tales obligaciones se basan, no en la Convención de La Haya de 1907, No. VIII, que es aplicable en tiempos de guerra, sino en ciertos principios generales ampliamente reconocidos, a saber: consideraciones elementales de humanidad, más apremiantes aún en tiempos de paz que en guerra; el principio de libertad de las comunicaciones marítimas; y el deber de todo Estado de no permitir conscientemente el uso de su territorio para cometer actos contrarios a los derechos de otros Estados*”. [Traducción informal: “*The obligations incumbent upon the Albanian authorities consisted in notifying, for the benefit of shipping in general, the existence of a minefield in Albanian territorial waters and in warning the approaching British warships of the imminent danger to which the minefield exposed them. Such obligations are based, not on the Hague Convention of 1907, No. VIII, which is applicable in time of war, but on certain general and wellrecognised principles, namely: elementary considerations of humanity, even more exacting in peace than in war; the principle of the freedom of maritime communication; and every State’s obligation not to allow knowingly its territory to be used for acts contrary to the rights of other States.*” Corte Internacional de Justicia, caso del Estrecho de Corfú, 1949].

²¹² Traducción informal: “*It is undoubtedly because a great many rules of humanitarian law applicable in armed conflict are so fundamental to the respect of the human person and ‘elementary considerations of humanity’, as the Court put it in its Judgment of 9 April 1949 in the Corfu Channel Case (...), that the Hague and Geneva Conventions have enjoyed a broad accession*”. Corte Internacional de Justicia. Opinión consultiva sobre la Legalidad de la Amenaza o el Uso de Armas Nucleares, 1996.

²¹³ Según lo indicó el juez Weeramantry de la Corte Internacional de Justicia en su salvamento de voto en la Opinión consultiva sobre la Legalidad de la Amenaza o el Uso de Armas Nucleares de 1996: “*las leyes y costumbres humanitarias tienen un linaje muy antiguo. Se remontan a miles de años atrás. Fueron producidas por muchas civilizaciones – la China, la India, la Griega, la Romana, la Japonesa, la Islámica, la Europea moderna, entre otras. A lo largo de las eras muchas ideas religiosas y filosóficas han sido vertidas en el molde sobre el cual se ha conformado el derecho humanitario moderno. Representan el esfuerzo de la conciencia humana para mitigar en alguna medida las brutalidades y tremendos sufrimientos de la guerra. En el lenguaje de una notoria declaración en este sentido (la Declaración de San Petersburgo de 1868), el derecho internacional humanitario se ha diseñado para ‘conciliar las necesidades de la guerra con las leyes de humanidad’*” [Traducción informal: “*Humanitarian law and custom have a very ancient lineage. They reach back thousands of years. They were worked out in many civilizations — Chinese, Indian, Greek, Roman, Japanese, Islamic, modern European, among others. Through the ages many religious and philosophical ideas have been poured into the mould in which modern humanitarian law has been formed. They represented the effort of the human conscience to mitigate in some measure the brutalities and dreadful sufferings of war. In the language of a notable declaration in this regard (the St. Petersburg Declaration of 1868), international humanitarian law is designed to ‘conciliate the necessities of war with the laws of humanity’.*”]

²¹⁴ Para el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, “*la garantía general de trato humanitario no es desarrollada, salvo por el principio guía que subyace a la Convención, de que su objeto es el propósito humanitario de proteger al individuo en tanto ser humano y, por lo tanto, debe salvaguardar los derechos que se derivan de allí*” [Traducción informal: “*the general guarantee of humane treatment is not elaborated, except for the guiding principle underlying the Convention, that its object is the humanitarian one of protecting the individual qua human being and, therefore, it must safeguard the entitlements which flow therefrom.*”]

imperativo del principio humanitario ha sido resaltado también por el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, al indicar que *“las disposiciones del Artículo 3 Común y de los instrumentos universales y regionales de derechos humanos comparten un núcleo común de estándares fundamentales que son aplicables en todo tiempo, en todas las circunstancias y a todas las partes, y de los cuales no se permite ninguna derogación”*²¹⁵.

La codificación del principio humanitario, con sus dos componentes básicos – la formulación del principio general y la enunciación de las garantías fundamentales y salvaguardas humanitarias que le son inherentes- encuentra sus antecedentes en la cláusula Martens, posteriormente en la formulación del Artículo 3 Común de los Convenios de Ginebra de 1949, y finalmente se cristaliza en los Protocolos Adicionales de 1977. Dado que cada una de estas disposiciones forma parte, actualmente, del derecho internacional convencional y consuetudinario que vincula a Colombia, es relevante para el presente proceso detenerse sumariamente en su explicación.

5.1. La Cláusula Martens.

La primera formulación escrita del principio humanitario se realizó en la llamada “Cláusula Martens”. Denominada así por el delegado de Rusia a la Conferencia de Paz de La Haya de 1899, la “Cláusula Martens” se incluyó por primera vez en la Convención de la Haya II sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, y su texto era el siguiente: *“Hasta que se haya adoptado un código más completo de las leyes de la guerra, las Altas Partes Contratantes consideran apropiado declarar que en los casos no incluidos en las Regulaciones por ellas adoptadas, las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la protección y el imperio de los principios del derecho internacional, tal y como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de la humanidad, y de las exigencias de la conciencia pública.”*²¹⁶

La Corte Internacional de Justicia ha constatado el carácter consuetudinario de la Cláusula Martens.²¹⁷ Se ha afirmado que una versión moderna de esta

Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Aleksovsky**, sentencia del 25 de junio de 1999.

²¹⁵ Traducción informal: “the provisions of Common Article 3 and the universal and regional human rights instruments share a common “core” of fundamental standards which are applicable at all times, in all circumstances and to all parties, and from which no derogation is permitted.[*Celebici Appeal Judgement*, para. 149.]”. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Sefer Halilovic**, sentencia del 16 de noviembre de 2005.

²¹⁶ Traducción informal de la versión inglesa: “Until a more complete code of the laws of war is issued, the High Contracting Parties think it right to declare that in cases not included in the Regulations adopted by them, populations and belligerents remain under the protection and empire of the principles of international law, as they result from the usages established between civilised nations, from the laws of humanity, and the requirements of the public conscience.” La versión francesa de esta misma Cláusula es la siguiente: “En attendant qu’un code plus complet des lois de la guerre puisse être édicté, les Hautes Parties Contractantes jugent opportun de constater que, dans les cas non compris dans les dispositions réglementaires adoptées par Elles, les populations et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l’empire des principes du droit des gens, tels qu’ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l’humanité et des exigences de la conscience publique. »

²¹⁷ Así lo hizo en su Opinión Consultiva de 1996 sobre la Legalidad de la Amenaza o el Uso de Armas Nucleares, al referirse a la codificación de dicha Cláusula en el Protocolo Adicional I: “la Corte recuerda que

cláusula se ha plasmado en Preámbulo del Protocolo Adicional II, en el cual las Partes contratantes recuerdan “*que, en los casos no previstos por el derecho vigente, la persona humana queda bajo la salvaguardia de los principios de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública*”. También en el Preámbulo de la “*Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados*” de 1980 se introduce la Cláusula Martens, al disponerse allí que las Partes Contratantes confirman “*su decisión de que, en los casos no previstos en la presente Convención, en sus Protocolos Anexos o en otros acuerdos internacionales, la población civil y los combatientes permanecerán en todo momento, bajo la protección y la autoridad de los principios de derecho internacional derivados de la costumbre, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública*”.

Según la Corte Internacional de Justicia en la Opinión Consultiva sobre la Legalidad de la Amenaza o Uso de Armas Nucleares de 1996, la Cláusula Martens tiene carácter consuetudinario. Pero más aún, para el Tribunal Militar de Nüremberg, en el caso *Krupp* de 1948, la cláusula Martens “*es mucho más que una declaración pía. Es una cláusula general, que transforma los usos establecidos entre naciones civilizadas, las leyes de humanidad y los dictados de la conciencia pública en el parámetro legal a aplicar cuandoquiera que las disposiciones de la Convención (...) no cubran casos específicos ocurridos durante el conflicto armado, o concomitantes con él*”.²¹⁸ La vigencia actual de la Cláusula Martens ha sido confirmada por el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, el cual la ha elevado a criterio de interpretación en casos de duda en la aplicación de las normas del Derecho Internacional Humanitario.²¹⁹

todos los Estados están obligados por las reglas del Protocolo Adicional I que, al ser adoptadas, eran meras expresiones del derecho consuetudinario preexistente, tales como la Cláusula Martens, reafirmada en el primer artículo del Protocolo Adicional I” [Traducción informal: “[T]he Court recalls that all States are bound by those rules in Additional Protocol I which, when adopted, were merely the expression of the preexisting customary law, such as the Martens Clause, reaffirmed in the first article of Additional Protocol I”.]

²¹⁸ Traducción informal: “[The Martens Clause] is much more than a pious declaration. It is a general clause, making the usages established among civilized nations, the laws of humanity and the dictates of the public conscience into the legal yardstick to be applied if and when the specific provisions of the Convention (...) do not cover specific cases occurring in warfare, or concomitant to warfare.”

²¹⁹ En términos del Tribunal, “puede recurrirse a la celebrada Cláusula Martens que, en la opinión autorizada de la Corte Internacional de Justicia, ha pasado a ser hoy en día parte del derecho internacional consuetudinario. Es cierto que esta cláusula no puede interpretarse en el sentido de que los ‘principios de humanidad’ y los ‘dictados de la conciencia pública’ hayan sido elevados al rango de fuentes independientes de derecho internacional, puesto que esta conclusión es negada por la práctica internacional. Sin embargo, esta Cláusula obliga, como mínimo, a hacer referencia a tales principios y dictados cuandoquiera que una regla de derecho internacional humanitario no sea lo suficientemente rigurosa o precisa: en tales instancias, el alcance y contenido de la regla deben ser definidos con referencia a tales principios y dictados” [Traducción informal: “More specifically, recourse might be had to the celebrated Martens Clause which, in the authoritative view of the International Court of Justice, has by now become part of customary international law. True, this Clause may not be taken to mean that the “principles of humanity” and the “dictates of public conscience” have been elevated to the rank of independent sources of international law, for this conclusion is belied by international practice. However, this Clause enjoins, as a minimum, reference to those principles and dictates any time a rule of international humanitarian law is not sufficiently rigorous or precise: in those instances the scope and purport of the rule must be defined with reference to those principles and dictates.” Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Zoran Kupreskic y otros**, sentencia del 14 de enero de 2000.]

5.2. *El Artículo 3 Común de los Convenios de Ginebra de 1949.* El principio humanitario fue posteriormente plasmado en las distintas reglas que conforman el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, tradicionalmente considerado como una especie de “tratado en miniatura”, que establece un **parámetro mínimo de humanidad**. El texto del Artículo 3 común es el siguiente:

“Artículo 3 Común.

En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1) 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.

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;

b) la toma de rehenes;

c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;

d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.

Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto.

Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio.

La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las partes en conflicto.”

Según la Corte Internacional de Justicia, el artículo 3 común es uno de los principios generales fundamentales del derecho humanitario²²⁰, y las reglas que lo componen reflejan lo que se denominó en la sentencia de 1949 sobre el Estrecho de Corfú como *“consideraciones elementales de humanidad”*²²¹. En la Opinión Consultiva de 1996 sobre las armas nucleares, la Corte Internacional de Justicia enfatizó que la naturaleza humanitaria de las reglas plasmadas en el Artículo 3 común subyace a la totalidad del derecho internacional humanitario y se aplica a todo tipo de conflictos y de armas: *“El carácter intrínsecamente humanitario de los principios legales en cuestión (...) permea la totalidad del derecho del conflicto armado, y se aplica a todas las formas de guerra y a todo tipo de armas, las del pasado, las del presente y las del futuro”*.²²² El carácter imperativo del principio humanitario subyacente al Artículo 3 Común y a los instrumentos universales y regionales de derechos humanos ha sido resaltado también por el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, al indicar que *“las disposiciones del Artículo 3 Común y de los instrumentos universales y regionales de derechos humanos comparten un núcleo común de estándares fundamentales que son aplicables en todo tiempo, en todas las circunstancias y a todas las partes, y de los cuales no se permite ninguna derogación”*²²³. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la obligación de cumplir con el artículo 3 común de los convenios de Ginebra es una obligación de carácter *absoluto*, que no está sujeta a reciprocidad.²²⁴ El Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia también ha señalado que la obligación esencial impuesta a las partes de un conflicto armado internacional o interno por el Artículo 3 Común—cuyo carácter consuetudinario es indudable— es la de cumplir ciertos estándares humanitarios fundamentales, mediante *“la aplicación de las reglas de humanidad reconocidas como esenciales por las naciones civilizadas”*²²⁵ y el establecimiento de un nivel mínimo de protección para las personas que no

²²⁰ Corte Internacional de Justicia, caso de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua, 1986.

²²¹ Traducción informal: “and they are rules which, in the Court’s opinion, reflect what the Court in 1949 called ‘elementary considerations of humanity’”. Corte Internacional de Justicia, caso de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua, 1986.

²²² Traducción informal: “[T]he intrinsically humanitarian character of the legal principles in question (...) permeates the entire law of armed conflict and applies to all forms of warfare and to all kinds of weapons, those of the past, those of the present and those of the future”. Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva sobre la Legalidad o el Uso de Armas Nucleares, 1996.

²²³ Traducción informal: “the provisions of Common Article 3 and the universal and regional human rights instruments share a common “core” of fundamental standards which are applicable at all times, in all circumstances and to all parties, and from which no derogation is permitted.” Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Sefer Halilovic**, sentencia del 16 de noviembre de 2005.

²²⁴ “la obligación de dar cumplimiento al artículo 3 común es absoluta para ambas partes e independiente de la obligación de la otra parte.” Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso “La Tablada” – Informe No. 55/97, Caso No. 11.137 - Juan Carlos Abella vs. Argentina, 18 de noviembre de 1997.

²²⁵ Traducción informal: “Common Article 3 requires the warring parties to abide by certain fundamental humanitarian standards by ensuring ‘the application of the rules of humanity which are recognized as essential by civilized nations.’” Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Sefer Halilovic**, sentencia del 16 de noviembre de 2005.

toman parte activa en las hostilidades²²⁶; todo lo cual contribuye a que el Artículo 3 común sea en sí mismo una fuente autónoma y consuetudinaria de responsabilidad penal individual.²²⁷

Según ha explicado el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, el propósito mismo del Artículo 3 común es el de reivindicar y proteger la dignidad humana inherente al individuo; por ello, el listado de posibles contravenciones de ese principio de dignidad es una mera enunciación, no taxativa, de formas particularmente graves de maltrato que son fundamentalmente incompatibles con el principio subyacente de trato humano.²²⁸ Según han precisado tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, las garantías mínimas establecidas en el artículo 3 común se aplican, en el contexto de los conflictos armados internos, a quienes no toman parte directa o activa en las hostilidades, incluida la población civil y las personas puestas fuera de combate por rendición, captura u otras causas.²²⁹

Como se mencionó en apartados anteriores, el carácter consuetudinario de las normas básicas de las Convenciones de Ginebra de 1949, concretamente los artículos comunes 1 y 3, ha sido confirmado por distintos tribunales internacionales; entre otras, por la Corte Internacional de Justicia en el caso de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua, en el cual las clasificó como “*los principios generales fundamentales del derecho humanitario*”.

