

## **EL NUEVO CÓDIGO PENAL Y EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN EL CONTEXTO COLOMBIANO**

AMALIA SANÍN BETANCOURT \*

### **I. INTRODUCCIÓN**

El 4 de agosto de 1998, el fiscal general de la Nación presentó ante el Senado de la República de Colombia un proyecto de ley por el cual se proponía un nuevo Código Penal.

De acuerdo con la Exposición de Motivos, esta iniciativa pretendía diversos fines. Por una parte, se buscaba modernizar y actualizar la legislación penal existente desde 1980, con el fin de enfrentar las nuevas realidades políticas, sociales y económicas de la sociedad. De otra parte, se pretendía unificar la dispersa legislación penal existente en un cuerpo de “derecho penal fundamental” sistematizado y coherente. Finalmente, se quiso adecuar la normatividad penal con los principios y postulados trazados por la Constitución Política de 1991 y con los compromisos adquiridos por Colombia frente a la comunidad internacional, particularmente en materia de derecho internacional humanitario.

La Constitución Política de 1991 introdujo profundos cambios institucionales, políticos y sociales. En materia de derecho internacional humanitario, concedió un nivel privilegiado a las normas internacionales que rigen esta materia, así como a los tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano que incorporan esta normatividad. Así lo ha interpretado la Corte Constitucional en diferentes sentencias reiterando la importancia de un desarrollo legislativo que implemente las medidas internas necesarias en materia de derecho internacional humanitario.

Por otra parte, los compromisos internacionales asumidos por Colombia en materia de derecho internacional humanitario no pueden cumplirse satisfactoriamente sin una adecuada legislación penal que tipifique las infracciones graves contra esta normatividad internacional.

\* Abogada por la Universidad de Los Andes, República de Colombia, especializada en Derecho Internacional en la Universidad de París II, República de Francia. Asesora jurídica de la Delegación del CICR en Bogotá, República de Colombia, durante el período 2000-2002.

Además de los preceptos constitucionales y de los compromisos internacionales asumidos por Colombia en materia de derecho internacional humanitario, el legislador consideró la grave situación humanitaria del conflicto armado interno colombiano, y aprobó el Código Penal propuesto por el fiscal, el cual incluye un título sobre “Delitos contra las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario”. Este título consagra una serie de tipos penales que describen y sancionan aquellas conductas que representan las infracciones más graves a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus dos protocolos Adicionales de 1977.

A continuación se analizará el nuevo Código Penal y su relación con el derecho internacional humanitario en el contexto colombiano. En una primera parte, se hará referencia a los compromisos del Estado en materia de derecho internacional humanitario tanto a nivel interno (principios constitucionales) como a nivel internacional (tratados internacionales). En una segunda parte, se estudiará el contenido mismo del Código Penal en materia de derecho internacional humanitario, su ámbito de aplicación y sus diferentes tipos penales en relación con las reglas de derecho internacional humanitario aplicables en un contexto de conflicto armado no internacional.

## II. EL ESTADO COLOMBIANO FRENTE AL DIH

El Estado colombiano está comprometido con el respeto y el cumplimiento del derecho internacional humanitario en una doble perspectiva.

Desde una óptica interna, la Constitución le otorgó un *status* especial tanto a las reglas del derecho internacional humanitario como a los tratados internacionales ratificados por Colombia en esta materia. La Corte Constitucional ha dado una amplia interpretación y desarrollo a estos preceptos constitucionales.

En el ámbito internacional, el Estado colombiano hace parte de diversos instrumentos internacionales de derecho internacional humanitario, que le imponen compromisos internacionales.

### a. Principios constitucionales en materia de derecho internacional humanitario

La Constitución de 1991 estableció en su art. 214<sup>1</sup>, numeral 2:

*“No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”.*

<sup>1</sup> “Los estados de excepción a que se refieren los artículos anteriores se someterán a las siguientes disposiciones...”.

La Corte Constitucional, tribunal supremo encargado de preservar la integridad y supremacía de la Carta Política <sup>2</sup>, ha interpretado y desarrollado este precepto al establecer el carácter obligatorio, directo y permanente del derecho internacional humanitario en el orden interno. En este sentido, la Corte expresó:

*“[...] Las reglas del derecho internacional humanitario son hoy —por voluntad expresa del Constituyente— normas obligatorias per se sin ratificación alguna previa o sin expedición de norma reglamentaria. Y lo son ‘en todo caso’ como lo señala significativamente la propia Carta”* <sup>3</sup>.

