



ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD

Desde Natalia Springer <nataliaspringer@gmail.com>

Fecha Lun 04/11/2024 13:12

Para Secretaria3 Corte Constitucional <secretaria3@corceconstitucional.gov.co>

 3 archivos adjuntos (3 MB)

ACTA DE LA ACCION INCONSTITUCIONALIDAD (2)_signed.pdf; CEDULA NS (1).pdf; VERSION FINAL ACCION INCONSTITUCIONALIDAD_signed.pdf;

Sus señorías,
Honorables Magistrados
CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA:

Anexo encontrarán:

1. Acta de presentación
2. Cédula de ciudadanía
3. Demanda de inconstitucionalidad.

Con sentimientos de la mayor consideración,
Natalia Springer

|

--

Dr. Natalia Springer

Bogotá, 04 de noviembre del 2024

Sus señorías,
HONORABLES MAGISTRADOS
CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA
secretaria3@cor-teconstitucional.gov.co
La ciudad

REFERENCIA: ACTA DE PRESENTACIÓN PERSONAL-ACCIÓN PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD

En la ciudad de Bogotá, a los 4 días del mes de noviembre del 2024, yo, Natalia María Springer, ciudadana colombiana, mayor de edad, identificada con Cédula de Ciudadanía No. 52.221.577 expedida en esta misma ciudad, de profesión abogada, defensora de derechos humanos, obrando en nombre propio y con domicilio en esta ciudad, en ejercicio de mis derechos y deberes constitucionales, tal y como consagrados en el artículo 40 (núm. 6) y en el artículo 95 (núm. 7) de la Constitución Política de 1991, y según los requisitos establecidos por el artículo 2 del Decreto 2067 de 1991 en el marco de lo dispuesto por el artículo 241 (núm. 4) superior, me presento ante la Honorable Corte Constitucional para interponer esta ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD contra las expresiones “**y las demás normas del presente título**” del Art. 135 (PAR), y “**persona protegida**” empleada en la calificación especial de los sujetos pasivos de las conductas penales previstas en los Art. 138, Art. 138A, Art. 139, Art. 139A, Art. 139B, Art. 139C, Art. 139 D, Art. 139E, Art. 141, Art. 141A, y Art. 141B de los *Delitos contra personas protegidas y bienes protegidos por el Derecho internacional Humanitario*, Título II, Capítulo Único del Código Penal, Ley 599 de 2000, en cuanto excluye de la esfera de amparo a los combatientes que han sido víctimas de violencia sexual a título de crimen de guerra cuando han sido atacados por miembros de su propio grupo armado. La ley demandada es inconstitucional por incurrir en una omisión legislativa relativa.

La metodología del alegato inicia con una evaluación de por qué sobre esta materia no se configura el fenómeno de la *res judicata*, seguido por un análisis lógico sintáctico de las expresiones demandadas. Superado el análisis formal, la sustentación se estructura alrededor de los criterios requeridos en el test de omisión legislativa relativa, tal y como establecido por la Corte Constitucional en sucesivas

ACTA DE PRESENTACIÓN-ACCION PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD
CONTRA LA EXPRESION "PERSONA PROTEGIDA" DEL TITULO II CÓDIGO PENAL

sentencias, con desarrollo de criterios adicionales por alegarse, entre otros, una violación al derecho a la igualdad y una discriminación injustificada.

Esta acción organiza el ataque que expone la incompatibilidad de la ley con los valores públicos de la Constitución y que rompen con toda presunción de constitucionalidad sobre dos cargos principales, a saber: Cargo #1. Como una violación del bloque de constitucionalidad; Cargo #2. Porque vulnera el derecho a la igualdad (Art. 13 CP), la prohibición de la esclavitud y la servidumbre sexual (Art. 17 CP), y la prevalencia de los derechos de los niños (Art. 44), produciendo una discriminación injustificada y desproporcionada que desconoce el principio de la protección reforzada de personas en circunstancias de debilidad manifiesta e infringe la prohibición constitucional de la protección deficiente de derechos fundamentales (*Untermassverbot*).

Quisiera destacar que, como experta en la materia del reclutamiento de niños y niñas, nunca había visto una circunstancia como la que estamos atravesando hoy, con todas las características de una emergencia humanitaria silenciosa que esta afectando a las niñas y niños campesinos más pobres de nuestro país. Las dificultades que ha enfrentado la JEP en el desarrollo del Macrocaso #11, en donde el nivel de cooperación ha sido casi nulo, dan cuenta de las complejidades del tema. **Es la comprobación de esta realidad la que me lleva a rogarle a esta Corte Constitucional que trate este asunto con la mayor urgencia y la mayor contundencia**, con el objeto de sentar un precedente claro e inequívoco en defensa de los niños y niñas, y en contra de la violencia sexual en todas sus formas.

Adjunto a esta acta de presentación, se anexa el argumento de este alegato y copia fiel de mi documento de identidad.

En fe de lo expuesto, suscribo la presente acta en señal de conformidad y compromiso con la defensa de la Constitución Política de Colombia.



Dr. NATALIA MARÍA SPRINGER E.M.A, PhD
C.C. No. 52'.221.577

Bogotá DC. Noviembre 04 del 2024

Sus señorías,

HONORABLES MAGISTRADOS CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

secretaria3@cor-teconstitucional.gov.co

La ciudad

REFERENCIA: ACCIÓN PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD

Yo, Natalia María Springer, ciudadana colombiana, mayor de edad, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 52'221.577 expedida en la ciudad de Bogotá, obrando en nombre propio y con domicilio en esta ciudad, respetuosamente me dirijo a la honorable Corte Constitucional en uso de mis derechos y deberes, tal y como consagrados en el artículo 40 (núm. 6)¹ y en el artículo 95 (núm. 7)² de la Constitución Política de 1991, y según los requisitos establecidos por el artículo 2 del Decreto 2067 de 1991 en el marco de lo dispuesto por el artículo 241 (núm. 4) superior³, con el fin de interponer esta acción

¹ Constitución Política de Colombia. "ARTÍCULO 40. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: 6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley". http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr002.html

² Constitución Política de Colombia. "ARTÍCULO 95. La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. 7. Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia". http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr002.html

³ Son fuente también los artículos superiores 242 y 244, así como el artículo 20 de la Ley 393 de 1997, como citados a continuación: "ARTÍCULO 242. Los procesos que se adelanten ante la Corte Constitucional en las materias a que se refiere este título, serán regulados por la ley conforme a las siguientes disposiciones: 1. Cualquier ciudadano podrá ejercer las acciones públicas previstas en el artículo precedente, e intervenir como impugnador o defensor de las normas sometidas a control en los procesos promovidos por otros, así como en aquellos para los cuales no existe acción pública. 2. El Procurador General de la Nación deberá intervenir en todos los procesos. 3. Las acciones por vicios de forma caducan en el término de un año, contado desde la publicación del respectivo acto. 4. De ordinario, la Corte dispondrá del término de sesenta días para decidir, y el Procurador General de la Nación, de treinta para rendir concepto. 5. En los procesos a que se refiere el numeral 7 del artículo anterior, los términos ordinarios se reducirán a una tercera parte y su incumplimiento es causal de mala conducta, que será sancionada conforme a la ley". "ARTÍCULO 244. La Corte Constitucional comunicará al Presidente de la República o al Presidente del Congreso, según el caso, la iniciación de cualquier proceso que tenga por

de inconstitucionalidad⁴ contra las expresiones “**y las demás normas del presente título**” del Art. 135 (PAR), y “**persona protegida**” empleada en la calificación especial de los sujetos pasivos de las conductas penales previstas en los Art. 138, Art. 138A, Art. 139, Art. 139A, Art. 139B, Art. 139C, Art. 139 D, Art. 139E, Art. 141, Art. 141A, y Art. 141B de los *Delitos contra personas protegidas y bienes protegidos por el Derecho internacional Humanitario*, Título II, Capítulo Único del Código Penal, Ley 599 de 2000, tal y como se sustenta a continuación.

I. NORMAS CONSTITUCIONALES VULNERADAS

Las normas que reflejan el deber específico impuesto directamente por el constituyente al legislador y que resulta omitido, por los casos excluidos⁵, son:

Constitución Política de Colombia
Título II, capítulo 1, Arts. 13 y 17
Título II, capítulo 2, Art. 44
Título II, capítulo 4, Art. 93⁶.

objeto el examen de constitucionalidad de normas dictadas por ellos. Esta comunicación no dilatará los términos del proceso”.

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr002.html

⁴ Constitución Política de Colombia. “ARTICULO 4o. 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”.

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr002.html

⁵ Criterio b. en Manuel Quinche Ramírez, *Los Tests Constitucionales*. Bogotá: Ed. Temis 2023, según jurisprudencia de la Corte Constitucional. Sentencia C-356 de 2019. M.P. Diana Fajardo Rivera; Corte Constitucional. Sentencia C-075 de 2021. M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najár.

⁶ Bloque de constitucionalidad, desarrollado por la Corte Constitucional, Sentencia C-225 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero; Corte Constitucional, Sentencia C-269 de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo, entre otros.

Constitución Política de Colombia⁷

TITULO II.

DE LOS DERECHOS, LAS GARANTIAS Y LOS DEBERES

CAPITULO 1.

DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

(Negrilla y subrayado por fuera del original)

ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades **sin ninguna discriminación** por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para **que la igualdad sea real** y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de **debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.**

ARTICULO 17. Se prohíben la esclavitud, la servidumbre y la trata **de seres humanos en todas sus formas.**

CAPITULO 2.

DE LOS DERECHOS SOCIALES, ECONOMICOS Y CULTURALES

ARTICULO 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, **tener una familia y no ser separados de ella**, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. **Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos.** Gozarán también de los demás derechos

⁷ Constitución Política de Colombia. 2015. Actualizada con los Actos Legislativos a 2015. Edición especial preparada por la Corte Constitucional. Colección Normatividad 5.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf>

consagrados en la Constitución, en las leyes y en **los tratados internacionales** ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. **Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.**

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

CAPITULO 4. DE LA PROTECCION Y APLICACION DE LOS DERECHOS

ARTICULO 93. 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. El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución.

La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.

II. NORMAS DEMANDADAS

Las normas sobre las cuales se predicen necesariamente los cargos y que excluyen de sus consecuencias jurídicas aquellos casos equivalentes⁸, son:

****Subrayados y negrilla fuera de texto****

"LEY 599 DE 2000

(Julio 24)

"Por la cual se expide el Código Penal."

El Congreso de Colombia

DECRETA:

TÍTULO II⁹.

DELITOS CONTRA PERSONAS Y BIENES PROTEGIDOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

CAPÍTULO ÚNICO

Subrayados y negrillas fuera de texto

(...)



ARTÍCULO 135. HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA. <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, ocasione la muerte de persona protegida conforme a los Convenios Internacionales sobre Derecho Humanitario ratificados por Colombia, incurrirá en prisión

⁸ Criterio a. en Manuel Quinche Ramírez. *Los Tests Constitucionales*. Bogotá: Ed. Temis 2023; según jurisprudencia de la Corte Constitucional, Sentencia C-356 de 2019, M.P. Diana Fajardo Rivera; Corte Constitucional, Sentencia C-075 de 2021, M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najár.

⁹ Tomado y transcrito textualmente de:

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000_pr004.html

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.

<Inciso adicionado por el artículo 27 de la Ley 1257 de 2008. El nuevo texto es el siguiente:> La pena prevista en este artículo se aumentará de la tercera parte a la mitad cuando se cometiere contra una mujer por el hecho de ser mujer.

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.

ARTÍCULO 138. ACCESO CARNAL VIOLENTO EN PERSONA PROTEGIDA. <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, realice acceso carnal por medio de violencia **en persona protegida** incurrirá en prisión de ciento sesenta (160) a trescientos veinticuatro (324) meses y multa de seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (666.66) a mil quinientos (1500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Para los efectos de este Artículo se entenderá por acceso carnal lo dispuesto en el artículo 212 de este código.

ARTÍCULO 138A. ACCESO CARNAL ABUSIVO EN PERSONA PROTEGIDA MENOR DE CATORCE AÑOS. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, acceda carnalmente a persona protegida menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de ciento sesenta (160) a trescientos veinticuatro (324) meses y multa de seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (666.66) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

ARTÍCULO 139. ACTOS SEXUALES VIOLENTOS EN PERSONA PROTEGIDA. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, realice acto sexual diverso al acceso carnal, por medio de violencia en persona protegida incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a ciento sesenta y dos (162) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

ARTÍCULO 139A. ACTOS SEXUALES CON PERSONA PROTEGIDA MENOR DE CATORCE AÑOS. El que con ocasión y en desarrollo de conflicto armado realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona protegida menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a ciento sesenta y dos (162) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

ARTÍCULO 139B. ESTERILIZACIÓN FORZADA EN PERSONA PROTEGIDA. El que con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, por medio de la violencia, prive a persona protegida de la capacidad de reproducción biológica, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a ciento sesenta y dos (162) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

PARÁGRAFO. No se entenderá como esterilización forzada la privación de la capacidad de reproducción biológica que corresponda a las necesidades de tratamiento consentido por la víctima.

ARTÍCULO 139C. EMBARAZO FORZADO EN PERSONA PROTEGIDA. El que con ocasión del conflicto armado, habiendo dejado en embarazo a persona protegida como resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal violento, abusivo o en persona

puesta en incapacidad de resistir, obligue a quien ha quedado en embarazo a continuar con la gestación, incurrirá en prisión de ciento sesenta (160) meses a trescientos veinticuatro (324) meses y multa de seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (666.66) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

ARTÍCULO 139D. DESNUDEZ FORZADA EN PERSONA PROTEGIDA. El que, con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, por medio de la violencia, obligue a **persona protegida** a desnudarse total o parcialmente o a permanecer desnuda, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a ciento sesenta y dos (162) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

ARTÍCULO 139E. ABORTO FORZADO EN PERSONA PROTEGIDA. El que con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, a través de la violencia interrumpa u obligue a interrumpir el embarazo de **persona protegida** sin su consentimiento, incurrirá en prisión de ciento sesenta (160) meses a trescientos veinticuatro (324) meses y multa de seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (666.66) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

ARTÍCULO 141. PROSTITUCIÓN FORZADA EN PERSONA PROTEGIDA. El que, con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, obligue a **persona protegida** a prestar servicios sexuales, incurrirá en prisión de ciento sesenta (160) a trescientos veinticuatro (324) meses y multa de seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (666.66) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

ARTÍCULO 141A. ESCLAVITUD SEXUAL EN PERSONA PROTEGIDA. El que, con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, ejerza uno de los atributos del derecho de propiedad por medio de la violencia sobre **persona protegida** para que realice uno o más actos de naturaleza sexual, incurrirá en prisión de ciento sesenta (160) a trescientos veinticuatro (324) meses y multa de seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (666.66) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

ARTÍCULO 141B. TRATA DE PERSONAS EN PERSONA PROTEGIDA CON FINES DE EXPLOTACIÓN SEXUAL. El que, con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, capte, traslade, acoja o reciba a una **persona protegida** dentro del territorio nacional o hacia el exterior, con fines de explotación sexual, incurrirá en prisión de ciento cincuenta y seis (156) a doscientos setenta y seis (276) meses y una multa de ochocientos (800) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Para efectos de este artículo se entenderá por explotación de carácter sexual el obtener provecho económico o cualquier otro beneficio para sí o para otra persona, mediante la explotación de la prostitución ajena, la esclavitud sexual, el matrimonio servil, el turismo sexual o cualquier otra forma de explotación sexual".

III. FUNDAMENTOS DE LA VIOLACIÓN

Con el propósito de desarrollar esta acción de forma clara¹⁰, cierta¹¹, específica¹², pertinente¹³ y suficiente¹⁴, en este apartado se formula el problema jurídico y se propone una estructura para el debate sobre dos argumentos centrales que constituyen el núcleo del ataque que expone la incompatibilidad de la ley demandada con los valores públicos de la Constitución y que rompen con la presunción de constitucionalidad de sus contenidos.

A. DEL PROBLEMA JURÍDICO:

En el período comprendido entre el 1 de diciembre del 2016 y la fecha de interposición de la presente acción judicial, se ha constatado un incremento alarmante en la incidencia del reclutamiento forzado de niños y niñas por parte de grupos armados ilegales y organizaciones criminales¹⁵.

La proliferación de la ilegalidad armada en el período post-acuerdo de paz ha desencadenado una dinámica especialmente violenta de ocupación territorial por el

¹⁰ "Cuando existe un mínimo de cohesión entre los argumentos que lo integran y estos son plenamente inteligibles". Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-539 de 2011, M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.

¹¹ Que la disposición demandada existe, la interpretación es plausible, la totalidad de lo inferido se deriva de la disposición y no es preciso integrarlo a otras no demandadas. Ibidem.

¹² Demostrar "una oposición objetiva y verificable entre el contenido de la ley y el texto de la Constitución Política" Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1052 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹³ Que resolver el ataque es de la competencia de la Corte y no busca entorpecer el trabajo legislativo. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1052 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁴ Que se presenten los cargos concretos de acusación de inconstitucionalidad y el principio de ruptura de la presunción de constitucionalidad de la ley demandada. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1052 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁵ Este fenómeno constituye una flagrante violación de múltiples instrumentos jurídicos, incluyendo, pero no limitándose a La Convención sobre los Derechos del Niño (ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991); El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados (ratificado mediante la Ley 833 de 2003); El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Ley 742 de 2002), que tipifica el reclutamiento de menores como crimen de guerra; La Constitución Política de Colombia, en sus artículos 44 y 45, que consagran la protección integral de los niños, niñas y adolescentes; El Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006), específicamente en su artículo 20, numeral 7.

control de las rentas ilegales que se sustenta, en gran medida, en el reclutamiento masivo de niños y niñas. Este modus operandi toma ventaja de la vulnerabilidad inherente de esta población y de su consideración como mano de obra gratuita y fácilmente manipulable.

El caso de las niñas y adolescentes reclutadas, sin embargo, reviste especial gravedad. La evidencia recopilada indica que su reclutamiento obedece no solo a fines militares o de combate, sino que **se enmarca en un esquema mucho más complejo de esclavitud sexual y trata de personas con fines de explotación sexual al interior de estos grupos**¹⁶. Esta afirmación ya tiene respaldo en lo establecido por la JEP. Por su propia declaración, los jefes de la antigua guerrilla FARC se han referido a las niñas combatientes como de su propiedad y se han negado a cooperar en el macrocaso #11 bajo el argumento de que todo lo ocurrido en materia de violencia sexual intrafilas sucedió dentro de su propia "jurisdicción" y que, para ellos, las niñas campesinas, desde los 10 años, ya tienen la madurez para emprender actividad sexual adulta. La información disponible apunta a que el reclutamiento de niñas esta hoy estrechamente vinculado al tráfico de personas, y es mucho mas agresivo que antes, involucrando también a niñas y jóvenes migrantes irregulares.

Es menester señalar que, no obstante la constatación empírica y jurídica de que el reclutamiento, salvo contadas excepciones, se ejecuta contra toda voluntad de los sujetos pasivos de la conducta punible, y que dichos sujetos son predominantemente niños y niñas -con una tendencia alarmante hacia la disminución progresiva de la edad de las víctimas-, se ha observado una preocupante inconsistencia en la praxis judicial y administrativa respecto al tratamiento de casos específicos que involucran a niñas y mujeres desmovilizadas que denuncian haber sido objeto de agresiones sexuales por parte de miembros pertenecientes a su misma organización armada ilegal.

Por ejemplo, se evidencia una reticencia injustificada por parte de operadores judiciales y autoridades administrativas a reconocer la condición de víctima a las mujeres y niñas en las circunstancias previamente descritas. Esta negativa contraviene flagrantemente los principios establecidos en la Ley 1448 de 2011 (Ley de Víctimas y Restitución de Tierras), específicamente en su artículo 3°, el Acto Legislativo 01 de 2017, que incorpora el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, y la jurisprudencia de esta Honorable Corte, particularmente la Sentencia C-781 de 2012, que amplía el concepto de víctima en el marco del conflicto armado.

¹⁶ Esta práctica constituye una violación adicional del Protocolo de Palermo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños (ratificado por Colombia mediante la Ley 800 de 2003).

En particular, se ha observado una tendencia preocupante a desestimar la categorización de estos actos como crímenes de guerra, basándose en el criterio erróneo de la filiación compartida entre víctima y victimario¹⁷. La práctica parece fundamentada en la equívoca utilización de la expresión “**persona protegida**”, en los tipos que se refieren a la violencia sexual en el Título II del código penal.

A este punto cabe mencionar, tal y como se discutirá más adelante, que la expresión “persona protegida” no tiene respaldo en el Derecho Internacional Humanitario, sino que se trata de una definición que se desarrolla exclusivamente en el Art 135 PAR del Código Penal Colombiano. Si bien recoge sus contenidos de la descripción que hace el DIH de quienes no participan en las hostilidades, LA EXPRESIÓN “EN PERSONA PROTEGIDA” NO EXISTE COMO TAL EN EL DIH Y EL ESTATUTO DE ROMA NO REQUIERE LA CALIFICACIÓN ESPECIAL DEL SUJETO PASIVO EN LOS CRÍMENES DE GUERRA.

Dicha comprobación da cabida a las siguientes preguntas:

¿La introducción de una calificación especial para los sujetos pasivos en la violencia sexual como crimen de guerra en el Código Penal colombiano, no contemplada en el Estatuto de Roma, podría considerarse una violación del principio de legalidad en materia penal internacional? ¿La distinción materializa una violación de las obligaciones internacionales de Colombia en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario? ¿Qué consecuencias tiene la calificación especial del sujeto pasivo en la violencia sexual como crimen de guerra en los esfuerzos por proteger a las víctimas, perseguir a los responsables, y en la cooperación internacional en materia de justicia penal, especialmente en casos de extradición o cooperación judicial relacionados con crímenes de guerra?

Es a la luz de este contexto que esta acción denuncia por inconstitucionales las expresiones “**y las demás normas del presente título**” del Art. 135CP, así como la expresión “**en persona protegida**” tal y como empleada en la calificación especial de los sujetos pasivos de las conductas penales previstas en los Art 138, Art 138A, Art 139, Art 139A, Art 139B, Art 139C, Art 139 D, Art 139E, Art 141, Art 141A y Art 141B del Título II, Capítulo Único del Código Penal.

¹⁷ Esta interpretación desconoce, por ejemplo, el artículo 8(2)(e)(vi) del Estatuto de Roma, que tipifica la violencia sexual como crimen de guerra en conflictos no internacionales, sin distinción respecto a la afiliación de las partes y la jurisprudencia internacional, incluyendo la decisión del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso Prosecutor v. Kunarac et al., que establece que los crímenes sexuales pueden constituir crímenes de guerra independientemente de la relación entre perpetrador y víctima.

La primera expresión ("y las demás normas del presente título") se denuncia **por inducir al empleo generalizado de la cláusula de distinción ("en persona protegida") en la violencia sexual como crimen de guerra.**

La segunda expresión ("en persona protegida"), se acusa **por excluir de la esfera de amparo a los combatientes que han sido víctimas de violencia sexual a título de crimen de guerra cuando han sido atacados por miembros de su propio grupo armado, aun cuando no hayan abandonado las filas ni dejado de participar activa y directamente en el conflicto.**

El núcleo de esta demanda se centra en el argumento de que la expresión "*en persona protegida*" **NO PUEDE USARSE DE FORMA GENERALIZADA EN TODOS LOS CRIMENES DE GUERRA DEL TITULO II DEL CODIGO PENAL.**

Al incluir la expresión "*en persona protegida*" en los tipos que califican las conductas de violencia sexual y el tratamiento humillante y degradante, se produce una discriminación INCONSTITUCIONAL que contraviene normas imperativas del *ius cogens* al excluir de la protección a extensos grupos de personas, especialmente mujeres y niñas, que han sido forzados a participar en el conflicto y que no se encuentran inmersos en ninguna de las categorías previstas por la definición del Artículo 135 PAR del código penal. Los obstáculos que supone en la cooperación internacional para el combate de la impunidad se hicieron evidentes en el caso por la extradición de Arboleda Buitrago, alias "*El Enfermero*" ante el estado español.

La ley demandada es inconstitucional por incurrir en una omisión legislativa relativa¹⁸ susceptible de control jurisdiccional¹⁹.

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-1083 de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo. En este sentido, a fin de proceder al examen de constitucionalidad de una disposición jurídica, la Corte recuerda que son requisitos de procedencia de las acciones constitucionales por omisiones legislativas relativas, los siguientes: "(i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omite incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que el Legislador omitió tal obligación, sin que mediara motivo razonable a pesar de que reguló parcialmente la misma materia; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal un("a desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador". Corte Constitucional. Sentencia C-240 de 2009 (1° de abril 2009). M.P. Mauricio González Cuervo.

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-780 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

La omisión legislativa relativa²⁰, cuyo examen se ruega por las razones expuestas en este escrito, **establece una excepción inconstitucional a normas imperativas de derecho internacional general que no admiten acuerdo en contrario** y que solo pueden ser modificadas por una norma ulterior del derecho internacional general que tenga el mismo carácter²¹ (*ius cogens*²²), concretamente la prohibición absoluta de la esclavitud en todas sus formas.

Efectivamente, tan solo el Art 135 PAR define la expresión. Las normas demandadas que tipifican la violencia sexual como crimen de guerra no definen lo que es una *persona protegida*, pero **sí aplican esta definición** a la configuración típica de los crímenes bajo examen. Las normas demandadas, por si solas, nos informan que el sujeto pasivo de las conductas es un sujeto calificado, es decir, que estos tipos **NO PROTEGEN A TODAS LAS PERSONAS**, sino exclusivamente a aquellos que recaen en la definición de la “*persona protegida*”. En este sentido, las normas demandadas **se remiten a una condición sine qua non** de la víctima. **Ex lege, estos crímenes pueden ser EJECUTADOS LEGITIMAMENTE contra quien no sea una “persona protegida”, según la definición del artículo 135 PAR.**

Como se ha dicho antes, el núcleo de esta demanda se centra en el argumento de que la expresión “*en persona protegida*” no puede usarse de forma generalizada en la calificación de todos los sujetos pasivos en todos los crímenes de guerra del Título II del

²⁰ Pues como se ha establecido, “*el control constitucional puede tener lugar sí y solo sí, la omisión que se ataca, es en esencia relativa o parcial, y en ningún caso absoluta*”. Corte Constitucional, Sentencia C-509 de 2004, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

²¹ Naciones Unidas, Comisión de Derecho Internacional, Informe de la Comisión de Derecho Internacional 71er periodo de sesiones (29 de abril a 7 de junio y 8 de julio a 9 de agosto de 2019), Asamblea General, Documentos Oficiales, Septuagésimo cuarto periodo de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/74/10), Capítulo V: Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), “Conclusión 2. Definición de una norma imperativa del derecho internacional general (*ius Cogens*)”, pg. 155, New York: Naciones Unidas, 2019. URL: <https://legal.un.org/ilc/reports/2019/spanish/chp5.pdf>

²² Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Artículo 53, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, en vigor desde 27 de enero, 1980. También véase el proyecto de conclusiones de Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, citado supra (nota 17): “*Conclusión 2. Definición de norma imperativa de derecho internacional general (Ius Cogens) Una norma imperativa de derecho internacional general (Ius Cogens) es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter. Conclusión 3. Naturaleza general de las normas imperativas de derecho internacional general (Ius Cogens) Las normas imperativas de derecho internacional general (Ius Cogens) reflejan y protegen valores fundamentales de la comunidad internacional, son jerárquicamente superiores a otras normas de derecho internacional y son universalmente aplicables*”. Robert Kolb. *Peremptory International Law – Jus Cogens: A General Inventory*. Oxford: Hart Publishing, 2015; Thomas Weatherall, *Jus Cogens: International Law and Social Contract*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015; Kirsten Schmalenbach, “Article 53: Treaties conflicting with a peremptory norm of general international law (“*ius cogens*”)”, in: Oliver Dörr & Kirsten Schmalenbach, (eds) *Vienna Convention on the Law of Treaties*. Berlin, Heidelberg: Springer, 2018, pg. 965-1012; https://doi.org/10.1007/978-3-662-55160-8_56

código penal. Es decir, hay crímenes de guerra previstos para amparar específicamente a las "*personas protegidas*", más específicamente en el caso del homicidio (principio de distinción), pero también están los tipos en los que, por su naturaleza, NO PUEDE APLICARSE DISTINCION ALGUNA, independientemente de si los sujetos pasivos participan o no en el conflicto (principio de humanidad).

En ese sentido, lo que se alega es que la esclavitud sexual, la violación, el aborto forzado y otras conductas constituyen crímenes de guerra independientemente de la condición del sujeto pasivo, primero, porque el derecho internacional no exige la calificación especial en estos tipos, y segundo, porque agregar la calificación especial del sujeto pasivo automáticamente **excluye, discrimina y expulsa de la esfera de protección a grupos especiales de sujetos en los contextos intrafilas**, como son las mujeres y las niñas generalmente reclutadas por la fuerza, que padecen estos ataques de forma habitual sin abandonar su participación activa y directa en las hostilidades.