²²⁶ Traducción informal: “*Common Article 3 of the Geneva Conventions (...) sets out a minimum level of protection for ‘persons taking no active part in the hostilities’*”. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Momcilo Krajisnik**, sentencia del 27 de septiembre de 2006.

²²⁷ Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros**, sentencia del 30 de noviembre de 2005.

²²⁸ El Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia explicó en este sentido en el caso *Aleksovski*: “Una lectura del párrafo (1) del artículo 3 común revela que su propósito es el de reivindicar y proteger la dignidad humana inherente al individuo. Prescribe trato humano sin discriminación basada en raza, color, religión o credo, sexo, nacimiento, o riqueza, u otros criterios similares. En lugar de definir el tratamiento humano allí garantizado, los Estados partes eligieron proscribir formas particularmente odiosas de maltrato que son, sin duda, incompatibles con el trato humano.” [Traducción informal: “A reading of paragraph (1) of common Article 3 reveals that its purpose is to uphold and protect the inherent human dignity of the individual. It prescribes humane treatment without discrimination based on ‘race, colour, religion or faith, sex, birth, or wealth, or any other similar criteria’. Instead of defining the humane treatment which is guaranteed, the States parties chose to proscribe particularly odious forms of mistreatment that are without question incompatible with humane treatment.”]

²²⁹ En términos de la Comisión: “El objetivo básico del artículo 3 común es disponer de ciertas normas legales mínimas que se puedan aplicar en el curso de hostilidades para proteger a las personas que no tomaron, o que ya no toman parte directa o activa en las hostilidades. Las personas que tienen derecho a la protección que legalmente les confiere el artículo 3 común, incluyen a los miembros del gobierno y de las fuerzas disidentes que se rinden, son capturados o están fuera de combate (*hors de combat*). De igual modo, los civiles están protegidos por las garantías del artículo 3 común, cuando son capturados o de alguna otra manera quedan sujetos a la autoridad de un adversario, incluso aunque hayan militado en las filas de la parte opositora”. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso “La Tablada” – Informe No. 55/97, Caso No. 11.137 - Juan Carlos Abella vs. Argentina, 18 de noviembre de 1997. En igual sentido, ver el caso *Limaj* del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia: “dado que el Artículo 3 Común protege a las personas que no toman parte activa en las hostilidades, las víctimas de la violación alegada no deben haber estado tomando parte activa en las hostilidades al momento de la comisión del crimen” [Traducción informal: “as Common Article 3 protects persons taking no active part in the hostilities, the victims of the alleged violation must have taken no active part in the hostilities at the time the crime was committed”]. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros**, sentencia del 30 de noviembre de 2005.]

5.3. *Los Protocolos Adicionales de 1977.* La formulación del principio humanitario, y de las garantías fundamentales que le son consustanciales, alcanzó su punto de cristalización en los Protocolos Adicionales de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949. El Preámbulo del Protocolo Adicional II establece claramente que *“los principios humanitarios refrendados por el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 constituyen el fundamento del respeto a la persona humana en caso de conflicto armado sin carácter internacional”*. En lo tocante a los conflictos armados no internacionales, este principio y las garantías fundamentales derivadas se formulan así en el Título II (“Trato humano”):

“Artículo 4. Garantías fundamentales.

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

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

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

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

- a) Recibirán una educación, incluida la educación religiosa o moral, conforme a los deseos de los padres o, a falta de éstos, de las personas que tengan la guarda de ellos;*
- b) se tomarán las medidas oportunas para facilitar la reunión de las familias temporalmente separadas;*
- c) los niños menores de quince años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades;*

d) la protección especial prevista en este artículo para los niños menores de quince años seguirá aplicándose a ellos si, no obstante las disposiciones del apartado c), han participado directamente en las hostilidades y han sido capturados;

e) se tomarán medidas, si procede, y siempre que sea posible con el consentimiento de los padres o de las personas que, en virtud de la ley o la costumbre, tengan en primer lugar la guarda de ellos, para trasladar temporalmente a los niños de la zona en que tengan lugar las hostilidades a una zona del país más segura y para que vayan acompañados de personas que velen por su seguridad y bienestar.”

El artículo 5 del Protocolo II contiene garantías fundamentales aplicables a las personas privadas de su libertad (sean internadas o detenidas) por motivos relacionados con el conflicto armado interno, mientras que el artículo 6 establece las garantías mínimas aplicables al enjuiciamiento y sanción de las conductas delictivas cometidas en relación con conflictos armados internos.

Más recientemente, en la Resolución 1674 del 28 de abril de 2006, el Consejo de Seguridad condenó “*en los términos más enérgicos todos los actos de violencia o abusos cometidos contra civiles en situaciones de conflicto armado en violación de las obligaciones internacionales aplicables, en particular con respecto a: i) la tortura y otros tratos prohibidos, ii) la violencia de género y sexual, iii) la violencia contra los niños, iv) el reclutamiento y uso de niños soldados, v) la trata de seres humanos, vi) los desplazamientos forzados y vii) la denegación intencional de asistencia humanitaria*”, exigiendo a las partes de dichos conflictos el poner fin a tales prácticas.

5.4. Las garantías fundamentales inherentes al principio humanitario.

5.4.1. Las garantías fundamentales como nodo de interacción entre el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

El componente del principio humanitario consistente en la obligatoriedad de respetar las garantías fundamentales y salvaguardas humanitarias básicas durante los conflictos armados, constituye uno de los principales nodos de interacción del Derecho Internacional y Constitucional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario. En efecto, las garantías mínimas y salvaguardas humanitarias que forman parte del principio humanitario, corresponden a su vez a las disposiciones cardinales del derecho de los derechos humanos, que están plasmadas como obligaciones no derogables y derechos no sujetos a suspensión durante estados de emergencia.

Esta interacción, en el seno del principio humanitario, del Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos más esenciales, confirma que estos dos ordenamientos jurídicos se complementan mutuamente

en tiempos de confrontación armada, y que ambos comparten el objetivo cardinal de proteger los derechos básicos y la dignidad de la persona, en tiempos de guerra y de paz, limitando el poder de los Estados y de las organizaciones para salvaguardar un núcleo básico de garantías fundamentales de las que son titulares todas las personas, sin discriminación. En este sentido, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha afirmado, como uno de los principios **básicos** para la protección de las poblaciones civiles en los conflictos armados, el que *“los derechos humanos fundamentales aceptados en el derecho internacional y enunciados en los instrumentos internacionales seguirán siendo plenamente válidos en casos de conflictos armados”*.²³⁰ La interrelación entre el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, adquiere una especial fuerza en los conflictos armados internos: *“es precisamente en situaciones de conflicto armado interno que esas dos ramas del Derecho internacional convergen de manera más precisa y se refuerzan recíprocamente”*²³¹. En igual sentido, el Preámbulo del Protocolo Adicional II dispone que *“los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos ofrecen a la persona humana una protección fundamental”*, y el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia ha precisado que *“las leyes de la guerra no desplazan necesariamente a las leyes que regulan las situaciones de paz; aquellas pueden añadir elementos requeridos por la protección que debe ser otorgada a las víctimas en situaciones de guerra”*²³².

Más aún, es claro que en los casos de conflictos armados internos, las disposiciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario se aplican de manera concurrente e interactúan de distintas formas en su aplicación a situaciones concretas. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado, en este sentido, que *“en ciertas circunstancias (...) es necesario aplicar directamente normas de derecho internacional humanitario, o interpretar disposiciones pertinentes de la Convención Americana, tomando como referencia aquéllas normas”*²³³,

²³⁰ AGNU, Resolución 2675 (1970), sobre Principios Básicos para la protección de las poblaciones civiles en los conflictos armados, adoptada por unanimidad.

²³¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso “La Tablada” – Informe No. 55/97, Caso No. 11.137 - Juan Carlos Abella vs. Argentina, 18 de noviembre de 1997.

²³² Traducción informal: *“The laws of war do not necessarily displace the laws regulating a peacetime situation; the former may add elements requisite to the protection which needs to be afforded to victims in a wartime situation.”* Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros**, sentencia de la Sala de Apelaciones 12 de junio de 2002.

²³³ La Comisión Interamericana ha explicado cómo debe efectuarse esta interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos a la luz del Derecho Internacional Humanitario, para efectos de proteger los derechos fundamentales violados en situaciones de conflicto armado: “Por ejemplo, tanto el artículo 3 común como el artículo 4 de la Convención Americana, protegen el derecho a la vida y, en consecuencia prohíben, *inter alia*, las ejecuciones sumarias en cualquier circunstancia. Las denuncias que aleguen privaciones arbitrarias del derecho a la vida, atribuibles a agentes del Estado, están claramente dentro de la competencia de la Comisión. Sin embargo, la competencia de ésta para resolver denuncias sobre violaciones al derecho no suspendible a la vida que surjan de un conflicto armado, podría encontrarse limitada si se fundara únicamente en el Artículo 4 de la Convención Americana. Esto obedece a que la Convención Americana no contiene disposiciones que definan o distingan a los civiles de los combatientes, y otros objetivos militares ni, mucho menos, que especifiquen cuándo un civil puede ser objeto de ataque legítimo o cuándo las bajas civiles son una consecuencia legítima de operaciones militares. Por consiguiente, la Comisión debe necesariamente referirse y aplicar estándares y reglas pertinentes del Derecho humanitario, como fuentes de interpretación autorizadas al resolver ésta y otras denuncias similares que aleguen la violación de la Convención Americana en situaciones de combate. Si la Comisión obrara de otra forma,

y ha precisado que ello se deriva de las relaciones específicas que existen entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, el cual constituye para ciertos efectos *lex specialis*, puesto que a pesar de que “*los tratados sobre derechos humanos son aplicables tanto en tiempo de paz como en situaciones de conflictos armados*”²³⁴, las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario, tanto convencionales como consuetudinarias, proveen regulaciones mucho más detalladas que el DIDH para proteger los derechos de las víctimas en situaciones de conflictos armados y regular los métodos y medios de combate. Dado que el objetivo mismo del DIH es el de limitar los efectos de los conflictos armados sobre sus víctimas, “*es comprensible que las disposiciones del Derecho humanitario convencional y consuetudinario otorguen, en general, una protección mayor y más concreta para las víctimas de los conflictos armados, que las garantías enunciadas de manera más global en la Convención Americana y en otros instrumentos sobre derechos humanos*”²³⁵. No obstante lo anterior, la Comisión Interamericana ha subrayado la coincidencia en las metas de protección de ambos ordenamientos, señalando que “*al igual que otros instrumentos universales y regionales sobre derechos humanos, la Convención Americana y los Convenios de Ginebra de 1949 comparten un núcleo común de derechos no suspendibles y el objetivo común de proteger la integridad física y la dignidad del ser humano*”²³⁶. La Asamblea General de la Organización de Estados Americanos ha recordado que “de conformidad con la Carta de la Organización de los Estados Americanos y teniendo presentes todas las disposiciones aplicables del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos dentro de sus respectivos ámbitos de aplicación, los derechos humanos y libertades fundamentales deben ser siempre respetados, incluso en las situaciones de conflicto armado”²³⁷.

5.4.2. Enunciación de las garantías fundamentales que forman parte del principio humanitario.

La mayor parte de las garantías fundamentales que forman parte del principio humanitario se aplican a los no combatientes, esto es, a las personas civiles que no toman parte en las hostilidades y a las personas fuera de combate.²³⁸

debería declinar el ejercicio de su competencia en muchos casos de ataques indiscriminados perpetrados por agentes del Estado que provocan un número considerable de bajas civiles. Un resultado de esa índole sería claramente absurdo, a la luz del objeto y fin de la Convención Americana y de los tratados de Derecho humanitario.” Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso “La Tablada” – Informe No. 55/97, Caso No. 11.137 - Juan Carlos Abella vs. Argentina, 18 de noviembre de 1997.

²³⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso “La Tablada” – Informe No. 55/97, Caso No. 11.137 - Juan Carlos Abella vs. Argentina, 18 de noviembre de 1997.

²³⁵ Id.

²³⁶ Id.

²³⁷ Resolución 2226 de 2006.

²³⁸ En palabras del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, “el requisito final para la aplicación de un cargo (...) basado en el Artículo 3 Común es que la víctima no estuviera tomando parte activa en las hostilidades al momento de comisión del crimen. Esto cubre, entre otras personas, a los miembros de las fuerzas armadas que han depuesto las armas y a quienes han sido puestos fuera de combate por enfermedad, heridas, captura o cualquier otra causa.” [Traducción informal: “*The final requirement for the application of an Article 3 charge based on Common Article 3 is that the victim was taking no active part in the hostilities at the time the offence was committed. This covers, among other persons, members of armed forces who have laid down their arms and those placed hors de combat by sickness, wounds, detention, or any other cause*”].

Sin embargo, algunas garantías fundamentales específicas como la prohibición de la toma de rehenes se aplican a todas las personas, independientemente de si toman parte o no en las hostilidades, como se verá.

Teniendo en cuenta los anteriores instrumentos y el desarrollo de las normas consuetudinarias de derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos internos según su estado actual, la Corte Constitucional observa las garantías fundamentales que se derivan del principio humanitario -que en varios casos tienen en sí mismas el rango de normas de *ius cogens*- son principalmente las siguientes: (i) la prohibición de la discriminación en la aplicación del Derecho Internacional Humanitario²³⁹, (ii) la prohibición del homicidio –ver más adelante-, (iii) la prohibición de la tortura y de los tratos crueles, inhumanos y degradantes²⁴⁰ -que es en sí misma una norma de *ius cogens*-, (iv) la prohibición de los castigos corporales y los suplicios²⁴¹ -norma de *ius cogens* como tal-, (v) la prohibición de las mutilaciones, de las experimentaciones médicas o científicas u otras actuaciones médicas no requeridas por la persona afectada y contrarias a las normas médicas generalmente aceptadas²⁴² -la cual de por sí es una norma de *ius cogens*-, (vi) la prohibición de la violencia de género, de la violencia sexual, de la prostitución forzada y de los atentados contra el pudor²⁴³; (vii) la prohibición de la esclavitud y de la trata de esclavos²⁴⁴ -norma con rango propio de *ius cogens*-, (viii) la prohibición del trabajo forzado no retribuido o abusivo²⁴⁵, (ix) la prohibición de tomar rehenes –ver más adelante-, (x) la prohibición de utilizar escudos humanos²⁴⁶, (xi) la prohibición de las desapariciones forzadas²⁴⁷, (xii) la prohibición de la privación arbitraria de la libertad²⁴⁸, (xiii) la obligación de respetar las garantías judiciales esenciales y por los principios de legalidad de los delitos y de las penas y de responsabilidad penal individual²⁴⁹, (xiv) la prohibición de los castigos colectivos²⁵⁰, (xv) la

Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Momcilo Krajisnik**, sentencia del 27 de septiembre de 2006.]

²³⁹ Sistematización del CICR, Norma 88: “En la aplicación del derecho internacional humanitario, está prohibido hacer distinciones de índole desfavorable basadas en la raza, el color, el sexo, la lengua, la religión o las creencias, las opiniones políticas o de otro género, el origen nacional o social, la fortuna, el nacimiento u otra condición, o cualquier otro criterio análogo.”

²⁴⁰ Sistematización del CICR, Norma 90: “Quedan prohibidos los actos de tortura, los tratos crueles e inhumanos y los atentados contra la dignidad personal, en particular los tratos humillantes y degradantes.”

²⁴¹ Sistematización del CICR, Norma 91: “Quedan prohibidos los castigos corporales.”