La Corte resolvió la aparente contradicción que planteaba la interpretación del art. 93 de la Constitución el cual confiere prevalencia y por ende, supremacía en el orden interno, a los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso que reconocen los derechos humanos <sup>4</sup>, con el art. 4 de la Carta que establece la supremacía de la Constitución <sup>5</sup>, a partir de la teoría francesa del llamado “*bloque de constitucionalidad*”. Así lo consignó la Corte:

*“...la Corte Constitucional coincide con la vista del fiscal en el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (arts. 93 y 214.2, CPen.) 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 (art. 4, CPen.), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (art. 93, CPen.). 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 cometidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores”* <sup>6</sup>.

<sup>2</sup> Art. 241, Constitución Política de Colombia.

<sup>3</sup> Corte Constitucional, sala plena, sentencia C-574, 28 de octubre de 1992, “Revisión oficiosa del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949”, magistrado ponente: Ciro Angarita Barón.

<sup>4</sup> “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. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. Cabe destacar que la Corte Constitucional ha entendido los “tratados y convenios internacionales que reconocen los derechos humanos” en su sentido amplio, es decir que incluye los convenios relativos al derecho internacional humanitario.

<sup>5</sup> “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

<sup>6</sup> Corte Constitucional, sala plena, sentencia C-225, 18 de mayo de 1995, “Revisión oficiosa del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949”, magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Según la Corte, dichos tratados hacen parte de un conjunto de normas y principios que:

*“sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución”*<sup>7</sup>.

De acuerdo con lo anterior, la Corte ha reconocido la incorporación automática de las reglas de derecho internacional humanitario en el ámbito interno así como el “*status* constitucional” de los tratados de derecho internacional humanitario ratificados por Colombia.

La interpretación que ha dado la Corte Constitucional a los preceptos de la Carta Política ha puesto punto final a la discusión jurídica que durante mucho tiempo se mantuvo acerca de la vigencia, imperatividad e incorporación de las normas humanitarias en el ordenamiento interno, al mismo tiempo que subraya la importancia de la adopción de leyes internas que desarrollen y apliquen de manera eficiente, las normas de derecho internacional humanitario.

## **b. Compromisos internacionales en materia de derecho internacional humanitario**

Colombia ratificó los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949<sup>8</sup>, 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)<sup>9</sup> y 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 sin Carácter Internacional (Protocolo II)<sup>10</sup>.

Los Convenios de Ginebra consagran expresamente la obligación que tienen los Estados Parte de “*tomar las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente*”<sup>11</sup>.

Se precisa la intervención del legislador interno, por cuanto se trata de normas internacionales *not-self-executing* en materia penal y particularmente,

<sup>7</sup> Corte Constitucional, sala plena, sentencia C-225, 18 de mayo de 1995, “Revisión oficiosa del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949”, magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

<sup>8</sup> Aprobados mediante ley 5 de 1960; el depósito del instrumento de adhesión se realizó el 1º de septiembre de 1993; entró en vigor el 8 de mayo de 1962.

<sup>9</sup> Aprobado por la Comisión Legislativa Especial (tránsito constitucional); el depósito del instrumento de adhesión se realizó el 1º de septiembre de 1993; entró en vigor el 1º de marzo de 1994.

<sup>10</sup> Aprobado mediante ley 171 de 1994; el depósito del instrumento de adhesión se realizó el 14 de agosto de 1995; entró en vigor el 15 de febrero de 1996.

<sup>11</sup> Arts. 49, 50, 129 y 146, Convenios I, II, III, IV, respectivamente.

por respeto a los principios del debido proceso reconocidos, en particular, el principio de *nullum crime sine lege, nullum poena sine lege*. Los órganos legislativos gozan de un amplio margen de acción al momento de implementar en el ámbito interno las normas internacionales, siendo el único límite a su actividad legislativa, el espíritu y el fin perseguido por éstas.

De acuerdo con los Convenios de Ginebra, se consideran infracciones graves que deben ser sancionadas penalmente, aquellas cometidas contra personas o bienes protegidos que impliquen:

— *el homicidio intencional (art. 50, CG I, art. 51, CG II, art. 130, CG III, art. 147, CG IV);*

— *la tortura o los tratos inhumanos incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentarse gravemente contra la integridad física o la salud (art. 50, CG I, art. 51, CG II, art. 130, CG III, art. 147, CG IV);*

— *la destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente (art. 50, CG I, art. 51, CG II, art. 147, CG IV);*

— *el hecho de forzar a un prisionero de guerra a servir en las fuerzas armadas de la potencia enemiga, o el hecho de privarlo de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente según las prescripciones del presente convenio” (art. 130, CG III);*

— *la deportación o el traslado ilegal, la detención ilegal, el hecho de forzar a una persona protegida a servir en las fuerzas armadas de la potencia enemiga, o el hecho de privarla de su derecho a ser juzgada legítima e imparcialmente según las prescripciones del presente Convenio, la toma de rehenes (art. 147, CG IV);*

Por su parte, el Protocolo I complementa las infracciones graves contempladas en los Convenios de Ginebra <sup>12</sup> y las define como “crímenes de guerra” <sup>13</sup>.