Sobre este último punto, vale la pena recordar que los ataques sexuales al interior de los grupos armados al margen de la ley NO PUEDEN ENTENDERSE como actos aislados, puntuales y separados de un contexto de violencia generalizado del que estas víctimas no pueden escapar. **La esclavitud sexual que padecen las combatientes en los contextos intrafilas por parte de sus superiores, por ejemplo, que implica el ejercicio de derechos de propiedad, no se suspende en ningún momento**, ni durante los actos sexuales, ni cuando estas mismas combatientes están participando activamente en las hostilidades, porque las consecuencias del ejercicio de los derechos de propiedad sobre estas personas son mucho más amplias y complejas que el mero ataque sexual.

La expresión "*en persona protegida*" produce entonces una discriminación INCONSTITUCIONAL que contraviene normas imperativas del ius cogens.

Al tenor de todo lo anterior, la omisión legislativa relativa consiste entonces en que **el legislador aplica el principio de distinción en todos los crímenes de guerra contenidos en el Título II del Código Penal en contravía del Principio de Humanidad. El problema no reside entonces en una definición deficiente de la "persona protegida" en el artículo 135 PAR., sino en que el legislador exigió que todas las víctimas de todos los crímenes de guerra cumplan con este requisito, lo que resulta en una carga excesiva, discriminatoria y excluyente.**

Es por ello que, en lugar de demandar al Artículo 135 PAR, lo que abriría una serie de problemas adicionales, esta acción de inconstitucionalidad opta por demandar la inclusión general de esta **condición irrenunciable** en la tipificación de la violencia sexual

como crimen de guerra, no solo por inconstitucional, sino porque tampoco la requiere el derecho internacional humanitario derivando en **serios obstáculos para el acceso de las víctimas de la violencia sexual como crímenes de guerra en los contextos intrafilas a la verdad, la justicia²³ y a la reparación²⁴.**

La violencia sexual, por su propia naturaleza, no requiere de la aplicación del principio de distinción, ya que **su ejecución en el marco y con ocasión del conflicto armado en contra de cualquier persona -independiente de su estatus- es por sí mismo un crimen de guerra.**

B. ART 135 Y RES JUDICATA

A este punto, esta demanda debe justificar la inclusión del Art. 135 CP en el debate, habiendo sido este artículo objeto de la discusión surtida por la honorable Corte Constitucional en la sentencia C-291 del 2007.

En primer lugar, debe anotarse que en este caso **NO SE CONFIGURA LA COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL** en cuanto el reproche que aquí se formula difiere sustancialmente del objeto de la sentencia C-291 de 2007, que se centró en la expresión "**combatientes**" del Art. 135 CP. La Corte jamás entra a examinar los contenidos ni los alcances de la expresión "*en persona protegida*". Por lo tanto, estamos ante un nuevo objeto de control constitucional²⁵.

La Sentencia C-291 de 2007 (M.P. Manuel José Cepeda) se concierne con una acción de inconstitucionalidad contra la inclusión de la expresión "*los combatientes*" del Artículo 135, párrafo, numeral 6 Código Penal, con el argumento de 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 -como el colombiano.

La Corte expone en su sentencia que el uso de la disposición acusada –el término "combatientes"- en el Artículo 135, párrafo, es exigible, porque *"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*

²³ Corte Constitucional. Sentencia C-240 del 2009. M.P. Mauricio González Cuervo.

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-185 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

²⁵ Moreno-Ortiz, L.J., Guzmán-Gómez, C. y González-Quintero, R. (2018). Análisis jurisprudencial de la cosa juzgada constitucional. Revista Jurídicas, 15 (1), 9-27. DOI: 10.17151/jurid.2018.15.1.2.

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."

Introduciendo esta distinción de dos sentidos de la palabra "combatientes", la Corte concluye que "la disposición acusada (...) 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 (...). 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 (...) y de distinción (...)."

"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.”

Esta sentencia de constitucionalidad da ocasión a varias observaciones y precisiones. Primero, resulta importante señalar que la presente acción no ataca la misma disposición ni tampoco esboza el mismo argumento.

No pretendemos eliminar la palabra “*combatientes*” del Artículo 135, parágrafo, numeral 6, ni ningún otro elemento definitorio de este artículo. Por el contrario, se busca descartar el requisito generalizado de que el sujeto pasivo de todos los crímenes de guerra en el Título II sea una “*persona protegida*”, dentro de los términos de este artículo. Por eso, se demanda la frase “*y las demás normas del presente título*” del Artículo 135, parágrafo. Solamente por esta razón, no estamos ante un caso de cosa juzgada constitucional.

Segundo, y como la Corte reconoce, toda la definición de “*persona protegida*” está anclada en el principio de la distinción: “*La protección establecida por el principio de distinción cubija 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 "cíviles", 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".

Como ya hemos mencionado, el principio de distinción es una herramienta para guiar a los participantes en las hostilidades, que permite discernir quienes son o no son blancos legítimos de un ataque con fuerza letal. **En el contexto de la violencia sexual, la distinción pierde completamente su sentido. Este tipo de ataque violento es prohibido en cualquier circunstancia y contra cualquier blanco y viene dotado de una presunción de inconstitucionalidad.** Por esta razón, emplear una definición de las "personas protegidas" (por amplia que sea) que permita excluir algunos grupos de víctimas no es permisible ni en derecho internacional ni en derecho constitucional. Las combatientes víctimas de violencia sexual intrafilas no están incluidas en las categorías de persona protegida y serían blancos de un ataque no explícitamente prohibido y no sancionado como crimen de guerra.

Finalmente, como la misma Corte ha establecido, *"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(es) garantías, o impidan que éstas se constituyan en medios para la materialización de los referidos principios humanitario (...) y de distinción (...)."*²⁶

Esto quiere decir que **la reducción o disminución de la protección de las garantías existentes en el DIH goza de una presunción de inconstitucionalidad, bajo las normas humanitarias aplicables**, lo que es precisamente el caso de las normas atacadas por la presente acción de inconstitucionalidad, que condicionan la tipificación de un atroz crimen de guerra a la configuración de una clase específica de víctima. La "persona protegida" como elemento del crimen para los delitos de violencia sexual cometidos en un conflicto armado viola el bloque de constitucionalidad, según el criterio esbozado por la Corte en la Sentencia C-291/2007.

Estamos en presencia, además, de un cambio de parámetro constitucional que permite reabrir la discusión. Desde la sentencia C-291 de 2007 ha habido un desarrollo significativo en la jurisprudencia constitucional e internacional sobre la protección de víctimas de violencia sexual en contextos de conflicto armado²⁷. Específicamente, se

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-291 de 2007, 25 de abril de 2007, M.P. Manuel José Cepeda.

²⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-516 de 2016, Corte Constitucional de Colombia Sentencia SU027 del 2021

pueden citar la Sentencia C-579 de 2013 que estableció los criterios para la investigación y juzgamiento de crímenes de guerra y de lesa humanidad en el marco del conflicto armado; la Sentencia C-007 de 2018 que profundizó en el alcance de la justicia transicional y los derechos de las víctimas del conflicto armado; y la Sentencia T-718 de 2017, que desarrolló estándares para la protección de mujeres víctimas de violencia sexual en el contexto del conflicto armado, entre otras.

Desde el 2007, Colombia ha ratificado o se ha adherido a nuevos instrumentos internacionales que amplían el bloque de constitucionalidad en materia de protección a víctimas de conflictos armados y violencia sexual, como por ejemplo, la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (ratificada en 2012). En los últimos años, se ha consolidado en el derecho internacional consuetudinario la prohibición absoluta de la violencia sexual en conflictos armados como norma de *ius cogens*, tal y como lo confirma la Resolución 1820 (2008) del Consejo de Seguridad de la ONU que reconoce la violencia sexual como táctica de guerra, y la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional que ha ampliado la interpretación de los crímenes de guerra y de lesa humanidad.

En esta acción se argumenta que las normas cuestionadas contravienen disposiciones imperativas de derecho internacional (*ius cogens*), específicamente la prohibición absoluta de la esclavitud en todas sus formas, bajo la comprobación práctica, como se discutirá más adelante, de que **una fracción significativa del reclutamiento de niñas y adolescentes obedece más a una lógica de esclavitud sexual y trata de personas, que a una lógica militar. Esta realidad ha derivado en una paradoja inaceptable: que el reclutamiento de estas niñas para su sometimiento sexual se convierta en la mejor vía para evadir toda consecuencia jurídica.**

En el plano interno, el Acuerdo de Paz de 2016 y la implementación del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición han modificado sustancialmente el contexto jurídico y fáctico del conflicto armado en Colombia, proporcionándonos una idea mucho mas clara y ajustada de como se han ejecutado estos crímenes en Colombia, lo que nos obliga a una necesaria reinterpretación de las normas penales relacionadas con el DIH a la luz de estos nuevos desarrollos, en consonancia también con las decisiones de tribunales internacionales y cortes constitucionales de otros países que han ampliado la interpretación de la protección a víctimas de violencia sexual en conflictos armados, como es el caso de la sentencia del caso Sepur Zarco en Guatemala (2016), que reconoció la esclavitud sexual como crimen de lesa humanidad y la decisión de la Corte Penal Internacional en el caso Ntaganda (2019), que amplió la interpretación de los crímenes de guerra para incluir violencia sexual contra miembros del mismo grupo armado.

Lo anterior nos trae directamente al argumento esencial de la *Constitución viviente*, es decir, que contamos con nuevas circunstancias fácticas, como las derivadas del mismo proceso de paz; y jurídicas, que hacen necesaria una nueva ponderación de principios constitucionales, lo que sin duda llevara a una necesaria ampliación de la decisión anterior. La aplicación práctica de las normas cuestionadas en la Jurisdicción Especial ha revelado un impacto discriminatorio, especialmente en casos de violencia sexual contra mujeres y niñas reclutadas por grupos armados. Esta evidencia de discriminación en la práctica constituye un hecho nuevo y relevante.

C. ANÁLISIS LÓGICO-SINTÁCTICO DE LAS NORMAS DEMANDADAS

Antes de pasar al análisis sustancial de la cuestión, y casi que como requisito formal de la causa, se hace menester emprender un análisis lógico-sintáctico de los tipos penales reprochados, a fin de demostrar su **impertinencia** al producir una discriminación que opera en contra precisamente de quienes sufren las peores consecuencias del conflicto armado en Colombia.

En apartado posterior, este análisis se vera complementado por uno sobre los alcances y contenidos de la definición "*en persona protegida*" del ART. 135 PAR.

El párrafo del artículo 135 presenta una estructura marco que cumple una función meta-normativa dentro del Título II del Código Penal. La construcción sintáctica "*Para los efectos de este artículo y las demás normas del presente título se entiende por personas protegidas conforme al derecho internacional humanitario: [...]*" establece una definición transversal que opera como un elemento normativo del tipo penal para todos los artículos subsiguientes y que actúa como una cláusula de remisión interna que dota de contenido semántico a la expresión "*persona protegida*" en todo el Título.

La definición crea un campo semántico específico para la interpretación de la "*persona protegida*" en el contexto del conflicto armado. Esta delimitación semántica tiene implicaciones pragmáticas significativas en la aplicación de la norma, ya que restringe el universo de posibles sujetos pasivos de los delitos tipificados en los artículos subsiguientes²⁸.

²⁸ Alcaraz Varó, Enrique, y Brian Hughes. "El Español Jurídico." Barcelona: Ariel, 2009; Charrow, Veda R., Jo Ann Crandall, y Robert P. Charrow. "Characteristics and Functions of Legal Language." En *Sublanguage: Studies of Language in Restricted Semantic Domains*, editado por Richard Kittredge y John

Bajo este marco, los artículos 138, 138A, 139, 139A, 139B, 139C, 139D, 139E, 141, 141A y 141B del Código Penal colombiano presentan una estructura sintáctica común: [Verbo rector] + [Complemento directo (acción específica)] + [Calificación especial del sujeto pasivo: "en persona protegida"]. Por ejemplo, el artículo 138 establece: "El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, realice acceso carnal por medio de violencia en persona protegida [...]" en la que tenemos un sujeto activo indeterminado "El que", que funciona como un pronombre relativo que introduce una cláusula subordinada. Este elemento sintáctico indica que **el sujeto activo del delito puede ser cualquier persona**, sin especificación particular.

Respecto de la circunstancia de modo, se advierte que "con ocasión y en desarrollo de conflicto armado", es un complemento circunstancial que establece **el contexto específico** en el que debe ocurrir la acción para que se configure el delito. El verbo rector como el núcleo predicativo de la oración, varía según el artículo. Por ejemplo, en el Art. 138 es "realice", en el Art. 139 es "ocacione", y en el Art. 141 es "realice", todos con un complemento directo que especifica la acción concreta que constituye el delito. Por ejemplo, en el Art. 138 es el "acceso carnal por medio de violencia" y en el Art. 141 son los "actos de tortura".

En esta estructura, la calificación especial del sujeto pasivo como una "persona protegida" funciona como un complemento circunstancial que modifica y restringe el alcance del verbo rector y su complemento directo. **Esta construcción sintáctica implica que la acción descrita solo constituye el delito específico cuando se realiza sobre el sujeto pasivo calificado.**

En razón de lo anterior, se puede decir que la estructura sintáctica común de estos artículos puede desglosarse de la siguiente manera:

Cláusula principal: [Sujeto] + [Predicado] Donde: [Sujeto] = "El que" [Predicado] = [Verbo rector] + [Complementos] Cláusula subordinada adverbial de modo: "con ocasión y en desarrollo de conflicto armado" Complementos del predicado: [Complemento directo] + [Complemento circunstancial] En donde, "El que" Función: Sujeto de la oración principal Tipo: Pronombre relativo que introduce una cláusula subordinada sustantiva en función de sujeto

Lehrberger, 175-190. Berlín: De Gruyter, 1982; Coaguila Valdivia, Jaime. "La Gramática del Tipo Penal: Un Análisis Lógico-Lingüístico de la Tipicidad." Arequipa: Adrus D&L Editores, 2016.

Verbo rector (varía según el artículo)

Función: Núcleo del predicado

Tipo: Verbo en modo subjuntivo, tiempo presente "*con ocasión y en desarrollo de conflicto armado*"

Función: Complemento circunstancial de modo

Tipo: Locución adverbial que modifica al verbo rector

Complemento directo (acción específica)

Función: Objeto directo del verbo rector

Tipo: Sintagma nominal o verbal que especifica la acción delictiva "*en persona protegida*"

Función: Complemento circunstancial de lugar (figurado)

Tipo: Sintagma preposicional que modifica y restringe el alcance del verbo rector y su complemento directo²⁹

La cláusula principal establece la estructura básica de la oración, con "*El que*" como sujeto y el verbo rector como núcleo del predicado. La cláusula subordinada adverbial de modo "*con ocasión y en desarrollo de conflicto armado*" modifica al verbo rector, estableciendo el contexto específico en el que debe ocurrir la acción para que se configure el delito. El complemento directo especifica la acción concreta que constituye el delito, funcionando como objeto del verbo rector. El complemento circunstancial "*en persona protegida*" modifica tanto al verbo rector como al complemento directo, **restringiendo el alcance de la acción delictiva a un sujeto pasivo específico y creando una relación de dependencia entre la acción delictiva** (verbo rector + complemento directo) **y la calificación del sujeto pasivo** (complemento circunstancial "*en persona protegida*")³⁰.

El uso del pronombre relativo "*El que*" como sujeto genera una estructura abierta que permite la aplicación general de la norma a cualquier persona que realice la acción descrita. La posición final del complemento circunstancial "*en persona protegida*" enfatiza su función restrictiva, **haciendo que este elemento sea crucial y creando una condición *sine qua non* para la configuración del delito**³¹.

²⁹ Análisis de la autora.

³⁰ Véase, "The Language of the Law." Boston: Little, Brown and Company, 1963.

³¹ Véase, Binding, Karl. Die Normen und ihre Übertretung: eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts. Leipzig: Engelmann, 1872; Belling, Ernst. Die Lehre vom Verbrechen. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1906; Mezger, Edmund. Strafrecht: Ein Lehrbuch. München: Duncker & Humblot, 1931; Welzel, Hans. Das Deutsche Strafrecht: Eine systematische Darstellung. Berlin: De Gruyter, 1969; Roxin, Claus. Strafrecht: Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. München: C.H. Beck, 1994.

La preposición "en" en este contexto tiene un valor semántico de especificidad y exclusividad. **Implica que la acción solo es punible cuando recae "en" (sobre) el sujeto específicamente calificado como "persona protegida".**

La expresión activa dos campos semánticos principales, a saber, a) el del conflicto armado y b) el de la protección jurídica, campos en donde la "persona protegida" es un hipónimo de "sujeto pasivo del delito" y las categorías enumeradas en el párrafo del artículo 135 son merónimos de la "persona protegida". Así, en cuanto la expresión "en persona protegida" presupone la existencia de un conflicto armado y de un marco jurídico nacional que define y protege a ciertas categorías de personas, **implica, por contraposición, la existencia de personas "no protegidas" en el contexto del conflicto armado**³².

La expresión funciona entonces como un deíctico contextual, remitiendo al lector/intérprete al marco específico del DIH para su comprensión completa y su inclusión introduce una modalidad deóntica al tipo penal, estableciendo una obligación especial de protección hacia ciertos sujetos. Además, la repetición de "en persona protegida" a lo largo de varios artículos crea una isotopía semántica que refuerza la especificidad de estos tipos penales.

En la estructura superficial, "en persona protegida" aparece como un complemento circunstancial. Sin embargo, en la estructura profunda, funciona como un elemento definitorio del tipo penal, alterando fundamentalmente su naturaleza y alcance.

La "persona protegida" puede entenderse como una metáfora conceptual donde se mapea el dominio de la protección física a la esfera jurídica. La expresión, aunque aparentemente simple, encierra una complejidad semántica significativa. **Funciona como un nodo semántico que conecta el derecho penal interno con el marco jurídico internacional del DIH, creando un tipo penal específico que se distingue de otros delitos contra la vida por su contexto y sujeto pasivo particulares. Esta construcción semántica tiene implicaciones profundas en la interpretación y aplicación de estos tipos penales, potencialmente excluyendo de su protección a sujetos que no encajan en su definición estricta, a pesar de su vulnerabilidad en el**

³² Véase, Kelsen, Hans. *General Theory of Law and State*. Translated by Anders Wedberg. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1945; Kelsen, Hans. *The Law of the United Nations: A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*. New York: Frederick A. Praeger, 1950; Kelsen, Hans. *Principles of International Law*. New York: Rinehart & Co., 1952; Jakobs, Günther. *Strafrecht: Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. Berlin: De Gruyter, 1991; Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. 5 vols. Buenos Aires: Ediar, 1980-1983; Muñoz Conde, Francisco. *Teoría General del Delito*. Bogotá: Editorial Temis, 1984; Bacigalupo, Enrique. *Manual de Derecho Penal: Parte General*. Bogotá: Editorial Temis, 1984.

contexto del conflicto armado. Esta conclusión se deriva del estricto análisis lógico semántico de la estructura lingüística que por su propia construcción crea una cláusula de exclusión³³. La estructura puede formalizarse de la siguiente manera:

P: Acción delictiva

Q: Persona protegida

R: Delito específico $(P \wedge Q) \rightarrow R \neg Q \rightarrow \neg R$ Esta formalización revela una relación de implicación material entre la conjunción de la acción delictiva y la condición de persona protegida, y la configuración del delito específico.

La implicación $(P \wedge Q) \rightarrow R$ no es bidireccional. Esto significa que mientras la presencia de P y Q implica necesariamente R, la presencia de R no implica necesariamente la conjunción de P y Q.

La estructura lógica implica un razonamiento por *Modus Tollens*: Si $(P \wedge Q) \rightarrow R$, entonces $\neg R \rightarrow \neg(P \wedge Q)$. **Esto significa que la ausencia del delito específico implica lógicamente la ausencia de la conjunción de la acción delictiva y la condición de persona protegida³⁴.**

La estructura implica una cuantificación existencial oculta: $\exists x (Px \wedge Qx) \rightarrow Rx$ Donde x representa cualquier individuo en el dominio del discurso. Esta cuantificación refuerza la especificidad del tipo penal. La negación $\neg Q \rightarrow \neg R$ crea una dicotomía semántica entre "persona protegida" y "no persona protegida" que **no refleja adecuadamente la complejidad de las situaciones en un conflicto armado, donde los estatus pueden ser fluidos o ambiguos.**

Además de la implicación lógica, existe una implicación pragmática: la estructura binaria influye directamente en la interpretación judicial y en la categorización de las víctimas.

En términos de la semántica de los mundos posibles, la estructura crea dos conjuntos de mundos: aquellos donde existen "personas protegidas" y aquellos donde no. La implicación legal solo se aplica en el primer conjunto de mundos, creando una discontinuidad semántica. La estructura binaria (protegido/no protegido) no permite la gradualidad semántica necesaria para reflejar la complejidad de las situaciones en un conflicto armado, sino que puede generar ambigüedad en casos límite, donde no está claro si un individuo califica como tal, con consecuencias legales significativas.

³³ Véase, Bobbio, N. (1965). Derecho y lógica. México: UNAM; Bulygin, E. (1995). Lógica deóntica. En C. E. Alchourrón, J. M. Méndez & R. Orayen (Eds.), Lógica (pp. 129-142). Madrid: Trotta; Ferrajoli, L. (1995). Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta; García Máynez, E. (1964). Lógica del raciocinio jurídico. México: Fondo de Cultura Económica; Kalinowski, G. (1973). Introducción a la lógica jurídica. Buenos Aires: Eudeba.

³⁴ Análisis de la autora.

En otras palabras, la estructura vincula estrechamente la acción (P) con el estatus del sujeto pasivo (Q), lo que lleva a una interpretación donde la naturaleza de la acción depende del estatus del sujeto, lo cual puede ser problemático desde una perspectiva de teoría de la acción al traer consigo el siguiente resultado: si la víctima no fuera una persona protegida, la acción no constituiría el delito específico. Este resultado puede llevar a situaciones paradójicas en la aplicación de la ley, tal y como se demostrara en apartado posterior. La práctica claramente indica que la rigidez de esta construcción lógico-semántica lleva a interpretaciones y aplicaciones de la ley que no se alinean completamente con los principios del Derecho Internacional Humanitario y de los derechos humanos, y contradice normas imperativas del *Ius Cogens*.

En cuanto el principio de legalidad en materia penal, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, que exige que las conductas punibles estén definidas de manera clara, expresa e inequívoca, la inclusión de la calificación especial del sujeto pasivo en el ámbito de aplicación de estos tipos penales ha sido alegado con éxito por la defensa, por ejemplo, en el caso de alias "*el enfermero*". El argumento fue originalmente acogido por la JEP hasta que la Corte Constitucional, en un fallo sin precedentes por un caso no relacionado, emprendió un reproche excepcional que obligo a la Jurisdicción Especial a retroceder en su propio precedente. El caso se analizará más adelante.

En punto de esta discusión, la interpretación restrictiva refuerza la exclusión implícita de sujetos que no cumplen con la calificación especial creando una zona gris legal donde ciertas víctimas de violencia en el contexto del conflicto armado quedan desprotegidas por no encajar en la definición estricta, lo que automáticamente produce una tensión con principios constitucionales como la igualdad ante la ley (artículo 13 de la Constitución) y el deber del Estado de proteger a todas las personas residentes en Colombia (artículo 2), creando así una paradoja donde una norma diseñada para proteger puede, en su aplicación, generar desprotección.

Es revelador, por ejemplo, contrastar estos tipos penales con otros que no incluyen una calificación especial del sujeto pasivo. Por ejemplo, el artículo 205 del Código Penal (acceso carnal violento) no incluye una calificación especial del sujeto pasivo, lo que implica que cualquier persona puede ser víctima de este delito.

Artículo 205 CP: [Sujeto activo indeterminado] + [Verbo rector] + [Complemento directo].
--

La ausencia del elemento [Calificación especial del sujeto pasivo] amplía significativamente su ámbito de aplicación, por cuanto denota una protección general contra la violencia sexual y una igualdad en la protección de todas las personas, en

cuanto permite una aplicación directa sin necesidad de contextualización adicional y facilita la persecución penal en una variedad más amplia de contextos, porque **la punibilidad de la acción depende únicamente de la naturaleza del acto.**

La interpretación de la expresión necesariamente excluye de su ámbito de aplicación a aquellos sujetos que no cumplen con la calificación especial de "*persona protegida*". Esto implica que, lingüísticamente, no se configuraría el crimen de guerra específico si la víctima de violencia sexual no encaja en la definición, generando una laguna normativa que contraviene el principio de igualdad ante la ley y las obligaciones internacionales de Colombia en materia de protección contra la violencia sexual como crimen de guerra.

D. DE LA ESTRUCTURA DE ESTA ACCIÓN

La metodología de este alegato se estructura alrededor de los criterios requeridos en el test de omisión legislativa relativa, tal y como establecido por la Corte Constitucional en sucesivas sentencias³⁵, con desarrollo de criterios adicionales por alegarse aquí, entre otros, una violación al derecho a la igualdad y una discriminación injustificada.

Los criterios son los siguientes:

- (a) *“La existencia de una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo y que (i) excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos equivalentes o asimilables o (ii) que no incluya determinado elemento o ingrediente normativo.*
- (b) *Que exista un deber específico impuesto directamente por el constituyente al legislador que resulta omitido, por los casos excluidos o por la no inclusión del ingrediente o elemento normativo del que carece la norma.*
- (c) *Que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente.*
- (d) *Que en los casos de exclusión, la falta de justificación y objetividad genere una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma”³⁶.*

³⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-427 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Corte Constitucional, Sentencia C-005 de 2017. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

³⁶ Manuel Quinche Ramírez. *Los Tests Constitucionales*. Bogotá: Ed. Temis, 2023, estructurados a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Corte Constitucional, Sentencia C-356 de 2019. M.P. Diana Fajardo Rivera; Corte Constitucional, Sentencia C-075 de 2021. M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najár.

Esta acción organiza el ataque que expone la incompatibilidad de la ley con los valores públicos de la Constitución y que rompen con toda presunción de constitucionalidad³⁷ sobre dos cargos principales, así:

CARGO I: COMO UNA VIOLACIÓN DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

A partir de un detallado análisis de los contenidos y alcances de la expresión "*persona protegida*" tal y como utilizada para la calificación especial de los sujetos pasivos de las conductas reprochadas (violencia sexual en el marco y con ocasión del conflicto) en el Título II del Código Penal, se argumenta que la calificación especial del sujeto pasivo es inconstitucional por violación del bloque de constitucionalidad (Art. 93 CP) en cuanto **adiciona un requisito que no ha sido previsto por el derecho internacional en detrimento de sus provisiones** y que no refleja una correcta interpretación del alcance y los contenidos del artículo 8 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, ni del Principio de Distinción en el Derecho Internacional Humanitario, con consecuencias jurídicas que, entre otras, derivan en la **imposición de una excepción violatoria de la prohibición absoluta de la esclavitud y la servidumbre sexual en todas sus formas y contra todas las personas**³⁸, que son normas imperativas del derecho internacional³⁹ (*Ius Cogens*).

La inclusión de la expresión citada en las disposiciones del Código Penal reduce sin justificación el umbral internacionalmente establecido de la protección, y pareciera responder a una confusión sobre los alcances y propósitos del Principio de Distinción, cuyo objetivo es delimitar los objetivos militares legítimos para actos de guerra lícitos⁴⁰.

³⁷ "El principio de supremacía o prevalencia de la carta, contenido en el artículo 4 superior, se hace extensivo al tenor literal de la ley como al significado abstracto y real fijado por la autoridad judicial responsable -derecho viviente-, ya que en un Estado de derecho no pueden subsistir aplicaciones normativas irrazonables que desborden el marco jurídico que fija la constitución" Corte Constitucional, Sentencia C-426 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil, consideración 3.10.

³⁸ Emmanuel Decaux, *Les formes contemporaines de l'esclavage*. Leiden: Hague Academy of International Law & Martinus Nijhoff, 2009. Thibaut Fleury Graff, "L'interdiction de l'esclavage, norme de *jus cogens* en droit international et droit inconditionnel en droit européen", *Les Cahiers de la Justice*, Vol. 2020/2 (N° 2), pg. 197-206, URL: <https://www.cairn.info/revue-les-cahiers-de-la-justice-2020-2-page-197.htm>

³⁹ Art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (supra nota 18). Naciones Unidas, Comisión de Derecho Internacional, Informe de la Comisión de Derecho Internacional 71er periodo de sesiones (supra nota 17), Pg. 158: "*Conclusión 15. Obligaciones creadas por actos unilaterales de Estados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (ius cogens) 1. Un acto unilateral de un Estado por el que manifieste la intención de quedar vinculado por una obligación de derecho internacional que estuviera en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (ius cogens) no creará tal obligación*".

⁴⁰ Gabriel Sweney, "Saving lives: the principle of distinction and the realities of modern war." *International Lawyer*, vol. 39 no. 3 (2005), pg. 733-758; Jean-François Quéguiner, "The Principle of distinction: beyond an obligation of customary international humanitarian law." In: Howard M. Hensel, ed. *The Legitimate Use*

El requisito deriva en **una contradicción con los términos del artículo 8 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional**, que es la norma de la que recoge sus contenidos el Título II, y que no requiere de la calificación especial de los sujetos pasivos de la violencia sexual para los crímenes de guerra como puede comprobarse mediante un examen sistemático de su texto, tal y como se cita a continuación:

"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:

(...)

vi) **Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra**⁴¹ (Negrilla fuera del original).