²⁴² Sistematización del CICR, Norma 92: “Quedan prohibidas las mutilaciones, las experimentaciones médicas o científicas o cualquier otra actuación médica no requerida por el estado de salud de la persona concernida y que no sea conforme a las normas médicas generalmente aceptadas.”

²⁴³ Sistematización del CICR, Norma 93: “Quedan prohibidas las violaciones y cualquier otra forma de violencia sexual”.

²⁴⁴ Sistematización del CICR, Norma 94: “Quedan prohibidas la esclavitud y la trata de esclavos en todas sus formas”.

²⁴⁵ Sistematización del CICR, Norma 95: “Queda prohibido el trabajo forzado no retribuido o abusivo”.

²⁴⁶ Sistematización del CICR, Norma 97: “Queda prohibida la utilización de escudos humanos”.

²⁴⁷ Sistematización del CICR, Norma 98: “Quedan prohibidas las desapariciones forzadas”.

²⁴⁸ Sistematización del CICR, Norma 99: “Queda prohibida la privación arbitraria de la libertad”.

²⁴⁹ Sistematización del CICR, Norma 100: “Nadie puede ser juzgado o condenado si no es en virtud de un proceso equitativo que ofrezca todas las garantías judiciales esenciales”. Norma 101: “Nadie puede ser acusado o condenado por una acción u omisión que no constituía delito según el derecho nacional o internacional en el momento en que se cometió. Tampoco puede imponerse una pena mayor que la que era aplicable cuando se cometió la infracción penal.” Norma 102.: “Nadie puede ser condenado por un delito si no es basándose en la responsabilidad penal individual”.

²⁵⁰ Sistematización del CICR, Norma 103: “Quedan prohibidos los castigos colectivos”.

obligación de respetar las convicciones y prácticas religiosas de las personas civiles y fuera de combate²⁵¹, (xvi) la obligación de respetar la vida familiar²⁵², (xvii) la obligación de proteger los derechos de las mujeres afectadas por los conflictos armados²⁵³, (xviii) la obligación de proteger los derechos especiales de los niños afectados por los conflictos armados²⁵⁴, junto con la prohibición de reclutamiento infantil²⁵⁵ y la prohibición de permitir la participación directa de niños en las hostilidades²⁵⁶, (xix) la obligación de respetar los derechos especiales de los ancianos y personas con discapacidad afectados por los conflictos armados²⁵⁷, (xx) la prohibición absoluta del genocidio en el curso de un conflicto armado –que tiene indubitavelmente el rango de *ius cogens*–, (xxi) la prohibición absoluta de los crímenes de lesa humanidad cometidos en el curso de un conflicto armado –norma igualmente revestida del carácter autónomo de *ius cogens*–, (xxii) el deber de recoger y asistir a los heridos y los enfermos, (xxiii) la prohibición de los actos de terrorismo, (xxiv) la prohibición del pillaje y (xxv) el deber de respetar las garantías mínimas de las personas privadas de la libertad.

Por su relevancia directa para la resolución de los problemas jurídicos planteados en el presente proceso, la Corte se detendrá en la exploración del contenido de dos de estas garantías fundamentales integrantes del principio humanitario, a saber: la prohibición del homicidio, y la prohibición de la toma de rehenes.

5.4.3. La garantía fundamental de la prohibición del homicidio.

La garantía fundamental de la prohibición del homicidio en el contexto de conflictos armados no internacionales, como la mayoría de las demás garantías fundamentales, cobija a los *no combatientes*, es decir, a los civiles y a las personas fuera de combate, mientras que no tomen parte directamente en las hostilidades²⁵⁸. Se trata de una norma plasmada en numerosos tratados internacionales –en particular en el Artículo 3 Común de los Convenios de Ginebra de 1949 y el artículo 4 del Protocolo II–, y que igualmente forma parte del derecho internacional humanitario consuetudinario aplicable a los

²⁵¹ Sistematización del CICR, Norma 104: “Deben respetarse las convicciones y las prácticas religiosas de las personas civiles y de las personas fuera de combate”.

²⁵² Sistematización del CICR, Norma 105: “En la medida de lo posible, se respetará la vida familiar.”

²⁵³ Sistematización del CICR, Norma 134: “Deberán respetarse las necesidades específicas de las mujeres afectadas por los conflictos armados en materia de protección, salud y asistencia”.

²⁵⁴ Sistematización del CICR, Norma 135: “Los niños afectados por los conflictos armados tienen derecho a un respeto y protección especiales”.

²⁵⁵ Sistematización del CICR, Norma 136: “Las fuerzas armadas o los grupos armados no deberán reclutar niños”.

²⁵⁶ Sistematización del CICR, Norma 137: “No se permitirá que los niños participen en las hostilidades”.

²⁵⁷ Sistematización del CICR, Norma 138: “Los ancianos, los inválidos y los enfermos mentales afectados por los conflictos armados tienen derecho a un respeto y protección especiales.”

²⁵⁸ Sistematización del CICR, p. 311 Tomo I. Ver en igual sentido los pronunciamientos del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia en el caso **Hadzihasanovic**: “el artículo 3 común se aplica cuandoquiera que se establezca que las víctimas del crimen no estaban tomando parte activa en el conflicto” [traducción informal: “The Chamber has already established that common Article 3 of the Geneva Conventions is covered by the scope of Article 3 of the Statute, and that common Article 3 applies when it is established that the victims of the crime were not actively taking part in the armed conflict”, caso del **Fiscal vs. Enver Hadzihasanovic y Amir Kubura**, sentencia del 15 de marzo de 2006].

conflictos armados internos.²⁵⁹ De hecho, la prohibición del homicidio de civiles y personas fuera de combate constituye una de las garantías de más larga trayectoria en el Derecho Internacional Humanitario.²⁶⁰

La prohibición del homicidio de personas civiles y fuera de combate es una norma de *ius cogens* en sí misma. A este respecto debe recordarse que esta prohibición del Derecho Internacional Humanitario corresponde a una de las garantías no derogables del Derecho Internacional de los Derechos Humanos – el derecho a la vida²⁶¹– circunstancia que según se indicó más arriba, es una prueba de su carácter imperativo o perentorio. Así mismo, en el marco de los conflictos armados internos la privación del derecho a la vida de las personas civiles o fuera de combate, equivale igualmente a la violación de prohibiciones imperativas, como lo son el principio de distinción, la prohibición de atacar a la población civil o la prohibición de ataques indiscriminados y armas de efectos indiscriminados.

La violación de esta prohibición conlleva responsabilidad penal en tanto crimen de guerra, si están dados los elementos constitutivos del delito, tal y como los ha precisado la jurisprudencia internacional. El Estatuto de Roma tipifica como crimen de guerra en conflictos armados internacionales, en su artículo 8(2)(c)(i), el “homicidio en todas sus formas” en tanto manifestación de los “actos de violencia contra la vida y la persona”²⁶². También lo tipifican el Estatuto del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia²⁶³, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda²⁶⁴ y la Carta de la Corte Especial para Sierra Leona²⁶⁵. Según ha demostrado minuciosamente el CICR en su trabajo de Sistematización, la prohibición del homicidio de civiles y personas fuera de combate ha sido reafirmada de manera extensa por la jurisprudencia internacional y comparada, y en general por la práctica de la comunidad internacional.

Ahora bien, independientemente de la posible configuración del crimen de guerra de homicidio en persona civil o en persona fuera de combate, observa la Corte Constitucional que el acto material subyacente, v.g. el de tomar la

²⁵⁹ Sistematización del CICR, Norma 89: “Queda prohibido el homicidio”.

²⁶⁰ El asesinato de los civiles y de los prisioneros de guerra se incluyó como un crimen en la Carta del Tribunal Internacional Militar de Nuremberg, Art. 6 (b). En el ámbito de los conflictos armados internacionales, está proscrito por las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 en tanto una violación grave de las mismas.

²⁶¹ El derecho a la vida y la prohibición de su privación arbitraria están consagrados, entre otras, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 6) y la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 4). El carácter no derogable del derecho a la vida y la prohibición de su suspensión en estados de emergencia están consagradas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 4-2) y la Convención Americana de Derechos Humanos (Art. 27-2), entre otras.

²⁶² Artículo 8. “Crímenes de guerra. (...) 2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por ‘crímenes de guerra’: (...) (c) En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y los que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, lesiones, detención o por cualquier otra causa: (i) Actos de violencia contra la vida y la persona, en particular el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura (...)”.

²⁶³ Art. 2(a).

²⁶⁴ Art. 4(a).

²⁶⁵ Art. 3(a).

vida de una persona amparada por el principio de distinción, puede dar lugar a la configuración de otros tipos de delitos bajo el Derecho Internacional Humanitario, entre los cuales se cuentan el genocidio y los crímenes de lesa humanidad de exterminio, persecución, ataques contra civiles o violencia contra la persona; depende en cada caso del contexto en el cual se cometió el acto y de la presencia de las distintas condiciones específicas para la configuración de estas figuras delictivas²⁶⁶. Todas ellas comparten un núcleo común de elementos con la definición del delito de homicidio como crimen de guerra, a saber, *“la muerte de la víctima que resulta de un acto u omisión del acusado, cometido con la intención de matar o de causar daño corporal serio, con el conocimiento razonable de que probablemente causaría la muerte”*²⁶⁷

5.4.4. La garantía fundamental de la prohibición de tomar rehenes.

La garantía fundamental de la prohibición de la toma de rehenes durante conflictos armados no internacionales, en tanto parte integrante del principio humanitario y en sí misma considerada, tiene la triple naturaleza de ser una norma convencional, consuetudinaria y de *ius cogens* de Derecho Internacional Humanitario. Su violación constituye un crimen de guerra que da lugar a responsabilidad penal individual; también puede constituir un crimen de lesa humanidad cometido en el marco de un conflicto armado interno. El crimen de toma de rehenes ha recibido las más enérgicas condenas por parte de instancias internacionales a todo nivel.

Como se vió, la prohibición de la toma de rehenes está consagrada en tanto garantía fundamental inherente al principio humanitario en distintos tratados internacionales vinculantes para Colombia en casos de conflicto armado interno – concretamente, en el Artículo 3 Común de los Convenios de Ginebra de 1949 y en el Artículo 4-2-c del Protocolo II Adicional de 1977. Además, la

²⁶⁶ Así, en la jurisprudencia del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, los elementos del homicidio como crimen de guerra y del homicidio como crimen de lesa humanidad, son los mismos, como también son similares los elementos del crimen de exterminio, diferenciándose en cada caso por la escala en la que se cometen los hechos y el contexto en el que se realizan (y teniendo en cuenta que el conflicto armado no es un elemento de los crímenes de lesa humanidad, aunque éstos se pueden cometer en su curso). En este sentido, en el caso *Blagojevic* el Tribunal explicó que “los elementos del delito de homicidio como crimen de lesa humanidad y como violación de las leyes o costumbres de la guerra es la misma. (...) La jurisprudencia de este Tribunal y del Tribunal Penal Internacional para Ruanda han establecido en varias oportunidades que los elementos principales del exterminio son esencialmente similares a los requeridos para el homicidio deliberado bajo el Artículo 2 y para el homicidio bajo los Artículos 3 y 5 del Estatuto. La escala de los crímenes es, sin embargo, específica: el exterminio ‘debe interpretarse como homicidio a una escala mayor – homicidio en masa’.” [Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Blagojevic y Jokic**, sentencia del 17 de enero de 2005]. En igual sentido, ver el caso *Brdjanin*: “Es claro en la jurisprudencia del Tribunal que los elementos del crimen subyacente de homicidio voluntario bajo el Artículo 2 del Estatuto son idénticos a los que se requieren para el homicidio bajo el Artículo 3 y el Artículo 5 del Estatuto. (...) La jurisprudencia de este Tribunal y del Tribunal Penal Internacional para Ruanda ha sostenido consistentemente que, aparte de la cuestión de la escala, los elementos centrales del homicidio voluntario (Artículo 2) y del homicidio (Artículo 3 y Artículo 5) por una parte, y del exterminio (Artículo 5) por otra parte, son los mismos” [Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Radoslav Brdjanin**, sentencia del 1º de septiembre de 2004]. Ver en idéntico sentido los casos del **Fiscal vs. Radoslav Brdjanin**, sentencia del 1º de septiembre de 2004; **Fiscal vs. Dario Kordic y Mario Cerkez**, sentencia del 26 de febrero de 2001; y **Fiscal vs. Momcilo Krajisnik**, sentencia del 27 de septiembre de 2006.

²⁶⁷ Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Blagojevic y Jokic**, sentencia del 17 de enero de 2005. Ver en igual sentido los casos del **Fiscal vs. Radoslav Brdjanin**, sentencia del 1º de septiembre de 2004, **Fiscal vs. Enver Hadzihanovic y Amir Kubura**, sentencia del 15 de marzo de 2006, **Fiscal vs. Sefer Halilovic**, sentencia del 16 de noviembre de 2005.

prohibición de la toma de rehenes ha adquirido carácter consuetudinario, tanto por su carácter de garantía integrante del principio humanitario contenido en el Artículo 3 Común (que ha hecho tránsito a la costumbre en su integridad), como autónomamente. En efecto, el carácter consuetudinario de la prohibición de la toma de rehenes ha sido confirmado por la sistematización del CICR, así como su aplicabilidad tanto a conflictos armados internacionales como a conflictos armados no internacionales, luego de un cuidadoso análisis de su proscripción en instrumentos internacionales, legislaciones nacionales y distintos actos que constituyen una práctica general, uniforme y reiterada aceptada como obligatoria por la comunidad internacional²⁶⁸.

Más aún, la prohibición de la toma de rehenes ha sido catalogada como una norma imperativa de derecho internacional, o norma de *ius cogens* en sí misma. En este sentido, debe tenerse en cuenta que la prohibición de la toma de rehenes en el Derecho Internacional Humanitario refuerza, en la práctica, varias garantías no derogables provistas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos –que incluyen el derecho a la vida, a la libertad y la seguridad de la persona, la prohibición de las torturas y de los tratos crueles, inhumanos y degradantes, así como la protección contra la detención arbitraria-, lo cual, como se precisó anteriormente, es una indicación clara del carácter imperativo, perentorio o de *ius cogens* de esta última. En ese preciso sentido se ha pronunciado el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en su Comentario General No. 29 sobre el Artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el cual se explica que la toma de rehenes, al desconocer garantías no derogables en tiempos de conflicto armado, es una violación de normas imperativas o perentorias de derecho internacional, por lo cual no se puede invocar bajo ninguna circunstancia el estado de excepción para justificarla: “*Los Estados Partes no pueden en ningún caso invocar el artículo 4º del Pacto como justificación de actos que violan el derecho humanitario o normas imperativas de derecho internacional, por ejemplo, la toma de rehenes...*”. Más adelante en este mismo Comentario General se señala que la prohibición de la toma de rehenes es una disposición que no puede ser objeto de suspensión, y que su carácter absoluto se justifica en virtud de “*su condición de [norma] de derecho internacional general*”. El acuerdo unánime de la comunidad internacional respecto de la prohibición absoluta de la toma de rehenes se refleja, entre otras, en que el artículo 4(2)(c) del Protocolo Adicional II, que la consagra, fue adoptado por consenso²⁶⁹. La gravedad de las violaciones de la prohibición ha sido resaltada por entes especializados tales como la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, que en su proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de 1991 caracteriza la toma de rehenes como un crimen de guerra excepcionalmente grave, y como una violación seria de los principios y reglas de derecho internacional aplicables a los conflictos armados.