Asimismo, los Estados Partes se obligan a tomar las oportunas medidas para que cesen, además de las infracciones graves, los actos contrarios a las disposiciones de los convenios <sup>14</sup>, y se comprometen a perseguir y hacer comparecer ante los tribunales nacionales a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer infracciones graves, consagradas en los Convenios <sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Art. 85: “Las disposiciones de los convenios relativas a la represión de las infracciones y de las infracciones graves, completadas por la presente sección, son aplicables a la represión de las infracciones y de las infracciones graves del presente Protocolo”.

<sup>13</sup> Art. 85.5, Protocolo I.

<sup>14</sup> Arts. 49, 50, 129 y 146, Convenios I, II, III, IV, respectivamente.

<sup>15</sup> Arts. 49, 50, 129 y 146, Convenios I, II, III, IV, respectivamente: “[...] Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad [...]”.

Constituye por lo tanto un deber jurídico de Colombia como Estado Parte de los Convenios de Ginebra:

I. Implementar a nivel interno las sanciones correspondientes frente a las infracciones graves al derecho internacional humanitario.

II. Adoptar las medidas tendientes a hacer cesar los actos contrarios a las disposiciones de los Convenios.

III. Buscar a las personas acusadas de haber cometido u ordenado cometer infracciones graves.

IV. Hacer comparecer ante sus tribunales a los infractores.

Es importante resaltar que la obligación de adoptar medidas legislativas con el fin de sancionar las infracciones graves, hace referencia a las conductas cometidas en el contexto de un conflicto armado internacional. A diferencia de lo dispuesto en los cuatro Convenios y del Protocolo Adicional I de 1977, el art. 3, común y el Protocolo Adicional II no consagran expresamente la obligación de sancionar penalmente los comportamientos que atenten contra sus disposiciones.

Sin embargo, el derecho internacional general en materia de represión de las infracciones al DIH ha evolucionado considerablemente respecto del derecho vigente al momento de redactarse dichos instrumentos hasta el punto de que hoy en día se ha abierto camino la idea de que el principio de la responsabilidad penal individual opera en relación con actos que constituyan violaciones graves de las normas del DIH, aplicables en conflictos armados de todo tipo, lo cual incluye los conflictos sin carácter internacional.

Quizás el mejor ejemplo de esta evolución sea el Estatuto de la Corte Penal Internacional (CP I) del 17 de julio de 1998, en el cual se consagra por primera vez en el derecho convencional, una ampliación del concepto clásico de “*crímenes de guerra*”, que ahora incluye las categorías de las “*violaciones graves del art. 3, común*” y “*otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido del derecho internacional*”<sup>16</sup>. En esta materia, el Estatuto de Roma introdujo una gran innovación y puede considerarse como un importante precedente, por cuanto las definiciones de crímenes de guerra contenidas en el Estatuto de Roma fueron adoptadas por consenso de 120 Estados.

Por otra parte, los Tribunales Penales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda han desarrollado una jurisprudencia muy interesante respecto de la desaparición gradual de la distinción entre conflictos armados internacionales y no internacionales, por lo menos en materia de la represión y castigo de los responsables de las violaciones de las normas aplicables. En un pronunciamiento que va camino de convertirse en clásico, el Tribunal para la ex Yugoslavia sostuvo, en el caso “Tadic”:

<sup>16</sup> Art. 8, párr. 2, literales c) y e). De hecho, en el literal c) del párr. 2 del art. 8, Estatuto de Roma se transcriben, prácticamente intactas, las prohibiciones contenidas en la parte sustantiva del art. 3, común.

*“Lo que es inhumano y por lo tanto prohibido, en una guerra internacional, no puede menos que ser inhumano e inadmisibles en contiendas civiles”* <sup>17</sup>.