En la JEP, este doble estándar **produce efectos paradójicos y genera, a primera vista, un conflicto normativo (Normkonflikt)**⁴²: en tanto el Estatuto de Roma y el Código Penal colombiano son ambas fuentes jurídicas de aplicación directa para la Jurisdicción Especial de Paz (JEP), sin que el legislador haya determinado una clara jerarquía o un orden de preferencia⁴³.

of Military Force. Aldershot: Ashgate, 2008, pg. 161-187; Anicée van Engeland, *Civilian or Combatant? A Challenge for the 21st Century*. New York: Oxford University Press, 2011, pp. 27-59; Jonathan Crowe & Kylie Weston-Scheuber. *Principles of international humanitarian law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2013, pg. 53-56; Yves Sandoz, "Land Warfare", in: Andrew Clapham & Paola Gaeta, eds. *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford University Press, 2014, pg. 173s; Emily Crawford & Alison Pert, *International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, 2015, pg. 41-43.

⁴¹ ICC, ed. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. ("Estatuto de Roma que se distribuyó como documento A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998, enmendado por los procès verbaux de 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002. El Estatuto entró en vigor el 1o de julio de 2002."), URL: [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)

⁴² Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2a ed. Vienna: Verlag Österreich 1960, pg. 209-212; Erich Vranes, "The Definition of 'norm conflict' in international law and legal theory." *European Journal of International Law*, vol. 17, no. 2 (2006), pg. 395-418.

⁴³ Congreso de la República, Acto Legislativo 01 de 2017 (abril 04) por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones. Artículo transitorio 5: "La JEP al adoptar sus

El hecho de que el Código Penal requiera la calificación especial del sujeto pasivo y el Estatuto de Roma no lo requiera, supondría consecuencias jurídicas diferentes, dependiendo de la fuente elegida. Sin embargo, la aplicación obligatoria del *principio de la favorabilidad* en materia penal que opera en favor del acusado induciría a darle preferencia al tipo que excluiría automáticamente a grupos enteros de víctimas. Esta contradicción normativa pone en entredicho no solo la seguridad jurídica y la previsibilidad de la justicia, sino que afecta gravemente los derechos fundamentales de las víctimas.

La calificación especial del sujeto pasivo de las conductas señaladas en el Código Penal ha derivado en el masivo descarte administrativo de las víctimas y en que algunos operadores se niegan a calificar estos crímenes como crímenes de guerra, como sucedió especialmente en sede de Justicia y Paz y más recientemente ante la JEP, y en serios tropiezos para la admisión de los casos, imposibilitando el acceso de las víctimas a la justicia, a la verdad y a la reparación.

En virtud de lo anterior, el primer apartado de esta acción reprocha la expresión como una violación del bloque de constitucionalidad (Art. 93) relativa a normas imperativas del derecho internacional (*Ius Cogens*).

CARGO 2: DE LA AFECTACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Esta acción denuncia la calificación especial del sujeto pasivo en las expresiones demandadas establecida en el Título II Capítulo Único del Código Penal por inconstitucional porque vulnera el derecho a la igualdad (Art. 13 CP), desconoce la prohibición de la esclavitud y la servidumbre sexual (Art. 17 CP), y la prevalencia de los derechos de los niños (Art. 44), produciendo una discriminación injustificada y desproporcionada contra una población especialmente vulnerable, desconociendo el principio de la protección reforzada de personas en circunstancias de debilidad manifiesta y el enfoque diferencial. El reproche se articula a través de la aplicación del test integrado de igualdad.

*resoluciones o sentencias hará una calificación jurídica propia del Sistema respecto a las conductas objeto del mismo, calificación que se basará en el Código Penal colombiano y/o en las normas de Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos (DIDH), Derecho Internacional Humanitario (DIH) o Derecho Penal Internacional (DPI), **siempre con aplicación obligatoria del principio de favorabilidad**".*
(Negrilla fuera del original)

Las normas acusadas infringen la prohibición constitucional de la protección deficiente de derechos fundamentales (*Untermassverbot*)⁴⁴. Esta variante del principio de proporcionalidad, que también se aplica en el control de constitucionalidad en materia penal, parte de la presunción de que el legislador debe garantizar los derechos fundamentales como principios de la mejor manera posible, habida cuenta de las posibilidades jurídicas y fácticas⁴⁵. La discriminación vulnera la cláusula de igualdad al producir un déficit total de protección que afecta a un sector de la ciudadanía en situación de especial vulnerabilidad.

IV. ADMISIBILIDAD

La Ley 599 de 2000 por la cual se expide el Código Penal se adoptó como una Ley ordinaria y no como una Ley Estatutaria, lo cual, según decisión unánime de la Corte Constitucional⁴⁶, no vulneró la Constitución Política. Por esta razón, la Corte nunca ha tenido la oportunidad de examinar la constitucionalidad de la Ley 599 de 2000 en su integridad.

Las acciones públicas de inconstitucionalidad presentadas hasta ahora contra de la Ley 599 de 2000 se han dirigido contra artículos y apartes concretos, pero no contra las normas sujetas al examen de esta acción. La Corte Constitucional no ha emitido ninguna sentencia de constitucionalidad sobre las normas aquí demandadas.

El principio de la causa juzgada constitucional, que "*se configura cuando se presentan identidades procesales como objeto, causa petendi e identidad de partes*"⁴⁷ no aplica y la acción es admisible.

En el proceso admisorio de acciones públicas de inconstitucionalidad, la jurisprudencia de la Corte ha desarrollado una serie de criterios, a partir de la sentencia C-1052 de 2001, donde se exigió que "*las razones por las cuales dichos textos se estiman violados*" deben ser "*claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes*"⁴⁸. La Corte ha elaborado las siguientes definiciones sobre cada uno de estos criterios, a ver⁴⁹: "*Los cargos son*

⁴⁴ Lothar Michael & Martin Morlok, *Grundrechte*, 4a ed. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2014, § 23, nm. 627-633; Matthias Klatt, "Rechtsstaat", In: *Handbuch Rechtsphilosophie*, Eric Holgendorf & Jan C. Joerden, eds. Stuttgart: Metzler Verlag, 2021, pp. 436-439. DOI:10.1007/978-3-476-05639-9_58.

⁴⁵ Carlos Bernal Pulido, *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, pg. 139 s.

⁴⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-646 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴⁷ Corte Constitucional, Sentencia SU-027 de 2021, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

⁴⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-1052 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴⁹ Manuel E. Quinche Ramírez, *Los test constitucionales*, 2a ed. Bogotá: Editorial Temis, 2023, pg. 25-26.

claros si permiten comprender el concepto de violación que se pretende alegar. (...) no solo es forzoso que la argumentación tenga un hilo conductor, sino que quien la lea distinga con facilidad las ideas expuestas (...). Hay certeza en los cargos, cuando estos se formulan sobre una proposición jurídica presente en el ordenamiento jurídico, y ataquen la norma acusada y no otra no mencionada en la demanda: así entonces, los cargos no pueden inferir consecuencias subjetivas de las disposiciones demandadas, ni extraer de estas efectos que ellas no contemplan objetivamente. (...) La especificidad como criterio de los cargos y razonamientos de la demanda indica que estos deben mostrar sencillamente una acusación de inconstitucionalidad contra la disposición atacada. En consecuencia, los cargos deben relacionarse directamente con la norma demandada, y no pueden sostenerse en exposiciones "vagas, indeterminadas, indirectas, abstractas y globales" que no permitan realizar un juicio constitucional. (...) Los cargos deben ser pertinentes. Además de que no pueden ser vagos, abstractos e indeterminados, es necesario que las acusaciones efectivamente tengan naturaleza constitucional. Los cargos deben contraponer normas de inferior categoría a las normas constitucionales. (...) Por último, los cargos deben ser suficientes, persuasivos, es decir que "despierten una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma impugnada, de tal forma que inicia realmente un proceso dirigido a desvirtuar la presunción de la constitucionalidad que ampara a toda norma legal y hace necesario un pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional"⁵⁰.

A la luz de estos criterios de admisibilidad, puede decirse que los cargos contenidos en esta demanda son:

- **Claros**, porque identifican nítidamente las violaciones alegadas del bloque de constitucionalidad y contra los derechos fundamentales a la igualdad, la prohibición de la esclavitud y la protección especial de la niñez.
- **Ciertos**, porque se dirigen contra unas disposiciones positivas del Código Penal que son claramente identificables.
- **Específicos**, porque formulan una acusación de inconstitucionalidad concreta, directa y determinada, e identifica a un grupo de víctimas que sufre un trato discriminatorio.
- **Pertinentes**, porque la acusación es netamente de naturaleza constitucional, ya que contrasta las normas penales demandadas, de rango inferior, con las garantías y derechos contenidos en la Carta Magna.
- **Suficientes**, porque los cargos pueden sustentar una fuerte sospecha contra la presunción de la constitucionalidad de las normas atacadas, que amerita la intervención de la Corte Constitucional.

⁵⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-243 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

V. SUSTENTACIÓN

En adelante, y en desarrollo de los cargos, se realiza un análisis exhaustivo de los elementos específicos que se impugnan, detallando su contenido y alcance con el fin de establecer conexiones entre la norma cuestionada y los principios fundamentales consagrados en la Constitución, destacando las contradicciones que socavan la coherencia del ordenamiento jurídico.

CARGO 1: COMO UNA VIOLACION DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD RELATIVA AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO (DIH) Y LAS NORMAS IMPERATIVAS DEL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL (IUS COGENS)

Este eje cumple el propósito de argumentar que la exclusión de los casos no está justificada y es contraria al Derecho Internacional Humanitario⁵¹.

CONTENIDOS Y ALCANCES DE LA EXPRESION “EN PERSONA PROTEGIDA”

A este punto, antes que emprender incluso un contraste de su compatibilidad con el DIH, se hace fundamental estudiar con precisión los alcances y contenidos de la expresión “*en persona protegida*”.

⁵¹ Criterio c. según Manuel Quinche Ramírez. *Los Tests Constitucionales*. Bogotá: Ed. Temis 2023. Corte Constitucional. Sentencia C-356 de 2019. M.P. Diana Fajardo Rivera. Corte Constitucional. Sentencia C-075 de 2021. M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najár.

En este sentido, el derecho internacional humanitario no conoce la categoría cerrada de la "persona protegida", esta definición NO EXISTE en el derecho humanitario tal como la intenta establecer el Art. 135 párrafo del Código Penal colombiano, es decir, el concepto es una formulación colombiana que no necesariamente refleja el estado actual ni la evolución del derecho internacional humanitario.

El DIH más bien establece diferentes categorías de personas a las que se les declara fuera de combate (*hors de combat*). Ellas incluyen a los civiles, el personal sanitario, los sacerdotes y el personal religioso, los náufragos, los heridos, los enfermos, el personal de socorro humanitario, las fuerzas de mantenimiento de la paz, los periodistas civiles y los combatientes que se han rendido o han sido capturados. Estos grupos no tienen mucho en común y su protección también varía según la naturaleza del conflicto armado y el derecho aplicable. Como regla común se puede decir que la condición que los aglutina es que no participan activa- (Art. 3 común a los IV Convenios de Ginebra) ni directamente (Art. 51(3) del Protocolo Adicional I) en las hostilidades.

En primer lugar, las protecciones del DIH se extienden a los civiles, la población civil y los bienes civiles. Sin embargo, el DIH no define aquellos de forma positiva, sino negativa. Un civil, según este enfoque, es alguien que no participa activa o directamente en las hostilidades, ni pertenece a una fuerza armada⁵². Un civil no forma parte de una milicia, ni de un movimiento de resistencia, ni de un grupo paramilitar. Los civiles gozan de inmunidad frente a los ataques directos precisamente porque se abstienen de participar directamente en las hostilidades. Como civiles, siguen estando protegidos frente a cualquier ataque directo mientras se abstengan de participar en actividades combativas que, de otro modo, comprometerían su estatuto de protección⁵³.

La razón por la cual los redactores de los Convenios de Ginebra (1949) y de sus Protocolos Adicionales (1977) optaron por una definición negativa fue porque **querían evitar el riesgo de excluir ciertos casos de civiles o grupos de personas que se encuentran entre categorías en las llamadas "zonas grises"**⁵⁴. En los conflictos internacionales, en caso de duda, una persona se presume no combatiente (Art. 50 del

⁵² Esto se refleja igualmente en el derecho internacional humanitario, así como documentado por el Estudio del Comité Internacional de la Cruz Roja: *DIH Consuetudinario*, Norma 5: Definición de personas civiles: "Son personas civiles quienes no son miembros de las fuerzas armadas. La población civil comprende a todas las personas civiles.". Véase URL: <https://ihl-databases.icrc.org/es/customary-ihl/v1/rule5>

⁵³ S. Bosch, "The international humanitarian law notion of direct participation in hostilities - A Review of the ICRC interpretive guide and subsequent debate.", *Potchefstroom Electronic Law Journal* [PELJ online]. 2014, vol. 17, no. 3, pp. 1-51. ISSN: 1727-3781. URL: <http://www.scielo.org.za/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1727-37812014000300006&lng=en&nrm=iso>.

⁵⁴ Anicée van Engeland, *Civilian or Combatant? A Challenge for the 21st Century*. New York: Oxford University Press, 2011, p. 29.

Protocolo Adicional I), aunque esta presunción no parece ser aplicable a los conflictos no internacionales.

Para intentar a llenar esta laguna en el derecho internacional, el Comité Internacional de la Cruz Roja, como guardián de los Convenios de Ginebra, ha publicado una interpretación autentica sobre la participación directa en las hostilidades, que ofrece la siguiente definición: *"Para los efectos del principio de distinción en los conflictos armados no internacionales, todas las personas que no son miembros de las fuerzas armadas estatales o de los grupos armados organizados de una parte en conflicto son civiles y, por tanto, tienen derecho a protección contra los ataques directos, a menos que participen directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación. En los conflictos armados no internacionales, los grupos armados organizados constituyen las fuerzas armadas de una parte no estatal en el conflicto y están formados únicamente por individuos cuya función continua es participar directamente en las hostilidades («función de combate continua»)"*.⁵⁵

Además de la gran subcategoría de "civiles", que incluyen antiguos miembros de fuerzas armadas que se han desmovilizado o desvinculado⁵⁶, las protecciones del DIH se extienden a otros subgrupos de personas que por diferentes razones se encuentran fuera de combate. Allí se aglutinan *"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"* (Artículo 3 común a los IV Convenios de Ginebra).

Igualmente se protege al personal médico y religioso, siempre y cuando se limite a sus funciones humanitarias. Pierden esta protección si cometen actos que son nocivos para el enemigo. Esta protección fue establecida para los conflictos internacionales, pero luego incorporada al Protocolo Adicional II en su Art. 9 (1), aplicable a los conflictos no internacionales. La protección del personal de socorro humanitario es obligatoria en conflictos internacionales, pero no existe una norma comparable para los conflictos armados internos⁵⁷. En el caso del personal de misiones de mantenimiento de la paz, su protección es imperativa tanto en conflictos internacionales como internos. Todos estos grupos no participan ni activa ni directamente en las hostilidades y no pueden ser atacados de forma legítima.

⁵⁵ Nils Melzer, Legal adviser, ICRC, *Interpretive Guidance on the notion of direct participation in hostilities under international humanitarian law*, Geneva: ICRC, Mayo 2009, p. 27.

⁵⁶ International Committee of the Red Cross, *Commentary on the First Geneva Convention, Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in the Armed Forces in the Field*, Cambridge & Geneva: Cambridge University Press & ICRC, 2016, p. 184.

⁵⁷ Comité Internacional de la Cruz Roja, *DIH Consuetudinario, Norma 31. Personal de socorro humanitario*, véase URL: <https://ihl-databases.icrc.org/es/customary-ihl/v1/rule31>

Es importante subrayar que este establecimiento de diferentes subgrupos de “no combatientes” se constituye con el fin explícito de fortalecer la “protección contra los ataques directos”, es decir, ataques con fuerza letal para asesinar o desactivar a un combatiente enemigo. Se trata entonces de una definición hecha a la medida de la conducción de las hostilidades, para orientar a un comandante o a un combatiente sobre cuáles son los objetivos legítimos en el despliegue de la fuerza armada⁵⁸.

Como consecuencia, la distinción entre combatientes y no combatientes no puede aplicarse a cualquier conducta que se puede observar con ocasión de y en conexión con un conflicto armado en curso. Un combatiente enemigo puede ser legítimamente atacado, asesinado o lesionado, capturado y privado de la libertad, pero no existe ninguna autorización para torturarlo, ejecutarlo extrajudicialmente, o atacarlo sexualmente. La razón de ser de la categoría de distinción en el DIH es principalmente aquella de determinar la legitimidad de un ataque militar. Solo de forma subsidiaria, y de manera incidental, sirve como indicador para la comisión de un crimen de guerra, concretamente aquel de atacar un representante de un grupo inmune a estos ataques.

El DIH actual aplicable a conflictos tanto internacionales como no internacionales define los crímenes de guerra como “violaciones graves del Derecho internacional humanitario”⁵⁹. La “persona protegida” no forma parte de esta definición.

De hecho, como también se puede ver en las respectivas listas de crímenes en el artículo 8 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, los elementos de cada crimen de guerra son diferentes y pueden o no incluir requisitos específicos sobre las personas o grupos victimizados por ellos. Por ejemplo, el crimen de guerra de “hacer padecer hambre a la población civil como método de hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar los suministros de socorro” (Art. 8, párr. (2), apdo. b), inciso (xxv) Estatuto de la CPI) obviamente define a los civiles como su sujeto pasivo.

Otros crímenes de guerra no requieren de la definición del sujeto pasivo, v.gr. “Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7°, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3° común a los cuatro Convenios de Ginebra” (Art. 8, párr. (2), apdo. e), inciso (vi) Estatuto de la CPI).

⁵⁸ William H. Boothby, *The Law of Targeting*, New York: Oxford University Press, 2012, pp. 30-42.

⁵⁹ Comité Internacional de la Cruz Roja, *DIH Consuetudinario, Norma 156. Definición de crímenes de guerra*, véase URL: <https://ihl-databases.icrc.org/es/customary-ihl/v1/rule156>

En estos términos, **el DIH no contiene una enumeración taxativa de “personas protegidas”**, y en la medida en que se establecen protecciones sectoriales para grupos específicos, **tampoco se pretende que constituyan un umbral general para la comisión de todos los crímenes de guerra.**

Sin embargo, el legislador colombiano introdujo la definición de las “*personas protegidas*” en el artículo 135, párrafo del Código Penal con la intención de crear un elemento imprescindible para todos los tipos penales del título II, cuyo nombre es precisamente “DELITOS CONTRA PERSONAS Y BIENES PROTEGIDOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO”. De esta manera, el legislador reúne bajo una categoría a diferentes grupos e individuos y convierte la expresión “*persona protegida*” - sin ninguna referencia al DIH vigente- en un requisito para la tipicidad de cualquier conducta criminal en el marco y con ocasión del conflicto armado.

Aún si la intención era la de transferir el acervo internacional sobre los crímenes de guerra al orden jurídico nacional, el legislador fracasa en este intento porque introduce un requisito adicional a los tipos de violencia sexual que no es requerido por el DIH.

No importa si la omisión es deliberada o no, en efecto, ella constituye nada menos que una redefinición local de varios crímenes internacionales establecidos en el derecho penal internacional. Según el título II, bajo una lectura estricta de los tipos, si el sujeto pasivo de la conducta criminal no se encuentra en uno de los subgrupos allí especificados, no hay crimen de guerra. Este resultado choca abiertamente con el derecho internacional y las obligaciones internacionales del Estado colombiano.

Ahora, ¿Cuáles son los grupos de personas que para el legislador colombiano califican como “*personas protegidas*”, es decir, dignas de protección por el DIH?. El artículo 135 párrafo reza así:

“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."*

Si bien la intención del legislador es comprensiva, el resultado deriva en un considerable solapamiento de conceptos que requiere de una interpretación sistemática y teleológica para su correcta aplicación. La definición del ART 135 PAR mezcla categorías provenientes tanto del DIH aplicable a conflictos armados internacionales (CAI) como a conflictos armados no internacionales (CANI), lo cual, si bien refleja la complejidad del conflicto colombiano, puede generar confusiones en su aplicación práctica.

Por ejemplo, en el caso del Numeral 1 se refiere a los civiles, a los cuales el derecho internacional humanitario define precisamente como aquellos que "*no participen activamente*" en las hostilidades. Sin embargo, su definición por exclusión (todos aquellos que no son combatientes) puede resultar problemática en el contexto de un CANI, donde la distinción entre civiles y combatientes es a menudo difusa.

El Numeral 2 se refiere a "*Las personas que no participan en hostilidades y los civiles en poder de la parte adversa*". Esta formulación presenta dos problemas principales: a) La omisión de los adverbios "*activamente*" o "*directamente*" en relación con la participación en las hostilidades, lo que podría interpretarse como una ampliación de la protección, pero genera incertidumbre jurídica respecto a la participación indirecta, y b) La inclusión de los "*civiles en poder de la parte adversa*" que es una categoría propia de los CAI, específicamente del régimen de ocupación (Artículo 4 del IV Convenio de Ginebra). Su aplicación en el contexto colombiano, predominantemente un CANI, requiere de una interpretación analógica cuidadosa. Es decir, no queda claro el objetivo de esta omisión, ¿cómo se identifica una participación indirecta? Además, la inclusión de los "*civiles en poder de la parte adversa*" es redundante, porque ya estarían incluidos en el grupo general de "población civil".

En cuanto a los grupos mencionados en los Numerales 3 a 6, está claro que si bien estos grupos (heridos, enfermos, náufragos, personal sanitario y religioso, periodistas y combatientes que han depuesto las armas) presentan menor complejidad interpretativa, su inclusión específica refleja una técnica legislativa de enumeración exhaustiva. Esta aproximación redundante plantea un desafío hermenéutico: ¿debe interpretarse esta enumeración como taxativa o meramente enunciativa? Una interpretación sistemática y

teleológica, acorde con el principio *pro persona*, sugeriría una lectura enunciativa y extensiva.

Sobre el Numeral 7, la inclusión de apátridas y refugiados como categoría específica de personas protegidas es particularmente relevante en el contexto colombiano, dada su condición de país receptor de personas desplazadas por conflictos en países vecinos. Esta disposición refleja una armonización con el artículo 73 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra, extendiendo su aplicación a conflictos armados no internacionales. La extensión representa una ampliación del ámbito de protección más allá de lo estrictamente requerido por el DIH para conflictos no internacionales, lo cual es congruente con el principio de favorabilidad en materia de derechos humanos consagrado en el artículo 93 de la Constitución Política.

Respecto de la cláusula residual del Numeral 8, esta cumple una doble función jurídica: a) Una función integradora, en cuanto permite la incorporación dinámica de nuevas categorías de personas protegidas que puedan surgir de la evolución del DIH o de la ratificación de nuevos instrumentos internacionales por parte de Colombia, y b) Una función de actualización normativa.

También es notable que la definición del ART. 135, PAR, no distingue entre conflictos internacionales e internos, lo que significa que para efectos de su aplicación, el carácter del conflicto en cuestión es irrelevante.

En conclusión, el análisis detallado de la definición de las "*personas protegidas*" establecida en el parágrafo del artículo 135 del Código Penal colombiano revela su impertinencia e inadecuación cuando se aplica a los crímenes de violencia sexual en el contexto del conflicto armado. Esta definición, aunque pretende ser comprehensiva, no refleja fielmente los estándares del Derecho Internacional Humanitario (DIH) y genera obstáculos significativos en la protección de grupos vulnerables, particularmente mujeres y niñas reclutadas forzosamente.

La aplicación generalizada de esta definición a todos los crímenes de guerra del Título II del Código Penal, especialmente a los delitos de violencia sexual, resulta en una protección deficiente y discriminatoria. Esta interpretación restrictiva excluye injustificadamente a combatientes que son víctimas de violencia sexual por miembros de su propio grupo armado, contraviniendo principios fundamentales de derechos humanos y desarrollos recientes del DIH. Además, esta definición no se ajusta a la evolución del derecho internacional y la jurisprudencia de tribunales internacionales, que han reconocido que los crímenes de violencia sexual en conflictos armados no deben estar condicionados al estatus de "*persona protegida*" de la víctima.

Por lo tanto, la aplicación de la definición del artículo 135 a los crímenes de violencia sexual como crímenes de guerra crea una situación de inconstitucionalidad manifiesta. Esta interpretación restrictiva no solo viola el principio de igualdad y no discriminación consagrado en la Constitución colombiana, sino que también contraviene las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos y DIH. En consecuencia, se hace imperativo que la Corte Constitucional revise la aplicación de esta definición en el contexto de los crímenes de violencia sexual, con el fin de garantizar una protección amplia y no discriminatoria a todas las víctimas de estos crímenes en el marco del conflicto armado, independientemente de su estatus como "persona protegida" según la definición restrictiva del artículo 135. Solo así se podrá asegurar el cumplimiento efectivo de los principios constitucionales y las obligaciones internacionales de Colombia en la protección de los derechos humanos en situaciones de conflicto armado.

LA CUESTION A LA LUZ DEL DIH INCORPORADO EN EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

Este análisis nos conduce ahora a determinar si esa definición del sujeto pasivo, desarrollada en el ART 135 PAR es o no compatible con el DIH. En este sentido, el bloque de constitucionalidad, definido por esta Corte *"como la 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"*⁶⁰ está integrado por *"normas que tienen un cierto carácter de supralegalidad, que tienen relevancia constitucional y cuya infracción puede fundamentar un juicio de constitucionalidad"*⁶¹.

*"El concepto del bloque de constitucionalidad le concede valor constitucional a aquellas normas de carácter internacional que cumplen los requisitos para ser prevalentes al orden interno, y por lo demás, obligaran al intérprete de la Constitución para evaluar la compatibilidad de las normas restantes con la Primera Norma del Ordenamiento, sea en juicio abstracto, tal como lo menciona expresamente la Corte Constitucional, o en concreto, mediante la excepción de inconstitucionalidad"*⁶².

⁶⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-067 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁶¹ Luis Ociel Castaño Zuluaga, *Justicia e Interpretación constitucional*, Bogotá: Editorial Leyer 2010, pg. 178.

⁶² Edgar Hernán Fuentes Contreras, *La materialidad de la Constitución. La doctrina del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*, Bogotá: Editorial Ibáñez, 2010, p. 143.

Esta misma Corte estableció que *"el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias"*⁶³.

Eso quiere decir que *"todas las disposiciones que forman parte del bloque, sea que su centro de producción sea nacional o internacional, son auténticas fuentes del derecho, tiene valor normativo superior y poseen el mismo poder vinculante para los jueces y los particulares. La Sala subraya que los elementos que lo componen se convierten, de esta manera, en la jerarquía normativa más alta en el sistema de fuentes y condicionan la producción del legislador, puesto que las normas derivables de dichos estándares gravitan sobre todo el sistema jurídico"*⁶⁴.

A partir de su Sentencia C-191 de 1998, la Corte Constitucional ha sostenido que el bloque de constitucionalidad en el sentido estricto contiene una amplia gama de normas que tienen rango constitucional, entre ellas, los tratados internacionales sobre derechos humanos intangibles, las normas convencionales y consuetudinarias del derecho internacional humanitario, los derechos humanos innominados, los derechos de los niños, los tratados sobre límites geográficos y algunos principios del derecho penal internacional⁶⁵ que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes⁶⁶.

La Constitución Política, en su artículo 214, al regular los estados de excepción, establece en su numeral 2: *"No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario"*, bajo el entendido de que en la arquitectura de la misma Carta **las normas y principios del DIH constituyen un piso mínimo de protección inderogable, incluso en una situación de excepción**, otorgando carácter vinculante al Derecho Internacional Humanitario y a las Normas Imperativas del Derecho Internacional General **con prevalencia en el orden interno**, derivado de la protección a la dignidad humana en el derecho internacional, a través de las normas *ius cogens*, ya que tanto los tratados de derechos humanos en sentido estricto, como los convenios de Derecho Internacional Humanitario son normas de esta naturaleza. *"(...) su fuerza vinculante proviene de la universal aceptación y reconocimiento que la comunidad internacional de*

⁶³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-191 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁶⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-469 de 2016 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁶⁵ Carlos Ernesto Molina Monsalve, *El Bloque de Constitucionalidad. Análisis sistemático y crítico*. Bogotá: Editorial Legis, 2022, p. 29.

⁶⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-358 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

*Estados en su conjunto le ha dado al adherir a esa axiología y al considerar que no admite norma o práctica en contrario*⁶⁷.

El bloque de constitucionalidad, por lo tanto, obliga a los operadores jurídicos no sólo a guiarse por el Derecho Internacional Humanitario y las Normas Imperativas del Derecho Internacional General en su interpretación de los derechos fundamentales garantizados por la Constitución, sino también a aplicarlos directamente en situaciones concretas.

En este caso, **el Derecho Internacional Humanitario constituye un acervo legal específico incorporado en el bloque de constitucionalidad**. Como el Título II del Código Penal recurre directamente al Derecho Internacional Humanitario, la Corte Constitucional, en su evaluación de la constitucionalidad de las normas acusadas, deberá emprender un examen actual del DIH, lo que incluye también el derecho internacional consuetudinario.

En virtud de lo anterior, ha de examinarse la cuestión sobre la definición y los alcances de la expresión "*persona protegida*" y del Principio de Distinción según los Convenios de Ginebra (1949) y sus dos protocolos adicionales (1977), pero igualmente, a la luz de los últimos tratados internacionales de contenido humanitario y la jurisprudencia internacional sobre la materia.