²⁶⁸ Sistematización del CICR, **Norma 96**: “Queda prohibido tomar rehenes”. En el contexto de los conflictos armados internacionales, la toma de rehenes ha sido prohibida adicionalmente por el Cuarto Convenio de Ginebra (artículos 34 y 147) y clasificada como una violación grave del mismo, y da lugar a responsabilidad penal como crimen de guerra.

²⁶⁹ Sistematización del CICR, p. 2263.

Haciendo eco de la naturaleza estricta y perentoria de la prohibición de la toma de rehenes, varias organizaciones internacionales han condenado sistemáticamente la comisión de este crimen en conflictos armados tanto internos como internacionales, resaltando su gravedad. En particular, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ha condenado la toma de rehenes en la Resolución 638 del 31 de julio de 1989, aprobada por unanimidad, sobre “La cuestión de la toma de rehenes y el secuestro”, en la cual se declara *“profundamente perturbado por la frecuencia de los casos de toma de rehenes y de secuestro y el continuo y prolongado encarcelamiento de muchos de los rehenes”*, afirma que *“la toma de rehenes y los secuestros son delitos que preocupan profundamente a todos los Estados y constituyen serias violaciones del derecho humanitario internacional, con graves consecuencias adversas para los derechos humanos de las víctimas y sus familias y para la promoción de las relaciones de amistad y la cooperación entre los Estados”*, posteriormente *“condena inequívocamente todos los actos de toma de rehenes y de secuestro”*, y *“exige que se ponga en libertad inmediatamente y en condiciones de seguridad a todos los rehenes y personas secuestradas, independientemente del lugar en que se encuentren detenidos y de quien los tenga en su poder”*, exhortando luego *“a todos los Estados a que utilicen su influencia política de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios del derecho internacional a fin de lograr la liberación en condiciones de seguridad de todos los rehenes y personas secuestradas e impedir que se cometan actos de toma de rehenes y de secuestro”*. Finalmente, el Consejo *“insta a que se desarrolle aún más la cooperación internacional entre los Estados para la formulación y adopción de medidas eficaces que se ajusten a las normas del derecho internacional a fin de facilitar la prevención, el enjuiciamiento y el castigo de todos los actos de toma de rehenes y de secuestro como manifestaciones de terrorismo”*.

La Asamblea General de las Naciones Unidas, por su parte, ha condenado reiteradamente la toma de rehenes, y en su resolución más reciente sobre el particular –la Resolución 61/172 del 19 de diciembre de 2006, adoptada sin votación, es decir, por consenso unánime- reafirma enérgicamente la proscripción de esta grave violación del Derecho Internacional Humanitario, así: (i) recuerda en primera instancia *“la Declaración Universal de Derechos Humanos, que garantiza, entre otras cosas, el derecho a la vida, la libertad y la seguridad de la persona y a no ser sometido a torturas ni otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, así como la libertad de circulación y la protección contra la detención arbitraria”*; (ii) recuerda la proscripción convencional de la toma de rehenes por la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes de 1979 y la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas de 1973; (iii) invoca las diversas resoluciones del Consejo de Seguridad *“en que se condenan todos los casos de terrorismo, incluida la toma de rehenes y, en particular la resolución 1440 (2002), de 24 de octubre de 2002”*; (iv) se declara *“consciente de que la toma de rehenes constituye un crimen de guerra con arreglo al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y es también una violación grave de los*

Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra”; (v) se declara *“preocupada por el hecho de que, a pesar de los esfuerzos de la comunidad internacional, los actos de toma de rehenes, en sus distintas formas y manifestaciones, incluidos, entre otros, los perpetrados por terroristas y grupos armados, siguen produciéndose y hasta han aumentado en muchas regiones del mundo”*; (vi) reconoce que *“la toma de rehenes requiere una acción resuelta, firme y concertada de la comunidad internacional, estrictamente acorde con las normas internacionales de derechos humanos, para acabar con esa práctica aborrecible”*; (vii) *“reafirma que la toma de rehenes, dondequiera que se cometa y quienquiera que sea su autor, es un delito grave destinado a destruir los derechos humanos y es injustificable en toda circunstancia”*; (viii) *“condena todos los actos de toma de rehenes dondequiera que se realicen”*; (ix) *“exige que todos los rehenes sean liberados inmediatamente y sin condiciones previas de ningún tipo y expresa su solidaridad con las víctimas de la toma de rehenes”*, y (x) *“exhorta a los Estados a que adopten todas las medidas necesarias, de conformidad con las disposiciones pertinentes del derecho internacional humanitario y las normas internacionales de derechos humanos, para prevenir, combatir y castigar los actos de toma de rehenes, incluso fortaleciendo la cooperación internacional en esta materia”*. La Asamblea ha efectuado afirmaciones similares o idénticas en varias resoluciones anteriores a ésta, tales como la Resolución 57/220 del 18 de febrero de 2002.

El Consejo de Seguridad también ha condenado casos específicos de toma de rehenes en distintos conflictos armados internos e internacionales²⁷⁰, como lo ha hecho la Asamblea General de las Naciones Unidas²⁷¹, catalogando estos actos como hechos atroces que violan gravemente las normas fundamentales del Derecho Internacional Humanitario.

En esta misma línea, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas adoptó la Resolución 1998/73 del 22 de abril de 1998 sobre “Toma de Rehenes”, en la cual (i) recuerda como primera medida los derechos inderogables afectados por la toma de rehenes –enuncia *“la Declaración Universal de Derechos Humanos que garantiza el derecho a la vida, la libertad y la seguridad de la persona, a no ser sometido a torturas o tratos degradantes, así como la libertad de circulación y la protección contra la detención arbitraria”*–, (ii) declara su preocupación *“por el hecho de que, a pesar de los esfuerzos de la comunidad internacional, los actos de toma de rehenes, en sus distintas formas y manifestaciones, incluidos, entre otros, los perpetrados por terroristas y grupos armados, han aumentado en muchas regiones del mundo”*, (iii) reconoce que *“la toma de rehenes exige que la comunidad internacional despliegue esfuerzos decididos, firmes y concertados, de conformidad estricta con las normas internacionales de*

²⁷⁰ Así lo ha hecho en relación con casos de toma de rehenes en **Kuwait** [Resoluciones 664 del 18 de agosto de 1990, 674 del 29 de octubre de 1990, 686 del 2 de marzo de 1991 y 706 del 15 de agosto de 1991], **Tayikistán** [Declaraciones del Presidente del Consejo de Seguridad del 7 de febrero de 1997 y del 24 de febrero de 1998], y **Sierra Leona** [Declaración del Presidente del Consejo de Seguridad del 26 de febrero de 1998].

²⁷¹ Ver, por ejemplo, la Resolución 53/164 del 9 de diciembre de 1998 sobre la situación en Kosovo.

derechos humanos, para acabar con esas prácticas abominables”, (iv) luego “Reafirma que la toma de rehenes, dondequiera y por quienquiera que se realice, es un acto ilícito cuyo objetivo es destruir los derechos humanos y que, en cualquier circunstancia, resulta injustificable”, (v) “condena todos los actos de toma de rehenes que se realicen en cualquier parte del mundo”, (vi) “exige que todos los rehenes sean liberados inmediatamente y sin condiciones previas de ningún tipo”, y (vii) “pide a los Estados que adopten todas las medidas necesarias, de conformidad con las disposiciones pertinentes del derecho internacional y de las normas internacionales de derechos humanos, para prevenir, combatir y reprimir los actos de toma de rehenes, inclusive mediante el fortalecimiento de la cooperación internacional en esta materia”. Estas mismas declaraciones se han reafirmado posteriormente, en términos similares, en las Resoluciones 2000/29 y 2001/38 de la misma Comisión.

En igual tono, en la Resolución 1944 (XXXIII-O/03) del 10 de junio de 2003, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos se declara “preocupada por la desaparición de personas y la toma de rehenes especialmente durante los conflictos armados, así como por el sufrimiento que esto causa a los familiares y personas cercanas durante y después de haber finalizado el conflicto”.

En consonancia con la naturaleza absoluta e imperativa de la prohibición, la toma de rehenes ha sido clasificada como un crimen de guerra a nivel convencional y consuetudinario. Así está tipificada en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, y en los estatutos de los Tribunales Penales Especiales para la Antigua Yugoslavia²⁷² y para Ruanda²⁷³, así como en el estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona²⁷⁴. El Estatuto de Roma, que resulta directamente vinculante para Colombia en esta materia, dispone en su artículo 8(2)(c)(iii), para los conflictos armados internos:

“Artículo 8. Crímenes de guerra. (...) 2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por ‘crímenes de guerra’: (...) (c) En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y los que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, lesiones, detención o por cualquier otra causa: (...) (iii) la toma de rehenes”.

La definición consuetudinaria del delito de toma de rehenes ha sido plasmada en los Elementos de los Crímenes de competencia de la Corte Penal

²⁷² Art. 2-h.

²⁷³ Art. 4-c.

²⁷⁴ Art. 3-c.

Internacional²⁷⁵; es decir, a la fecha en que se adopta la presente providencia, existe una definición consuetudinaria de los elementos constitutivos de este crimen de guerra que forma parte, igualmente, del bloque de constitucionalidad colombiano. El crimen de guerra de toma de rehenes se configura así, en el ámbito de los conflictos armados de carácter no internacional, cuando están presentes los siguientes elementos: (a) la detención o retención de una o más personas (el o los rehenes), (b) la amenaza de asesinar, lesionar o continuar la retención del rehén, (c) con la intención de obligar a *un tercero* –que puede ser un Estado, una organización internacional, una persona natural o jurídica o un grupo de personas- a hacer o abstenerse de hacer un acto determinado, (d) como condición explícita o implícita para la liberación o la seguridad del rehén.

6. Personas y bienes especialmente protegidos por el Derecho Internacional Humanitario.

El Derecho Internacional Humanitario convencional y consuetudinario, en su aplicación a los conflictos armados internos, provee especial protección a ciertas categorías de personas y de bienes que resultan particularmente vulnerables a los efectos nocivos de la guerra. Las principales categorías de personas y bienes especialmente protegidos son (a) el personal y los bienes médicos, sanitarios y religiosos²⁷⁶, (b) el personal y los bienes de socorro

²⁷⁵ Los Elementos de los Crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional establecen en su artículo 8.2.c.iii) los siguientes elementos para el crimen de guerra de toma de rehenes en conflictos armados de carácter no internacional: “1. *Que el autor haya capturado, detenido o retenido como rehén a una o más personas.* // 2. *Que el autor haya amenazado con matar, herir o seguir deteniendo a esa persona o personas.* // 3. *Que el autor haya tenido la intención de obligar a un Estado, una organización internacional, una persona natural o jurídica o un grupo de personas a que actuaran o se abstuvieran de actuar como condición expresa o tácita de la seguridad o la puesta en libertad de esa persona o personas (las negrillas son nuestras).* // 4. *Que esa persona o personas hayan estado fuera de combate o hayan sido personas civiles o miembros del personal sanitario o religioso que no tomaban parte activa en las hostilidades.* // 5. *Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían esa condición.* // 6. *Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.* // 7. *Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.*”

²⁷⁶ El artículo 9 del Protocolo Adicional II establece las garantías de especial protección del personal sanitario y religioso, al disponer: “1. El personal sanitario y religioso será respetado y protegido. Se le proporcionará toda la ayuda disponible para el desempeño de sus funciones y no se le obligará a realizar tareas que no sean compatibles con su misión humanitaria. // 2. No se podrá exigir que el personal sanitario, en el cumplimiento de su misión, de prioridad al tratamiento de persona alguna salvo por razones de orden médico.” Por su parte, el artículo 10 de este Protocolo consagra la cláusula de protección general de la misión médica en los términos siguientes: “1. No se castigará a nadie por haber ejercido una actividad médica conforme con la deontología, cualesquiera que hubieren sido las circunstancias o los beneficiarios de dicha actividad. // 2. No se podrá obligar a las personas que ejerzan una actividad médica a realizar actos ni a efectuar trabajos contrarios a la deontología u otras normas médicas destinadas a proteger a los heridos y a los enfermos, o a las disposiciones del presente Protocolo, ni a abstenerse de realizar actos exigidos por dichas normas o disposiciones. // 3. A reserva de lo dispuesto en la legislación nacional, se respetarán las obligaciones profesionales de las personas que ejerzan una actividad médica, en cuanto a la información que puedan adquirir sobre los heridos y los enfermos por ellas asistidos. // 4. A reserva de lo dispuesto en la legislación nacional, la persona que ejerza una actividad médica no podrá ser sancionada de modo alguno por el hecho de no proporcionar o de negarse a proporcionar información sobre los heridos y los enfermos a quienes asista o haya asistido.” A la vez, el artículo 11 del Protocolo II establece la “Protección de unidades y medios de transporte sanitarios” así: “1. Las unidades sanitarias y los medios de transporte sanitarios serán respetados y protegidos en todo momento y no serán objeto de ataques. // 2. La protección debida a las unidades y a los medios de transporte sanitarios solamente podrá cesar cuando se haga uso de ellos con objeto de realizar actos hostiles al margen de sus tareas humanitarias. Sin embargo, la protección cesará únicamente después de una intimación que, habiendo sido fijado cuando proceda un plazo razonable, no surta efectos.” Ver en igual sentido la Sistematización del **CICR, Norma 25**: “El personal sanitario exclusivamente destinado a tareas

humanitario²⁷⁷, (c) el personal y los bienes de las misiones de mantenimiento de la paz²⁷⁸, (d) los periodistas²⁷⁹, (e) los bienes culturales y (f) las instalaciones que contienen fuerzas peligrosas. Por su relevancia directa para la resolución de los cargos formulados en el presente proceso de constitucionalidad, la Sala Plena se detendrá brevemente en la descripción de las garantías provistas por el Derecho Internacional Humanitario para las dos últimas categorías de bienes especialmente protegidos.

6.1. La protección especial de los bienes culturales y de los bienes religiosos

El Derecho Internacional Humanitario impone a las partes de un conflicto armado interno la obligación especial de respetar y proteger los bienes culturales, entendiendo por tales tanto (i) los bienes culturales en general -“los edificios dedicados a fines religiosos o caritativos, a la enseñanza, las artes o las ciencias, así como los monumentos históricos y las obras artísticas o científicas”-, como (ii) los bienes culturales de especial importancia para el patrimonio de todos los pueblos -“los monumentos históricos, las obras de arte o los lugares de culto que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos”-. Estos dos tipos de bienes son protegidos por disposiciones convencionales específicas –la Convención de La Haya de 1954 en el caso de los primeros, y el Protocolo Adicional II en el caso de los segundos²⁸⁰-, y las garantías que los salvaguardan también forman parte del derecho internacional humanitario consuetudinario.²⁸¹ La diferencia esencial consiste en el refuerzo de las protecciones aplicables a los bienes culturales de la categoría (ii).

médicas será respetado y protegido en todas las circunstancias. Perderá su protección si, al margen de su función humanitaria, comete actos perjudiciales para el enemigo”; **Norma 26:** “Queda prohibido castigar a alguien por realizar tareas médicas conformes con la deontología u obligar a una persona que ejerce una actividad médica a realizar actos contrarios a la deontología”; **Norma 27:** “El personal religioso exclusivamente destinado a actividades religiosas será respetado y protegido en todas las circunstancias. Perderá su protección si, al margen de su función humanitaria, comete actos perjudiciales para el enemigo”; **Norma 30:** “Quedan prohibidos los ataques directos contra el personal y los bienes sanitarios y religiosos que ostenten los signos distintivos estipulados en los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional.”