De acuerdo con lo anterior, podemos concluir que el nuevo Código Penal, al no hacer distinciones entre las infracciones cometidas en un contexto de conflicto internacional y un conflicto no internacional, no sólo está dando pleno cumplimiento a las obligaciones contraídas en los Convenios de Ginebra y su Protocolo I Adicional, sino que va más allá y se pone a tono con las nuevas tendencias del derecho internacional público.

### III. CÓDIGO PENAL Y CONFLICTO ARMADO INTERNO

El 24 de julio de 2000, el Congreso de Colombia sancionó el nuevo Código Penal (ley 599 de 2000), que entró en vigor a partir del 24 de julio de 2001 y derogó el dec. 100 de 1980 (Código Penal) y demás normas que lo modifican y complementan, en lo que tiene que ver con la consagración de prohibiciones y mandatos penales.

El nuevo estatuto penal está conformado por 476 artículos, divididos en una parte general (Libro Primero) compuesta por cuatro títulos, y una parte especial (Libro Segundo) conformada por diecinueve títulos.

En su Libro Segundo, el Código contempla un título especial denominado *“Delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario”*, en el cual se consagran veintinueve tipos penales que sancionan las infracciones graves al derecho internacional humanitario <sup>18</sup>.

Es preciso resaltar que la interpretación y aplicación de los nuevos tipos penales debe hacerse a la luz de las normas de derecho internacional humanitario de acuerdo con el art. 93, CN <sup>19</sup> y del principio de integración consagrado en el Código Penal <sup>20</sup>. Será pues responsabilidad de jueces y magistrados precisar el campo de aplicación y el alcance de estos nuevos tipos penales, para lo cual deberán recurrir a las normas internacionales.

A continuación se estudiará el ámbito de aplicación de los delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, así como su correspondencia con las normas de derecho internacional humanitario que protegen las personas

<sup>17</sup> Sentencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso “Tadic”: ICTFY, Appeals Chamber, “The Prosecutor v. Dusko Tadic” a/k/a/Dule, decisión del 2 de octubre de 1995, p. 64.

<sup>18</sup> Arts. 135 a 164.

<sup>19</sup> Art. 93, Constitución Política: “Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

<sup>20</sup> Art. 2, Código Penal: “Integración. Las normas y postulados que sobre derechos humanos se encuentren consignados en la Constitución Política, en los tratados y los convenios internacionales ratificados por Colombia, harán parte integral de este Código”.

y bienes en una situación de conflicto no internacional como la que enfrenta Colombia en estos momentos.

### a. Ámbito de aplicación

Los tipos penales consagrados en el libro segundo, título II del nuevo Código Penal como “*Delitos contra las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario*”, parten de una premisa común:

“*El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado...*”.

#### a.1. Ámbito de aplicación personal

a) *Sujeto activo*. En el proyecto presentado por el fiscal, se proponía determinar al sujeto activo como “*el combatiente que...*”, razón por la cual el proyecto fue objetado por el presidente de la República en su trámite legislativo por considerar que el término “combatiente” hace referencia a los miembros de las Fuerzas Armadas de un Estado de conformidad con el art. 43, Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra y por lo tanto: “*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 serán punibles para los combatientes es decir los miembros de las Fuerzas Armadas constitucionalmente establecidas*”.

Por otra parte, considera el Ejecutivo que “*utilizar el calificativo de combatiente para todas las personas que en Colombia realizan tanto legítima como ilegítimamente alguna 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*”.

Finalmente, se adoptó la fórmula propuesta por el gobierno (“*El que*”, en la cual se hace referencia al sujeto activo de manera amplia e indeterminada y abarca a todo aquel que “*con ocasión y en desarrollo de conflicto armado*” cometa alguna de las conductas punibles consagradas en el Código Penal como violatorias del derecho internacional humanitario <sup>21</sup>.

b) *La Fuerza Pública*. Los miembros de la Fuerza Pública <sup>22</sup>, en servicio activo, cabrían dentro de este sujeto indeterminado y, por lo tanto, podrían incurrir en los delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, consagrados en la ley penal ordinaria.

<sup>21</sup> La delegación del CICR tuvo oportunidad de reunirse con el vicefiscal general de la Nación en marzo de 2000 con el fin de expresar su posición a favor de una tipificación penal con sujeto activo genérico (*el que, quien*).

<sup>22</sup> Art. 216, Constitución Política: “*La Fuerza Pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional*”.

El mismo Código Penal Militar <sup>23</sup> establece que:

*“En aquellas materias que no se hallen expresamente reguladas en este Código, son aplicables las disposiciones de los códigos penal, procesal penal, civil, procesal civil y de otros ordenamientos, siempre que no se opongan a la naturaleza de este Código”* <sup>24</sup>.