El ámbito de protección del derecho internacional humanitario ha crecido en cuanto se ha aceptado la necesidad de humanizar la guerra y de ampliar la protección de las personas afectadas⁶⁸. Como lo ha expresado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: "*Cada vez más se considera que el derecho internacional prohíbe la concesión de amnistía respecto de "crímenes internacionales", que incluyen crímenes contra la humanidad, **crímenes de guerra** y genocidio. Esta comprensión se deriva de las normas consuetudinarias del derecho internacional humanitario, los tratados de derechos humanos, así como de las decisiones de los tribunales internacionales y regionales y de la práctica de los Estados*"⁶⁹.

Respecto de los objetivos militares legítimos, se contaba con una regla clara de distinción según la cual está prohibido atacar personas y objetos civiles, mientras que era considerado legítimo asaltar objetivos militares. "*Salvar a los civiles y los bienes civiles requiere la capacidad de reconocerlos y distinguirlos de los objetivos militares. Por lo tanto, el principio de distinción está en el centro mismo del DIH, no como un objetivo final*

⁶⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-225 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁶⁸ Emily Crawford & Alison Pert, *International Humanitarian Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 29.

⁶⁹ European Court of Human Rights, *Marguš v. Croatia*, ECHR Case no. 4455/10, Decision of 13 November 2012, para. 74. Negrilla fuera del original.

*sino como un medio vital para proteger a los civiles. En lo que respecta a los soldados, esto significa que deben reconocer la distinción entre combatientes y civiles y garantizar a los civiles la protección que exige el DIH*⁷⁰.

Sin embargo, vale recordar que, si bien este es el caso de los conflictos armados internacionales, otro es el escenario en el caso de los conflictos armados internos o no internacionales. **Las normas del DIH referentes a los conflictos armados de carácter no internacional, como sería el caso de Colombia, no mencionan la palabra "combatiente" ni una sola vez**⁷¹. Las convenciones aplicables a los conflictos no internacionales tampoco contienen una definición de lo que se define como un "civil". **El DIH no nos dice, en el caso de los conflictos armados no internacionales, quienes o qué son las personas y objetos protegidos**⁷², en lo que constituye una clara ausencia de características identificables, significantes y visibles asociadas a lo que se define como un *civil*⁷³. **Esta omisión es intencional y deliberada, y cumple con el objetivo de ampliar la cobertura, haciendo que la categoría de *civil* sea más, no menos, amplia**⁷⁴.

En el caso de los conflictos no internacionales, el DIH no diferencia entre "combatientes" y "no combatientes", sino que se refiere a **la participación activa o directa** (Protocolo II adicional, Art. 13.3) en las hostilidades, un concepto clave en los conflictos armados internos, en donde los civiles pierden su protección contra los ataques y la protección contra los efectos incidentales de tales ataques otorgada a la población civil en su conjunto, cuando participan directamente en los combates⁷⁵.

Para desarrollar el contenido y alcance de este concepto⁷⁶, el Comité Internacional de la Cruz Roja publicó la *Guía interpretativa sobre la participación directa en las hostilidades*

⁷⁰ Yves Sandoz, "Land Warfare", in: Andrew Clapham & Paola Gaeta, eds., *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, New York: Oxford University Press, 2014, p. 94.

⁷¹ Emily Crawford, *The Treatment of Combatants and Insurgents under the Law of Armed Conflict*, New York: Oxford University Press, 2010, p. 68 ss.

⁷² Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 142.

⁷³ Claire Garbett, *The Concept of the Civilian: Legal Recognition, Adjudication and the Trials of International Criminal Justice*, Abingdon: Routledge 2015, p. 100.

⁷⁴ Rebecca Sutton, *The Humanitarian Civilian: How the Idea of Distinction Circulates Within and Beyond International Humanitarian Law*, Oxford: Oxford University Press, 2021, p. 5.

⁷⁵ CICR, Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 1977, Artículo 13 (3).

⁷⁶ Emily Crawford, *Identifying the Enemy: Civilian Participation in Armed Conflict*, New York: Oxford University Press, 2015, pp. 48-92.

(2009)⁷⁷, que estableció tres criterios para que una conducta constituya una *participación directa* en las hostilidades. El test se desarrolla en los siguientes términos:

“Para calificar como participación directa en las hostilidades, un acto específico debe cumplir con los siguientes criterios acumulativos:

- 1. El acto debe tener probabilidades de afectar negativamente las operaciones militares o la capacidad militar de una parte en un conflicto armado o, alternativamente, causar la muerte, lesiones o destrucción de personas u objetos protegidos contra ataques directos (umbral de daño), y*
- 2. Debe haber un nexo causal directo entre el acto y el daño que probablemente resulte de ese acto o de una operación militar coordinada de la cual ese acto constituye una parte integral (causalidad directa), y*
- 3. El acto debe estar diseñado específicamente para causar directamente el umbral requerido de daño en apoyo de una parte en el conflicto y en detrimento de otra (nexo beligerante)”⁷⁸.*

La calificación especial del sujeto pasivo como “*persona protegida*” en las disposiciones demandadas del Código Penal supone un límite excluyente dispuesto para reducir la esfera de amparo a los civiles como sujetos pasivos de las conductas, en lo que parece una interpretación incorrecta de los alcances y propósitos del Principio de Distinción.

En esta acción de inconstitucionalidad se argumenta que **el ataque sexual a los participantes activos del propio bando no incluidos en el grupo de “*personas protegidas*” viola el DIH actual**. Esta conclusión se sostiene tanto en los instrumentos internacionales, en el derecho consuetudinario que gobierna los conflictos armados internos y en la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales y las cortes internacionales de los derechos humanos.

Aunque ha sido cada vez más difícil llegar a un consenso sobre nuevas convenciones multilaterales⁷⁹, el DIH consuetudinario, tal y como es aplicado e interpretado por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) contiene disposiciones claras que muestran que **las conductas violatorias del DIH no solo están prohibidas cuando ejecutadas contra las “*personas protegidas*”**.

⁷⁷ ICRC, *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*, Nils Melzer, Legal Adviser, ICRC, ed. Geneva: ICRC, 2009, URL: <https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/icrc-002-0990.pdf>.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 46. (traducción de la autora).

⁷⁹ Marco Sassòli, *International Humanitarian Law: Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019, p. 33, mn. 4.01.

En su compilación comprensiva de las reglas del DIH consuetudinario, el CICR especificó que **“la violación y otras formas de violencia sexual están prohibidas” (Regla 93)** por el derecho consuetudinario, tanto en conflictos internacionales como no internacionales⁸⁰. El comentario a esta regla clarifica que **las prohibiciones contra la violencia sexual protegen a cualquier persona, lo que puede ser interpretado en el sentido de que no importan las diferencias de género, pero también de que en esta categoría de infracciones, no existe ninguna diferencia entre las personas protegidas y cualquier otra víctima**⁸¹.

Más recientemente, en su nuevo Comentario a los IV Convenios de Ginebra, el CICR examina la pregunta de *“si las fuerzas armadas de una parte en conflicto se benefician de la aplicación del Artículo 3 común por su propia parte. Los ejemplos incluirían a miembros de las fuerzas armadas que son juzgados por presuntos delitos (...) por su propia parte y miembros de las fuerzas armadas que son víctimas de abusos sexuales o de otro tipo perpetrados por su propia parte”*⁸². El Comité Internacional, que expresa explícitamente que el Comentario *“refleja la interpretación actual del CICR del derecho humanitario”*⁸³, es muy claro en su respuesta: **“El hecho de que el juicio se lleve a cabo o el abuso sea cometido por su propia parte no debería ser motivo para negar a esas personas la protección del Artículo 3 común. Esto se ve respaldado por el carácter fundamental del Artículo 3 común, que ha sido reconocido como un ‘criterio mínimo’ en todos los conflictos armados y como reflejo de las ‘consideraciones elementales de humanidad’. (...) en la medida en que una situación específica tenga un nexo con un conflicto armado no internacional, como en los ejemplos dados anteriormente, todas las Partes en el conflicto deberían, como mínimo, otorgar un trato humano a sus propias fuerzas armadas basado en el Artículo 3 común”**⁸⁴.

Este desarrollo en la interpretación de los IV Convenios de Ginebra encuentra creciente apoyo en la doctrina y la jurisprudencia internacional. *“Aunque el DIH principalmente regula la relación entre dos partes opuestas (en un conflicto armado) y frente a los civiles, también existen provisiones que aplican a la relación entre una parte en el conflicto y sus propias fuerzas armadas”*⁸⁵. Tanto en conflictos internacionales como en los no

⁸⁰ Jean Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, Carolin Alvermann, Knut Dörmann & Baptiste Rolle, *Customary International Humanitarian Law. Volume 1: Rules*. Cambridge: ICRC & Cambridge University Press., 2005, doi:10.1017/CBO9780511804700, p. 323.

⁸¹ Ibidem, p. 327.

⁸² ICRC, *Commentary on the First Geneva Convention: Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, Cambridge: International Committee of the Red Cross & Cambridge University Press, 2016, p. 191, mn. 547.

⁸³ Ibidem, p. 3, nm. 5.

⁸⁴ Ibidem, pp. 191-192, mn. 547, 549. (Negrilla fuera del original).

⁸⁵ Michael Cottier & Matthias Lippold, “Article 8, Part 2: Jurisdiction, Admissibility and Applicable Law”, mn. 7, in: Kai Ambos, ed. *Rome Statute of the International Criminal Court. Article-by-Article Commentary*, 4th ed. Munich: C.H. Beck Verlag, Hart Publishing & Nomos Verlag, 2022, p. 333.

internacionales, un creciente número de normas del derecho internacional humanitario regulan la relación intrapartes y la protección de los propios combatientes⁸⁶.

De allí que se haya dicho que, **“las protecciones intragrupo no se limitan únicamente a los heridos y los enfermos. El artículo 3 común establece un trato humano para las personas que no participan activamente en las hostilidades y prohíbe determinadas conductas. No contiene ninguna limitación hacia un lado u otro. Por el contrario, prevé un trato humano "en todas las circunstancias". (...) La redacción adoptada no podría ser más concreta. No queda ningún resquicio posible, no puede haber excusa, ni circunstancias atenuantes. (...) Algunas otras disposiciones se aplican más claramente a las relaciones dentro de la parte. Por ejemplo, la prohibición del uso de niños soldados está diseñada para proteger a los niños asociados con una parte en el conflicto de ciertas formas de trato por parte de esa parte. Por lo tanto, la CPI (en el caso contra Katanga⁸⁷) ha señalado que el crimen de guerra asociado puede ser cometido por un autor contra individuos de su propia parte en el conflicto. (...) Está prohibida la violencia sexual, ya sea contra civiles, miembros de las fuerzas armadas o del grupo armado”⁸⁸.**

Estas citas reflejan claramente la interpretación más actual del DIH, que se aleja de una serie de promesas recíprocas entre las partes en conflicto para consolidarse alrededor del deber de cualquier parte hacia las víctimas de dicho conflicto⁸⁹.

Entre las fuentes convencionales del DIH más recientes se encuentra el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998), vigente para Colombia después de la entrada en vigor de este tratado en 2002. Este convenio internacional define las principales infracciones al DIH y establece la obligación de los Estados partes de investigar y castigar penalmente a los autores y responsables de estos crímenes de guerra. *“Las definiciones de los crímenes establecidas en los artículos 6 a 8bis del Estatuto corresponden en un sentido general al estado del derecho internacional consuetudinario”*⁹⁰. Algunas provisiones contenidas en el artículo 8 (crímenes de guerra) del Estatuto de la CPI explícitamente limitan la protección a personas que no (i.e. civiles)

⁸⁶ Eric David, *Principes de droit des conflits armés*, 6a ed. Brussels: Bruylant, 2019, pp. 298-299, mn. 1229.

⁸⁷ International Criminal Court, Pre-Trial Chamber I, *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, No. ICC-01/04-01/07-717, Decision on the confirmation of charges, 30 September 2008, URL: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2008_05172.PDF, para. 248.

⁸⁸ Sandesh Sivakumaran, *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 248-249. Negrilla fuera del original.

⁸⁹ Robert Cryer, Håkan Friman, Darryl Robinson & Elizabeth Wilmshurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 2a ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 288 y nota al pie 133.

⁹⁰ William A. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, 4th ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 92.

o ya no (i.e. heridos, prisioneros de guerra) participan activamente en las hostilidades y que se encuentran en el poder de la parte enemiga⁹¹.

Sin embargo, existen también **algunos crímenes especificados por el artículo 8, párrafo 2 que no contienen esta limitación**. El Artículo 8 (2) diferencia entre aquellos crímenes de guerra ejecutados contra personas o bienes protegidos por los aplicables Convenios de Ginebra (letras (a) y (c)), y los otros crímenes de guerra “*dentro del marco establecido de derecho internacional*” (letras (b) y (e))⁹², **concretamente, los crímenes de violencia sexual (Art. 8 (2) (b) (xxii) y 8 (2) (e) (vi) del Estatuto**⁹³.

La jurisprudencia de la Corte Penal Internacional, aplicando el Estatuto a situaciones concretas, ha reforzado esta conclusión, especialmente en el caso *Fiscal v. Bosco Ntaganda*. En la decisión sobre la admisibilidad de los cargos imputados, la Sala de Primera Instancia VI de la CPI concluyó que **la cuestión de si las víctimas de la violencia sexual intrafilas tomaron parte activa o directa en las hostilidades era irrelevante, porque el Artículo 8 (2) (e) (vi) del Estatuto no impone ningún requisito de estatus a las víctimas, es decir, no requiere que las víctimas sean personas protegidas ni en sentido (limitado) del Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, ni por la referencia al marco establecido del DIH en el art. 8 (2) (e)**⁹⁴.

En consecuencia, la violación, la tortura sexual, el embarazo forzado, la esterilización forzada, la desnudez forzada, el aborto forzado, la trata de personas con fines de explotación sexual, los tratos inhumanos o degradantes, o la esclavitud sexual, entre otros, **de cualquier persona**, incluyendo de un(a) combatiente del propio grupo armado, podría ser imputada en virtud del Artículo 8 (2) (e) (vi) siempre y cuando la conducta cumpliera con el requisito del nexo con el conflicto armado⁹⁵.

Esta determinación fue luego confirmada por la Sala de Apelaciones de la Corte al enfatizar, primero, que **el Estatuto de Roma no establece ningún requisito de estatus**

⁹¹ Michael Cottier & Matthias Lippold, “Article 8, Part 2: Jurisdiction, Admissibility and Applicable Law”, mn. 7, in: Kai Ambos, ed. *Rome Statute of the International Criminal Court. Article-by-Article Commentary*, 4th ed. Munich: C.H. Beck Verlag, Hart Publishing & Nomos Verlag, 2022, p. 333.

⁹² Ibidem, mn. 39, p. 349.

⁹³ Joe Tan, “Sexual Violence Against Children on the Battlefield as a Crime of Using Child Soldiers: Square Pegs in Round Holes and Missed Opportunities in Lubanga.” *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 15 (2012), pp. 117–151.

⁹⁴ International Criminal Court, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, No.: ICC-01/04-02/06-1707, Trial Chamber VI, Second decision on the Defence’s challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9, 4 January 2017, URL: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2017_00011.PDF, paras. 40-51. Véase También, Natalia Springer. *La Violencia Sexual como Crimen de Guerra*. Bogotá: Editorial Temis, 2023.

⁹⁵ International Criminal Court, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, supra nota 127, para. 52.

a las víctimas de los crímenes de guerra de violencia sexual⁹⁶ y, segundo, que el marco más amplio del DIH no contiene ninguna regla general que excluya a los miembros de un grupo armado de la protección contra los crímenes cometidos por otros miembros con la misma afiliación⁹⁷.

Finalmente, hay que tener en cuenta las circunstancias particulares en las que ocurre la victimización por la violación y otras formas graves de violencia sexual en los contextos intrafilas. Las víctimas se encuentran en un ambiente extremadamente coercitivo y violento, en donde el entrenamiento enfatiza en la erradicación de la individualidad de los reclutas. Desde el día de su alistamiento, están expuestos a los constantes atropellos, las humillaciones y la crueldad, todos previstos para quebrantar su espíritu, su autonomía y su capacidad de resistir. La lógica del mando es con frecuencia la lógica del abuso y el privilegio absolutos. **En este sentido, la violencia sexual intrafilas no ocurre por fuera de ese contexto profundamente opresivo.**

Con frecuencia, las circunstancias de las mujeres en los contextos intrafilas se asimila a la de una forma de cautiverio, o en casos extremos, de esclavitud, a manos del propio grupo armado. **Ese ambiente coercitivo no solamente anula el consentimiento de las víctimas, sino que proporciona el escenario que establece las condiciones mismas en las que se produce el estado de indefensión⁹⁸.**

Con mayor razón ha de recordarse que **el DIH no solo busca ampliar el umbral de la protección de los civiles, sino, además, reducir el alcance de los actos lícitos de guerra⁹⁹**, por lo que, para calificar como un objetivo militar legítimo, no solamente se precisa del requisito de la pertenencia al grupo armado organizado, sino también de la participación en actos específicos de violencia armada que cumplan los criterios acumulativos especificados por el CICR.

En esta acción de inconstitucionalidad se argumenta que **la arquitectura del Artículo 8 (2) (e) (vi) no requiere de la calificación especial del sujeto pasivo de la violencia sexual¹⁰⁰**, lo cual es consecuente con la naturaleza de los crímenes bajo examen: en algunos, no todos, los crímenes estudiados es prácticamente imposible que una persona

⁹⁶ International Criminal Court, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, No. ICC-01/04-02/06-1962, Appeals Chamber, Judgment on the appeal of Mr Ntaganda against the "Second decision on the Defence's challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9", 15 June 2017, URL: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2017_03920.PDF, paras 46-51.

⁹⁷ Ibidem, para. 63.

⁹⁸ Natalia Springer. *La Violencia Sexual como Crimen de Guerra*. Bogotá: Editorial Temis, 2023.

⁹⁹ ICRC, *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*, Nils Melzer, Legal Adviser, ICRC, ed. Geneva: ICRC, 2009, p. 6.

¹⁰⁰ William A. Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, New York: Oxford University Press, 2010, p. 205.

tome parte *activa o directa* en las hostilidades al tiempo que es forzada a participar en un acto sexual¹⁰¹.

En este sentido, la protección devendría posible independientemente de si el ataque sexual deriva en un embarazo, de la edad de la víctima al momento de la vinculación o del ataque, del rango que sostenía la víctima en el grupo armado o de su posterior desmovilización, por la naturaleza misma de los crímenes y no por sus consecuencias. Mientras estas personas estén siendo victimizadas, incluso por sus mismos compañeros, e independientemente de su condición de género, de si son diversas, si se identifican como hombres, o de las consecuencias del ataque sexual, son sujetos de las protecciones del DIH¹⁰².

La criminalización de estas conductas como crímenes de guerra no depende del estatus de la víctima sino de la gravedad de los actos y su nexo funcional con el conflicto armado, pues *“es el requisito del nexo y no el estatus, lo que diferencia de manera suficiente y adecuada los crímenes de guerra de los crímenes comunes”* ¹⁰³.

En situaciones de conflictos armados, el Derecho Internacional Humanitario autoriza ciertas formas de ataque violento, siempre y cuando se trate de objetivos legítimos, es decir, de participantes activos o directos en las hostilidades o de bienes que contribuyan efectivamente al desarrollo de las acciones militares. Sin embargo, **el DIH también establece límites claros a la violencia armada suscritos a la necesidad militar y al Principio de Humanidad¹⁰⁴. Es de estos límites de los que se derivan los métodos y medios de combate prohibidos**, como la tortura, el trato inhumano, la esclavitud, el uso de armas envenenadas, etc. **La violencia sexual recae en esta categoría de métodos y medios prohibidos, por lo que no existen consideraciones de necesidad militar que la justifiquen, tratándose de una clara violación del Principio de Humanidad¹⁰⁵. El hecho mismo de que ciertas víctimas sean combatientes no las**

¹⁰¹ International Criminal Court, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, No.: ICC-01/04-02/06-309, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Bosco Ntaganda, 9 June 2014, URL: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2014_04750.PDF.

¹⁰² Natalia Springer. *La Violencia Sexual como Crimen de Guerra*. Bogotá: Editorial Temis, 2023

¹⁰³ International Criminal Court, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, (supra nota 134), para. 52. Y para. 68. (Traducción de la autora).

¹⁰⁴ Frits Kalshoven & Liesbeth Zegveld, *Constraints on the Waging of War: An Introduction to International Humanitarian Law*, 4th ed. Cambridge: ICRC & Cambridge University Press, 2011, p. 2. Véase también Kjetil Larsen, Camilla Guldahl Cooper & Gro Nystuen, eds. *Searching for a 'Principle of Humanity' in International Humanitarian Law*. Cambridge: Cambridge University Press. 2012, doi:10.1017/CBO9781139134972; Michael N. Schmitt, "Military Necessity and Humanity in International Humanitarian Law: Preserving the Delicate Balance", *Virginia Journal of International Law*, Vol. 50, No. 4 (2010), pp. 795-839.

¹⁰⁵ Natalia Springer. *La Violencia Sexual como Crimen de Guerra*. Bogotá: Editorial Temis. 2023.

convierte en blancos legítimos de la violencia sexual, ni de parte del enemigo, ni de sus propios compañeros, porque la violencia sexual nunca puede ser un acto de guerra lícito¹⁰⁶.

La calificación especial de los sujetos pasivos de las conductas de violencia sexual en el Código Penal no solo resulta discriminatoria y perjudicial para las víctimas en los contextos intrafilas. Además, la interpretación jurisprudencial que busca circunvalar la interpretación de la ley e incluir a esas combatientes en la esfera de las personas protegidas sin una clara y bien establecida definición del mecanismo que invoca la protección, solo ha debilitado los alcances del Principio de Distinción, que es uno de los ejes centrales del Derecho internacional Humanitario, afectando directamente a la población civil y a las víctimas intrafilas¹⁰⁷.

El caso es aún más claro en la hipótesis de los crímenes que recaen en la esfera de las normas imperativas del derecho internacional (*ius cogens*), como son la prohibición absoluta de la esclavitud¹⁰⁸, entre cuyas consecuencias jurídicas están que **estas disposiciones, que forman parte del núcleo duro del bloque de constitucionalidad, no admiten acuerdo en contrario¹⁰⁹.**

¹⁰⁶ Ibidem.

¹⁰⁷ Ibidem.

¹⁰⁸ Naciones Unidas, Comisión de Derecho Internacional, Informe de la Comisión de Derecho Internacional 71er periodo de sesiones (29 de abril a 7 de junio y 8 de julio a 9 de agosto de 2019), Asamblea General, Documentos Oficiales, Septuagésimo cuarto periodo de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/74/10), Capítulo V: Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), Conclusiones, New York: 2019. Tal y como se observa en las notas 706 y 707, URL: <https://legal.un.org/ilc/reports/2019/spanish/chp5.pdf>: "Prosecutor v. Furundžija, pág. 569, párrs. 153 y 154, donde el Tribunal vinculó expresamente la condición de norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) de la prohibición de la tortura a la "importancia de los valores que protege", señalando que "el carácter de *ius cogens* de la prohibición de la tortura refleja claramente la idea de que esta se ha convertido en una de las normas más fundamentales de la comunidad internacional". El Tribunal Europeo de Derechos Humanos citó e hizo suya esta afirmación en la causa *Al-Adsani v. the United Kingdom*, demanda núm. 35763/97, sentencia de 21 de noviembre de 2001, Gran Sala, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Reports of Judgments and Decisions 2001-XI, párr. 30. En el caso *Goiburú y otros Vs. Paraguay* (sentencia de 22 de septiembre de 2006 sobre fondo, reparaciones y costas, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, núm. 153, párr. 128), la Corte describió los delitos prohibidos por el *ius cogens* como aquellos que "afectan valores o bienes trascendentales de la comunidad internacional". Véase también *Michael Domingues Vs. Estados Unidos*, (caso núm. 12.285, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe núm. 62/02 de 22 de octubre de 2002, párr. 49), donde dicha Comisión vinculó las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) a la "moral pública" y, lo que es más importante, declaró que estas "derivan su condición de valores fundamentales defendidos por la comunidad internacional", señalando que la violación del *ius cogens* "conmueve la conciencia de la humanidad".

¹⁰⁹ Ibidem, Conclusión 1. "Alcance". Véase también Antonio Cassese, "For an enhanced role of *ius cogens*", en: Antonio Cassese (ed.), *Realizing Utopia: the Future of International Law*, Oxford University Press, 2012; Hillary Charlesworth y Christine Chinkin "The gender of *ius cogens*", *Human Rights Quarterly*, vol. 15 (1993).

En este caso, “un acto unilateral de un Estado por el que manifieste la intención de quedar vinculado por una obligación de derecho internacional que estuviera en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) no creará tal obligación”¹¹⁰, dados sus **efectos erga omnes** en las que todos los Estados tienen un interés jurídico, por lo que una de las consecuencias jurídicas de la desprotección que produce la expresión “*en persona protegida*” en las disposiciones denunciadas a través de esta acción de inconstitucionalidad está que “*Todo Estado tiene derecho a invocar la responsabilidad de otro Estado por la violación de una norma del derecho internacional general (ius cogens) de conformidad con las normas sobre la responsabilidad del Estado por hechos intencionalmente ilícitos*”¹¹¹.

El estatus de las víctimas como participantes activos y directos en un conflicto armado no altera en absoluto tal conclusión, **ni puede excluirse de la protección invocando el Principio de Distinción**, por cuanto “*no podrá alegarse ninguna circunstancia que excluya la ilicitud en virtud de las normas sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos en relación con cualquier hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional (ius cogens)*”.¹¹²

En resumen, la evolución reciente del DIH, tal y como se ve reflejado en la interpretación oficial de los convenios de Ginebra, especialmente del Artículo 3 común, por el CICR, la doctrina y la jurisprudencia de la CPI y otros tribunales penales internacionales, confirma la conclusión de que **el umbral de protección de “*persona protegida*” no aplica a determinadas conductas prohibidas por el DIH. Muchos de los crímenes de guerra enumerados en el Título II del Código Penal colombiano, desde la perspectiva del DIH actual, pueden ser ejecutados contra cualquier persona.**

Este desarrollo normativo en el DIH tiene una directa e inmediata relevancia para la tipificación de las conductas criminales en Colombia. Como hemos visto, ya desde 1992, la Corte Constitucional ha establecido que el derecho internacional humanitario es un catálogo axiológico cuya validez absoluta y universal no depende de su consagración en el ordenamiento positivo, y que su incorporación automática al ordenamiento interno

¹¹⁰ Ibidem, Conclusión 15. “Obligaciones creadas por actos unilaterales de Estados que están en oposición con una norma imperativa del derecho internacional (*ius cogens*)”. Véase también L. Moreillon et al. (eds.), *Droit pénal humanitaire*, serie II, vol. 4, Bruselas, Bruylant, 2009.

¹¹¹ Ibidem, Conclusión 17.2 “Normas imperativas del derecho internacional general (*ius cogens*) como obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto (obligaciones *erga omnes*)”. Véase también S. Kadelbach, “Genesis, function and identification of *ius cogens* norms”, *Netherlands Yearbook of International Law* 2015, vol. 46 (2016), págs. 147 a 172 (la responsabilidad reforzada y los efectos *erga omnes* del *ius cogens* sobre la base del artículo 53 de la Convención de 1969).

¹¹² Ibidem, Conclusión 18. “Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) y circunstancias que excluyen la ilicitud”.

nacional es lo congruente con su carácter imperativo, en cuanto “*los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales I y II de 1977 constituyen pura y simplemente, la expresión formal y por escrito, esto es, la codificación de los principios ya existentes en el derecho internacional consuetudinario*”¹¹³. En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reiterado que la aplicación directa del derecho internacional no viola la Constitución, porque el principio de legalidad solamente requiere que la norma sea válida en Colombia¹¹⁴. La Corte también encontró que los tipos penales internacionales son directamente aplicables en Colombia¹¹⁵.

A la luz de estas consideraciones, queda establecido que la interpretación y aplicación de los tipos penales del título II del Código Penal debe hacerse a la luz de las normas de derecho internacional humanitario y de las normas imperativas del derecho internacional general (*ius cogens*), de acuerdo con el artículo 93 de la Constitución y del principio de integración consagrado en el mismo Código Penal¹¹⁶.

Es al tenor de lo alegado en este cargo que se solicita a la honorable Corte Constitucional que en la revisión de la constitucionalidad de las normas acusadas, y a la luz de la evolución del derecho humanitario y los límites estrictos de las normas imperativas del derecho internacional general (*ius cogens*) que forman parte de la Constitución Política por vía del bloque de constitucionalidad, declare inexecutable la expresión “*personas protegidas*” empleada en las normas penales reprochadas del Título II de la Ley 599 de 2000.

CARGO 2: LAS NORMAS REPROCHADAS COMO UN TRATAMIENTO DESIGUAL, INNECESARIO,

¹¹³ Corte Constitucional, Sentencia No. C-574 de 1992, Revisión 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), 28 de octubre de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

¹¹⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-080 de 2018, 15 de agosto de 2018, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

¹¹⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-578 de 2002, 30 de julio de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Véase también, Jaime Alberto Sandoval Mesa, *Manual de Derecho Penal Internacional*, Bogotá: Tirant lo blanch 2022, p. 78.