²⁷⁷ Sistematización del CICR, **Norma 31:** “El personal de socorro humanitario será respetado y protegido.”; **Norma 55:** “Las partes en conflicto permitirán y facilitarán, a reserva de su derecho de control, el paso rápido y sin trabas de toda la ayuda humanitaria destinada a las personas civiles necesitadas que tengan carácter imparcial y se preste sin distinción desfavorable alguna”.

²⁷⁸ Sistematización del CICR, **Norma 33:** “Queda prohibido lanzar un ataque contra el personal y los bienes de las misiones de mantenimiento de la paz que sean conformes con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección que el derecho internacional humanitario otorga a las personas civiles y los bienes de carácter civil.”

²⁷⁹ Sistematización del CICR, **Norma 34:** “Los periodistas civiles que realicen misiones profesionales en zonas de conflicto armado serán respetados y protegidos, siempre que no participen directamente en las hostilidades.”

²⁸⁰ El Protocolo Adicional II establece en su artículo 16 (“Protección de los bienes culturales y de los lugares de culto”): “Sin perjuicio de las disposiciones de la Convención de La Haya del 14 de mayo de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, queda prohibido cometer actos de hostilidad dirigidos contra los monumentos históricos, las obras de arte o los lugares de culto que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos, y utilizarlos en apoyo del esfuerzo militar”.

²⁸¹ Sistematización del CICR, **Norma 38:** “Las partes en conflicto deben respetar los bienes culturales: A. En las operaciones militares se pondrá especial cuidado en no dañar los edificios dedicados a fines religiosos o caritativos, a la enseñanza, las artes o las ciencias, así como los monumentos históricos, a no ser que se trate de objetivos militares. B. No serán atacados los bienes que tengan gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos, salvo en caso de necesidad militar imperiosa.”; **Norma 40:** “Las partes en conflicto deben proteger los bienes culturales: A. Queda prohibido confiscar, destruir o dañar intencionadamente los

Aunque los bienes culturales forman parte de la categoría general de “bienes civiles”, y como tales están amparados por los principios de distinción y de precaución arriba explicados, el Derecho Internacional Humanitario establece respecto de los bienes culturales deberes de especial cuidado, respeto, prevención y protección a cargo de todas las partes enfrentadas en conflictos armados; en este sentido, las garantías de protección de los bienes culturales – incluidas las garantías penales- constituyen *lex specialis* en relación con los principios de distinción y precaución.²⁸²

La violación de las garantías de especial protección de los bienes culturales es un crimen de guerra bajo el derecho internacional humanitario convencional y consuetudinario. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional la tipifica, al disponer en su artículo 8(2)(e)(ix) que se considerará como un crimen de guerra en conflictos armados no internacionales el dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados al culto religioso, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, así como contra los monumentos, siempre y cuando éstos no sean objetivos militares.²⁸³

Dentro de la categoría general de bienes culturales, las instituciones dedicadas a la religión reciben una especial salvaguarda en el Derecho Internacional Humanitario, a nivel convencional y consuetudinario en su aplicación a conflictos armados internos²⁸⁴. El artículo 16 del Protocolo Adicional II La especial protección otorgada a nivel convencional y consuetudinario a los bienes e instituciones de carácter religioso se deriva de su valor espiritual, no solo para un individuo sino para una colectividad entera, por lo cual la apreciación de su gravedad en casos concretos se efectúa con relación a su valor espiritual, y no al alcance material de los daños.²⁸⁵

establecimientos dedicados a fines religiosos o caritativos, a la enseñanza, las artes o las ciencias, así como los monumentos históricos y las obras artísticas o científicas. B. Queda prohibida cualquier forma de robo, pillaje o apropiación indebida de bienes que tengan gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos, así como todo acto de vandalismo contra ellos.”

²⁸² Así lo ha explicado el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia en el caso del **Fiscal vs. Dario Kordic y Mario Cerkez**, sentencia del 26 de febrero de 2001.

²⁸³ “Artículo 8. Crímenes de guerra. (...) 2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por ‘crímenes de guerra’: (...) (e) otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes: (...) (iv) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados al culto religioso, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos, los hospitales y otros lugares y que se agrupa a enfermos y heridos, a condición de que no sean objetivos militares”.

²⁸⁴ Así ha explicado el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia: “Las instituciones dedicadas a la religión están protegidas bajo el Estatuto y bajo el derecho internacional consuetudinario” [Traducción informal: “Institutions dedicated to religion are protected under the Statute and under customary international law”. Caso del **Fiscal vs. Radoslav Brdjanin**, sentencia del 1º de septiembre de 2004].

²⁸⁵ Así ha señalado el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia: “La Sala nota que mientras que los bienes civiles reciben protección general bajo el derecho internacional consuetudinario, se presta especial atención a ciertos bienes, a saber los edificios religiosos, dado su valor espiritual. Como esos valores trascienden el ámbito de un solo individuo y tienen una dimensión comunal, la víctima en estos casos no debe considerarse que sea el individuo, sino un grupo social o comunidad. La Sala considera que la destrucción o el daño de las instituciones [religiosas] constituye una violación grave del derecho internacional cuando la destrucción o daño son lo suficientemente serios como para constituir profanación. La Sala considera que la gravedad del crimen de destrucción o daño a instituciones dedicadas a la religión se debe apreciar caso por caso, tomando mucho más en cuenta el valor espiritual de los bienes dañados o destruidos que la extensión material del daño o la destrucción” [Caso del **Fiscal vs. Enver Hadzihanovic y Amir Kubura**, sentencia del 15 de marzo de 2006.]

La protección dispensada a nivel convencional y consuetudinario a las instituciones religiosas es autónoma de la protección dada a los bienes culturales; por ello, no es necesario que estas instituciones correspondan al patrimonio cultural de los pueblos o de un pueblo en particular, para ser bienes especialmente protegidos por el derecho internacional humanitario, cuyo ataque da lugar a responsabilidad penal individual.²⁸⁶ Esta responsabilidad penal individual se puede traducir no solo en la configuración de crímenes de guerra, sino también de crímenes de lesa humanidad, particularmente el crimen de persecución.²⁸⁷

La condición para la aplicación de estas salvaguardas es que los bienes en cuestión no estén siendo utilizados para objetivos militares. Un corolario necesario de esta regla es la prohibición de usar estos bienes para fines militares, salvo en casos de necesidad militar imperiosa estrictamente definida.²⁸⁸

La protección de los bienes culturales y religiosos no depende de su identificación con un emblema distintivo. Aunque la Convención de La Haya de 1954 dispone en sus artículos 6 y 16 que los bienes culturales de especial importancia **podrán** ser identificados con un emblema allí establecido, esta posibilidad no constituye bajo ningún punto de vista una obligación, y el uso del emblema no condiciona la aplicación plena de las salvaguardas convencionales y consuetudinarias provistas por el Derecho Internacional Humanitario.

6.2. La protección especial de las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas.

Otra categoría de bienes especialmente protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, tanto convencional como consuetudinario, en casos de conflicto armado interno, está conformada por las obras o instalaciones que contienen fuerzas peligrosas. El Protocolo Adicional II consagra una disposición específica sobre este tipo de bienes, al establecer en su artículo 15 (“Protección de las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas”): *“Las obras o instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, a saber las presas, los diques y las centrales nucleares de energía eléctrica, no serán objeto de ataques, aunque sean objetivos militares, cuando tales ataques puedan producir la liberación de aquellas fuerzas y causar, en consecuencia, pérdidas importantes en la población civil”*.

²⁸⁶ Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, Caso del **Fiscal vs. Enver Hadzihanovic y Amir Kubura**, sentencia del 15 de marzo de 2006.

²⁸⁷ Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, casos del **Fiscal vs. Dario Kordic y Mario Cerkez**, sentencia del 26 de febrero de 2001, y del **Fiscal vs. Momcilo Krajisnik**, sentencia del 27 de septiembre de 2006.

²⁸⁸ Sistematización del CICR, **Norma 39**: “Queda prohibido utilizar bienes que tengan gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos para fines que pudieran exponerlos a su destrucción o deterioro, salvo en caso de necesidad militar imperiosa.”

Esta garantía ha alcanzado en la actualidad el status de norma consuetudinaria de derecho internacional.²⁸⁹ En efecto, los Estados son conscientes del alto riesgo de gravísimos daños incidentales que pueden causar los ataques dirigidos contra obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, especialmente cuando su liberación pueda causar la pérdida masiva de vidas civiles. En consecuencia, estudios especializados han concluido que se trata de una norma consuetudinaria aplicable en conflictos armados internos e internacionales²⁹⁰.

E. RESOLUCION DE LOS CARGOS CONCRETOS PLANTEADOS EN LA DEMANDA.

Con base en las consideraciones anteriores, pasa la Corte a estudiar los cargos planteados.

1. Estudio de los cargos formulados contra la palabra “combatientes” incluida en el numeral 6 del párrafo del artículo 135 de la Ley 599 de 2000.

Afirma el demandante que la expresión “combatientes” del artículo 135, párrafo, numeral 6 de la Ley 599 de 2000 desconoce los artículos 93 y 94 de la Carta Política, en la medida en que las normas de Derecho Internacional Humanitario incorporadas al bloque de constitucionalidad no utilizan la figura de los “combatientes” en el ámbito de los conflictos armados no internacionales.

Advierte la Corte, en primer lugar, que dicha expresión debe ser interpretada en el contexto general del artículo del cual forma parte. Así, el Legislador la insertó en el numeral 6 del párrafo del artículo 135 del Código Penal para caracterizar una de las categorías de “personas protegidas por el derecho internacional humanitario” cuyo homicidio se penaliza en el tipo demandado, a saber, los “combatientes” que hayan depuesto las armas por captura, rendición u otra causa análoga. El tipo penal en cuestión además incluye dentro de la lista de personas protegidas, en otros numerales no demandados de su párrafo, a “los integrantes de la población civil”, “las personas que no participan en hostilidades y los civiles en poder de la parte adversa”, “los heridos, enfermos o náufragos puestos fuera de combate”, “el personal sanitario o religioso”, “los periodistas en misión o corresponsales de guerra acreditados”, “quienes antes del comienzo de las hostilidades fueron considerados como apátridas o refugiados”, y “cualquier otra persona que tenga aquella condición en virtud de los Convenios I, II, III y IV de Ginebra

²⁸⁹ Sistematización del CICR, **Norma 42**: “Se pondrá especial cuidado al atacar obras e instalaciones que contengan fuerzas peligrosas, a saber, presas, diques y centrales nucleares de energía eléctrica, así como otras instalaciones situadas en ellas o en sus proximidades, a fin de evitar la liberación de estas fuerzas y las consiguientes pérdidas importantes entre la población civil.”

²⁹⁰ HENCKAERTS, Jean-Marie. “Estudio sobre el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario: una contribución a la comprensión y al respeto del derecho de los conflictos armados”. En: *International Review of the Red Cross*, Vol. 87 No. 857, marzo de 2005. Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 2005, p. 21-22.

de 1949 y los Protocolos Adicionales I y II de 1977 y otros que llegaren a ratificarse”.

El artículo que se demanda busca, así, prohibir el homicidio de personas incluidas dentro de dos categorías de protección del Derecho Internacional Humanitario: los no combatientes –incluida la población civil y las personas fuera de combate-, y algunas personas especialmente protegidas –los periodistas, el personal sanitario o religioso-. En esta medida, el artículo demandado constituye la incorporación legislativa, al Código Penal colombiano, de la garantía fundamental de la prohibición del homicidio en personas no combatientes, que forma parte del principio de trato humanitario, la cual –como se vio en el apartado ...- es una norma de ius cogens, de naturaleza convencional y consuetudinaria, que obliga a las autoridades nacionales a respetar y hacer respetar su contenido. En consecuencia, el alcance de esta disposición debe interpretarse a la luz de la garantía fundamental en cuestión.

Interpretada así dentro del contexto normativo en el cual se inserta, y a la luz del Derecho Internacional Humanitario aplicable, observa la Corte que la disposición acusada –el término “combatientes”- se refiere a una de las sub-categorías de las personas fuera de combate, en tanto una de las diversas categorías de “personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario” –las personas que han participado en las hostilidades y ya no lo hacen por haber depuesto las armas por captura, rendición u otra causa similar-, y que necesariamente debe interpretarse en su acepción **genérica**, explicada en el Acápite 3.3.1. de la Sección D precedente.

Por otra parte, incluso si se interpretara en su acepción específica, el uso de este término en sí mismo no riñe con el bloque de constitucionalidad, por cuanto su incorporación al tipo penal que se estudia no reduce el ámbito de protección dispensado por la garantía fundamental de la prohibición del homicidio a quienes no participan de las hostilidades en un conflicto interno. Únicamente serían contrarias al bloque de constitucionalidad aquellas disposiciones legales que, al incorporar la noción de “combatiente” al ámbito de la regulación de los conflictos armados internos, disminuyan o reduzcan el campo de aplicabilidad o la efectividad de tal garantías, o impidan que éstas se constituyan en medios para la materialización de los referidos principios humanitario (ver apartado ...) y de distinción (ver apartado ...).

Desde esta perspectiva, es claro que la expresión acusada no restringe el ámbito de protección provisto por el bloque de constitucionalidad a quienes, en el contexto de un conflicto armado no internacional, no tomen parte de las hostilidades, sea porque forman parte de la población civil o porque, habiendo tomado parte del conflicto, han cesado de hacerlo y gozan, por ende, de las garantías y salvaguardas propias de la población civil. Estos sujetos, destinatarios legítimos de la protección provista por el Derecho Internacional Humanitario, continúan amparados por las cláusulas de salvaguarda en cuestión, inclusive si se llegare a aplicar la acepción específica, porque el

mismo artículo 135 que se demanda incluye, siguiendo la tipología de personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario, otras categorías que abarcan a quienes en un conflicto armado no internacional no toman parte activa de las hostilidades. Así, están incluidos dentro de tal enumeración “los integrantes de la población civil”, “las personas que no participan en hostilidades y los civiles en poder de la parte adversa”, “los heridos, enfermos o náufragos puestos fuera de combate”, “el personal sanitario o religioso”, “los periodistas en misión o corresponsales de guerra acreditados”, “quienes antes del comienzo de las hostilidades fueron considerados como apátridas o refugiados”, y, en un sentido amplio haciendo un reenvío al derecho internacional humanitario, “cualquier otra persona que tenga aquella condición en virtud de los Convenios I, II, III y IV de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales I y II de 1977 y otros que llegaren a ratificarse” – categorías que, en criterio de la Corte, abarcan a quienes se han de distinguir de los partícipes activos de un conflicto armado no internacional para efectos de ampararlos por las disposiciones humanitarias en comento, que se describieron en detalle en las secciones precedentes.

En otras palabras, el término “combatientes” utilizado en la disposición acusada, sin importar la acepción que se acoja, no obsta para que el principio de distinción y el principio humanitario, así como las garantías de especial protección del Derecho Internacional Humanitario, mantengan su plena vigencia en contextos de conflicto armado interno como el colombiano, respecto de todas aquellas personas que no toman parte de las hostilidades o que son especialmente protegidas por el Derecho Internacional Humanitario, las cuales en criterio de esta Corporación se encuentran amparadas por las distintas categorías de “personas protegidas” que se incluyen en el artículo demandado, como por ejemplo, el que si bien participó en las hostilidades ya ha depuesto las armas.