Cabe señalar que en materia de infracciones contra el derecho internacional humanitario, este estatuto especial se limitó a tipificar los *“delitos contra la población civil”* <sup>25</sup> dentro de los cuales consagró los delitos de devastación <sup>26</sup>, saqueo y requisición <sup>27</sup>, requisición arbitraria <sup>28</sup>, requisición con omisión de formalidades <sup>29</sup>, exacción <sup>30</sup> y contribuciones ilegales <sup>31</sup>. En las demás conductas contrarias al derecho internacional humanitario, quedarían sometidos a lo establecido por el Código Penal ordinario.

Por otra parte el CPM establece que:

*“Los hechos punibles cometidos por los miembros de la Fuerza Pública son los descriptos en este Código, los previstos en el Código Penal común y en las normas que los adicionen o complementen”* <sup>32</sup>.

Si bien es claro que los miembros de la Fuerza Pública quedarán sometidos a lo establecido por la ley penal ordinaria en materia de delitos contra las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, cabe preguntarse si conservan su fuero militar de conformidad con el art. 221 de la Constitución Política, disposición que se repite en el art. 1, Código Penal Militar <sup>33</sup>, el cual establece:

<sup>23</sup> Ley 522 del 12 de agosto de 1999.

<sup>24</sup> Art. 18, Código Penal Militar.

<sup>25</sup> Título sexto “Delitos contra la población civil”.

<sup>26</sup> Art. 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”*.

<sup>27</sup> Art. 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”*.

<sup>28</sup> Art. 176: Requisición arbitraria. *“El que sin justa causa ordenare o practicar requisiciones, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años”*.

<sup>29</sup> Art. 177: Requisición con omisión de formalidades. *“El que practicar requisición sin cumplir las formalidades y sin que circunstancias especiales lo obliguen a ello, incurrirá en prisión de seis (6) meses a tres (3) años”*.

<sup>30</sup> Art. 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”*.

<sup>31</sup> Art. 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”*.

<sup>32</sup> Art. 20, Código Penal Militar.

<sup>33</sup> En este mismo sentido el art. 16 establece que *“Los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, cuando cometan delitos contemplados en este Código u otros en relación con el servicio, sólo podrán ser juzgados por los jueces y tribunales establecidos en este Código e instituidos con anterioridad a la comisión del hecho punible”*.

*“De los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro”.*

De acuerdo con el Código Penal Militar, se entiende por delitos relacionados con el servicio activo:

*“aquellos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública derivados del ejercicio de la función militar o policial que le es propia”* <sup>34</sup>.

Más adelante el Código Penal Militar dispone:

*“No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, en ningún caso podrán considerarse como relacionados con el servicio los delitos de tortura, el genocidio y la desaparición forzada, entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia”* <sup>35</sup>.

La Corte Constitucional se ha pronunciado acerca del alcance del fuero militar a partir de una interpretación restrictiva, de acuerdo con la cual, un delito está relacionado con el servicio únicamente en la medida en que la conducta punible tenga una relación directa con una misión o tarea militar o policial legítima. En este sentido la Corte estableció <sup>36</sup>:

*“El vínculo entre el hecho delictivo y la actividad relacionada con el servicio se rompe cuando el delito adquiere una gravedad inusitada, tal como ocurre con los llamados delitos de lesa humanidad. En estas circunstancias, el caso debe ser atribuido a la justicia ordinaria, dada la total contradicción entre el delito y los cometidos constitucionales de la Fuerza Pública. Al respecto es importante mencionar que esta Corporación ya ha señalado que las conductas constitutivas de los delitos de lesa humanidad son manifiestamente contrarias a la dignidad humana y a los derechos de la persona, por lo cual no guardan ninguna conexidad con la función constitucional de la Fuerza Pública, hasta el punto de que una orden de cometer un hecho de esa naturaleza no merece ninguna obediencia.*

*”[...]*

<sup>34</sup> Art. 2, Código Penal Militar.

<sup>35</sup> Art. 3, Código Penal Militar.