¹¹⁶ 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*”.

DESPROPORCIONADO E INJUSTIFICADO: DE LA AFECTACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Este eje cumple con la función de argumentar que la calificación especial de los sujetos pasivos de las conductas reprochadas es inconstitucional al materializar un tratamiento discriminatorio, en cuanto establece una diferencia de trato injustificada e innecesaria que genera una desigualdad negativa frente a aquellas víctimas que se encuentran amparadas por el alcance de la norma¹¹⁷. Con la calificación especial de los sujetos pasivos (*personas protegidas*) en los delitos referenciados del título II del Código Penal, el legislador excedió el margen de acción legislativa, en violación de la prohibición de la protección deficiente (*Untermassverbot*) en materia de derechos fundamentales.

Con este propósito, el apartado se desarrolla en tres tiempos. En primer lugar, se aplica el test integrado de igualdad (art 13); en un segundo lugar, se alega que la exclusión es abiertamente violatoria de los derechos de los niños y las niñas (art. 44). Finalmente se retoma el argumento del eje anterior según el cual la exclusión de la esfera de protección deriva en una violación de los derechos fundamentales inderogables que prohíben la esclavitud, la servidumbre y la trata de personas (art 17).

COMO UNA VIOLACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN: TEST INTEGRADO DE IGUALDAD

En los términos del artículo 13 de la Constitución Política, "*(t)odas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica*"¹¹⁸.

¹¹⁷ Criterio d. Test de Omisión Legislativa Relativa, según Manuel Quinche Ramírez. *Los Tests Constitucionales*. Bogotá: Editorial Temis 2023. Corte Constitucional. Sentencia C-356 de 2019. M.P. Diana Fajardo Rivera. Corte Constitucional. Sentencia C-075 de 2021. M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najár.

¹¹⁸ Constitución Política de Colombia, Artículo 13.

Esta garantía no es un principio abstracto, sino una norma de consecuencias concretas para el actuar de las instituciones y los órganos estatales, incluido el Congreso de la República¹¹⁹. *“Cuando el artículo 13 de la Constitución establece el principio general de que ‘todas las personas nacen libres e iguales ante la ley’, el principio de la isonomía, no solo reconoce el derecho fundamental de cada persona a la igualdad jurídica, sino que impone a las autoridades el deber de aplicar a todos los supuestos de hecho iguales unas soluciones jurídicas del mismo carácter. El Estado colombiano tiene constitucionalmente prohibido interpretar la norma de derecho aplicable a un determinado supuesto fáctico en forma distinta a como la aplicó con anterioridad a situaciones que eran de la misma naturaleza y calidad. Por eso, las diferenciaciones de nuestro legislador están sometidas a una doble exigencia. De una parte, deben tener por finalidad el logro de los fines esenciales del Estado, señalados en el artículo 2º de la Carta Política. De otra, no pueden inspirarse en criterios de discriminación, porque ellos han sido proscritos por el artículo 13 de la Ley Fundamental”*¹²⁰.

La igualdad es un mandato complejo en un Estado social de derecho, que prescribe la igualdad ante la ley, la prohibición de la discriminación y un mandato de promoción y acción afirmativa. Como principio *“ordena dar un trato igual a quienes se encuentran en la misma situación fáctica, y un trato diverso a quienes se hallan en distintas condiciones de hecho”*¹²¹. Como derecho, comprende dos garantías fundamentales: *“la igualdad ante la ley y la igualdad de protección y trato por parte de las autoridades”*¹²². Finalmente, como valor constitucional, la igualdad *“consiste en concretar los criterios para llevar a cabo el valor de la solidaridad, en crear las condiciones materiales para una libertad posible para todos”*¹²³.

“La igualdad designa un concepto relacional y no una cualidad. Es una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones. Es siempre resultado de un juicio que recae sobre una pluralidad de elementos, los “términos de comparación”. Cuáles sean éstos o las características que los distinguen, no es cosa dada por la realidad empírica sino determinada por el sujeto, según el punto de vista desde el cual lleva a cabo el juicio de igualdad. La determinación del punto de referencia, comúnmente

¹¹⁹ La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha expresado claramente que el principio de igualdad contenido en el artículo 14 es un *“principio normativo de aplicación inmediata, (que) supone la realización de un juicio de igualdad, a la vez que excluye determinados términos de comparación como irrelevantes; es así como, en atención al principio de igualdad se prohíbe a las autoridades dispensar una protección o trato diferente y discriminatorio “por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”*, véase Sentencia T-402 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹²⁰ Mario Madrid-Malo Garizábal, *Derechos Fundamentales*, 3a ed. Bogotá: 3R Editores, 2004, pg. 148.

¹²¹ Corte Constitucional. Sentencia C-178 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa.

¹²² Manuel Quinche Ramírez. *Los Tests Constitucionales*. Bogotá: Editorial Temis, 2023, pg. 273.

¹²³ Gregorio Peces Barba, citado por María Garrido. *La Igualdad en el Contenido y en la Aplicación de la Ley*. Madrid: Dykinson, 2009. Pg 59.

llamado *tertium comparationis*, para establecer cuando una diferencia es relevante, es una determinación libre más no arbitraria, y sólo a partir de ella tiene sentido cualquier juicio de igualdad”¹²⁴.

En esta acción se alega que la expresión demandada en el Título II del Código Penal tiene la consecuencia jurídica de excluir del umbral de la protección del derecho penal a un cierto grupo de personas por la vía de la calificación especial del sujeto pasivo, es decir, limita injustificadamente el universo de las víctimas de los delitos enumerados al de las “*personas protegidas*” según la definición legal del artículo 135 del Código Penal, que contiene una lista taxativa de los casos que se subsumen en la categoría. La exclusión de los combatientes de grupos armados ilegales formaliza un trato desigual de dos grupos de víctimas que no se ajusta a los criterios de admisibilidad identificados por la Corte Constitucional.

No toda desigualdad es contraria a la Constitución Política, por lo que la Corte Constitucional ha establecido que “(...) *la pregunta que debe hacerse en todo problema relacionado con el principio de igualdad: ¿cuál es el criterio relevante para establecer un trato desigual? o, en otras palabras, ¿es razonable la justificación ofrecida para el establecimiento de un trato desigual?*”¹²⁵.

La Corte ha establecido en constante jurisprudencia que el artículo 13 superior permite conferir un tratamiento diferencial siempre y cuando se reúnan las siguientes condiciones: (1) Que las personas efectivamente se encuentren en distintas circunstancias de hecho; (2) Que el trato diferencial persiga una finalidad; (3) Que dicha finalidad sea razonable – que sea admisible desde la perspectiva de los valores y principios de la enunciados por la Carta; (4) Que el supuesto de hecho, la finalidad perseguida y el trato desigual sean coherentes entre sí, por guardar una racionalidad interna; (5) Que esa racionalidad sea proporcionada, es decir, que la consecuencia jurídica constitutiva del trato diferente no guarde una absoluta desproporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que lo justifican (juicio integrado de igualdad)¹²⁶.

Sobre la aplicación del test de proporcionalidad a circunstancias concretas, la Corte “*ha buscado racionalizar el examen constitucional a fin de respetar la potestad de configuración de los órganos políticos, modulando la intensidad del juicio de proporcionalidad, (...) sin que con ello la Corte renuncie a sus responsabilidades o*

¹²⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-422 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹²⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-022 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

¹²⁶ Véase, entre otros, Corte Constitucional. Sentencias C-530 de 1993. M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-742 de 2001, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; C-392 de 2002, M.P. Alvaro Tafur Galvis, consideración 4.1.1., C-862 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-104 de 2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, consideración 6.5.2.

*permita la supervivencia en el ordenamiento de regulaciones inconstitucionales*¹²⁷. *“En este sentido ha concluido que en aquellos campos en donde la Carta confiere a las mayorías políticas, representadas en el Congreso, una amplia potestad de apreciación y configuración el escrutinio judicial debe ser más dúctil, a fin de no afectar la discrecionalidad legislativa, que la propia Constitución protege. Por el contrario, en aquellos asuntos en que la Carta limita la discrecionalidad del Congreso, la intervención y control del juez constitucional debe ser mayor, a fin de respetar el diseño establecido por la Constitución. En esas situaciones, el escrutinio judicial debe entonces ser más estricto, por cuanto la Carta así lo exige”*¹²⁸.

En relación con el concepto de proporcionalidad, la Corporación ha precisado que para que un trato desigual no vulnere el artículo 13 superior debe demostrarse que la norma analizada es: *“(1) adecuada para el logro de un fin constitucionalmente válido; (2) necesaria, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; y (3) proporcionada en sentido estricto, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato”*¹²⁹.

Para los efectos de la aplicación del juicio integrado de igualdad, se desarrollan las etapas establecidas por la jurisprudencia constitucional, así:

“(i) Si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se compara sujetos de la misma naturaleza;
(ii) Definir si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales; y
*(iii) Averiguar si la diferencia de trato esta constitucionalmente justificada, es decir, si las situaciones objeto de comparación ameritan un trato diferente desde la Constitución”*¹³⁰.

Para la determinación del tercero punto, en cuanto se aplica un test de proporcionalidad en el sentido estricto, se discutirá:

- (a) Si la norma que introduce del trato desigual es adecuada para perseguir un fin constitucionalmente válido;*
- (b) Si la norma acusada es necesaria, es decir, no existe un medio menos oneroso para conseguir este fin; y*

¹²⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-557 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Sentencia C-530 de 1993. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹²⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-392 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis, punto 4.1.1.

¹²⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-022 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

¹³⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-586 de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos, entre otras.

(c) *Si el trato desigual establecido por la norma es proporcional en términos de sacrificio de valores constitucionales con más peso respecto al fin perseguido por la norma*¹³¹.

Para establecer el tercio de comparación, se cita el aparte del Artículo 135 del Código Penal que contiene la definición legal de la expresión "*persona protegida*", así (subrayados y negrillas fuera de texto):

"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*"¹³².

La acción prosigue ahora con la aplicación del test, preguntándose si:

(i) ¿Los supuestos de hecho son susceptibles de compararse? ¿Se compara a sujetos de la misma naturaleza?

Son varios los grupos incluidos en la lista taxativa que define la categoría de las personas protegidas, entre ellos "*las personas que no participan en hostilidades*" (artículo 135 CP, numeral 2) y "*los combatientes que hayan depuesto las armas*" (ibidem, numeral 6). La lectura de estas normas, según el principio de derecho estricto, excluye a los combatientes que participan activa y directamente en las hostilidades y que son atacados

¹³¹ Corte Constitucional. Sentencia C-022 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

¹³² Congreso de Colombia, Ley 599 de 2000 (julio 24) por la cual se expide el Código Penal. Diario Oficial No. 44097 del 24/07/2000

(sexualmente) por miembros de su propio grupo, especialmente en tipos de ejecución continuada como la esclavitud sexual y la anticoncepción forzada.

Los supuestos de hecho se refieren a situaciones distintas, pero comparables. Por un lado, tenemos a las víctimas que no participan o han dejado de participar en las hostilidades. Por el otro lado, están aquellos que siguen participando directa y activamente, pero están siendo victimizados. Son, por ende, víctimas del mismo tipo de acto, independientemente de su posición en el conflicto. Pese a lo alegado en la formulación, esta distinción artificial NO TIENE RESPALDO en el Derecho Internacional Humanitario, es decir, la calificación especial del sujeto pasivo de la conducta no es requerida ni refleja una interpretación **conforme** al Derecho Internacional Humanitario.

- (ii) ¿En el plano factico y jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales?

Las normas del Título II establecen un trato desigual entre iguales. Ambos grupos de víctimas son víctimas de ataques sexuales ocurridos en el marco y con ocasión del conflicto armado, y como se estableció extensamente en la primera parte, ambos grupos están protegidos contra el uso de medios y métodos prohibidos de guerra, independientemente de que participen o no en las hostilidades, en razón de las protecciones que les prodiga el Principio de Humanidad. El legislador introdujo las normas del Título II "*Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario*" al Código Penal para reconocer la naturaleza (y el contexto) especialmente reprochable de los crímenes de guerra, otorgarles una protección reforzada a las víctimas, e introducir penas más severas para los autores de estos delitos internacionales.

Este trato desigual existe tanto en el plano factico como jurídico. En lo fáctico, los actos de violencia sexual ejecutados en el marco y con ocasión del conflicto armado son tratados de forma diferente, dependiendo de la categoría de la víctima. Esta diferencia fáctica establecida por el Título II tiene como consecuencia jurídica que una clase de crímenes sexuales son tratados como crímenes de guerra, y que las víctimas son despojadas de la protección automáticamente en razón de su posición en el conflicto¹³³.

Las normas demandadas del Título II introducen una aplicación incorrecta del Principio de Distinción al derecho penal colombiano que produce un trato desigual hacia un cierto grupo de personas por la vía de la calificación especial del sujeto pasivo de las conductas reprochadas, es decir, limita el universo de las víctimas de los delitos enumerados al de

¹³³ Natalia Springer. *Prisioneras Combatientes: Reclutamiento y Trafico de Niñas y Trafico Sexual*. Bogotá. En Imprenta. 2024

las “*personas protegidas*” según la definición legal del artículo 135, que contiene la lista taxativa de los casos.

(iii) ¿Las situaciones objeto de comparación ameritan un trato diferente desde la Constitución?

En este aparte se discute:

- (a) Si la norma que introduce del trato desigual es adecuada para perseguir un fin constitucionalmente válido;
- (b) Si la norma acusada es necesaria, es decir, no existe un medio menos oneroso para conseguir este fin; y
- (c) Si el trato desigual establecido por la norma es proporcional en términos de sacrificio de valores constitucionales con más peso respecto al fin perseguido por la norma.

(a) En primer lugar, identificaremos si las normas persiguen un **fin constitucionalmente legítimo**. ¿Cuál es el principio constitucional que justifica el trato desigual en el Título II del Código Penal? La Corte Constitucional ha entendido los principios como “*normas que condicionan las demás normas, pero con mayor grado de concreción y por lo tanto de eficacia, alcanzando por sí mismos proyección normativa*”¹³⁴.

- a. Son principios constitucionales explícitos-por vía de la remisión directa- los principios del DIH que establecen límites normativos a las políticas de seguridad y defensa, como, por ejemplo, el **Principio de Distinción**, que introduce la diferencia entre personas que participan activamente en las hostilidades y aquellas que no lo hacen (a los que en conflictos internacionales se les denomina como “*combatientes*” y “*civiles*”, respectivamente)¹³⁵. Este principio tiene la clara finalidad de orientar y establecer límites a las operaciones militares LEGÍTIMAS. En el curso de las hostilidades, tanto de carácter internacional como no internacional, el principio busca establecer criterios para distinguir entre aquellas personas que pueden ser legítimamente consideradas como objetivos militares y aquellas que no lo son¹³⁶. Esa diferencia, con vista a las acciones de la fuerza pública, no es *per se* irracional, persigue un fin constitucionalmente

¹³⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-1287 de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹³⁵ Manuel F. Quniche Ramírez, *Derecho Constitucional Colombiano*, 7a ed. Bogotá: Editorial Temis, 2020, pg. 63.

¹³⁶ Mayor General Javier Ayala Amaya, *Derecho Operacional: Bases de la legalidad y legitimidad de la función de las instituciones militares*, Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2023, pg. 128 ss.

válido, y responde a consideraciones claras, lógicas y comprensibles. El criterio relevante no es, por lo tanto, arbitrario.

Segundo, miraremos si las normas *sub judice* son adecuadas para realizar los fines del Principio constitucional de la Distinción, ajustado en el ordenamiento jurídico colombiano desde el Derecho Internacional Humanitario. Las normas acusadas del Título II no son adecuadas para contribuir al legítimo fin constitucional de evitar que personas que no participan en las hostilidades sean victimizadas por la violencia armada en el conflicto. La exclusión de las víctimas intrafilas de los crímenes de guerra no aumenta la protección de las demás víctimas, ni disminuye la ocurrencia de los crímenes de esta naturaleza. Por contrario, al crear dos clases de víctimas, una de ellas desprotegida, el Título II contribuye indirectamente a la incidencia de más crímenes de guerra, y la deshumanización del conflicto.

- b. El objetivo constitucional y fundamento de la legitimidad del derecho penal es la **protección de los bienes jurídicos**, tanto individuales, como colectivos, definidos como “*aquellos presupuestos que la persona necesita para su auto realización y el desarrollo de su personalidad en la vida social*”¹³⁷. Esta finalidad, que informa la creciente constitucionalización del derecho penal, es plenamente legítima¹³⁸. Las normas examinadas del Título II son probablemente adecuadas para realizar este fin en el caso de las víctimas cubiertas por la calificación de las “*personas protegidas*”, pero lo que no es legítimo es excluir a las demás víctimas intrafilas.

Si bien es cierto que en la adopción de las normas penales, el Legislador tiene un amplio margen discrecional y puede tomar decisiones basadas en criterios políticos, la Corte Constitucional ha establecido que ese margen está limitado por la “*constitucionalización del derecho penal porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados - particularmente en el campo de los derechos fundamentales - que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance. Esto significa entonces que el Legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas que aparecen, así como el fundamento y*

¹³⁷ Francisco Muñoz Conde & Mercedes García Arán, *Derecho Penal. Parte General*, 10a ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2019, pg. 54.

¹³⁸ Ivana Calvete León & Jorge Iván Garcés Vázquez, “El paradigma del derecho en Colombia: la constitucionalización del derecho penal”. *Revista Nuevo Derecho*, vol. 15, no. 24 (2019), pg. 37-54.

límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque el ius punendi debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas" (C-038 de 1995)¹³⁹.

- c. Otro fin constitucional que podría eventualmente alegarse para la introducción del criterio discriminatorio sería la **administración eficiente de la justicia** por el poder judicial. Este objetivo que se expresaría en los fines de aumentar la economía procesal y de descongestionar los juzgados penales, puede ser igualmente legítimo desde el punto de vista constitucional. Sin embargo, es completamente inconstitucional perseguir este fin a partir del sacrificio de la protección de aquellos en las circunstancias con mayor déficit de protección.
- d. El último fin constitucional a examinar es la **protección de las víctimas**. Sobre los derechos de las víctimas, la Corte Constitucional ha concluido que *"los estándares internacionales establecidos en materia de derechos de las víctimas de los delitos, en particular de las graves violaciones de derechos humanos y la serias infracciones al derecho internacional humanitario, han sido incorporados en el orden jurídico colombiano a través de la figura del bloque de constitucionalidad (Art. 93), y constituyen hoy en día un marco referencial insoslayable para el diseño de la política pública en materia penal. Los tratados sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario establecen los siguientes deberes del estado en relación con la víctimas de violaciones a sus mandatos: (i) garantizar recursos accesible y efectivos para reivindicar sus derechos; (ii) asegurar el acceso a la justicia; (iii) investigar las violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario; y (iv) cooperar en la prevención y sanción de los delitos internacionales y las graves violaciones de derecho humanos. Estas exigencias deben ser consideradas e incorporadas en el diseño de la política pública establecida para enfrentar de manera permanente el fenómeno de la criminalidad"*¹⁴⁰.

Esos principios constituyen igualmente una referencia constitucional válida para el establecimiento de un trato desigual. La pregunta aquí es si los integrantes de un grupo armado ilegal pueden ser al mismo tiempo víctimas

¹³⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-038 de 1995, MP: Alejandro Martínez Caballero. Negrilla fuera de texto.

¹⁴⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-936 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

en el sentido de la sentencia citada arriba. Lo que esta establecido es que sus derechos no se suspenden *ipso facto* por el mero hecho de la filiación de estos sujetos a un grupo armado ilegal, especialmente cuando sabemos que la vinculación es generalmente forzada¹⁴¹. La Corte reconoció en el caso *Helena* que a pesar de pertenecer a un grupo insurgente y participar de sus actividades delictivas, estas mujeres son a la vez víctimas de violencia física, sexual y emocional¹⁴². El orden constitucional establece que todas las personas gozan de un piso mínimo de protección, decantado en unos derechos fundamentales que no son derogables ni siquiera en estados de excepción.

El trato desigual introducido por las figuras reprochadas del Título II del Código Penal no son en absoluto adecuadas para realizar el fin constitucional de proteger a las víctimas, ni representan adecuadamente los contextos (en el marco y con ocasión del conflicto), la circunstancia de las víctimas (sometidas por medios extremos de violencia que anulan completamente la voluntad) y la escala (masiva) en la que los crímenes sexuales intrafilas se ejecutan.

- (b) Ahora se examinará **si la norma acusada es necesaria**, es decir, si no existe un medio menos oneroso para conseguir el fin procurado.
- a. Como ya se ha discutido aquí y en apartado precedente, las normas del Título II son inadecuadas para realizar el objetivo constitucional a. (**Principio de la Distinción**) de entre los posibles fines, por lo que no se ampliará más esta discusión.
 - b. Las normas del Título II sacrifican deliberadamente los **bienes jurídicos** de una minoría no tan insignificante, las víctimas de los contextos intrafilas, lo que ciertamente no es necesario, porque existen medios menos onerosos para prodigar la misma protección para ambos grupos, sin optar por la discriminación. La protección de los bienes jurídicos por medio del derecho penal como principio constitucional no justifica el trato desigual de las víctimas por las normas acusadas en esta acción.

¹⁴¹ Ignorar este deber para con estas víctimas, autorizaría la lógica según la cual, estos grupos ejecutan la violencia sexual en una "*jurisdicción propia*" en la que no cabe la acción del Estado, tal y como han argumentado reiteradamente los señalados por el macrocaso #11 (violencia sexual) ante la JEP.

¹⁴² Corte Constitucional, Sentencia SU-599 de 2019, 11 de diciembre de 2019. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

- c. De cualquier forma, es evidente que las normas examinadas no son necesarias para realizar el fin de la **administración eficiente de la justicia**, para lo cual existen numerosas medidas legislativas y administrativas menos gravosas que el sacrificio de los derechos a la justicia, la verdad y la no repetición de este grupo de víctimas.
 - d. La **protección de las víctimas** tan poco es un fin realizable a través de la discriminación.
- (c) Finalmente, ha de discutirse **si el trato desigual establecido por la norma es proporcional** en términos de sacrificio de valores constitucionales con más peso respecto al fin perseguido. Sin embargo, ya hemos establecido que las normas acusadas no superan el examen de adecuación y de necesidad.

Primero, el derecho a la igualdad incluye un mandato especial de **protección a las personas en circunstancias de debilidad manifiesta** (inciso final del artículo 13 de la Constitución Política). De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el umbral de la protección de esta norma no se limita a las personas en condición de discapacidad, sino se extiende a los miembros de *“diversos sectores, grupos o personas en situación de desventaja, marginamiento o debilidad manifiesta (CP art. 13). Sectores de la población como los niños (CP art. 44), los ancianos (CP art. 46), los minusválidos (CP. art. 47), las minorías étnicas (CP art. 7) etc., deben recibir una especial protección del Estado por voluntad del constituyente. De esta forma se busca promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y no simplemente un parámetro formal que deje intocadas las desigualdades sustanciales que se presentan en la sociedad”*¹⁴³. Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, entre estos grupos sujetos de protección especial se encuentran también las mujeres. *“La mujer es un sujeto de especial protección, de protección reforzada, al interior de nuestro cuerpo normativo constitucional”*¹⁴⁴.

Concretamente, la protección reforzada del artículo 13 constitucional obliga a todos los poderes públicos, incluido el Legislativo, a garantizar los derechos fundamentales inderogables, especialmente aquellos de los grupos en categorías sospechosas, entre los que se encuentran los niños, niñas y mujeres vinculadas a los grupos armados ilegales. **Esto NO quiere decir que esta población, en cuanto participa activamente en las hostilidades, esté exenta de las**

¹⁴³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-427 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Negrilla fuera del original.

¹⁴⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-667 de 2006, 16 de agosto de 2006, M.P. Jaime Araújo Rentería.

consecuencias jurídicas de sus actos criminales, sino que el Estado no puede discriminarlos sino dentro de lo que le está estrictamente permitido por la Constitución.

La violencia sexual intrafilas, especialmente la esclavitud y la servidumbre sexuales, se ejecutan generalmente contra las niñas menores de edad, fáciles de someter y recientemente reclutadas, que sobreviven en un ambiente violento y autoritario, donde sus derechos más fundamentales están siendo constantemente atropellados por poderes en una relación de tal asimetría, que sencillamente, no tienen ninguna posibilidad de resistir¹⁴⁵.

La gran mayoría de los combatientes de los grupos armados ilegales se encuentran en una relación de sujeción extrema con estas organizaciones, prácticamente privados de su libertad personal, pese a lo cual su calidad de sujetos de derechos se mantiene integralmente, lo que significa que no se pueden limitar sin una justificación constitucional válida. La misma Corte ha reconocido que *"la mayor parte de menores de edad en la guerra son niñas, quienes son sometidas a trabajos humillantes, esclavitud sexual, compelidas a ser compañeras sentimentales de los comandantes y obligadas a abortar en muchas ocasiones"*¹⁴⁶. En otras palabras, identificó a esta como una población extremadamente vulnerable y en riesgo, sin protección alguna ni de parte del Estado ni de terceros.

Por esta razón, la exclusión del grupo de las víctimas de la violencia sexual intrafilas de la esfera de protección del Código Penal contra los crímenes de guerra atenta de forma directa, violenta e inconstitucional contra los derechos más fundamentales de una población cuya protección reforzada es un deber del Estado y sus instituciones. Su exclusión de la lista de sujetos pasivos de estos crímenes contenidos en el Título II no puede ser nunca proporcional. Ningún principio o fin constitucional justifica este trato desigual, innecesario y discriminatorio.

Segundo, el ordenamiento jurídico colombiano y la jurisprudencia de la Corte Constitucional han otorgado a **las víctimas una serie de derechos y garantías inalienables e irrevocables**. Aunque los instrumentos internacionales de los derechos humanos (v.gr. la Declaración Universal de 1948, los II Pactos de la ONU de 1966, las Convenciones Europea, Americana y Africana) no incluyeron reglas

¹⁴⁵ Corte Constitucional, Sentencia SU-087 de 2022, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

¹⁴⁶ Corte Constitucional, Auto 009 de 2015, 27 de enero de 2015, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

sobre los derechos de las víctimas de crímenes o violaciones a los DDHH¹⁴⁷, estos derechos fueron inicialmente compilados en informes de carácter no vinculante por expertos internacionales del Comité de los Derechos Humanos de la ONU¹⁴⁸. Basándose en estos trabajos, la Asamblea General en 2005 adoptó los "*Principios y Directrices Básicos sobre el derecho a un recurso y reparación para las víctimas de violaciones manifiestas del derecho internacional de los derechos humanos y violaciones graves del derecho internacional humanitario*"¹⁴⁹. Sin embargo, la jurisprudencia de los Tribunales regionales de los derechos humanos, especialmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) concluyó, ya en los años ochenta, que estos derechos y sus correspondientes obligaciones estatales están incluidos de forma implícita en las normas positivas de las convenciones internacionales mencionadas¹⁵⁰.

En Colombia, los derechos de las víctimas fueron reconocidos por la Ley 975 de 2005 (de Justicia y Paz) y citó extensamente disposiciones relacionadas con la verdad, la justicia y la reparación, haciendo referencias indirectas al Estatuto de Roma, así como los Principios de la ONU sobre la acción para combatir la impunidad, los Principios Básicos sobre el derecho a la reparación de las víctimas y la Declaración de los Principios Básicos de la justicia para las víctimas del delito y abuso de poder¹⁵¹. El artículo primero de la Ley 975 señala que su objetivo es "*facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación*"¹⁵².

Con la Ley 1448 de 2011 (Ley de Víctimas y Restitución de Tierras), Colombia abrió un nuevo capítulo al instaurar "*el proyecto de reparación más generoso, más ambicioso y más complejo del mundo (...). Por un lado, se reconocen más formas*

¹⁴⁷ Ilaria Bottigliero, *Redress for Victims of Crimes under International Law*. Leiden: Martinus Nijhoff. 2004, pg. 112.

¹⁴⁸ Véase por ejemplo, Naciones Unidas, Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por el Sr. Louis Joinet de conformidad con la resolución 1996/119, de la Subcomisión, Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1; Naciones Unidas, Revisión de los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario a obtener reparación, preparados por el Sr. Theo Van Boven, UN Doc. E/CN.4/1997/104.

¹⁴⁹ Naciones Unidas, Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, ONU Asamblea General, Resolución no. 60/147 del 16 de diciembre de 2005.

¹⁵⁰ V.gr., Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala*, Sentencia de 22 de noviembre de 2004, Corte I.D.H., Serie C, No. 117 (2004).

¹⁵¹ Christine Evans, *The Right to Reparation in International Law for Victims of Armed Conflict*. New York: Cambridge University Press, 2012, pg. 212.

¹⁵² Congreso de Colombia, Ley 975 de 2005 (Julio 25), Diario Oficial No. 45.980 de 25 de julio de 2005.