Así interpretado, el término “combatientes” resulta compatible con la Carta Política (arts. 93 y 94) y, por mandato constitucional, con los principios y normas relevantes del bloque de constitucionalidad que se estudiaron en acápites precedentes, , así como con el artículo 11 Superior –que protege el derecho a la vida, el cual también es el objeto de la salvaguarda de la garantía fundamental de la prohibición de homicidio en no combatiente a nivel del Derecho Internacional-. Por ello, habrá de declararse exequible la expresión acusada por los cargos estudiados en esta providencia. Es claro que bajo ninguna interpretación se puede reducir el ámbito de protección provisto por el Derecho Internacional Humanitario a quienes, en el contexto de un conflicto armado de carácter no internacional, no toman parte activa en las hostilidades.

2. Estudio de los cargos formulados contra la expresión “a la otra parte” del artículo 148 de la Ley 599 de 2000.

Argumenta el demandante que la expresión “a la otra parte” incluida dentro del tipo penal de toma de rehenes incluido en el Código Penal colombiano es lesiva de los artículos 93 y 94 Superiores, en la medida en que las

disposiciones del bloque de constitucionalidad que tipifican esta conducta no incluyen tal requisito, por lo cual la legislación nacional reduce el ámbito de protección del tipo penal internacional en cuestión.

Se observa, en primer lugar, que el tipo penal nacional dentro del que se inserta la expresión demandada corresponde a la incorporación legislativa, dentro del ordenamiento penal doméstico, de la garantía fundamental de la prohibición de toma de rehenes establecida en el Derecho Internacional Humanitario, la cual –como se explicó anteriormente (ver acápite ...)- es una norma de *ius cogens*, de naturaleza convencional y consuetudinaria, vinculante para el Estado colombiano. En esa medida, con su tipificación el Estado colombiano está dando cumplimiento a su obligación internacional de respetar y hacer respetar el Derecho Internacional Humanitario, y su interpretación se ha de realizar de conformidad con los postulados de este ordenamiento.

Para efectos de resolver el problema jurídico planteado por este cargo, la Corte ha de precisar que, si bien Colombia es parte de la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, la cual fue ratificada mediante Ley 837 de 2003 y sujeta a revisión previa de la Corte Constitucional en sentencia C-405 de 2004 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), esta Convención no ha sido incorporada formalmente al bloque de constitucionalidad mediante un pronunciamiento expreso de esta Corporación. A pesar de lo anterior, resulta claro –por las razones expuestas extensamente en el apartado 5.4.4. de la Sección D de esta providencia- que el delito de toma de rehenes, a la fecha en que se adopta esta providencia, ha sido incluido como conducta punible en normas de *ius cogens* que vinculan al Estado colombiano como parte del bloque de constitucionalidad, y que constituyen un parámetro obligado de referencia para ejercer el control de constitucionalidad sobre la disposición legal acusada.

También es pertinente resaltar en este ámbito que, según aclaró la Corte Constitucional en la sentencia C-578 de 2002 al efectuar la revisión de constitucionalidad del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, “(...) *el ejercicio de las competencias soberanas de los Estados para definir las sanciones y procedimientos penales de graves violaciones a los derechos humanos tales como (...) los crímenes de guerra, deberá hacerse de tal forma que resulte compatible con el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y con los fines de lucha contra la impunidad que resalta el Estatuto de Roma*”, de lo cual se deduce que al momento de tipificar el delito de toma de rehenes, el legislador colombiano está obligado a cumplir con lo establecido sobre el particular en el Derecho Internacional Humanitario como ingrediente constitutivo del bloque de constitucionalidad.

Con base en la definición consuetudinaria del crimen internacional de toma de rehenes, señalada en el acápite 5.4.4. precedente y cristalizada en la definición de los Elementos de los Crímenes de la Corte Penal Internacional, observa la Sala que efectivamente asiste razón al peticionario cuando afirma que el requisito consistente en que las exigencias para liberar o preservar la seguridad

del rehén se dirijan a la otra parte en un conflicto armado no internacional, plasmado en el artículo 148 del Código Penal, es violatorio del bloque de constitucionalidad. En efecto, este requisito no se encuentra previsto en las normas consuetudinarias que consagran la definición de los elementos de este crimen de guerra, por lo cual la introducción de dicha condición, al restringir las hipótesis de configuración del delito en cuestión, reduce injustificadamente el ámbito de protección establecido en el Derecho Internacional Humanitario, puesto que deja desprotegidos a los rehenes cuyos captores han formulado exigencias, no a la otra parte en el conflicto armado, sino a sujetos distintos a dicha parte –los cuales, según se enuncia en los Elementos de los Crímenes de la Corte Penal Internacional, pueden ser un Estado, una organización internacional, una persona natural o jurídica, o un grupo de personas-. Dado que quienes se encuentran en esta hipótesis fáctica han de recibir la protección plena del Derecho Internacional Humanitario y no existen en el ordenamiento jurídico constitucional elementos que justifiquen reducir el grado de protección previsto por la tipificación del crimen de guerra en cuestión, concluye la Sala Plena que se ha desconocido, con la introducción del requisito acusado, el bloque de constitucionalidad y, por lo mismo, los artículos 93 y 94 Superiores, así como al artículo 28 de la Constitución, que consagra el derecho fundamental a la libertad personal, el cual se ve protegido directamente por esta garantía fundamental del principio humanitario.

Es pertinente aclarar en este punto que la reducción del ámbito de protección del Derecho Internacional Humanitario derivada de la introducción de la expresión acusada al tipo penal de la toma de rehenes, no se ve compensada por la existencia del delito de secuestro extorsivo en el Código Penal colombiano²⁹¹. Si bien una y otra figura penales se asemejan en varios de sus elementos constitutivos –en la medida en que ambas conductas punibles implican la privación ilegal de la libertad de una persona para efectos de exigir por su liberación un determinado beneficio-, es claro que el elemento que los distingue es que la toma de rehenes, crimen de guerra proscrito por el Derecho Internacional Humanitario, se configura en contextos de *conflicto armado*, internacional o no internacional²⁹², lo cual se confirma por el hecho de que ha sido incluido dentro del capítulo de “Delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario” del Código Penal Colombiano, mientras que el secuestro extorsivo se configura en contextos distintos al de un conflicto armado.

²⁹¹ Tipificado en el artículo 169 del Código Penal (Ley 599 de 2000) de la siguiente manera: “Art. 169. El que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona con el propósito de exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad, o para que se haga u omita algo, o con fines publicitarios o de carácter político, incurrirá en prisión de diez y ocho (18) a veintiocho (28) años y multa de dos mil (2.000) a cuatro mil (4.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”, pena que fue aumentada por la Ley 733 de 2002 (art. 169) a veinte a veintiocho años de prisión.

²⁹² KUNARAC ET AL, APPEALS 12 JUN 2002 - Case No.: IT-96-23& IT-96-23/1-A Date: 12 June 2002 - **IN THE APPEALS CHAMBER - PROSECUTOR V DRAGOLJUB KUNARAC RADOMIR KOVAC AND ZORAN VUKOVIC – JUDGEMENT** - 58. What ultimately distinguishes a war crime from a purely domestic offence is that a war crime is shaped by or dependent upon the environment – the armed conflict – in which it is committed. It need not have been planned or supported by some form of policy. The armed conflict need not have been causal to the commission of the crime, but the existence of an armed conflict must, at a minimum, have played a substantial part in the perpetrator’s ability to commit it, his decision to commit it, the manner in which it was committed or the purpose for which it was committed.

En esa medida, es claro para la Corte que en circunstancias de conflicto armado no internacional –cuya existencia y configuración no dependen en absoluto de la calificación o caracterización que del mismo hagan las partes enfrentadas, estatales o no estatales, sino de los factores objetivos señalados en la Sección D de esta providencia-, la reducción del ámbito de protección del tipo penal bajo examen mediante la introducción del requisito demandado constituye un desconocimiento de las normas protectivas del Derecho Internacional Humanitario, que no se ve compensado mediante otros tipos penales previstos en la legislación interna –puesto que el delito de secuestro extorsivo no se configura en contextos de conflicto armado-, y que por lo mismo desconoce los principios humanitario (ver Sección 5) y de distinción (ver Sección 3), violando en consecuencia los artículos 93 y 94 Superiores.

La reducción del ámbito de protección de la garantía fundamental de la toma de rehenes, incluida en el bloque de constitucionalidad como norma de *ius cogens*, tampoco resulta compensada por la aceptación de Colombia de la jurisdicción complementaria de la Corte Penal Internacional respecto de crímenes de guerra –en relación con los cuales el Estado colombiano presentó, en el año 2002, una declaración de conformidad con el artículo 124 del Estatuto de Roma excluyendo temporalmente la competencia de la Corte Penal Internacional sobre los crímenes de guerra, declaración que únicamente puede durar siete años en su aplicación-; el hecho de que este tribunal internacional pueda asumir competencia respecto de la comisión de este delito cuandoquiera que se verifiquen las condiciones establecidas en el Estatuto de Roma para ello, no puede convertirse en una patente para que el Estado colombiano desconozca su deber primordial de garantizar la integridad de los derechos de la población civil que deviene víctima de una de las partes en conflicto, entre otras mediante la adopción de medidas legislativas internas plenamente compatibles con las garantías fundamentales del Derecho Internacional Humanitario.

Podría argumentarse frente a la anterior conclusión de la Corte que, desde la perspectiva de la pena impuesta, el tipo penal de toma de rehenes abarca un ámbito de protección menor que el tipo penal de secuestro extorsivo, en la medida en que la pena prevista por el Legislador para el primero es inferior²⁹³. Sin embargo, en el presente proceso no se ha demandado la pena impuesta al delito de toma de rehenes, ni se ha planteado como cargo de inconstitucionalidad en la demanda el que dicha pena reduzca el ámbito de protección provisto por las normas del bloque de constitucionalidad. Vale la pena señalar, en cualquier caso, que (i) la configuración legislativa del

²⁹³ De conformidad con el artículo 148 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 a partir del 1o de enero de 2005, y que no ha sido demandado en este aparte, quien incurra en el delito de toma de rehenes se hace acreedor a una pena de “prisión de trescientos veinte (320) a quinientos cuarenta (540) meses, multa de dos mil seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (2.666.66) a seis mil (6000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de doscientos cuarenta (240) a trescientos sesenta (360) meses”. Por su parte, el artículo 169 de la Ley 599 de 2000 impone a quien incurra en el delito de secuestro extorsivo la pena de “prisión de diez y ocho (18) a veintiocho (28) años y multa de dos mil (2.000) a cuatro mil (4.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”, pena que fue aumentada por la Ley 733 de 2002 (art. 169) a veinte a veintiocho años de prisión.

régimen delito de toma de rehenes no se circunscribe a la pena y su severidad se ha de apreciar a partir del régimen visto en su conjunto, (ii) la dosimetría de las sanciones penales es un asunto de resorte del legislador frente al cual éste goza de un margen de configuración amplio, y (iii) el régimen punitivo aplicable a un determinado delito no se agota en la simple consagración de una pena, sino que abarca otros aspectos tales como el juez competente, el régimen de prescripción, particularidades probatorias, etc., aspectos en los cuales el tipo penal de toma de rehenes goza de especificidades distintivas – tales como la jurisdicción complementaria de la Corte Penal Internacional para juzgarlo en tanto crimen de guerra, o el mandato de imprescriptibilidad de este tipo de atrocidades- que impiden efectuar una comparación simple entre la pena a él impuesta y la que se prevé para el secuestro extorsivo y concluir sobre esa base que éste último tiene un ámbito de protección mayor. Sin embargo, se reitera, no son estos asuntos que compete a la Corte resolver en la presente sentencia.

Por las anteriores razones, la Corte declarará inexecutable la expresión “a la otra parte” acusada en el presente proceso, por ser contraria a los artículos 93 y 94 de la Constitución así como al artículo 28 Superior, que consagra el derecho fundamental a la libertad personal, el cual se ve protegido directamente por esta garantía fundamental del principio humanitario. En consecuencia, de conformidad con el contenido de la garantía fundamental de la toma de rehenes –que es una norma de *ius cogens*-, a partir de la adopción de la presente providencia, la configuración del delito de toma de rehenes no requiere, en el ordenamiento penal colombiano, que las exigencias formuladas para la liberación o la preservación de la seguridad del rehén se dirijan a la contraparte en el conflicto armado – tales exigencias podrán ser dirigidas a un tercero, que puede ser un Estado, una organización internacional, una persona natural o jurídica o un grupo de personas, sin que por ello se desnaturalice el delito en cuestión.

3. Estudio de los cargos formulados contra la expresión “debidamente señalados con los signos convencionales” de los artículos 156 y 157 de la Ley 599 de 2000.

El actor en el presente proceso argumenta que la utilización por el Legislador de la expresión “debidamente señalados con los signos convencionales” en los artículos 156 y 157 de la Ley 599 de 2000 –que tipifican respectivamente los delitos de “destrucción o utilización ilícita de bienes culturales y de lugares de culto” y de “ataque contra obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas”- lesiona los artículos 93 y 94 de la Carta Política, por cuanto las normas de derecho internacional humanitario incluidas en el bloque de constitucionalidad que tipifican estos crímenes a nivel internacional no consagran ese requisito de señalización, por lo cual la legislación nacional reduciría el ámbito de protección del bloque de constitucionalidad en este ámbito.

Estos cargos de inconstitucionalidad son acertados. Siguiendo un razonamiento similar al que ha orientado la resolución de los cargos precedentes, la Corte declarará inexecutable la expresión “debidamente señalados con los signos convencionales” de los artículos 156 y 157, demandados, puesto que según se explicó en los capítulos 6.1. y 6.2. de la Sección D de esta providencia, este requisito no está incluido dentro de las normas convencionales y consuetudinarias de Derecho Internacional Humanitario que protegen los bienes culturales y las obras o instalaciones que contienen fuerzas peligrosas; en consecuencia, la introducción del requisito de señalización en el tipo penal que se estudia restringe el alcance de las salvaguardas internacionales aplicables, puesto que excluiría del ámbito de protección de estas normas a los bienes culturales y religiosos y a las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas que no se encuentren señalizados.

Al restringir el ámbito de protección provisto por estas garantías, que reflejan principalmente el principio de distinción (ver Sección 3), las normas acusadas contrarían los artículos 93, 94 y 214 de la Carta Política. Por lo mismo, serán declaradas inexecutables.

4. CARGOS CONTRA LOS ARTICULOS 174, 175, 178 y 179 de la ley 599 de 2000.

En cuanto se refiere a los cargos formulados en contra de los artículos 174, 175, 178 y 179 de la Ley 599 de 2000, la Corte considera que éstos no reúnen los requisitos de precisión y claridad exigidos para poder abordar un estudio de fondo, ya que el actor se limita a afirmar que los delitos que tipifican no pueden ser considerados como ‘actos del servicio’.