<sup>36</sup> Diversas sentencias de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional han reiterado que el fuero penal militar tiene carácter excepcional y restringido. Al respecto ver, entre otras, las siguientes providencias de la Corte Suprema de Justicia: sentencia del 4 de octubre de 1971, M. P. Eustorgio Sarria, *Gaceta Judicial* CXXXVIII, p. 408; auto del 22 de septiembre de 1989, M. P. Edgar Saavedra, proceso 4065; sentencia del 14 de diciembre de 1992, M. P. Dídimo Páez, proceso 6750; sentencia del 7 de julio de 1993, M. P. Gustavo Gómez, proceso 7187; sentencia del 26 de marzo de 1996, M. P. Jorge Córdoba, proceso 8827. Entre la jurisprudencia de la Corte Constitucional ver el auto 012 de 1994, M. P. Jorge Arango, y las sentencias C-399 de 1995 y C-17 de 1996, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

*“Lo que la Corte señala es que existen conductas punibles que son tan abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública que su sola comisión rompe todo nexo funcional del agente con el servicio”* <sup>37</sup>.

Asimismo, la Corte se ha pronunciado acerca del alcance de la “obediencia debida” <sup>38</sup> y ha considerado que, si bien la Constitución reconoce la validez del principio de jerarquía y de estricta obediencia en el campo militar, rechaza la concepción absoluta y ciega de la obediencia castrense. De acuerdo con lo anterior, la Corte establece que la obediencia debida no es causal de exoneración para el subalterno que ejecuta una orden manifiestamente antijurídica. La Corte considera que son órdenes antijurídicas aquellas que de manera notoria violan la Constitución Política, las reglas y principios del derecho internacional humanitario y las prohibiciones o restricciones absolutas que deben observarse incluso bajo los estados de excepción <sup>39</sup>. En este sentido, la Corte estableció:

*“La exposición que se ha hecho sobre el derecho internacional humanitario —que para los efectos de este proceso integra el bloque de constitucionalidad—, permite concluir, con toda seguridad, que la exoneración absoluta de responsabilidad del militar que conscientemente ejecuta órdenes superiores que signifiquen la vulneración de sus reglas y principios no es de recibo y, por el contrario, compromete su responsabilidad individual, máxime si sus actos se apartan de las reglas indiscutibles de las confrontaciones armadas y ofenden el sentimiento general de la humanidad. La obediencia ciega del militar subalterno, lo mismo que su correlativa irresponsabilidad absoluta, son rechazadas por el derecho internacional humanitario, pues de permitirse éste carecería de sentido”* <sup>40</sup>.

En este mismo sentido la Corte concluyó:

*“No se puede invocar la obediencia militar debida para justificar la comisión de conductas que sean manifiestamente lesivas de los derechos humanos, y en particular de la dignidad, la vida y la integridad de las personas, como los homicidios fuera de combate, la imposición de penas sin juicio imparcial previo, las torturas, las mutilaciones o los tratos crueles y degradantes.*

<sup>37</sup> Corte Constitucional, sala plena, sentencia C-358, 5 de agosto de 1997, “Demanda de inconstitucionalidad contra algunos artículos del dec. 2550 de 1988, por el cual se expidió el Código Penal Militar”, magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>38</sup> El art. 91 de la Constitución establece: “En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta. Los militares en servicio quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden”.

<sup>39</sup> En este sentido ver: sentencias T-409/92, magistrado ponente: José Gregorio Hernández y sentencia C-225/95, magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

<sup>40</sup> Corte Constitucional, sala plena, sentencia C-578, 4 de diciembre de 1995, “Acción de inconstitucionalidad contra el art. 15 (parcial) del dec.-ley 85/1989”, magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

*Esta conclusión no sólo deriva de la importancia de estos valores en la Constitución colombiana y en el derecho internacional humanitario sino que, además, coincide con lo prescripto por otros instrumentos internacionales en la materia que obligan al Estado colombiano”* <sup>41</sup>.

Por su parte, el nuevo Código Penal estableció que no habrá lugar a responsabilidad penal cuando: *“Se obre en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales”* <sup>42</sup>.

De acuerdo con la jurisprudencia citada, debemos concluir que la exoneración de responsabilidad opera ante una orden legítima de autoridad competente, la cual nunca podrá consistir en órdenes contrarias a los preceptos del derecho internacional humanitario, los cuales, como ha señalado la Corte Constitucional, hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Finalmente, cabe anotar que la redacción de los diferentes tipos penales sanciona la conducta individual realizada de manera directa, y no comprometería la responsabilidad penal individual de los superiores jerárquicos que impartan órdenes que constituyan infracciones al derecho internacional humanitario. Sin embargo, el Código en su parte general consagra la figura del determinador así:

*“Son partícipes el determinador y el cómplice. Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción”* <sup>43</sup>.