*de victimización por un período más largo que el de cualquier otra ley. (...) Por otro lado, la ley ha hecho énfasis en la integralidad de la respuesta del Estado, en clara alusión a la combinación de estrategias económicas, simbólicas, psicológicas, educativas y políticas en la atención a la población sujeta a reparación*¹⁵³. La misma Ley específica en el artículo 1 que su objetivo es *“establecer un conjunto de medidas judiciales, administrativas, sociales y económicas, individuales y colectivas, en beneficio de las víctimas de las violaciones contempladas en el artículo 3o de la presente ley, dentro de un marco de justicia transicional, que posibiliten hacer efectivo el goce de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación con garantía de no repetición, de modo que se reconozca su condición de víctimas y se dignifique a través de la materialización de sus derechos constitucionales”* y define el alcance de los derechos a la verdad, justicia, y reparación integral en los artículos 23-25¹⁵⁴.

La Corte Constitucional acogió y amplió la jurisprudencia interamericana sobre los derechos de las víctimas y concluyó que, *“en virtud del pilar fundamental reconocido se debe otorgar a todas las víctimas como mínimo las siguientes garantías: (i) transparencia del proceso de selección y priorización, (ii) una investigación seria, imparcial, efectiva, cumplida en un plazo razonable y con su participación, (iii) la existencia de un recurso para impugnar la decisión sobre la selección y priorización de su caso, (iv) asesoría especializada, (v) su derecho a la verdad, el cual en el evento de que su caso no haya sido priorizado se deberá garantizar a través mecanismos judiciales no penales y extrajudiciales, (vi) su derecho a la reparación, (vii) su derecho a conocer dónde se encuentran los restos de sus familiares”*¹⁵⁵.

En sucesivos fallos de constitucionalidad, especialmente en materia penal, la Corte ha aplicado los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación como guía interpretativa, con fundamento normativo en la Constitución y en los instrumentos internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad¹⁵⁶. La Corte ha afirmado que *“es claro para este Tribunal que el límite constitucional impuesto a la libertad de configuración del legislador para*

¹⁵³ Angelika Rettberg, “Ley de víctimas en Colombia: un balance”, *Revista de Estudios Sociales*, vol. 54 (octubre 2015), publicado 01 octubre 2015, URL: <http://journals.openedition.org/revestudsoc/9584>

¹⁵⁴ Congreso de la República, Ley 1448 de 2011 (junio 10) Reglamentada por el Decreto Nacional 4800 de 2011, Reglamentada por el Decreto Nacional 3011 de 2013, Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones.

¹⁵⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 2013 (Marco jurídico para la paz), 28 de agosto de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, aparte 8.4.2.

¹⁵⁶ Humberto A. Sierra Porto, "La función de la Corte Constitucional en la protección de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación en Colombia", en: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, vol. XV. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung_(2009), pg. 179-188.

*regular las leyes sobre justicia transicional es especialmente la garantía de los derechos fundamentales de las víctimas a la verdad, a la justicia, a la reparación integral, y a las garantías de no repetición*¹⁵⁷, y que "(...) la Constitución exige la protección de los derechos de las víctimas, lo cual constituye un pilar fundamental reconocido por esta Corporación y constituido por el compromiso del Estado Social y Democrático de Derecho de respetar, proteger y garantizar los derechos de la sociedad y de las víctimas (...), tal como requieren la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Preámbulo de la Constitución y especialmente sus artículos 1, 2, 5, 86, 87, 88 y 241-1, 93, 94, 229 y 215-2"¹⁵⁸.

En sentencia reciente, esta jurisprudencia se resume así: **"Este tribunal ha establecido que las víctimas son titulares de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación. Tales derechos tienen la condición de fundamentales, son reconocidos en diferentes fuentes y han sido objeto de conceptualización en múltiples pronunciamientos. Su protección constituye un pilar fundamental. (...) La jurisprudencia en esta materia tiene, entre otras, las siguientes características: (i) se apoya en normas constitucionales y en disposiciones que integran el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional; (ii) responde a una paulatina definición de los derechos en función de los contextos en los que se tornan relevantes; y (iii) refleja un interés ascendente por concretar los contenidos, titulares y destinatarios de cada uno de los derechos. (...) El reconocimiento de los derechos de las víctimas encuentra fundamento en los artículos 1º, 2º, 15, 21, 229 y 250 de la Constitución, así como en normas integradas al bloque de constitucionalidad, tal y como ocurre con los artículos 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. La Corte ha caracterizado tales derechos, en aproximación que hoy se reitera, indicando que se trata de "un subconjunto dentro de los derechos fundamentales" que "(i) comportan obligaciones para el Estado y los particulares; (ii) tienen un contenido complejo, cuyo conocimiento es esencial, con miras al diseño de las garantías necesarias para su eficacia; (iii) pueden entrar en colisión con otros principios, y en tal caso, su aplicación pasa por ejercicios de ponderación; y (iv) presentan relaciones de interdependencia entre sí (...) y son indivisibles, pues su materialización es una exigencia de la dignidad humana, una condición de su vigencia"** (...) Diversos pronunciamientos de esta Corte relacionados con la

¹⁵⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-286 de 2014, 20 de mayo de 2014, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁵⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-839 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

participación de las víctimas en el proceso penal señalan que el reconocimiento de esa garantía “se encuentra ligado al respeto de la dignidad humana” exigido por el artículo 1º de la Constitución. En efecto, dicho principio impide que “los derechos y bienes jurídicos protegidos por el derecho penal para promover la convivencia pacífica de personas igualmente libres y responsables, sean reducidos a una tasación económica de su valor”. La protección de las víctimas, a través del reconocimiento de un grupo de derechos que no se limita a la reparación económica, tiene sustento también en el artículo 2º de la Carta en tanto “las autoridades en general, y las judiciales en particular, deben propender por el goce efectivo de los derechos de todos los residentes en Colombia y la protección de bienes jurídicos de particular importancia para la vida en sociedad”. De otra parte y con fundamento en los artículos 15 y 21, la Corte sostuvo que las víctimas eran titulares de “los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica (...) puesto que el proceso penal puede ser la única ocasión para que las víctimas y los perjudicados puedan controvertir versiones sobre los hechos que pueden ser manifiestamente lesivas de estos derechos constitucionales, como cuando durante el proceso penal se hacen afirmaciones que puedan afectar la honra o el buen nombre de las víctimas o perjudicados”¹⁵⁹. (Negrillas y subrayados fuera de texto)

En resumen, la Corte Constitucional ha establecido que los derechos de las víctimas de infracciones al DIH y de los derechos humanos ejecutados en el curso del conflicto armado forman parte del bloque de constitucionalidad, aunque reconoció en el análisis de constitucionalidad de la Ley de Justicia y Paz que su alcance y contenido supone diferencias entre un contexto ordinario y uno de justicia transicional¹⁶⁰. De esta manera, la Corte concedió un valor constitucional a los derechos de las víctimas, principalmente el derecho a conocer la verdad, el derecho a acceso la justicia y el derecho a obtener reparación.

Ninguna fuente, entre todas las disposiciones nacionales e internacionales de derechos humanos y fallos arriba citados, introduce una diferenciación entre dos clases de víctimas. El Estado debe la plena garantía de estos derechos a todas las víctimas por el bien jurídico lesionado y no por su posición en el conflicto, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento,

¹⁵⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-588 de 2019, 5 de diciembre de 2019, M.P. José Fernando Reyes Cuartas, apartes D. 16-19 (pies de página omitidos, negrilla y subrayado en el original).

¹⁶⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 2006 (Ley de Justicia y Paz), M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

origen étnico, discapacidad, o cualquier otra condición¹⁶¹. No se encuentra ningún principio o valor constitucional de superior rango o importancia que pueda justificar el sacrificio de un grupo de víctimas en circunstancias de agudo déficit de protección. Desde la óptica de la garantía constitucional de los derechos de las víctimas, las normas examinadas no superan el test de la proporcionalidad estricto.

Tercero, la norma acusada también establece un trato desigual completamente desproporcionado que infringe la **prohibición de la protección deficiente de derechos fundamentales ("Untermaßverbot")**. Esta doctrina fue desarrollada por el Tribunal Federal Constitucional de Alemania como corolario a la prohibición de la restricción excesiva en los derechos fundamentales ("*Übermaßverbot*")¹⁶². El mandato obliga al Estado a emplear suficientes medidas normativas y materiales para alcanzar una protección suficiente, y por ende efectiva de los derechos fundamentales, por lo que le está prohibido subvalorar o menoscabar la protección. Esta prohibición constitucional, también aplicable al control de constitucionalidad en materia penal, parte de la presunción de que el legislador debe garantizar los derechos fundamentales como principios de la mejor manera posible, habida cuenta de las posibilidades jurídicas y fácticas. La prohibición de la protección deficiente (*Untermaßverbot*) no implica renunciar a la intervención del derecho penal, sino por el contrario, puede contener el deber estatal de emplearlo por la efectividad de la protección que se deriva de este medio.¹⁶³

La Constitución y el Tribunal Constitucional otorgan a la legislatura un amplio margen de discreción y maniobra para cumplir con sus obligaciones de protección. El Estado no debe una protección óptima y máxima, sino solo una protección adecuada y eficiente¹⁶⁴. En las palabras de la Corte Constitucional: "*La jurisprudencia constitucional ha explicado que el Congreso, como foro deliberativo y democrático por excelencia, cuenta con diversas posibilidades para fijar las*

¹⁶¹ Análogo a la fórmula adoptada por el Artículo 2(1) de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (A/Res/44/25), adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1989.

¹⁶² "*Der Staat muß zur Erfüllung seiner Schutzpflicht ausreichende Maßnahmen normativer und tatsächlicher Art ergreifen, die dazu führen, daß ein - unter Berücksichtigung entgegenstehender Rechtsgüter - angemessener und als solcher wirksamer Schutz erreicht wird (Untermaßverbot). Dazu bedarf es eines Schutzkonzepts, das Elemente des präventiven wie des repressiven Schutzes miteinander verbindet.*" Urteil des Zweiten Senats vom 28. Mai 1993 aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 8. und 9. Dezember 1992, 2 BvF 2/90 und 4, 5/92, BVerfGE 88, 203 (203) Schwangerschaftsabbruch II. Traducción al español en: Jürgen Schwabe, ed. *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Montevideo-Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung, Ediciones jurídicas Gustavo Ibañez, 2003, pg. 72.

¹⁶³ Urteil des Zweiten Senats vom 28. Mai 1993 aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 8. und 9. Dezember 1992, 2 BvF 2/90 und 4, 5/92, BVerfGE 88, 203, Abs. 8.

¹⁶⁴ Volker Epping, *Grundrechte*, 5a ed. Heidelberg: Springer Verlag, 2012, pg. 56.

reglas sustantivas y procesales en materia penal, escenario donde se proyecta con mayor amplitud el margen de configuración normativa del Legislador, que le permite el diseño, con un significativo grado de libertad, de asuntos como la tipificación de delitos, la dosificación punitiva y la definición de procedimientos que no fueron regulados directamente en la Constitución. Sin embargo, ese margen de discrecionalidad del Legislador no puede concebirse en términos absolutos, pues la actividad punitiva del Estado encuentra límites formales y materiales, que se derivan tanto de la Constitución como de las normas que se integran a ella a través del bloque de constitucionalidad”¹⁶⁵.

La prohibición de la protección deficiente funciona como una prueba de proporcionalidad en el sentido de que permite “*determinar si las omisiones legislativas que no ofrecen un máximo nivel de aseguramiento de los derechos de protección constituyen violaciones de dichos derechos. Cuando se interpretan como principios, los derechos de protección implican que el legislador les otorgue prima facie la máxima protección. Si éste no es el caso, y, por el contrario, el legislador solo protege un derecho de manera parcial o elude brindarle toda protección, **la falta de protección óptima debe enjuiciarse entonces desde el punto de vista constitucional mediante la prohibición de la protección deficiente**”¹⁶⁶.*

La Corte ha establecido claros límites a la configuración legislativa en materia penal: “*El Legislador tiene un amplio margen de apreciación y una libertad de configuración para determinar el contenido concreto del derecho penal, en desarrollo de la política criminal del Estado, pero también que dichas decisiones legislativas deben sujetarse a los principios establecidos por la Constitución. Esto explica por qué el control que el juez constitucional ejerce sobre esas definiciones legislativas es un control de límites, a fin de que el Legislador permanezca en la órbita de discrecionalidad que la Carta le reconoce, esto es, que no incurra en desbordamientos punitivos, pero que tampoco desproteja aquellos bienes jurídicos que, por su extraordinario valor, la Constitución excepcionalmente haya ordenado una obligatoria protección penal”¹⁶⁷.*

Algunos de estos límites se derivan del principio de la legalidad: “*si bien el principio de libertad de configuración legislativa confiere un margen de actuación al Legislador al momento de crear tipos penales, ello no es irrestricto o absoluto, ya que no puede ejercer esa competencia para invadir consecuentemente las*

¹⁶⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-488 de 2009, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁶⁶ Carlos Bernal Pulido, *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2005, p. 139. Negrilla fuera de texto

¹⁶⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-226 de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

facultades del fiscal y el juez en su tarea de elaborar un correcto juicio de adecuación típica del caso concreto al hecho descrito en la ley, sugiriendo a modo imperativo una adecuación típica neta y estrictamente objetiva"¹⁶⁸.

Los límites a la discrecionalidad legislativa se refieren al núcleo de los derechos fundamentales inalienables de las personas que, según el mandato de la carta, tienen primacía en el orden constitucional (Art. 5 C.P.) y son inderogables, incluso en estados de excepción. El Legislador no está en libertad de despenalizar o tratar preferiblemente ciertas conductas criminales que atentan contra estos bienes y derechos. En otras palabras, existe un límite de la punibilidad que el Congreso no puede desconocer.

En el presente caso, estamos frente a una clara omisión de parte del legislador, que excluyó del ámbito de protección del Título II del Código Penal a todas las víctimas de crímenes de guerra que están vinculados a grupos armados ilegales y que han sido atacados por miembros de su propia organización. Esta omisión despoja de toda protección a este grupo de víctimas. Una larga lista de derechos resulta efectivamente vulnerada incluye, v.gr. los derechos a la intimidad personal (autonomía sexual), al libre desarrollo de la personalidad (despojo parcial o total de la personalidad jurídica), a la integridad física, a la salud y a la vida digna y libre de humillaciones. Esta infracción de los derechos es grave y no puede ser justificada por la realización de un fin legislativo diferente como ya se ha expuesto. El déficit de protección al que se hace referencia constituye una clara violación de los derechos fundamentales citados y, por extensión, de la Constitución.

El trato desigual que supone la calificación especial de los sujetos pasivos de las conductas reprochadas no es proporcional respecto al objetivo perseguido por la norma, por lo que crean una categoría de sujetos en situación jurídica de desprotección para las cuales las garantías constitucionales y legales no aplican.

En conclusión, el examen integrado de igualdad de las normas del Título II que excluyen a los combatientes víctima de la violencia sexual intrafilas de la esfera de protección del derecho penal permite asegurar que:

- **Las normas acusadas establecen un trato desigual que afecta adversamente a quienes están en mayor riesgo de sufrir la violencia sexual como crimen de guerra**, especialmente a los niños, niñas, las personas diversas y las mujeres campesinas, reclutados forzosamente o no, al interior de los grupos armados

¹⁶⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-093 de 2021. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo y José Fernando Reyes Cuartas.

ilegales y atacados en ese contexto, todos ellos pertenecientes a grupos tradicionalmente excluidos y marginados, que componen el 95% del total¹⁶⁹ de las víctimas de la violencia sexual intrafilas y que ya han sido señalados por la jurisprudencia como una población especialmente vulnerable¹⁷⁰.

- No existe un **fin constitucionalmente legítimo que justifique la discriminación establecida por la distinción en estos casos. Ninguno de los fines examinados proporciona una base adecuada** para el trato desigual establecido por las normas impugnadas mediante esta acción.
- Las normas señaladas del Título II **no superan el test estricto de proporcionalidad**, en cuanto no guardan ninguna proporción entre los valores constitucionales que procuran realizar y aquellos principios y valores que sacrifican. Entre los últimos, se encuentran la protección reforzada constitucional para aquellos sujetos que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta, y la salvaguarda de los derechos inalienables de las víctimas. Estamos frente a una clara omisión legislativa que vulnera la prohibición de la protección deficiente en materia de derechos fundamentales.
- Por todas estas razones, **la norma acusada** que establece un trato discriminatorio que **es inconstitucional, en franca violación del derecho fundamental a la igualdad**. Mientras la norma quizás busque realizar un fin legítimo, es inidónea para este fin, innecesaria y sacrifica valores y principios constitucionales de mayor alcance. La norma discrimina injustificadamente entre diferentes grupos de víctimas sin un fin superior que justifique este trato diferencial.
- La discriminación inconstitucional identificada multiplica los daños materiales e inmateriales que sufren estas víctimas, generalmente sometidas para vincularse en ambientes coercitivos que anulan todo consentimiento¹⁷¹, y mantenidas allí bajo la creencia de que el Estado es un enemigo que no les reconoce ningún derecho. **Excluir las de la esfera de protección, equivale a despojarlas de la ciudadanía y aceptar que se encuentran por fuera del alcance del Estado**¹⁷².

¹⁶⁹ Natalia Springer. *Prisioneras Combatientes: Reclutamiento y Trafico de Niñas y Trafico Sexual*. Bogotá. En Imprenta. 2024

¹⁷⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-116 de 2021. MP José Fernando Reyes Cuartas.

¹⁷¹ Corte Constitucional de Colombia, Auto 382 de 2010, Sala Especial de Seguimiento a la Sentencia T-025 de 2009, consideración no. 8.

¹⁷² Una de las creencias generales más penosas y que más dificultades ha supuesto a la hora de formular política pública para la protección de poblaciones en riesgo en el conflicto, es aquella según la cual los combatientes en las filas de grupos armados ilegales son todos delincuentes sin derechos, vinculados a estos grupos por voluntad propia y que las políticas públicas deben limitarse a darlos de baja, castigarlos o -en el mejor de los casos- a facilitar su desmovilización.

- **Esta vulneración configura un estado de cosas inconstitucional que facilita los escenarios que estimulan el reclutamiento forzado, la impunidad de los crímenes de especial gravedad, y revictimiza doblemente a quienes no pueden defenderse por su propio esfuerzo, especialmente a las personas que murieron o desaparecieron en el curso de estos ataques**¹⁷³.

Las consecuencias jurídicas de la desprotección son tan gravosas, que en esta acción pública de inconstitucionalidad se defiende la posición de que la salvación de la norma acusada por medio de una **interpretación constitucional condicionada no resulta posible**. La definición de la “*persona protegida*” en el Artículo 135 del Código Penal contiene una lista taxativa que no admite una ampliación del umbral de personas protegidas. **La calificación especial del sujeto pasivo indica, automáticamente, que la protección no recae sobre cualquiera. La ampliación de la interpretación tampoco es deseable, porque afectaría gravemente la correcta y necesaria aplicación del Principio de Distinción en otras circunstancias, como el homicidio en persona protegida, afectando gravemente el desarrollo de operaciones militares legítimas.**

Si la norma acusada no es retirada del ordenamiento jurídico, existe el riesgo real de que se sigan abriendo paso las interpretaciones que en sede judicial han buscado rebasar la barrera de la persona protegida para acoger a las combatientes víctimas de aborto forzado. Estos intentos no solo son imprecisos y problemáticos, sino peligrosos, porque debilitan las protecciones derivadas del Derecho Internacional Humanitario diseñadas para limitar al máximo el sufrimiento y el daño en los conflictos armados.

A este punto vale recordar el principio de estricto derecho como presupuesto constitucional de la seguridad jurídica es “*de sujeción de poderes del estado al derecho con dos subprincipios básicos, el primero es aquel que hace referencia a la presunción de conocimiento del derecho y la prohibición de esgrimir la ignorancia del mismo; el segundo se refiere al principio de legalidad de los poderes públicos, de acuerdo con el cual éstos solamente podrán hacer aquello para lo que están facultados por una norma jurídica*” y que restringe la capacidad interpretativa de los jueces como mecanismo de control al poder público. Una interpretación amplificada pero imprecisa de los alcances de la expresión “*en persona protegida*” para amparar a las víctimas de violencia sexual como crimen de guerra debilita el Principio de Distinción e infringe el principio de estricto derecho.

¹⁷³ Natalia Springer. *Prisioneras Combatientes: Reclutamiento y Trafico de Niñas y Trafico Sexual*. Bogotá. En Imprenta. 2024

COMO UNA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS

Se acusa a la expresión de constituirse en una cláusula discriminatoria que viola los derechos de los niños, derechos tratados de forma categórica y preferente por la Constitución. La contextura abierta del artículo 44 superior, amplía las garantías por reenvío al bloque de constitucionalidad, un bloque vivo que se reconfigura permanentemente, especialmente en favor de la protección de los más vulnerables en las circunstancias más agudas de déficit de protección.

Para fundamentar el cargo, se requiere situar el problema en su contexto, y de ajustar los perjuicios respecto de las condiciones en las que se produce la violencia sexual contra las niñas en los contextos intrafilas en Colombia.

El conflicto armado es un espacio excepcional de reproducción de la discriminación histórica contra las mujeres¹⁷⁴, materializado en una estructura social radicalmente autoritaria, patriarcal y dominante, al tratarse de un escenario de poder que las subordina cotidianamente a través del miedo y la coerción¹⁷⁵.

En el marco de un conflicto tan extenso y brutal como el colombiano, la violencia sexual ha sido instrumentalizada para cumplir con los fines de la guerra¹⁷⁶ y las niñas y las mujeres son usadas y violentadas de manera rutinaria, a pesar de lo cual, el nivel de denuncia es extremadamente bajo¹⁷⁷, lo que en sí constituye un poderoso signo de la efectividad del ataque sexual como instrumento de terror¹⁷⁸. Entre otras, el cuerpo de las

¹⁷⁴ Organización de los Estados Americanos, Convención Interamericana Sobre la Prevención, Castigo y erradicación de la Violencia contra las Mujeres, adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994 en el vigésimo cuarto periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, URL: <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/13.CONVENCION.BELEN%20DO%20PARA.pdf>

¹⁷⁵ Donny Meertens, Cecilia Barraza, Martha Sánchez, et al. *Colombia: Brechas, diversidad e iniciativas: Mujeres e igualdad de género en un país en conflicto*. Bogotá: Embajada de Suecia, ASDI, 2007.

¹⁷⁶ Centro Nacional de Memoria Histórica. *La guerra inscrita en el cuerpo: informe nacional sobre violencia sexual en el conflicto armado*. Bogotá: Centro Nacional de Memoria Histórica, 2017, pg. 196-200.

¹⁷⁷ El informe de Oxfam estima que la reticencia a denunciar es superior al 82.15% (402.264) del total de las mujeres víctimas (489.678). véase Oxfam-Intermon *La Violencia Sexual en Colombia: Primera Encuesta de Prevalencia*. Londres: Oxfam, 2010, URL: https://cdn2.hubspot.net/hubfs/426027/Oxfam-Website/oi-informes/101206_Violencia_sexual_Colombia.pdf

¹⁷⁸ Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 22, relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (Art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). UN Doc. E/C.12/GC/22, 2 de mayo de 2016.

niñas y niños es usado para marcar territorios, surtir venganza contra los adversarios, y “advertir” a las poblaciones sobre el ejercicio efectivo del poder, y el control sobre la región y sus habitantes¹⁷⁹.

La violencia sexual en el conflicto armado colombiano no se ejerce de manera fortuita ni al azar, sino que “*ha llegado a ser sistemática y generalizada*”¹⁸⁰, “*como parte de un plan criminal*”¹⁸¹ dirigido contra un sector extremadamente pobre y vulnerable de la población civil, con el “*objetivo de controlar territorios estratégicos*”¹⁸² para las organizaciones armadas, territorios que han estado bajo su control durante todo el periodo de ocurrencia de los hechos¹⁸³. En el contexto de un ataque generalizado (*Gesamttaf*) contra la población civil, se han ejecutado distintos actos criminales individuales (*Einzelaten*)¹⁸⁴ que causan graves sufrimientos y atentan contra la integridad y la vida de todas las comunidades, que con frecuencia tienen que desplazarse o confinarse por meses con el fin de protegerse. Tanto los informes de organizaciones no gubernamentales más reconocidos sobre la materia¹⁸⁵, como los informes de las Naciones Unidas¹⁸⁶, del Fiscal General de la Nación¹⁸⁷, del Centro Nacional de Memoria Histórica¹⁸⁸, de la Procuraduría

¹⁷⁹ Amnistía Internacional. *Colombia: cuerpos marcados, crímenes silenciados. Violencia sexual contra las mujeres en el marco del conflicto armado*. Madrid: EDAI 2004, pg. 10.

¹⁸⁰ Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, Resolución 2467 de 2019, aprobada por el Consejo de Seguridad en su 8514 sesión, celebrada el 23 de abril de 2019, UN Doc. S/RES/2467 (2019), párrafo 5.

¹⁸¹ Estándar de calificación según Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia, *Fiscal v. Dr. Milomir Stakic (IT-97-24-T)*, Sentencia de la Sala de Primera Instancia II, 31 de julio de 2003, parra. 153 s.

¹⁸² Estándar de calificación según Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia, *Fiscal v. Momcilo Perisic (IT-04-81-T)*, Sentencia de la Sala de Primera Instancia I, 6 de septiembre de 2011, parra. 598 s.

¹⁸³ Estándar de calificación según Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia, *Fiscal v. Dario Kordic y Mario Cerkez (IT-95-14/2)*, Sentencia de la Sala de Primera Instancia, 26 de febrero de 2001, parra 32.

¹⁸⁴ Kai Ambos, *Internationales Strafrecht*. 2a ed. Munich: C.H. Beck Verlag, 2008, pg. 132s.

¹⁸⁵ Natalia Springer, *Como corderos entre lobos: Del uso y reclutamiento de niñas, niños y adolescentes en el marco del conflicto armado y la conspiración criminal en Colombia*, Bogotá: ICBF, 2012; Human Rights Watch, *You'll Learn Not to Cry: Child Combatants in Colombia*, HRW Americas Report, September, New York 2003, p. 107; Cielo Mariño Rojas, *Niñez víctima del conflicto armado*. Bogotá: Universidad Externado, 2005; Natalia Springer. *Prisioneros Combatientes*. Bogotá. En Imprenta. 2024; Fundación Ideas para la Paz, *El problema del reclutamiento y la utilización de niños, niñas y adolescentes. Desafíos y respuestas urgentes*, Bogotá: FIP, octubre de 2020; CICR, *Colombia: Retos humanitarios 2023*. Bogotá: Delegación del CICR, 22 de marzo 2023.

¹⁸⁶ United Nations, Security Council, *Fifth report of the Secretary-General on children and armed conflict in Colombia*, UN Doc. S/2021/1022, 8 December 2021, parra 19-24; United Nations, Security Council Working Group on Children and Armed Conflict, Public Statement by the Chair of the Working Group on Children and Armed Conflict, Press Release, SC/14977, 20 July 2022; United Nations, *Situation of human rights in Colombia - Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights* UN Doc. A/HRC/55/23 (Unofficial English version), 1 March 2024, parra. 16-17.

¹⁸⁷ Fiscalía General de la Nación, Despacho del Fiscal general Eduardo Montealegre Lynett, *Informe sobre el reclutamiento de niñas, niños y adolescentes*, Bogotá: Fiscalía General de la Nación, 2016.

¹⁸⁸ Centro Nacional de Memoria Histórica, *Una guerra sin edad. Informe nacional de reclutamiento y utilización de niños, niñas y adolescentes en el conflicto armado colombiano*, Bogotá: CNMH, 2017.

General de la Nación¹⁸⁹ y de la Comisión de la Verdad¹⁹⁰, dan cuenta de que **más del 65% de las personas afiliadas a los grupos armados ilegales son reclutadas y/o utilizadas para los fines del conflicto armado siendo menores de 16 años. El promedio de edad de ingreso se sitúa alrededor de los 13 años, en una etapa en la que los individuos ni siquiera tienen la capacidad legal para consentir**¹⁹¹.

No se conoce la investigación que respalda la creencia común de que el reclutamiento y la utilización y el tráfico de personas por organizaciones armadas ilegales en Colombia es un fenómeno generalmente voluntario, en forma de un cierto acuerdo libre entre adultos¹⁹². Por el contrario, distinto a esta presunción sin base material, los registros son muy claros en demostrar patrones nítidamente indicativos de que:

1. El reclutamiento de menores se ejecuta en zonas de control territorial de los agentes armados ilegales.
2. Ocurre en un ambiente generalizado de violencia, coerción o amenaza creíble de violencia.
3. Los reclutados son contactados por agentes de la organización armada, no lo contrario. El reclutamiento es tenido como una estrategia para asegurar la lealtad de las poblaciones en las zonas de control territorial, es obligatorio y argumentado como una forma de *tributo* con el que tienen que cumplir las familias para que se les permita quedarse en las regiones. Tal y como lo ha comprobado la misma Corte Constitucional, aquellas que se niegan a entregar a sus hijos son obligadas a desplazarse.
4. No hay pruebas de que los reclutados sean consultados o alertados sobre las consecuencias materiales y jurídicas de su vinculación al grupo armado.