La jurisprudencia constitucional²⁹⁴ ha establecido, de forma reiterada y uniforme, que las razones que sustentan los cargos de inconstitucionalidad deben cumplir con determinados requisitos, que permitan el cumplimiento de las finalidades de la acción pública en tanto ejercicio democrático a través del cual los ciudadanos concurren ante al Tribunal Constitucional en defensa de las disposiciones de la Carta Política. Si se entiende a la acción de inconstitucionalidad como una instancia de diálogo entre la ciudadanía y la instancia judicial encargada de la conservación de la supremacía de la Constitución, es evidente que los motivos expuestos en la demanda, que constituyen el concepto de la violación,²⁹⁵ deban acreditar unos mínimos argumentativos que permitan a la Corte adelantar adecuadamente el juicio de inconstitucionalidad. Desde esta perspectiva, este Tribunal ha considerado que la construcción de un cargo de inconstitucionalidad debe cumplir con las condiciones de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia. La

²⁹⁴ La síntesis comprehensiva de este precedente se encuentra en la sentencia C-1052/01, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

²⁹⁵ Al respecto, el artículo 2-3 del Decreto 2067 de 1991 consagra como requisito de las demandas en las acciones públicas de inconstitucionalidad el establecimiento de las razones por las cuales las normas constitucionales correspondiente se estiman infringidas. Estos argumentos son los que la doctrina judicial tradicional ha identificado como el concepto de la violación.

claridad de un cargo se predica cuando la demanda contiene una coherencia argumentativa tal que permite a la Corte identificar con nitidez el contenido de la censura y su justificación. Aunque merced el carácter público de la acción de inconstitucionalidad no resulta exigible la adopción de una técnica específica, como sí sucede en otros procedimientos judiciales, no por ello el demandante se encuentra relevado de presentar las razones que sustentan los cargos propuestos de modo tal que sean plenamente comprensibles. La certeza de los argumentos de inconstitucionalidad hace referencia a que los cargos se dirijan contra una proposición normativa efectivamente contenida en la disposición acusada y no sobre una distinta, inferida por el demandante, implícita o que hace parte de normas que no fueron objeto de demanda. Lo que exige este requisito, entonces, es que el cargo de inconstitucionalidad cuestione un contenido legal verificable a partir de la interpretación del texto acusado. El requisito de especificidad resulta acreditado cuando la demanda contiene al menos un cargo concreto, de naturaleza constitucional, en contra de las normas que se advierten contrarias a la Carta Política. Este requisito refiere, en estas condiciones, a que los argumentos expuestos por el demandante sean precisos, ello en el entendido que *“el juicio de constitucionalidad se fundamenta en la necesidad de establecer si realmente existe una oposición objetiva y verificable entre el contenido de la ley y el texto de la Constitución Política, resultando inadmisibles que se deba resolver sobre su inexequibilidad a partir de argumentos “vagos, indeterminados, indirectos, abstractos y globales”²⁹⁶ que no se relacionan concreta y directamente con las disposiciones que se acusan. Sin duda, esta omisión de concretar la acusación impide que se desarrolle la discusión propia del juicio de constitucionalidad²⁹⁷.”²⁹⁸* Las razones que sustentan el concepto de la violación son pertinentes en tanto estén construidas con base en argumentos de índole constitucional, esto es, fundados *“en la apreciación del contenido de una norma Superior que se expone y se enfrenta al precepto demandado.”²⁹⁹* En ese sentido, cargos que se sustenten en (i) simples consideraciones legales o doctrinarias; (ii) la interpretación subjetiva de las normas acusadas por parte del demandante y a partir de su aplicación en un problema particular y concreto; o (iii) el análisis sobre la conveniencia de las disposiciones consideradas inconstitucionales, entre otras censuras, incumplen con el requisito de pertinencia del cargo de inconstitucionalidad. Por último, la condición de suficiencia ha sido definida por la jurisprudencia como la necesidad que las razones de inconstitucionalidad guarden relación *“en primer lugar, con la exposición de todos los elementos de juicio (argumentativos y probatorios) necesarios para iniciar el estudio de constitucionalidad respecto*

²⁹⁶ Estos son los defectos a los cuales se ha referido la jurisprudencia de la Corte cuando ha señalado la ineptitud de una demanda de inconstitucionalidad, por inadecuada presentación del concepto de la violación. Cfr. los autos 097 de 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) y 244 de 2001 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) y las sentencias C-281 de 1994 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), C-519 de 1998 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), C-013 de 2000 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), C-380 de 2000 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), C-177 de 2001 (M.P. Fabio Morón Díaz), entre varios pronunciamientos.

²⁹⁷ Cfr. Corte Constitucional Sentencia C-447 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero. La Corte se declara inhibida para pronunciarse de fondo sobre la constitucionalidad del inciso primero del artículo 11 del Decreto Ley 1228 de 1995, por demanda materialmente inepta, debido a la ausencia de cargo.

²⁹⁸ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-1052/01. Fundamento jurídico 3.4.2.

²⁹⁹ *Ibidem*.

del precepto objeto de reproche; (...) Por otra parte, la suficiencia del razonamiento apela directamente al alcance persuasivo de la demanda, esto es, a la presentación de argumentos que, aunque no logren prime facie convencer al magistrado de que la norma es contraria a la Constitución, si despiertan una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma impugnada, de tal manera que inicia realmente un proceso dirigido a desvirtuar la presunción de constitucionalidad que ampara a toda norma legal y hace necesario un pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional.”³⁰⁰

En este caso, los cargos de constitucionalidad presentados contra los artículos 174, 175, 178 y 179 del Código Penal dejan de cumplir los requisitos de especificidad y suficiencia. Por ello, la Corte se inhibirá de emitir un fallo de mérito.

IV. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- Declarar **EXEQUIBLE**, por los cargos estudiados en esta sentencia, la expresión “*combatientes*” contenida en el numeral 6 del artículo 135 de la Ley 599 de 2000.

Segundo.- Declarar **INEXEQUIBLE** la expresión “*a la otra parte*” contenida en el artículo 148 de la Ley 599 de 2000.

Tercero.- Declarar **INEXEQUIBLE** la expresión “*debidamente señalados con los signos convencionales*” contenida en los artículos 156 y 157 de la Ley 599 de 2000.

Cuarto.- Declararse **INHIBIDA** para proferir un fallo de mérito en relación con los artículos 174, 175, 178 y 179 de la Ley 522 de 1999, por ineptitud sustantiva de la demanda.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

RODRIGO ESCOBAR GIL
Presidente

³⁰⁰ *Ibidem.*

JAIME ARAUJO RENTERÍA
Magistrado
CON SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA
Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO
Magistrado
IMPEDIMENTO ACEPTADO

MARCO GERARDO MONROY CABRA
Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA
Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado
CON SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

ALVARO TAFUR GALVIS
Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ
Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ
Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA C-291 DE 2007 DEL MAGISTRADO JAIME ARAUJO RENTERIA

PERSONA PROTEGIDA POR EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-Combatiente que ha depuesto las armas por captura, rendición u otra causa análoga/**NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO**-Desconocimiento por la exclusión de personas distintas de los combatientes, pero que participaron en el conflicto sin pertenecer a un ejército regular (Salvamento de voto)

Las dificultades que se derivan de la interpretación que ha hecho la jurisprudencia respecto de la expresión “combatientes”, se deriva de que la expresión “combatientes” se refiere únicamente a los conflictos internos, ya que en los conflictos internacionales no se utiliza esa expresión. El numeral 6 (del artículo 135 de la ley 599 de 2000) no incluye a los miembros de los grupos armados ilegales que participan en las hostilidades. Asimismo es de advertir que dicha expresión no puede entenderse como si quienes enfrentan al gobierno no debieran ser tratados de manera humanitaria. Si la intención es que se proteja a todos, combatientes y hostiles, la inexequibilidad del término demandado es la fórmula que tendría dicho efecto. La dificultad de la norma consiste en que puede entenderse en un sentido restrictivo, cuando de acuerdo con el bloque de constitucionalidad, ello no es así. Por ello, para el suscrito magistrado, la decisión más clara es la inexequibilidad, pues cobijaría tanto a quienes combatieron como a quienes dejaron de hacerlo

DELITO DE TOMA DE REHENES-Requisito que exige para la tipificación, que privación de la libertad del rehén se condicione a la satisfacción de exigencias formuladas “a la otra parte” del conflicto armado desconoce bloque de constitucionalidad (Salvamento de voto)

No necesariamente un conflicto se presenta entre dos partes, pues bien puede ocurrir que haya tres o más facciones enfrentadas. En el derecho internacional humanitario está definida la toma de rehenes y cualquier cosa que se haga en el derecho interno debe supeditarse a lo ya definido por el derecho internacional, siempre y cuando esas disposiciones internacionales sean más garantistas que las normas internas.

DELITO DE TOMA DE REHENES-Tipo penal que implica una desprotección que contraria el bloque de constitucionalidad/**DELITO DE TOMA DE REHENES**-Tipo penal que se ubica en los delitos que atentan contra las personas especialmente protegidas por el derecho internacional humanitario que se produce con ocasión o en desarrollo de un conflicto armado/**SECUESTRO**-Forma parte de los delitos contra la libertad personal (Salvamento de voto)

Desde el punto de vista teórico, no hay confusión entre los dos tipos penales, y en la práctica, es el juez quien enmarca la conducta en uno u otro tipo penal, lo cual es un problema que existe en relación con todos los tipos penales. La

toma de rehenes tiene un elemento esencial, que es el de la privación de la libertad de la persona, que tiene lugar con ocasión y desarrollo de un conflicto armado. De todas maneras, si existieran dos tipos idénticos, el principio de favorabilidad llevaría a aplicar la pena menor. No obstante, me permito reiterar que el secuestro y la toma de rehenes, que están establecidas en la misma ley, no son dos tipos penales idénticos, pues uno debe producirse con ocasión o en desarrollo de un conflicto armado.

DELITO DE ATAQUE CONTRA OBRAS E INSTALACIONES QUE CONTIENEN FUERZAS PELIGROSAS, Y DE DESTRUCCION O UTILIZACION ILICITA DE BIENES CULTURALES Y DE LUGARES DE CULTO-Tipificación (Salvamento de voto)

La protección de los bienes culturales, lugares de culto o instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, no sólo se exige en el derecho internacional a los que tengan los signos convencionales

DELITO DE DEVASTACION, DE SAQUEO Y DE EXACCION-Delitos que no pueden constituir actos de servicio de la fuerza pública como tampoco de competencia de la Justicia Penal Militar (Salvamento de voto)

Existen conductas, como la del genocidio que no pueden ser juzgadas por la justicia penal militar por no ser actos del servicio, por lo que su juzgamiento debe corresponder a la justicia ordinaria. De ahí mi posición respecto de la inexequibilidad de los artículos 174, 175, 178 de la Ley 522 de 1999, posición que se fundamenta en la jurisprudencia de la Corte. He optado por una solución intermedia para excluir de un juzgamiento militar, conductas que de entrada no pueden ser ejecutadas por militares. Por ello, discrepo de la propuesta de inhibición, aceptada por la opinión mayoritaria en Sala Plena.

Referencia: expediente D-6476

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 135, 156 y 157 (parciales) de la Ley 599 de 2000, y 174, 175, 178 y 179 de la Ley 522 de 1999.

Magistrado Ponente:
MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de esta Corte, me permito manifestar mi salvamento de voto frente al presente fallo, por cuanto discrepo de las decisiones adoptadas respecto del artículo 135-6 de la Ley 599 de 2000

y los artículos 175, 176 y 178 de la Ley 522 de 1999, como lo expusiera en la ponencia original a cargo del suscrito magistrado.

1. Inexequibilidad del Artículo 135, numeral 6 (parcial) de la Ley 599 de 2000

En primer lugar, me permito insistir en las razones de inconstitucionalidad del numeral 6 del artículo 135 acusado, ya que considero que la norma en mención, al excluir a personas distintas de los combatientes de las personas especialmente protegidas, pero que participaron en el conflicto sin pertenecer a un ejército regular y para efectos del tipo penal establecido en dicho artículo, desconoce las normas del derecho internacional humanitario y por ende los artículos 93 y 214 de la Constitución Política.

Igualmente, considero que la restricción del tipo penal de toma de rehenes a las exigencias formuladas a la contraparte, desconoce la prohibición del derecho internacional de la toma de rehenes que se sanciona independientemente de a quien se dirijan las exigencias.

En consecuencia, considero que las dificultades que se derivan de la interpretación que ha hecho la jurisprudencia respecto de la expresión “combatientes”, se derivan de que la expresión “combatientes” se refiere únicamente a los conflictos internos, ya que en los conflictos internacionales no se utiliza esa expresión. Reitero que en principio, el numeral 6) no incluye a los miembros de los grupos armados ilegales que participan en las hostilidades. Así mismo, es de advertir que dicha expresión no puede entenderse como si quienes se enfrentan al gobierno no debieran ser tratados de manera humanitaria.

De otra parte, debo señalar aquí que el suscrito magistrado no se oponía a un condicionamiento de este artículo demandado, o a aceptar la fórmula propuesta por el señor Procurador, más se oponía a la integración con el numeral 8 de la misma disposición, lo cual traería, a mi entender, mayores dificultades. A mi juicio, si la intención es que se proteja a todos, combatientes y hostiles, la inexequibilidad del término demandado es la fórmula que tendría dicho efecto.

Finalmente, considero que la dificultad de la norma consiste en que puede entenderse en un sentido restrictivo, cuando de acuerdo con el bloque de constitucionalidad, ello no es así. Por ello, para el suscrito magistrado, la decisión más clara es la inexequibilidad, pues cobijaría tanto a quienes combatieron como a quienes dejaron de hacerlo.

Con fundamento en los argumentos expuestos, discrepo de la decisión adoptada en esta sentencia respecto de una declaratoria de una exequibilidad pura y simple, del numeral 6 del artículo 135 demandado.

2. Inexequibilidad del artículo 148 (parcial) de la Ley 599 del 2000

En relación con el artículo 148 (parcial) de la Ley 599 del 2000, debo manifestar que me encuentro de acuerdo con la propuesta de inexequibilidad de la expresión demandada “*a la otra parte*”.

En este sentido, considero que no necesariamente un conflicto se presenta entre dos partes, pues bien puede ocurrir que haya tres o más facciones enfrentadas. Así mismo, es de observar que en el derecho internacional humanitario está definida la toma de rehenes y cualquier cosa que se haga en el derecho interno debe supeditarse a lo ya definido por el derecho internacional, siempre y cuando esas disposiciones internacionales sean más garantistas que las normas internas.

A mi juicio, de mantenerse la norma como está, se excluirían situaciones en las que las exigencias se formulan a personas distintas de la contraparte, mientras que la norma internacional sí las admite.

De otra parte, considero necesario recordar aquí que la toma de rehenes se ubica en el título del Código Penal que contempla los delitos que atacan contra las personas especialmente protegidas por el derecho internacional humanitario, con una connotación específica, mientras que el secuestro forma parte de otro grupo de delitos contra la libertad personal en un contexto distinto. De igual manera, es necesario recordar que los Estados están obligados por los tratados internacionales y en este caso, el tipo penal implica una desprotección que contraría el bloque de constitucionalidad.

Para el suscrito magistrado, desde el punto de vista teórico, no hay confusión entre los dos tipos penales, y en la práctica, es el juez quien enmarca la conducta en uno u otro tipo penal, lo cual es un problema que existe en relación con todos los tipos penales. Es de observar, que la toma de rehenes tiene un elemento esencial, que es el de la privación de la libertad de la persona, que tiene lugar con ocasión y desarrollo de un conflicto armado. De todas maneras, si existieran dos tipos idénticos, el principio de favorabilidad llevaría a aplicar la pena menor. No obstante, me permito reiterar que el secuestro y la toma de rehenes, que están establecidas en la misma ley, no son dos tipos penales idénticos, pues uno debe producirse con ocasión o en desarrollo de un conflicto armado.