El superior jerárquico responderá por lo tanto como determinador, al emitir una orden contraria a los preceptos del derecho internacional humanitario y quedará sometido a la pena consagrada para quien cometa la infracción.

c) *Sujeto pasivo.* El párrafo del art. 135 del nuevo Código Penal establece: *“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.*

<sup>41</sup> Corte Constitucional, sala plena, sentencia C-225, 18 de mayo de 1995, “Revisión oficiosa del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949”, magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

<sup>42</sup> Art. 32.4, CPen.

<sup>43</sup> Art. 30, CPen.

"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*".

La lista de personas protegidas por la normatividad penal no sólo obedece a lo establecido por el derecho internacional humanitario en su conjunto, sino que remite expresamente a esa normatividad tanto presente como futura.

En el caso de conflicto armado no internacional, este artículo corresponde a lo establecido en el art. 3.1, común a los Convenios de Ginebra y el art. 4.1, Protocolo II.

#### *a.2. Ámbito de aplicación material*

En la medida en que no se hace referencia al carácter del conflicto armado en el cual se configura la conducta punible, se entiende que las normas penales son aplicables por infracciones al derecho internacional humanitario tanto en el desarrollo de conflictos armados internacionales, como de conflictos armados no internacionales. Lo anterior no debe interpretarse en el sentido de que la ley penal tiene efectos temporales mientras existan las condiciones de conflicto armado, puesto que nada impide que en tiempo de paz se comprometa la responsabilidad penal de un individuo por conductas contrarias al derecho internacional humanitario realizadas durante el desarrollo del conflicto armado.

Por otra parte, a falta de referencia expresa en materia de prescripción de la acción penal en caso de infracciones graves al derecho internacional humanitario, debemos recurrir a los términos establecidos en la parte general del Código en la materia <sup>44</sup>. En cuanto a la duración de la sanción penal, la Constitución Política establece la imposibilidad de imponer penas y medidas de seguridad imprescriptibles <sup>45</sup>.

En materia de amnistías e indultos, la Constitución Política concede al legislador la potestad de "*conceder, por mayoría de dos tercios de los miembros de una y otra Cámara y por graves motivos de conveniencia pública, amnistías o indultos generales por delitos políticos*" <sup>46</sup>. Por otra parte, la Constitución au-

<sup>44</sup> Art. 83: Términos de prescripción de la acción penal. "*La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20), salvo lo dispuesto en el inciso siguiente de este artículo. El término de prescripción para las conductas punibles de genocidio, desaparición forzada, tortura y desplazamiento forzado, será de treinta (30) años. En las conductas punibles que tengan señalada pena no privativa de la libertad, la acción penal prescribirá en cinco (5) años*".

<sup>45</sup> Art. 28, Constitución Política.

<sup>46</sup> Art. 150.17, Constitución Política.

toriza al gobierno a “Conceder indultos por delitos políticos, con arreglo a la ley, e informar al Congreso sobre el ejercicio de esta facultad” <sup>47</sup>.

En esta materia, el art. 6.5, Protocolo II establece: “A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de la libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado”.

La Corte Constitucional ha interpretado el alcance de la norma humanitaria a la luz de lo dispuesto en la Constitución y ha establecido:

“En ese orden de ideas es pues claro que el Protocolo II no está obligando al Estado a conceder obligatoriamente amnistías, ya que la norma establece únicamente que las autoridades ‘procurarán’ conceder este tipo de beneficios penales. Además, este artículo del Protocolo II tampoco ordena al Estado a amnistiar todos los delitos cometidos durante la confrontación armada, puesto que simplemente señala que la amnistía será ‘lo más amplia posible’. Y, finalmente, teniendo en cuenta las consideraciones hechas en el punto anterior, es obvio que esas amnistías se refieren precisamente a los delitos políticos o conexos, puesto que éstos son los que naturalmente derivan de ‘motivos relacionados con el conflicto’. Esto significa entonces que el Estado colombiano se reserva el derecho de definir cuáles son los delitos de connotación política que pueden ser amnistiados, si lo considera necesario, para lograr la reconciliación nacional, una vez cesadas las hostilidades” <sup>48</sup>.