¹⁸⁹ Procuraduría General de la Nación, Informe sobre reclutamiento niños, niñas y adolescentes, Bogotá: Procuraduría General de la Nación, Noviembre 2019; URL: <https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/docs/Informe%20final%20sobre%20reclutamiento%20final.pdf>

¹⁹⁰ Comisión de la Verdad, *Hay futuro si hay verdad: Informe Final de la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición*. Tomo 8: *No es un mal menor. Niñas, niños y adolescentes en el conflicto armado*, Bogotá: Comisión de la Verdad, 2022. URL: <https://www.comisiondelaverdad.co/no-es-un-mal-menor>

¹⁹¹ Natalia Springer. *Prisioneras Combatientes: Reclutamiento de Niñas y Trafico Sexual*. Bogotá. En Imprenta. 2025

¹⁹² En 25 años como investigadora del crimen de reclutamiento y utilización de niños y niñas para los fines del conflicto, la accionante no ha encontrado base material para asegurar que el reclutamiento de personas por parte de organizaciones armadas ilegales es un fenómeno generalmente voluntario que deriva de una adhesión de sectores de la población a los idearios y valores de estas organizaciones por razones raciales, religiosas, culturales, o socio económicas. La pobreza, siendo un factor de vulnerabilidad, tampoco explica la persistencia de la práctica criminal. En cambio, y en coincidencia con lo que otros señalan, una de las variables que mejor predice las variaciones en reclutamiento es la presencia de cultivos ilícitos y otras rentas ilegales, y con ello, la formación de ejércitos ilegales para la defensa de esos mercados marginales.

5. No reciben pago, o el pago es irrisorio y les recobran por su *manutención*.
6. No se registra evidencia alguna de que los reclutados o aquellos que han estado al servicio de estos grupos consientan sobre la ejecución de actos extremos de violencia sexual sobre su persona.
7. Las niñas son reclutadas de forma preferente para cumplir con la servidumbre sexual. El 95% de las víctimas sexual de violencia intrafilas son mujeres, y no menos del 80% son niñas menores de 18 años¹⁹³.

El alistamiento, reclutamiento y la utilización de niñas, niños y jóvenes para fines del conflicto armado son procesos muy sofisticados y bien establecidos, generalmente orientados por dos ejes principales: la despersonalización, que se consume cuando los despojan de su propio nombre, de toda autoridad y autonomía sobre su libertad, su voluntad y toda agencia sobre su propio cuerpo. El segundo eje es el de la contrasocialización, en el que la formación en desarrollo moral se invierte. Estos dos ejes, la despersonalización y la contrasocialización, **cumplen el fin de la destruir total o parcialmente la personalidad jurídica de las víctimas**¹⁹⁴.

En un ambiente en extremo coercitivo, extenuante, en el que el estado de alerta es permanente y en el que hay muy pocos incentivos, el control sobre la oferta sexual es altamente estratégico. El reclutamiento de niñas y mujeres jóvenes cumple especialmente con el propósito de la esclavitud y la servidumbre sexual. Es de la comprobación de este hecho que la Corte Constitucional ha concluido que *"la mayor parte de menores de edad en la guerra son niñas, quienes son sometidas a trabajos humillantes, esclavitud sexual, compelidas a ser compañeras sentimentales de los comandantes y obligadas a abortar en muchas ocasiones"*¹⁹⁵.

De la misma manera, la Corte Constitucional ha reconocido en sucesivas sentencias en el curso de las últimas dos décadas, que el ejercicio de la violencia sexual como crimen de guerra¹⁹⁶, en todas sus modalidades, al interior de las organizaciones armadas ilegales y bandas criminales, es *"habitual, extendida y sistemática"*¹⁹⁷, forma parte de la dinámica habitual de operación de estos grupos al señalar que *"la violencia sexual contra niños, niñas y adolescentes sigue siendo una de las prácticas ilícitas más recurrentes en el marco del reclutamiento forzado"*¹⁹⁸, y que *"dentro de las funciones asignadas a niñas*

¹⁹³ Natalia Springer. *Prisioneras Combatientes: Reclutamiento de Niñas y Trafico Sexual*. Bogotá. En Imprenta. 2025

¹⁹⁴ Natalia Springer. *Prisioneras Combatientes: Reclutamiento de Niñas y Trafico Sexual*. Bogotá. En Imprenta. 2025

¹⁹⁵ Corte Constitucional, Auto 009 de 2015, 27 de enero de 2015, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁹⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

¹⁹⁷ Ibidem.

¹⁹⁸ Corte Constitucional, Auto 009 de 2015, emitido por la Sala de Seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

y adolescentes dentro de las filas, se encuentran: (...) v) la servidumbre y la explotación sexual, entre otras. Donde particularmente la servidumbre y la violencia sexual comprenden repertorios como: tocamiento, la actividad sexual indeseada, el tráfico sexual, la extorsión sexual, entre otros"¹⁹⁹.

El Auto 009 de 2015 informa explícitamente que *"la violencia sexual sigue siendo un riesgo de género para las mujeres en el marco del conflicto armado interno y que, el desplazamiento forzado por la violencia persiste como una expresión de la discriminación y las violencias de género que se viven en el territorio. Observó la persistencia de casos de violencia sexual perpetrados por actores armados que incluyen actos de tortura física y psicológica, algunos con el posterior asesinato de la víctima, actos de ferocidad y barbarie sexual; violaciones, abusos y acosos sexuales individuales por parte de los actores armados, mediante secuestros, retenciones o intromisiones abusivas durante largos períodos de tiempo, prácticas de planificación reproductiva forzada, esclavización, explotación y prostitución sexual forzada, embarazos y abortos forzados, así como el contagio de enfermedades de transmisión sexual. Igualmente, la Corte fue informada de posibles afectaciones de género con connotación sexual contra mujeres, niñas y adolescentes, principalmente indígenas, alrededor de explotación minera en algunas zonas del país. Varias organizaciones de mujeres han documentado casos de prostitución, afectaciones graves a la salud sexual y reproductiva, contagio de enfermedades de transmisión sexual como el VIH- SIDA, embarazos no deseados en niñas y adolescentes, abortos espontáneos o voluntarios sin las condiciones clínicas requeridas, acosos y hostigamientos sexuales*"²⁰⁰. Entre los crímenes de naturaleza sexual y ejecución masiva al interior de grupos armados ilegales al día de hoy están: la trata con fines de explotación sexual, la servidumbre y la esclavitud sexual, la violación, los actos sexuales violentos, los tratos inhumanos y degradantes, la anticoncepción forzada, la desnudez forzada, el aborto forzado y el ataque sexual como una forma de tortura.

Estas apreciaciones de la Corte siguen teniendo tanta validez como cuando fueron formuladas, especialmente a la luz del **surgimiento del tráfico de personas como un mercado ilegal en crecimiento, supremamente lucrativo, y que ofrece el contexto para la multiplicación de la violencia sexual**, tal y como lo prueban los hechos de algunos casos representados ante distintas jurisdicciones por la accionante²⁰¹, y que ilustran la persistencia de estas prácticas:

¹⁹⁹ Ibidem.

²⁰⁰ Corte Constitucional, Auto 009 de 2015, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁰¹ Natalia Springer. *Prisioneras Combatientes: Reclutamiento de Niñas y Tráfico Sexual*. Bogotá. En Imprinta. 2025

H²⁰² fue reclutada a los 14 años, obligada a abortar en dos ocasiones y sometida a servidumbre sexual, tortura y tratos crueles cuando intentó escapar. Estando embarazada nuevamente, H volvió a intentar y consiguió efectivamente escapar, pero recibió un impacto de bala de sus compañeros de filas en el esfuerzo por asesinarla. H no ha sido reconocida como víctima.

La menor V²⁰³ intento resistir el reclutamiento y se negó a cooperar, por lo que fue separada junto a otra mujer NN, presuntamente también menor de edad, y ambas fueron violadas por un grupo de hombres para romper su espíritu y su intención de resistirse al reclutamiento. Los actos fueron de tal sadismo que las dejaron incapacitadas, con NN en circunstancia de sangrado constante y un aparente estado de agonía, pese a lo cual jamás se les presto asistencia médica o amparo²⁰⁴. Mientras que, en el curso de un combate, V y otros consiguieron escapar, NN falleció como producto del ataque sexual. V ha sido descartada administrativamente como víctima.

Y²⁰⁵, vinculada a los 11 años y violada por un comandante de una organización armada, ha sido aconsejada de no acreditarse como víctima por temor a las represalias, siendo el señalado un firmante del proceso de paz.

L²⁰⁶, vinculada a los 13 años, fue puesta en circunstancia de servidumbre sexual junto con otras niñas para el comandante de una organización armada. En el curso de un ataque, fue luego capturada por un grupo enemigo y usada como informante hasta que logró escapar. No ha logrado su acreditación como víctima.

Las hermanas M, Vi y P reportan haber sido rifadas *"como si fuéramos una vaca. A mí me toco en carpa con un hombre al que le decían alias Carvajal, a mi hermana P* se fue con Darío y a otra hermana con Arturo"*. Las mujeres fueron violadas reiteradamente y tenidas para *"servirles, atenderlos como si fuéramos esclavas (...) Ellos como decían no servíamos sino para matarles las ganas y cocinar"*. La esclavitud sexual a la que las mujeres, una de ellas discapacitada, fue tan gravosa, que fueron eventualmente abandonadas a su suerte en medio del monte, bajo la convicción de que morirían. Al día de hoy, ninguna ha sido reconocida como víctima.

²⁰² Reclutada siendo menor de edad para servitud sexual y cocina. Expediente interno #0010110479190224. La víctima está dispuesta a declarar bajo reserva.

²⁰³ Reclutada siendo menor de edad recogida por la fuerza y obligada a reclutarse junto con otros trabajadores de una finca cafetera. Expediente interno #012080274260324. La víctima está dispuesta a declarar bajo reserva.

²⁰⁴ En palabras de la testigo: *"A esa niña la reventaron por dentro"*

²⁰⁵ Reclutada siendo menor de edad para servitud sexual. Expediente interno #1152312. La víctima está dispuesta a declarar bajo reserva.

²⁰⁶ Reclutada siendo menor de edad para servitud sexual y cocina. Expediente interno #1162312. La víctima está dispuesta a declarar bajo reserva.

Por la desproporción del sadismo y la crueldad con la que son tratadas, en contraste con las dimensiones de sus pequeños cuerpos, muchas de estas niñas sencillamente no sobreviven, y forman parte del innumerable grupo de desaparecidos en el conflicto de los que nadie da cuenta²⁰⁷.

A este punto vale señalar que, aunque la Corte Constitucional "*considero ajustado a la Constitución el hecho de que la ley de víctimas estableciera como límite, para acceder a las medidas de protección allí consagradas, "el hecho de que la desmovilización haya ocurrido mientras las personas sean menores de edad"*²⁰⁸, en este escrito se argumenta que se está exigiendo una carga desproporcionada sobre una población en extremo vulnerable, una carga que asume que la decisión de desmovilizarse es una decisión voluntaria, libre y sin consecuencias.

La desmovilización voluntaria de los grupos armados ilegales no existe. Las personas que expresan la intención de desmovilizarse de los grupos armados ilegales son tenidas como traidores y enfrentan la tortura aleccionante y la muerte, no solo para ellos sino también para sus familiares. El precio de escapar no es solo el riesgo para la propia vida, la integridad y la dignidad, sino la de sus familias que se ven obligadas a abandonarlo todo y a desplazarse. Es por la comprobación de estas realidades, que la Corte Constitucional estableció en la Sentencia del caso *Helena*²⁰⁹ que las víctimas encuentran obstáculos extraordinarios en el temor justificado, el desconocimiento de los mecanismos para declarar, la ausencia o debilidad del Estado, la persistencia del conflicto en sus regiones y las deficiencias en la atención y capacidad de los funcionarios, por lo que moderó su propio precedente para admitir que, aunque hayan alcanzado la mayoría de edad, estas personas no pierden su condición de víctimas y pidió "*que se adelante una política diferencial, que tenga en cuenta la situación de los menores y las limitaciones que tienen para abandonar los grupos al margen de la ley*"²¹⁰.

Pese a este fallo, el descarte administrativo coincide con las posturas que en sede judicial han negado la condición de estas mujeres víctimas, o que los ataques sexuales ejecutados al interior de los grupos armados ilegales alcancen el nivel de los crímenes de guerra, así como su persistencia e incremento con posterioridad al 1 de diciembre del 2016²¹¹. **De forma paralela, los comparecientes del macrocaso #11, como postura oficial, se están negando a cooperar argumentando que ninguno de estos actos**

²⁰⁷ Natalia Springer. *Prisioneras Combatientes: Reclutamiento de Niñas y Trafico Sexual*. Bogotá. En Imprenta. 2025

²⁰⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-253A de 2012. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

²⁰⁹ Corte Constitucional, Sentencia SU-599 de 2019, 11 de diciembre de 2019. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

²¹⁰ *Ibidem*

²¹¹ Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, Violencia sexual relacionada con los conflictos. Informe del Secretario General, UN Doc. S/2022/272, 29 de marzo de 2022, parra. 24-25.

constituye un crimen de interés de la jurisdicción especial, por tratarse de cuestiones ocurridas en una "jurisdicción propia". Al tenor de este argumento, han alegado que, en consecuencia, sus garantías al debido proceso y a la seguridad jurídica están siendo vulneradas, por lo que están solicitando el retiro del macrocaso 11 y la formulación de una ley de punto final.

Todo esto constituye el núcleo de un intenso debate de la mayor actualidad, que ilustra la dificultad para enjuiciar estos casos. Para referencia de esta Corte, en el caso *Arboleda Buitrago*, por ejemplo, la fiscalía logro probar que tanto los abortos como la planificación forzada correspondían a una política general de obligatorio cumplimiento en tres organizaciones armadas ilegales. Que, además de forzar a niñas y mujeres desde los 11 años al aborto, se les infligió una variedad de castigos consistentes en trabajos forzados y tortura. Que las órdenes eran impartidas desde la comandancia de los frentes, en directa referencia a una directiva impartida y supervisada desde las instancias centrales de las organizaciones armadas. Que el acto del aborto era de una violencia y un sadismo tal, que su crueldad estaba establecida como una forma de castigo cuyo fin era aleccionar a las demás reclutas sobre las consecuencias de quedar en embarazo. Que los procedimientos se surtían en cualquier estadio de gestación y que algunos de esos niños nacieron vivos, eran viables y fueron asfixiados entre los excrementos de las letrinas de los campamentos.

Pese a ello, la Sala de Amnistía o Indulto de la Jurisdicción Especial para la Paz, en resolución fechada el 25 de febrero del 2019, por ejemplo, negó enfáticamente la calificación de las conductas como crímenes de guerra²¹². Aunque la JEP deshizo su propia decisión después del reproche excepcional que le formulo la Corte Constitucional en la Sentencia de Unificación del caso *Helena*²¹³ en el que acoge la interpretación de la Corte Penal Internacional en el caso *Ntaganda*²¹⁴, es altamente problemática, discriminatoria y poco convincente la argumentación a través de la cual los jueces han pasado a circunvalar la interpretación de las disposiciones del Código Penal para acomodar la calificación especial del sujeto pasivo establecido en el código penal para reconocer a algunas de estas víctimas como *personas protegidas*.

²¹² Jurisdicción Especial para la Paz. Sala de Amnistía o Indulto. Resolución No. SAI-LC-XBM-046 del 25 de febrero del 2019. Se puede encontrar aún en la página oficial de la JEP el Estado No. 211 del 10 de mayo de 2019 para notificar la Resolución No. SAI-LC-XBM-046 del 25 de febrero de 2019. En este documento se puede ver que la Resolución concedió parcialmente la libertad del postulante. URL: <https://www.jep.gov.co/Notificaciones/Estado%20N.%20211%20SAI%20para%20notificar%20la%20resolución%20N.%20SAI-LC-XBM-046%20del%2025%20de%20febrero%20de%202019.pdf>

²¹³ Corte Constitucional, *Sentencia SU-599 de 2019*, 11 de diciembre de 2019. M.P. Cristina Pardo Schlesinger, pag. 74, parra. 2.

²¹⁴ International Criminal Court, Trial Chamber VI, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, No.: ICC-01/04-02/06, Judgment, 8 July 2019.

Los jueces han ido decantándose por calificar a las víctimas de los abortos forzados, pero no de otros actos de violencia sexual en el contexto intrafamiliares, como *personas protegidas*²¹⁵ por el hecho del embarazo o la barbarie del procedimiento abortivo, equiparando su condición a aquella de los que se encuentran *fuera de combate por enfermedad o rendición*. Estos razonamientos son altamente problemáticos y profundamente discriminatorios, entre otras, porque no resuelven el problema de qué pasa con la protección después del aborto forzado, y excluye a las personas víctimas de ataques sexuales que no derivan en embarazo o en aborto, como las que están en situación de esclavitud y servidumbre sexual que son delitos de ejecución continuada, o de los hombres o las personas diversas cuando son atacados por sus propios compañeros²¹⁶. Tampoco hay un consenso claro sobre cómo y en qué momento se activa esa protección, aumentando la confusión entre los aplicadores de la ley y la inseguridad jurídica.

En esta acción se argumenta que este razonamiento confuso e impreciso, debilita y dificulta la correcta aplicación del *Principio de Distinción*, uno de los ejes fundamentales del Derecho Internacional Humanitario para la minimización del sufrimiento innecesario, lo que profundiza y refuerza la desprotección de los niños.

En razón de lo expuesto, se alega que la expresión denunciada en esta acción vulnera el estatus especialísimo que le otorga la Constitución a los niños que ha sido diseñado para proteger la integridad de su dimensión existencial y que habilita al Estado para ordenar las acciones y medidas necesarias para mitigar su situación y velar por su interés superior (Art. 44), y a las Cortes para resolver los conflictos valiéndose de la regla Pro Infans. La expresión contradice los compromisos adquiridos por el Estado en materia de protección, entre los que vale citar, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley 74 de 1968), art. 24; La *Convención Americana de Derechos Humanos*, art. 19; La *Convención sobre los Derechos del Niño* (Arts. 19 y 36), entre otros instrumentos destinados a la erradicación de la explotación infantil, o, como en el caso del *Convenio 182 relativo a las peores formas de trabajo infantil* OIT, que establecen el deber de todos los firmantes, de adoptar medidas para la *prohibición y la eliminación* de las peores formas de trabajo infantil con carácter de urgencia, entre las que se incluye el reclutamiento infantil.

²¹⁵ Tribunal Superior de Pereira, Sala de Decisión Penal, Aborto Forzado en Persona Protegida, Procesado: Héctor Albeidis Arboleda B., Radicación: 660013107002 2017 00077 02, Magistrado Ponente: Jorge Arturo Castaño Duque, Decisión del 26 de enero de 2022.

²¹⁶ Juzgado 2º Penal del Circuito de Pereira, Sentencia condenatoria contra el señor HÉCTOR ALBEIDIS ARBOLEDA, radicado No. 66001310700220170007700, 6 de mayo de 2020, folio 65.

VIOLACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE LA ESCLAVITUD, LA SERVIDUMBRE SEXUAL Y LA TRATA DE PERSONAS

Como se alegó en la primera parte de esta acción, la cláusula de exclusión que califica de forma especial a los sujetos pasivos de las conductas reprochadas y que expulsa de la esfera de protección a los y las combatientes víctimas de la violencia sexual en los contextos intrafilas en el Código Penal, responde a una mala interpretación de los alcances del Principio de Distinción en el Derecho Internacional Humanitario. El resultado de estas fórmulas no refleja correctamente los contenidos del artículo 8 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que no requiere la calificación especial, y producen una discriminación injustificada, desproporcionada e innecesaria.

Se ha alegado también que la protección de todas las personas contra la violencia sexual por el derecho internacional humanitario deviene posible independientemente de si el ataque sexual deriva en un embarazo, de la edad de la víctima al momento de la vinculación o del ataque, del rango que sostenía en el grupo armado o de su posterior desmovilización, por la naturaleza misma de los crímenes y no por sus consecuencias.

Mientras estas personas estén siendo victimizadas, incluso por sus mismos compañeros, e independientemente de su condición de género, de si son diversas, si se identifican como hombres, o de las consecuencias del ataque sexual, son sujetos de las protecciones del DIH²¹⁷ porque la criminalización de estas conductas como crímenes de guerra no depende de la posición de la víctima, sino de la gravedad de los actos y su nexo funcional con el conflicto armado²¹⁸.

Esta interpretación es consistente con el Derecho Internacional, que si bien autoriza ciertas formas de ataque violento, también establece límites claros a la violencia armada suscritos a la necesidad militar. La violencia sexual recae en la categoría de métodos y medios prohibidos, por lo que no existen consideraciones de necesidad militar que la justifiquen, tratándose de una clara violación del Principio de Humanidad²¹⁹. El hecho mismo de que ciertas víctimas sean combatientes no las convierte en *blancos legítimos*

²¹⁷ Natalia Springer. *La Violencia Sexual como Crimen de Guerra*. TEMIS ed. 2023.

²¹⁸ Natalia Springer. *Prisioneras Combatientes: Reclutamiento de Niñas y Trafico Sexual*. Bogotá. En Imprinta. 2025

²¹⁹ Natalia Springer. *La Violencia Sexual como Crimen de Guerra*. TEMIS ed. 2023.

de la violencia sexual, ni de parte del enemigo, ni de sus propios compañeros, porque la violencia sexual nunca puede ser un acto de guerra lícito²²⁰.

El caso es aún más claro en la hipótesis de los crímenes que recaen en la esfera de las normas imperativas del derecho internacional (*ius cogens*), como son la prohibición absoluta de la esclavitud en todas sus formas y contra todas las personas²²¹, entre cuyas consecuencias jurídicas están que estas disposiciones, que forman parte del núcleo duro del bloque de constitucionalidad, son normas imperativas del derecho internacional que no admiten acuerdo en contrario²²², y que, en cuanto tienen efectos *erga omnes* en el que todos los Estados tienen un interés, producen consecuencias jurídicas tan perjudiciales que *"Todo Estado tiene derecho a invocar la responsabilidad de otro Estado por la violación de una norma del derecho internacional general (ius cogens) de conformidad con las normas sobre la responsabilidad del Estado por hechos intencionalmente ilícitos"*²²³.

PROHIBICIÓN DE LA ESCLAVITUD Y LA SERVIDUMBRE SEXUAL

²²⁰ *Ibidem*

²²¹ Tal y como se observa en las notas 706 y 707 a las Conclusiones del Informe de la Comisión de Derecho Internacional: *"Prosecutor v. Furundžija, pág. 569, párrs. 153 y 154, donde el Tribunal vinculó expresamente la condición de norma imperativa de derecho internacional general (ius cogens) de la prohibición de la tortura a la "importancia de los valores que protege", señalando que "el carácter de ius cogens de la prohibición de la tortura refleja claramente la idea de que esta se ha convertido en una de las normas más fundamentales de la comunidad internacional". El Tribunal Europeo de Derechos Humanos citó e hizo suya esta afirmación en la causa Al-Adsani v. the United Kingdom, demanda núm. 35763/97, sentencia de 21 de noviembre de 2001, Gran Sala, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Reports of Judgments and Decisions 2001-XI, párr. 30. En el caso Goiburú y otros Vs. Paraguay (sentencia de 22 de septiembre de 2006 sobre fondo, reparaciones y costas, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, núm. 153, párr. 128), la Corte describió los delitos prohibidos por el ius cogens como aquellos que "afectan valores o bienes trascendentales de la comunidad internacional". Véase también Michael Domingues Vs. Estados Unidos, (caso núm. 12.285, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe núm. 62/02 de 22 de octubre de 2002, párr. 49), donde dicha Comisión vinculó las normas imperativas de derecho internacional general (ius cogens) a la "moral pública" y, lo que es más importante, declaró que estas "derivan su condición de valores fundamentales defendidos por la comunidad internacional", señalando que la violación del ius cogens "conmueve la conciencia de la humanidad".*

²²² Conclusión I. Alcance. <https://legal.un.org/ilc/reports/2019/spanish/chp5.pdf> Véase también A. Cassese, "For an enhanced role of jus cogens", en A. Cassese (ed.), *Realizing Utopia: the Future of International Law*, Oxford University Press, 2012; H. Charlesworth y C. Chinkin "The gender of jus cogens", *Human Rights Quarterly*, vol. 15 (1993).

²²³ Conclusión 17.2 "Normas imperativas del derecho internacional general (ius cogens) como obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto (obligaciones *erga omnes*)". S. Kadelbach, "Genesis, function and identification of jus cogens norms", *Netherlands Yearbook of International Law* 2015, vol. 46 (2016), págs. 147 a 172 (la responsabilidad reforzada y los efectos *erga omnes* del ius cogens sobre la base del artículo 53 de la Convención de 1969) <https://legal.un.org/ilc/reports/2019/spanish/chp5.pdf>

En marzo del 2018, con posterioridad a su desmovilización, el excomandante en jefe del “Estado Mayor” de las antiguas FARC-EP, Rodrigo Londoño Echeverri, alias *Timochenko*, señaló: “*Mire, nosotros trabajamos con base en nuestros reglamentos. Estamos por fuera de la jurisdicción. Teníamos nuestra propia jurisdicción (...) en el campo (...) las niñas (...) por lo general su vida sexual comienza casi entre los 10 y los 11 años*”²²⁴ (negrilla fuera del original). Confirmando esta declaración, la ex combatiente Luz Fary Palomar Quintero declaró ante la JEP que ella fue reclutada a los 10 años y violada a los 13 por el señor Londoño, quien luego la obligó a abortar porque “*no se podían dar cuenta que yo estaba embarazada; en el hospital Oriental los abortos eran normales, hacían muchos al día a niñas de 12 y 13 años, sacaban niños de 6, 7 y 8 meses*”²²⁵.

El núcleo del argumento en esta sección se formula alrededor de la acusación de que la omisión legislativa relativa objeto de este reproche valida la afirmación citada arriba según la cual el Estado de Derecho y los derechos fundamentales inderogables en estados de excepción no aplican en los campamentos de los grupos armados ilegales. **La calificación especial de los sujetos pasivos de las conductas reprochadas constituye un abandono legal y constitucional de estas víctimas y una autorización explícita para la ejecución impune de crímenes de la más extrema gravedad, como la esclavitud y la servidumbre sexual, a los que son sometidas miles de niñas reclutadas de forma rutinaria para cumplir con estas funciones**²²⁶.

La cláusula de exclusión “*en persona protegida*” a través de la cual se califica de forma especial al sujeto pasivo de las conductas de esclavitud sexual supone una contradicción con los términos de la prohibición de la esclavitud en todas sus formas y contra todas las personas que tiene el nivel de *ius cogens* y que no puede ser modificada sino por otra norma imperativa del derecho internacional. **La prohibición de la esclavitud en todas sus formas y de todas las personas**²²⁷, **al formar parte del núcleo duro del Derecho Internacional Humanitario tenido como el piso mínimo de protección inderogable**

²²⁴ Entrevista con Timochenko en Blu Radio, URL: <https://www.facebook.com/paolaholguinm/videos/timochenko-que-justifica-las-violaciones-a-las-niñas/267505580868331/>

²²⁵ “Yo fui violada a los 13 años por Timochenko”. Ante la Jurisdicción Especial para la Paz una mujer denunció que el líder del partido FARC la violó y ordenó que le realizaran un aborto. Infobae, 28 Oct, 2020, URL: <https://www.infobae.com/america/colombia/2020/10/28/yo-fui-violada-a-los-13-anos-por-timochenko/>

²²⁶ Natalia Springer. *Prisioneras Combatientes: Reclutamiento de Niñas y Trafico Sexual*. Bogotá. En Imprenta. 2025

²²⁷ El estudio del derecho humanitario internacional consuetudinario llevado a cabo por la Cruz Roja en 2005 llega a la conclusión de que la esclavitud y la trata de esclavos en todas sus formas están prohibidas por el derecho internacional consuetudinario en el contexto de los conflictos armados (independiente de si es un conflicto de naturaleza internacional o no internacional) Jean-Marie Henkaerts & Louise Doswald-Beck, *Customary Int'l Hum. Law, Vol 1: Rules*, Cambridge Univ. Press 2005, Rule 94, pp. 327-330.

e incluido en el bloque de constitucionalidad, no puede, en ningún caso, abrir espacios de impunidad para su ejecución.

En el contexto colombiano la esclavitud y la servidumbre sexual son una función rutinaria y habitual que cumplen las niñas, las mujeres y las personas diversas en los contextos intrafilas, pese a lo cual, **rara vez ha sido castigada y recibe una mínima atención de la justicia.**

Las víctimas reportan haber sido reclutadas siendo menores de edad para ser sometidas, por extensos periodos de tiempo, y en conjunto con otras, a la esclavitud y la servidumbre sexual, una actividad tenida como un deber en el que soportaban el tratamiento sexual humillante; el forzamiento a participar de actividades sexualmente degradantes o complacer a hombres adultos con prácticas violentas y repulsivas; los latigazos y las golpizas en el contexto sexual; el ahorcamiento, la sodomización con palos y botellas rotas; la violación grupal como terapia de conversión y como castigo para someter la voluntad; el uso de cadenas, sogas, yugos, yerras para marcar animales y armas en el curso de la actividad sexual violenta; el tatuaje y la desfiguración facial o corporal, entre otros actos, todos ellos se ejecutan en el marco del ejercicio intencional (elemento subjetivo-*mens rea*) del derecho de propiedad que ejercen los atacantes sobre estas víctimas (elemento objetivo-*actus reus*)²²⁸ con una consecuencia jurídica muy concreta para el análisis del daño: la destrucción parcial o total de la personalidad jurídica de la víctima, que empieza con el despojo de su nombre, su identidad y toda agencia sobre sus cuerpos y su voluntad²²⁹.