3. Inexequibilidad de los artículos 156, 157 de la ley 599 de 2000 y los artículos 174, 175, 178 de la Ley 522 del 2000

Por las mismas razones anotadas en relación con la inexequibilidad del numeral 6 del artículo 135 de la ley 599 del 2000 considero también que las expresiones demandadas de los artículos 156 y 157 de la misma ley son inconstitucionales, pues la protección de los bienes culturales, lugares de culto o instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, no sólo se exige en el derecho internacional a los que tengan los signos convencionales.

De otra parte, considero necesario recordar que existen conductas, como la del genocidio que no pueden ser juzgadas por la justicia penal militar por no ser actos del servicio, por lo que su juzgamiento debe corresponder a la justicia ordinaria. De ahí mi posición respecto de la inexequibilidad de los artículos 174, 175, 178 de la Ley 522 de 1999.

Para el suscrito magistrado, esta última posición respecto de los artículos 174, 175 y 178 de la Ley 522 de 1999 se fundamenta en la jurisprudencia de la Corte. Aunque personalmente considero la justicia penal militar no debería existir como ocurre en otros países, con la finalidad de observar el principio de igualdad, respecto de esta demanda he optado por una solución intermedia para excluir de un juzgamiento militar, conductas que de entrada no pueden ser ejecutadas por militares. Por ello, discrepo de la propuesta de inhibición, aceptada por la opinión mayoritaria en Sala Plena.

4. Conclusión

En síntesis, considero que las propuestas realizadas por el suscrito magistrado en la ponencia original, respecto de la inexequibilidad del numeral 6 del artículo 135 de la Ley 599 del 2000 y los artículos 174, 175 y 178 de la Ley 522 de 1999, buscan proteger a quienes combaten en un conflicto armado pero no encajan en la definición del numeral 6 del artículo 135 de la Ley 599 de 2000; e igualmente, busca proteger a bienes culturales y lugares de culto no señalizados, así como buscan que sea la jurisdicción civil la que juzgue delitos que no pueden constituir actos de servicio de la fuerza pública.

Con fundamento en las razones expuestas, salvo mi voto a la presente decisión.

Fecha *ut supra*.

JAIME ARAÚJO RENTERÍA
Magistrado

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO
HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
A LA SENTENCIA C- 291 DE 2007**

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-Prohibición de toma de rehenes (Salvamento parcial de voto)

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-Normas non self executing (Salvamento parcial de voto)

La prohibición internacional de la toma de rehenes, en términos de derecho internacional humanitario, adolece de una amplia ambigüedad como quiera que los estados no convinieron elemento alguno que permitiera al intérprete fácilmente adecuar típicamente dicha conducta delictiva. Los tratados internacionales sobre derecho internacional humanitario que actualmente vincula al Estado colombiano, no dispone que el acto de toma de rehenes necesariamente implique una exigencia dirigida a un Estado, una organización intergubernamental, una persona natural o jurídica o un grupo de personas. De allí que el legislador colombiano al haber dispuesto en el artículo 148 del Código Penal que la exigencia se le haga ‘a la otra parte’ sin especificar quien es ésta exactamente, no está desconociendo lo prescrito en instrumento internacional alguno de DIH.

CLAUSULA DE EXCLUSION DE COMPETENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL-Impedimento de confrontación de normas legales internas con el artículo 8o del Estatuto de Roma (Salvamento parcial de voto)

Referencia: expediente D- 6476

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 135, 156 y 157 (parciales) de la Ley 599 de 2000, y 174, 175, 178 y 179 de la Ley 522 de 1999.

Actor: Alejandro Valencia Villa

Magistrado Ponente:
MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Temas:

- Derecho Internacional Humanitario.
- Bloque de constitucionalidad
- Toma de rehenes.
- Corte Penal Internacional.

Con el acostumbrado respeto, paso a exponer las razones por las cuales no comparto la decisión adoptada por la Sala Plena en sentencia C- 291 de 2007, en la cual resolvió declarar inexecutable la expresión “*a la otra parte*” del artículo 148 de la Ley 599 de 2000, por las razones que paso a explicar.

1. Evolución de la prohibición internacional de la toma de rehenes.

La prohibición internacional de la toma de rehenes ha evolucionado en dos dimensiones, no necesariamente complementarias, a saber: por una parte, mediante instrumentos de derecho internacional humanitario; por otra, vinculada con la lucha contra el terrorismo internacional.

En tal sentido, el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, referente a las normas humanitarias aplicables durante situaciones conflicto armado interno, prohíbe a las respectivas Partes, en cualquier tiempo y lugar, “*la toma de rehenes*”. En igual sentido, el artículo 4º del Protocolo II de Ginebra de 1977, contentivo de las “*garantías fundamentales*” de la población civil, prohíbe a los combatientes cometer tal comportamiento. No obstante lo anterior, en ambos casos se trata de normas internacionales *non-self-executing*, es decir, disposiciones convencionales que requieren que los respectivos legisladores internos las desarrollen, en ejercicio de su libertad de configuración normativa. En otras palabras, se está ante normas internacionales incompletas, las cuales precisan la intervención del Congreso de la República, no sólo para incorporarlas formalmente al ordenamiento jurídico colombiano (ley aprobatoria del tratado internacional) sino para poderlas aplicar, en términos de tipos penales, provistos de un comportamiento preciso y una sanción determinada (principio de legalidad penal).

Al respecto, se puede señalar que la prohibición internacional de la toma de rehenes, en términos de derecho internacional humanitario, adolece de una amplia ambigüedad, como quiera que los Estados no convinieron elemento alguno que permitiera al intérprete fácilmente adecuar típicamente dicha conducta delictiva, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, con la interdicción del genocidio, (Convención de 1948), la tortura (Convención contra la Tortura de 1984), o la desaparición forzada de personas (Convención Interamericana contra la Desaparición Forzada de 1994), casos en los cuales los Estados sí precisaron algunos elementos esenciales de dichos crímenes, pudiendo el legislador interno ampliarlos, a condición de no desnaturalizarlos (vgr. el genocidio contra grupos políticos).

Años más tarde, la toma de rehenes que tuvo lugar durante los juegos olímpicos de Munich de 1972, hizo pensar a los Estados en la necesidad de adoptar un tratado multilateral específico encaminado a combatir este delito. A falta de un mayor consenso internacional, los países europeos, el 27 de enero de 1977, adoptaron la Convención Europea para la represión del terrorismo, la

cual apunta a limitar la posibilidad de invocar el carácter político de determinados comportamientos que son considerados como terroristas, entre ellos, el desvío de aeronaves, los atentados contra las personas beneficiarias de una especial protección internacional y la toma de rehenes³⁰¹.

En tal sentido, a finales de la década de los setentas, la prohibición de la toma de rehenes conoció una evolución, ya no relacionada con los conflictos armados internos o internacionales, sino vinculada con la lucha contra el terrorismo internacional. En ese contexto, en 1979, fue adoptada la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, la cual hace parte de un conjunto de instrumentos internacionales que instrumentalizan el principio de cooperación en materia penal entre Estados, por medio de los cuales la Comunidad Internacional ha venido identificando y definiendo determinados actos de extrema violencia, en tanto que manifestaciones del terrorismo internacional como son, entre otros, el secuestro y desvío de aeronaves, los ataques contra la vida, integridad física o libertad de personas internacionalmente protegidas, incluyendo los agentes diplomáticos³⁰².

Al respecto, conviene señalar que el artículo 1º de la Convención contra la Toma de Rehenes, define tal comportamiento en los siguientes términos:

“Toda persona que se apodere de otra (que en adelante se denominará "el rehén") o la detenga, y amenace con matarla, hierla o mantenerla detenida a fin de obligar a un tercero, a saber, un Estado, una organización internacional intergubernamental, una persona natural o jurídica o un grupo de personas, a una acción u omisión como condición explícita o implícita para la liberación del rehén, comete el delito de toma de rehenes en el sentido de la presente convención.”

En lo que concierne al ámbito de aplicación del mencionado tratado internacional, su artículo 12 dispone lo siguiente:

“Siempre que los Convenios de Ginebra de 1949 relativos a la protección de las víctimas de la guerra o los Protocolos adicionales a esos Convenios sean aplicables a un acto determinado de toma de rehenes y que los Estados Partes en la presente Convención estén obligados en virtud de esos convenios a procesar o entregar al autor de la toma de rehenes, **la presente Convención no se aplicará a un acto de toma de rehenes cometido durante conflictos armados tal como están definidos en los Convenios de Ginebra de 1949 y en sus Protocolos, en particular los conflictos armados mencionados en el párrafo 4º del artículo 1º del Protocolo adicional I de 1977**, en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas en el ejercicio de su derecho a

³⁰¹ G. Fraysse-Druésne, “La Convention Européenne pour la répression du terrorisme », *R.G.D.I.P.*, 1978, pp. 969-1023 y W.D. Verwey, « The International Hostages Convention and National Liberation Movements », *A.J.I.L.*, 1981, pp. 69-92.

³⁰² Eduouard Delaplace, “La prise d’otages”, *Droit International Pénal*, París, 2000, p. 387.

la libre determinación, consagrado en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas (negrillas y subrayado agregados).

Adviértase entonces que la Convención contra la Toma de Rehenes de 1979 no se aplica en casos de conflicto armado interno, por cuanto en éste no se suele encontrar presente un elemento de orden internacional, bien sea que el rehén sea un extranjero, el delincuente lo sea, o el acto sea cometido en otro Estado. En efecto, no se puede olvidar que la mencionada Convención no fue elaborada para combatir actos de terrorismo perpetrados en el orden interno de los Estados, sino que apunta a aquellos comportamientos que sean considerados como “*terrorismo internacional*”. En otras palabras, los ámbitos de aplicación del DIH y de la Convención de 1979 son diferentes.

En este orden de ideas, los tratados internacionales sobre derecho internacional humanitario, que actualmente vinculan al Estado colombiano, no disponen que el acto de toma de rehenes necesariamente implique una exigencia dirigida a un Estado, una organización internacional intergubernamental, una persona natural o jurídica o un grupo de personas, tal y como sí lo prevé la Convención contra la Toma de Rehenes de 1979. De allí que el legislador colombiano, al haber dispuesto en el artículo 148 del Código Penal que la exigencia se le haga “*a la otra parte*”, sin especificar quién es ésta exactamente, no está desconociendo lo prescrito en instrumento internacional alguno de DIH. Todo lo contrario. La disposición del Código Penal colombiano es acorde con la lógica de un conflicto armado interno, en el cual una de las partes le hace exigencias a la otra, so pena de causarle daño a unos rehenes que están bajo su poder. Tampoco vulnera de manera alguna la Convención de 1979, ya que, como se explicó, la misma no se aplica en casos de conflicto armado interno.

En suma, la expresión “*a la otra parte*”, del artículo 148 del Código Penal no vulnera tratado internacional alguno de DIH, como tampoco un instrumento internacional encaminado a combatir el terrorismo internacional, como lo es la Convención contra la Toma de Rehenes de 1979.

2. La decisión de la Corte se basa en un texto normativo inaplicable.

La mayoría de integrantes de la Sala Plena estimaron que el legislador había vulnerado el bloque de constitucionalidad, por cuanto limitó el ámbito de aplicación del tipo penal de toma de rehenes, contrariando normas consuetudinarias de DIH, al igual que la definición que de la misma se realiza en las conocidas como “*Elementos de los Crímenes*”, en el ámbito de la Corte Penal Internacional. No comparto tal argumentación por las siguientes razones.

En efecto, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en su artículo 8, referente a los crímenes de guerra, tipifica la toma de rehenes como un comportamiento violatorio de los usos y costumbres de la guerra, en desarrollo de un conflicto armado interno o internacional³⁰³. También es cierto que mismo no especifica en qué consiste exactamente este comportamiento delictual, tarea que debió ser adelantada al momento de redactar los conocidos como “*Elementos de los crímenes*”, texto normativo que complementa y desarrolla el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Pues bien, la toma de rehenes se encuentra tipificada en los “*Elementos de los crímenes*”, en los siguientes términos:

**“Artículo 8 2) c) iii)
Crimen de guerra de toma de rehenes
Elementos**

1. Que el autor haya capturado, detenido o retenido como rehén a una o más personas.
2. Que el autor haya amenazado con matar, herir o seguir deteniendo a esa persona o personas.
3. **Que el autor haya tenido la intención de obligar a un Estado, una organización internacional, una persona natural o jurídica o un grupo de personas a que actuaran o se abstuvieran de actuar como condición expresa o tácita de la seguridad o la puesta en libertad de esa persona o personas. (negrillas agregadas).**
4. Que esa persona o personas hayan estado fuera de combate o hayan sido personas civiles o miembros del personal sanitario o religioso que no tomaban parte activa en las hostilidades.
5. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían esa condición.
6. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.
7. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Así las cosas, *prima facie*, se podría afirmar que le asiste la razón a la mayoría, en el sentido de que los “*Elementos de los Crímenes*” definen la toma de rehenes como un comportamiento mediante el cual se pretende obligar a un Estado, Organización Internacional o persona natural o jurídica a actuar de determinada manera, y que en ese sentido, la expresión “*a la otra parte*”, empleada por el legislador colombiano resultaría ser restrictiva en exceso.

³⁰³ Künt Dormán, *The International Criminal Court. Elements of crimes and rules of procedure and evidence*, New York, 2001.

No obstante lo anterior, la Sala Plena no reparó en el hecho de que los “*Elementos de los crímenes*” no constituyen, por el momento, un parámetro para adelantar un juicio de constitucionalidad en Colombia, por varias razones.

En primer lugar, en sentencia C- 578 de 2002, la Corte consideró, en relación con los “Elementos de los crímenes” y las “reglas de procedimiento y prueba”, lo siguiente:

*“la Corte concluye que, los artículos 9 y 51 del Estatuto de Roma, relativos a los **Elementos del Crimen** y a las Reglas de Procedimiento y Prueba cuya adopción compete a la Asamblea de los Estados Partes por una mayoría de los dos tercios de sus miembros, **no sustraen dichos instrumentos de la aprobación por el Congreso de la República ni del control constitucional previstos en la Constitución Política.** (negrillas agregadas).*

Hasta la fecha, los “*Elementos de los crímenes*”, aprobados por la Asamblea de Estados parte de la CPI en 2000³⁰⁴, no han sido aprobados por el Congreso de la República ni sometidos, en consecuencia, al control de constitucionalidad de esta Corte. En otras palabras, no hacen parte todavía de la legislación interna, a diferencia de lo sucedido en materia de inmunidades de la CPI, recientemente aprobadas mediante Ley 1180 de 2007.

En segundo lugar, como es de público conocimiento, el Estado colombiano recurrió a la cláusula de exclusión de competencia de la CPI en materia de crímenes de guerra por siete (7) años, los cuales se vencen hasta noviembre de 2009, razón por la cual las normas legales internas no pueden ser confrontadas directamente con el artículo 8º del Estatuto de Roma, por cuanto, se insiste, es una norma, por el momento, inaplicable en Colombia.

Por último, la expresión “*a la otra parte*” del artículo 148 del Código Penal permitía adelantar, con mayor facilidad, el juicio de adecuación típica, al quedar diferenciada la toma de rehenes del secuestro extorsivo. A partir de la decisión de la Corte, se generarán confusiones innecesarias entre los operadores jurídicos, al momento de examinar una privación de la libertad llevada a cabo por un grupo armado.

Fecha ut supra,

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado

³⁰⁴ Ver al respecto, Corte Penal Internacional, Elementos de los Crímenes, U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.2 (2000).