Pero a la luz de la Constitución Política, ¿cuáles son los delitos políticos que pueden ser amnistiados o indultados? La Corte Constitucional ha señalado que ni la Constitución ni la ley definen o enumeran los delitos políticos. De acuerdo con su análisis, en principio se consideran delitos políticos aquellos que atentan contra el orden constitucional tales como la rebelión y la sedición. Sin embargo, el alto tribunal considera que existen delitos comunes que por su estrecha relación con los delitos políticos podrían gozar de los mismos beneficios. En este sentido la Corte manifestó:

“Suelen considerarse delitos políticos en sí, en nuestra legislación, los de rebelión y sedición. En conexión con éstos pueden cometerse otros, que aisladamente serían delitos comunes, pero que por su relación adquieren la condición de delitos conexos, y reciben, o pueden recibir, el trato favorable reservado a los delitos políticos” <sup>49</sup>.

<sup>47</sup> Art. 201.2, Constitución Política.

<sup>48</sup> Corte Constitucional, sala plena, sentencia C-225, 18 de mayo de 1995, “Revisión oficiosa del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949”, magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

<sup>49</sup> Corte Constitucional, sala plena, sentencia C-456, 23 de septiembre de 1997, “Demanda de inconstitucionalidad contra el art. 127 del dec. 100 de 1980 ‘Por medio del cual se expide el Código Penal’”, magistrados ponentes: Jorge Arango Mejía y Eduardo Cifuentes Muñoz.

La Corte concluye que es al Congreso de la República a quien corresponde determinar cuáles son los delitos políticos, y cuáles, por su conexidad con éstos, pueden gozar de amnistías e indultos. La Corte señaló:

*“Al Congreso corresponderá, en esa ley extraordinaria, determinar los delitos comunes cometidos en conexión con los estrictamente políticos y que, por lo mismo, pueden quedar cobijados por la amnistía y el indulto. Y cuáles, por su ferocidad, barbarie, por ser delitos de lesa humanidad, no pueden serlo”* <sup>50</sup>.

Ya la Corte se había pronunciado acerca de la imposibilidad de indultar o amnistiar ciertos delitos por considerarlos delitos atroces. Al revisar la constitucionalidad de una norma que prohibía la amnistía o el indulto para el delito de secuestro <sup>51</sup>, la Corte estableció:

*“Siendo pues un delito atroz, nada justifica que se lo pueda considerar como delito político, ni que sea excusado por motivación alguna, pues contra el hombre como sujeto de derecho universal no puede haber actos legitimados. Sería un contrasentido que el Estado Social de Derecho —que considera a la persona humana como fin en sí misma— relativizara la dignidad humana y llegara a beneficiar con la amnistía o el indulto al autor de un delito de lesa humanidad, como es el caso del secuestro”* <sup>52</sup>.

En este mismo sentido se pronunció al estudiar el decreto por el cual el gobierno dictó disposiciones para facilitar el diálogo con los grupos guerrilleros, su desmovilización y reinserción a la vida social <sup>53</sup> al concluir:

*“Es claro que el homicidio que se comete fuera de combate y aprovechando la indefensión de la víctima, para traer a colación apenas uno de los muchos casos en los cuales no hay ni puede establecerse conexidad con el delito político, no es susceptible de ser favorecido con amnistía e indulto dado su carácter atroz, ni podría por tanto ser materia de diálogos o acuerdos con los grupos guerrilleros para su eventual exclusión del ordenamiento jurídico penal ni de las sanciones establecidas en la ley”* <sup>54</sup>.

<sup>50</sup> Corte Constitucional, sala plena, sentencia C-456, 23 de septiembre de 1997, “Demanda de inconstitucionalidad contra el art. 127 del dec. 100 de 1980 ‘Por medio del cual se expide el Código Penal’”, magistrados ponentes: Jorge Arango Mejía y Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>51</sup> Ley 40 de 1993, art. 14: “En ningún caso el autor o los copartícipes del delito de secuestro, en cualquiera de sus modalidades, podrá ser beneficiado con amnistías e indultos o sus consecuentes de cesación de procedimiento o auto inhibitorio, ni podrá considerarse el secuestro como delito conexo con el delito político, dada su condición de atroz”.

<sup>52</sup> Corte Constitucional, sala plena, sentencia C-069, 23 de febrero de 1994, “Demanda de inconstitucionalidad contra la ley 40 de 1993, arts. 6, 10, 17, 32, 34, 35 y 37”, magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

<sup>53</sup> Decreto legislativo 542, del 23 de marzo de 1993.

<sup>54</sup> Sentencia C-214-93, 9 de junio de 1993, “Revisión constitucional del decreto legislativo 542, del 23 de marzo de 1993, ‘Por el cual se dictan disposiciones para facilitar el diálogo con los grupos guerrilleros, su desmovilización y reinserción a la vida social’”, magistrados ponentes: José Gregorio Hernández y Hernando Herrera Vergara.