La naturaleza amplia del ataque descarta toda sospecha de que se trate de un crimen de oportunidad aislado, lo que se prueba a través de la cantidad de víctimas, la sostenibilidad del ataque en el tiempo y la dispersión territorial de los casos, por lo que hablamos aquí de un ataque masivo, sostenido y a gran escala, ejecutado colectivamente, de gravedad considerable, y dirigido contra una multitud de víctimas que fueron seleccionadas intencionalmente según criterios de focalización específicos relativos a la edad (menores de 14 años), el género (niñas) y el nivel socioeconómico (pobreza extrema). Las víctimas son sometidas INTENCIONALMENTE a dolores o sufrimientos graves, físicos y mentales, con la intención de humillar y doblegar la voluntad, manejarlas con docilidad y deshumanizarlas.

²²⁸ Natalia Springer. *Prisioneras Combatientes: Reclutamiento de Niñas y Trafico Sexual*. Bogotá. En Imprinta. 2025

²²⁹ Estos testimonios han sido sometidos a consideración de la JEP dentro de un núcleo de casos que la accionante representa en sede de jurisdicción ordinaria y la especial.

El silencio de la justicia autoriza la generalización de estas conductas y su multiplicación, como esta ocurriendo con posterioridad al 1 de diciembre del 2016 en coincidencia con un aumento extraordinario del tráfico de personas en el territorio²³⁰.

Como se identificó en Fiscal Vs. Krnojelac, *“la imposición de trabajos forzados o servicios obligatorios es un indicio de esclavitud y un factor que ha de ser tomado en consideración en la determinación de si la esclavización tuvo lugar”*²³¹. En los casos examinados, los actos no son aislados, ni eran ignorados por los altos mandos de las organizaciones armadas, quienes generalmente sabían y participaron activamente en su ejecución. Los actos superan los criterios establecidos por los tribunales internacionales para la valoración de las conductas y las consecuencias en el desarrollo y la salud física y mental de estas víctimas, generalmente menores de edad, han perdurado por décadas: las víctimas viven en el temor y la vergüenza permanentes, guardan silencio por décadas, experimentan toda suerte de efectos psicosomáticos al momento en que describen los horrores de los que fueron objeto, y muchas padecen condiciones incapacitantes físicas y mentales permanentes²³².

La esclavitud tiene una muy bien fundada prohibición universal²³³. La Convención internacional sobre la esclavitud, firmada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926, define (Art. 1) la esclavitud como *“el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos”*. De la misma manera, la trata de esclavos *“comprende todo acto de captura, adquisición o cesión de un individuo para venderle o cambiarle; todo acto de cesión por venta o cambio de un esclavo, adquirido para venderle o cambiarle, y en general todo acto de comercio o de transporte de esclavos”*. La Convención impone a los Estados la obligación *“de prevenir y reprimir la trata de esclavos; y procurar de una manera progresiva, y tan pronto como sea posible, la supresión completa de la esclavitud en todas sus formas”* (Art. 2) y *“con objeto de hacer efectivos los fines de la presente Convención, (...) a adoptar las medidas necesarias para que estas infracciones sean castigadas con penas severas”* (Art. 6).

El Estatuto de la Corte Penal Internacional define la esclavitud, en el Art. 7, para. 2, letra c) como *“el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, y en particular, de mujeres y niños”*. La enumeración de los elementos demuestra que el crimen debe interpretarse de manera amplia, y no limitada a la definición tradicional, sino

²³⁰ Natalia Springer. *Prisioneras Combatientes: Reclutamiento de Niñas y Trafico Sexual*. Bogotá. En Imprinta. 2025

²³¹ ICTY. Trial Chamber. *Prosecutor vs. Krnojelac*. 15 March 20002, párr. 350 (traducción de la autora).

²³² *Ibidem*.

²³³ M. Cherif Bassiouni. “Enslavement as an International Crime”, *NY Univ. J. Int'l L. & Politics*, vol. 23 (1991), pp. 445-514.

de forma "*funcional-legal*", incluyendo las instituciones y prácticas que no caben bajo el título formal de la esclavitud²³⁴ y que responden a formas modernas de subordinación y explotación de personas que tienen como elemento clave el ejercicio de un poder de propiedad de facto sobre otra persona²³⁵.

En el caso TPIY, *Fiscal v. Kunarac, Kovac y Vukovic*²³⁶ se establecieron como indicadores "*elementos de control y propiedad, restricción o control de la autonomía individual, la libre elección o el libre movimiento de una persona, y, muchas veces, la acumulación de algún beneficio para el autor. El consentimiento o el libre albedrío de la víctima están ausentes, o este consentimiento es irrelevante por la amenaza o el uso de la fuerza o de otras formas de coerción, el miedo de la violencia, la decepción o las promesas engañosas, el abuso de poder, la posición de vulnerabilidad de la víctima, la detención o el cautiverio, la opresión psicológica o las condiciones socioeconómicas*". En este mismo caso se estableció que la duración de la esclavitud no es un elemento del crimen pero si un indicador que ilustra la calidad de la relación entre el acusado y la víctima, "*Mientras mayor sea el período de esclavitud, más grave será el crimen*"²³⁷.

Los elementos²³⁸ son consistentes con lo descrito por las víctimas en el sentido de que se encontraban en una posición de dependencia, sujetas al control de su ambiente físico y psicológico, a la afirmación de exclusividad y a medidas para impedir que escaparan, bajo el riesgo de sufrir un trato o un abuso crueles, el control de la sexualidad y el trabajo forzado. Los elementos descritos coinciden con lo identificado en el caso de que por esclavitud sexual y matrimonio forzado se siguió contra Brima, Kamara y Kanu en el contexto del conflicto en Sierra Leona²³⁹.

El fundamento de la prohibición de la esclavitud y la servidumbre sexual es la dignidad humana como un valor absoluto inherente a la condición humana, de la que se deriva el Principio de Humanidad como un imperativo categórico. La dignidad en el ordenamiento constitucional tiene la triple connotación de derecho fundamental, principio y valor constitucional, cuyo objeto de protección es la autonomía para vivir como se quiera, en unas ciertas condiciones materiales dignas de existencia y libre de humillaciones.

Dado que la prohibición de la esclavitud y la servitud sexual se fundan en la dignidad humana como un deber positivo o un mandato de acción, "*no puede ser limitado como*

²³⁴ Gerhard Werle, *Principles of Int'l Crim. Law*. The Hague: TMC Asser 2005, p. 237.

²³⁵ Christopher C. Hall, "Article 7, Para. 1, (c): Enslavement", en: Otto Triffterer, ed., *Commentary on the Rome Statute of the ICC*, 2ª ed. Munich: CH Beck, 2008, p. 191-194.

²³⁶ TPIY, *Fiscal v. Kunarac, Kovac y Vukovic* (IT-96-23-T, Sala de Primera Instancia, 22 de febrero 2001)

²³⁷ (ibíd., para. 542)

²³⁸ Ha de notarse que este es uno de los crímenes más desarrollados en el derecho internacional, con 300 acuerdos relativos a su abolición desarrollados entre 1815 y 1957.

²³⁹ SCSL, Trial Chamber II, *Prosecutor v. Brima, Kamara y Kanu*. Judgment. Case No. SCSL-04-16-t. 20 June 2007.

*otros derechos relativos bajo ningún argumento, en ninguna circunstancia, con base en la aplicación de doctrina jurídica o filosófica alguna, (...), o a partir de **ninguna aplicación exceptiva**, como si lo pueden ser en forma contraria otros principios o derechos fundamentales que para su aplicación concreta pueden ser limitados a partir de un ejercicio de razonabilidad o de proporcionalidad, esto es, de ponderación con otros principios, cuando entren en colisión con ellos, puesto que no ostentan un carácter absoluto como la dignidad humana, sino relativo, y pueden ser objeto de restricciones. Por tanto, el respeto de la dignidad humana es una norma jurídica de carácter vinculante para todas las autoridades sin excepción, además, es la razón de ser, el principio y el fin último del Estado constitucional y democrático de Derecho y de su organización, tal y como lo ha indicado la jurisprudencia de este Alto Tribunal”²⁴⁰.*

Es a la luz de todo lo anteriormente argumentado que se concluye que la omisión legislativa relativa objeto de este reproche **configura un estado de cosas inconstitucional y una autorización explícita para la ejecución impune de crímenes de la más extrema gravedad.**

A la luz de estas consideraciones, y en atención a las gravísimas consecuencias que en los hechos materializa la aplicación de la cláusula discriminatoria en las disposiciones demandadas, esta acción se dispone a,

VI. SOLICITUDES

1. Declarar la inconstitucionalidad de las expresiones **“y las demás normas del presente título”** del Art. 135 (PAR), y **“persona protegida”** empleada en la calificación de los sujetos pasivos de las conductas penales previstas en los Art. 138, Art. 138A, Art. 139, Art. 139A, Art. 139B, Art. 139C, Art. 139 D, Art. 139E, Art. 141, Art. 141A, y Art. 141B de los *Delitos contra personas protegidas y bienes protegidos por el Derecho internacional Humanitario*, Título II, Capítulo Único del Código Penal, Ley 599 de 2000
2. Se ruega a la honorable Corte Constitucional el análisis del caso de acuerdo con los argumentos presentados y, en cuanto la situación de discriminación normativa no es superable con la mera declaración de inconstitucionalidad de la expresión denunciada, la emisión de una sentencia integradora con efectos retrospectivos que supere directamente las consecuencias del tratamiento desigual injustificado que afecta de manera directa y desproporcionada a las víctimas de ataques

²⁴⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-143, 6 de abril del 2015. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

sexuales en los contextos intrafilas ocurridos con posterioridad al 1 de diciembre del 2016 y con anterioridad al 2010.

3. A la luz de la emergencia que ha desatado el reclutamiento de niños y niñas en el país, se le ruega, si es que encuentra razonables los argumentos aquí presentados, que establezca lineamientos jurisprudenciales claros y vinculantes para la correcta interpretación y aplicación de la normativa relativa a la calificación de víctimas de violencia sexual en contextos de conflicto armado.
4. Se le ruega, que se reafirme la obligación de las autoridades judiciales y administrativas de reconocer la condición de víctima a las mujeres y niñas que han sufrido violencia sexual dentro de grupos armados ilegales, independientemente de su afiliación.
5. Las demás acciones que correspondan para restablecer el orden constitucional vulnerado.
6. Notificar a las autoridades competentes sobre la decisión que adopte esta Corte.

VII. COMPETENCIA

La Corte Constitucional es competente para conocer de la presente acción de inconstitucionalidad, de acuerdo con el artículo 241 de la Constitución Política, numeral 4. Capítulo 4, Título VIII, *Jurisdicción Constitucional*, numerales 1, 4 y 5.

VIII. NOTIFICACIONES

Con total confianza en la sabiduría y rectitud de esta Honorable Corte para salvaguardar los derechos fundamentales de las niñas víctimas y garantizar la correcta aplicación del ordenamiento jurídico en esta materia de trascendental importancia para la justicia y la

reparación en el marco del conflicto armado colombiano, de los señores Magistrados,
con sentimientos de la mayor consideración,



Atentamente
Dr. Natalia Springer

BIBLIOGRAFIA SELECTA

Agirre Aranburu, Xabier. "Sexual Violence Beyond Reasonable Doubt: Using Pattern Evidence and Analysis for International Cases." *Leiden J. Int'l L.*, Vol. 23 (2010), pp. 609–627.

Agirre Aranburu, Xabier. "Methodology for the Criminal Investigation of International Crimes", in: Alette Smeulers, ed. *Collective Violence and International Criminal Justice*. Antwerp: Intersentia 2010, pp. 353-378.

Ambos, Kai. *Treatise on International Criminal Law Vol. I: Foundations and General Part*, Oxford: Oxford University Press 2013.

- Ambos, Kai. *Treatise on International Criminal Law Vol. II: The Crimes and Sentencing*. Oxford: Oxford University Press 2014.
- Asher, Jana, David Banks & Fritz J. Scheuren, eds. *Statistical Methods for Human Rights*. New York: Springer, 2008.
- Bachman, Ronet & Raymond Paternoster, *Statistical Methods for Criminology and Criminal Justice*. Boston: McGraw-Hill 1997.
- Ball, Patrick & Jana Asher. "Statistics and Slobodan: Using data analysis and statistics in the war crimes trial of former president Milosevic." *Chance*, vol. 15, no.4 (2002), pp. 17-24.
- Ball, Patrick, Herbert F. Spierer & Louise Spierer, eds. *Making the Case: Investigating Large Scale Human Rights Violations Using Information Systems and Data Analysis*, Washington: American Association for the Advancement of Science 2000.
- Ball, Patrick, Wendy Betts, Fritz Scheuren, Jana Dudukovich & Jana Asher, *Killings and Refugee Flow in Kosovo, March - June 1999: A Report to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*. New York: AAAS & American Bar Association, 3 January 2002.
- Bantekas, Ilias & Emmanouela Mylonaki, (Eds.) *Criminological Approaches to International Criminal Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- Barabási, Albert-László. *Linked: How Everything is Connected to Everything Else and What It Means for Business, Science, and Everyday Life*. New York: Plume. 2003.
- Bartholomew, David J., Fiona Steele, Irini Moustaki & Jane J. Galbraith. *Analysis of Multivariate Social Science Data*. 2a Ed. Boca Raton: CRC Press, 2008.
- Bassiouni, M. Cherif. *Crimes Against Humanity*, Cambridge: Cambridge Univ. Press 2009.
- Bassiouni, M. Cherif. *Introduction to International Criminal Law*, Ardsley, NY: Transnational Publishers 2003.
- Becker, Gary S. & Kevin M. Murphy. *Social Economics: Market Behavior in a Social Environment*. Cambridge, MA: Harvard University Press 2000.
- Behrens, Paul, "Assessment of International Criminal Evidence: The Case of the Unpredictable Génocidaire", *Zeitschr. Ausl. Öffentl. Recht & Völkerrecht*, Vol. 71 (2011), pp. 661-689.
- Berdal, Mats R. & David Malone, eds. *Greed & Grievance: Economic agendas in civil wars*. Boulder: Lynne Rienner Publishers, 2000.
- Bergsmo, Morten & William H. Wiley. "Human Rights Professionals and the Criminal Investigation and Prosecution of Core International Crimes," in: *Manual on Human Rights Monitoring: An Introduction for Human Rights Field Officers*. Oslo: Norwegian Centre for Human Rights University of Oslo, 2008.
- Boas, Gideon. "Creating Laws of Evidence for International Criminal Law: The ICTY and the Principle of Flexibility." *Criminal L. Forum*, Vol. 12, No. 1 (2001).

- Bohrnstedt, George W. & David Knoke. *Statistics for Social Data Analysis*, 3rd ed. Itasca: Peacock 1994.
- Briscoe, Erica, Ethan Trehwitt, Lora Weiss & Elizabeth Whitaker. "Mitigating Issues Related to the Modeling of Insurgent Recruitment". *Advances in Social Computing* (2010), pp. 375-381.
- Chen, Hsinchun et al. "Crime data mining: An overview and case studies." In: Digital Government Society of North America, ed. *Proceedings of the 2003 Annual National Conference on Digital Government Research*, May 2003, pp. 1-4.
- Chen, Hsinchun, Jenny Schroeder, et al. "COPLINK Connect: information and knowledge management for law enforcement", *Decision Support Systems*, vol. 34 (2002), pp. 271– 285.
- Cogan, Jacob Katz. "The Problem of Obtaining Evidence for International Criminal Courts." *Human Rights Quarterly*, Vol. 22, no.2 (2000), pp. 404-427.
- Cohen, L. Jonathan. *The Probable and the Provable*. Oxford: Clarendon Press 1977.
- Combs, Nancy A. *Fact-Finding without Facts: The Uncertain Evidentiary Foundations of International Criminal Convictions*. Cambridge: Cambridge University Press 2010.
- Crenshaw, Martha. "The Logic of Terrorism: Terrorist Behavior as a Product of Strategic Choice", en: Sue Mahan & Pamala L. Griset, eds. *Terrorism in perspective 2ª ed.* Thousand Oaks: Sage Publications, 2007, pp. 24-34.
- Damgaard, Clara. *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes: Selected Pertinent Issues*, Berlin-Heidelberg: Springer Verlag 2008.
- De Graaff, Bob. "The Difference between Legal Proof and Historical Evidence. The Trial of Slobodan Milosevic and the Case of Srebrenica." *European Review*, Vol. 14, no.4 (2006), pp. 499-512.
- Doermann, Knut. *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Court: Sources and Commentary*, Cambridge: ICRC & Cambridge Univ. Press 2002.
- Elster, Jon. *Kidnappings in Civil Wars*, Paper prepared for the Workshop on "Techniques of Violence", Oslo, 20-21 August 2004.
- Enders, Walter & Todd Sandler, *The Political Economy of Terrorism*. New York: Cambridge University Press 2006.
- Eser, Albin & Jörg Arnold (Eds.), *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht: Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse*. Freiburg/Br.: Max Planck Institut 2001.
- Figueiredo Filho, Dalson Britto, et al. "Cluster Analysis for Political Scientists." *Applied Mathematics*, vol. 5, no. 15 (2014), pp. 2408-2416.
- Findlay, Mark. "Synthesis in Trial Procedures? The Experience of International Criminal Tribunals." *Int'l & Comp. L. Quarterly*, Vol. 50, no.01 (2001), pp. 26-53.
- Finkelstein, Michael O. & William B. Fairley. "A Bayesian Approach to Identification Evidence." *Harvard L. Rev.*, Vol. 83 (1970), pp. 489-517.

- Finkelstein, Michael O. *Basic Concepts of Probability and Statistics in the Law*, New York: Springer Verlag 2009.
- Florentini, Gianluca & Sam Peltzman, eds.,. *The Economics of Organised Crime*. Cambridge: Cambridge University Press 1995.
- Foster, Caroline E. *Science and the Precautionary Principle in International Courts and Tribunals: Expert Evidence, Burden of Proof and Finality*. Cambridge: Cambridge University Press 2011.
- Fouchard, Isabelle, "La formation du crime contre l'humanité en droit international," in: Mireille Delmas-Marty et al. *Le Crime contre l'humanité*. Paris: Presses Universitaires de France, 2009, pp. 7-43.
- Freeman, Marsha A., Christine Chinkin & Beate Rudolf, eds. *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women: A Commentary*. (Oxford Commentaries on International Law), New York: University Press 2013.
- Fujiwara, Hiroto & Stephan Parmentier, "Investigations", in: Luc Reydam, Jan Wouters & Cedric Ryngaert, eds. *International Prosecutors*. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 572-603.
- Gaviria, Alejandro. "Increasing Returns and the Evolution of Violent Crime: The Case of Colombia" *J. Development Economics*, Vol. 61, no.1 (2000), pp. 1-25.
- Giacometto Ferrer, Ana. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura 2003.
- Gilboa, Itzhak. *Rational Choice*. Cambridge, MA: The MIT Press 2010.
- Goldston, James A. "More Candour about Criteria: The Exercise of Discretion by the Prosecutor of the International Criminal Court," *J. Int'l Crim. Just.*, vol. 8 (2010), pp. 1-24.
- Hauck, Roslin V., Homa Atabakhsb, Pichai Ongvasith, Harsh Gupta & H. Chen. "Using Coplink to Analyze Criminal-Justice Data." *Computer*, Vol. 35 (2002), pp. 30-37
- Henkaerts, Jean-Marie & Louise Doswald-Beck. *Customary International Humanitarian Law, Vol. 1: Rules*, Cambridge Univ. Press 2005.
- Hill, Linda L. *Georeferencing: The Geographic Associations of Information*. Cambridge, MA: The MIT Press, 2009.
- Hirschleifer, Jack. "The Analytics of Continuing Conflict." *Synthese*, Vol. 76, no.2 (1988), pp. 201-233.
- Huang, Z. "A Fast Clustering Algorithm to Cluster Very Large Categorical Data Sets in Data Mining". DMKD (May, 1997).
- Intriligator, Mark D. *Optimización matemática y teoría económica*. Madrid: Prentice Hall Internacional 1973.
- Isaaks, Edward H. & R. Mohan Srivastava. *An Introduction to Applied Geostatistics*. Oxford: Oxford University Press 1989.

- Isaza D., José Fernando & Diógenes Campos R., "Modelos dinámicos de guerra: El conflicto colombiano." *Rev. Acad. Colomb. Cienc.* Vol. 29, no. 110 (2005), pp. 133–148.
- Jackson, J. D. "Probability and Mathematics in Court Fact-Finding." *Northern Ireland Legal Quarterly*, Vol. 31 (1980), pp. 239 ss.
- Jäger, Herbert. *Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt*. Frankfurt/M.: Suhrkamp Verlag 1989.
- Jäger, Herbert. *Verbrechen unter totalitärer Herrschaft: Studien zur nationalsozialistischen Gewaltkriminalität*, Frankfurt/M.: Suhrkamp Verlag 1982.
- Kadane, Joseph B., ed. *Statistics in the Law*. New York: Oxford University Press 2008.
- Kantardzic, Mehmed. *Data Mining: Concepts, Models, Methods, and Algorithms*. 2a ed. Hoboken, NJ: John Wiley & Sons 2011.
- Kaplan, David, ed. *The Sage Handbook of Quantitative Methodology for the Social Sciences*. Thousand Oaks, CA: Sage Publications, 2004.
- Kaye, David H. "The Admissibility of 'Probability Evidence' in Criminal Trials-Part I." *Jurimetrics J.*, vol. 26 (Summer 1986), pp. 343-346.
- Kaye, David H. "The Admissibility of 'Probability Evidence' in Criminal Trials-Part II." *Jurimetrics J.*, (1987), pp. 160-172.
- Kaye, David H. "The Laws of Probability and the Law of the Land." *Univ. Chicago Law Rev.*, Vol. 47 (1979), pp. 34-56.
- Keegan, Michael J. "Preparation of Cases for the ICTY." *Transnat'l L. & Contemp. Problems*, Vol. 7 (1997), pp 119-127.
- Kemshall, Hazel. *Understanding Risk in Criminal Justice*, Maidenhead: Open University Press 2003.
- Kilfeather, Robert F. *Managing and Coordinating Major Criminal Investigations*, 2a ed. Boca Raton, FL: CRC Press 2010.
- Klamberg, Mark. *Evidence in International Criminal Trials: Confronting Legal Gaps and the Reconstruction of Disputed Events*. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff, 2013.
- La Rosa, Anne-Marie. *Juridictions pénales internationales – la procédure et la preuve*, Paris: Presses Universitaires de France 2003.
- LaRose, Daniel T. *Discovering Knowledge in Data: An Introduction to Data Mining*. Hoboken, NJ: John Wiley & Sons 2014.
- LaRose, Daniel. *Data Mining Methods and Models*. Hoboken, NJ: John Wiley & Sons 2006.
- Maxfield, Michael & Earl Babbie, *Research Methods for Criminal Justice and Criminology*. Cengage Learning, 2014.
- May, Richard & Marieke Wierda, "Trends in International Criminal Evidence: Nuremberg, Tokyo, The Hague, and Arusha." *Colum. J. Transnat'l L.*, Vol. 37 (1998), pp. 725-756.

- May, Richard & Marieke Wierda, *International Criminal Evidence*, Ardsley, NY: Transnational Publishers, 2002.
- Mohan, Mahdev. "The Messaging Effect: Eliciting Credible Historical Evidence from Victims of Mass Crimes", in: Morten Bergsmo & Cheah Wui Ling, eds. *Old Evidence and Core International Crimes*, FICHL Publication Series No. 16, Torkel Opsahl Academic EPublisher, Beijing 2012.
- Murphy, Erin. "The New Forensics: Criminal justice, False certainty, and the Second Generation of Scientific Evidence." *California L. Rev.* (2007), pp. 721-797.
- Murphy, Peter. "No Free Lunch, No Free Proof: The Indiscriminate Admission of Evidence is a Serious Flaw in International Criminal Trials." *J. Int'l Criminal Justice*, Vol. 8, no.2 (2010), pp. 539-573.
- Needleman, Martin L. & Carolyn Needleman, "Organizational Crime: Two Models of Criminogenesis." *Sociological Quarterly*, Vol. 20, no. 4 (1979), pp. 517-528.
- Nollkaemper, Andre & Harmen van der Wilt, eds. *System Criminality in International Law*, Cambridge: Cambridge Univ. Press 2009.
- Olasolo, Hector. *The Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principals to International Crimes*, Oxford: Hart Publishing 2010.
- Parmentier, Stephan. "The Missing Link: Criminological Perspectives On Transitional Justice and International Crimes," in: Mary Bosworth & Carolyn Hoyle, eds. *What is Criminology?* New York: Oxford University Press 2011, pp. 380-393.
- Perliger A. & A. Pedahzur, "Social network analysis in the study of terrorism and political violence". *PS-Politics & Pol. Science*, vol. 44, no. 1 (2011), pp 45–50
- Quenivet, Noelle N. R. *Sexual Offenses in Armed Conflict and International Law*. Ardesley: Transaction Publishers 2005.
- Robertson, Bernard & George A. Vignaux, *Interpreting Evidence: Evaluating Forensic Science in the Courtroom*. Chichester: John Wiley & Sons 1995.
- Robertson, Bernard & George A. Vignaux. "Probability—The Logic of the Law." *Oxford J. Legal Studies*, Vol. 13, no. 4 (1993), pp. 457-478.
- Rodrigo Baires Quezada, "Por qué los datos casan con la hipótesis de que hubo genocidio", *Plaza Pública*. 23 Abril 2014.
- Safferling, Christoph. *Internationales Strafrecht: Strafanwendungsrecht - Völkerstrafrecht - Europäisches Strafrecht*, Berlin: Springer Verlag 2011.
- Schabas, William A. *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, New York: Oxford Univ. Press 2010.
- Schofield, Norman. *Mathematical Methods in Economics and Social Choice*, 2a Ed., Berlin-Heidelberg: Springer 2014.
- Scholz, Roland W. & Olaf Tietje. *Embedded Case Study Methods: Integrating Quantitative and Qualitative Knowledge*. Thousand Oaks: Sage Publications, 2001.
- Sedgewick, Robert & Kevin Wayne, *Algorithms* 4a ed., Upper Saddle NJ-Boston: Addison Wesley 2011.

- Shapiro, Jacob N. *The Terrorist's Dilemma: Managing Violent Covert Organizations*. Princeton: Princeton University Press, 2013.
- Sluiter, Göran. "Evidence" in: Antonio Cassese, ed. *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, New York: Oxford University Press 2009, pp. 313-317.
- Sluiter, Göran. *International Criminal Adjudication and the Collection of Evidence: Obligations of States*, Antwerp: Intersentia 2002.
- Smeulers, Alette & Roelof Haveman, eds. *Supranational Criminology: Towards a Criminology of International Crimes*. Antwerp: Intersentia, 2008.
- Snow, Clyde Collins, Fredy A. Peccerelli, José S. Susanávar, Alan G. Robinson & José Mariía N. Ochoa, "Hidden in Plain Sight: XX Burials and the Desaparecidos in the Department of Guatemala, 1977–1986," in: Jana Asher, David Banks & Fritz J. Scheuren, eds. *Statistical Methods for Human Rights*, New York: Springer Verlag 2008, pp. 89-116.
- Stahn, Carsten & Göran Sluiter. *The Emerging Practice of the International Criminal Court*. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers 2009.
- Stripinis, Daniel. "Probability Theory and Circumstantial Evidence: Implications from a Mathematical Analysis," *Jurimetrics* (1981), pp. 59-82.
- Strogatz, Steven H. "Exploring Complex Networks", *Nature*, Vol. 410 (March 2001), pp. 268-276.
- Thompson, William C. & Edward L. Schumann. "Interpretation of Statistical Evidence in Criminal Trials: The Prosecutor's Fallacy and the Defense Attorney's Fallacy." *Law & Human Behavior*, Vol. 11, no. 3 (1987), pp. 167-187.
- Triffterer, Otto, ed. *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, 2^a ed. Munich, Baden-Baden & Oxford: C.H. Beck, Nomos & Hart 2008.
- Van Schaak, Elizabeth & Ronald C. Slye. *International Criminal Law: The Essentials*, New York: Aspen Publishers 2009.
- Van Sliedregt, Elies. *Individual Criminal Responsibility in International Law*, Oxford: Oxford Univ. Press 2012.
- Van Tuyl, Penelope. "Effective, Efficient and Fair? An Inquiry into the Investigative Practices of the Office of the Prosecutor at the Special Court for Sierra Leone." Berkeley: University of California, War Crimes Studies Center 2008.
- Varan Nath, Shyam. "Crime Pattern Detection Using Data Mining", in: *Web Intelligence and Intelligent Agent Technology Workshops 2006: WI-IAT 2006, IEEE/WIC/ACM International Conference 2006*, pp. 41-44.
- Verwimp, Philip. "Death and Survival During the 1994 Genocide in Rwanda." *Population Studies*, Vol. 58, no.2 (2004), pp. 233-245.
- Vest, Hans. *Völkerrechtsverbrecher verfolgen: Ein abgestuftes Mehrebenenmodell systemischer Tatherrschaft*, Bern: Stämpfli & Nomos Verlag 2011.

Walder, Hans & Thomas Hansjakob. *Kriminalistisches Denken*. 9a ed. Heidelberg: Kriminalistik Verlag 2012.

Zahar, Alexander. "Torture", in: Antonio Cassese, (Ed.) *Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford: Oxford Univ. Press 2009, pp. 537-8.