

**Formación Especializada  
en Investigación, Juzgamiento  
y Sanción de Violaciones  
a los Derechos Humanos e Infracciones  
al Derecho Internacional Humanitario**

III



Libertad y Orden

**Vicepresidencia**  
República de Colombia



Programa Presidencial de  
Derechos Humanos y DIH



**Formación Especializada  
en Investigación, Juzgamiento  
y Sanción de Violaciones  
a los Derechos Humanos e Infracciones  
al Derecho Internacional Humanitario  
III**

Bogotá, D. C., marzo 2010




Libertad y Orden

**Vicepresidencia**  
República de Colombia



Programa Presidencial de  
Derechos Humanos y DIH





**Vicepresidencia de la República**  
**Programa Presidencial de Derechos Humanos y DIH**  
**Proyecto Lucha Contra la Impunidad – Fase – II**  
**Política de Lucha Contra la Impunidad**

**Álvaro Uribe Vélez**  
Presidente de la República

**Francisco Santos Calderón**  
Vicepresidente de la República

**Bernardo Moreno Villegas**  
Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República

**Carlos Franco Echavarría**  
Director del Programa Presidencial de Derechos Humanos y DIH  
Vicepresidencia de la República

**Sandra Isabel Miranda Bolaños**  
Coordinadora Proyecto Lucha Contra la Impunidad

## **Programa Presidencial de Derechos Humanos y DIH**

### **Proyecto Lucha Contra la Impunidad – PLCI**

Consultoría especializada dirigida a la elaboración, implementación y evaluación de seis (6) módulos<sup>1</sup> para capacitación en materia de investigación, juzgamiento y sanción de casos de violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario y, a la capacitación en tres (3) módulos<sup>2</sup> sobre investigación, juzgamiento y sanción de casos de violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario.

Consultores: Unión Temporal UIVERSIDAD DEL ROSARIO/IDEAMERICA

“Las distintas posturas académicas esgrimidas en los módulos de formación son responsabilidad de sus autores y no reflejan, necesariamente, la posición de las instituciones del Estado colombiano participantes en la realización del proyecto”

© Derechos de autor

Impresión  
EDIPRIME LTDA.  
PBX: 482 9393  
ediprime@gmail.com  
Bogotá, D. C., Colombia

La impresión de esta publicación fue posible gracias al apoyo del Reino de los Países Bajos, mediante su auspicio al Programa “Apoyo a la implementación de la Política Pública de Lucha Contra la Impunidad”

Distribución gratuita

Esta permitida la reproducción del texto, citando la fuente.

ISBN 978-958-9438-25-1

[www.derechoshumanos.gov.co](http://www.derechoshumanos.gov.co)  
Calle 7 No. 6-54  
Teléfono: 5951850, ext.: 204 – 205  
Fax: 5601038

© 2010

---

<sup>1</sup> Los módulos objeto de elaboración y evaluación son: 1. Aspectos jurídicos esenciales de carácter internacional relacionados con los DDHH y el DIH. 2. Derecho de las víctimas en caso de violaciones a los DDHH e infracciones al DIH. 3. Concepto y normatividad internacional en DIH y su aplicación al caso colombiano 4. Descripción general de las infracciones al DIH. 5. Aplicación de los Principios del DIH a los tipos penales consagrados en el Título II del Código Penal y al artículo 48 del Código Único Disciplinario 6. Derecho Penal Internacional.

<sup>2</sup> Los módulos objeto de capacitación son: 1. Tipología comparativa de las principales violaciones a los DDHH. 2. Identificación de los presuntos autores y partícipes por violaciones a los DDHH e infracciones al DIH. 3. Metodología del manejo investigativo de las violaciones a los DDHH e infracciones al DIH.

# Reconocimientos

El proyecto que culminó con la elaboración de los módulos que aquí se presentan ha contado con la colaboración de las siguientes personas:

## **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**

GUILLERMO MENDOZA DIAGO  
Fiscal General de la Nación ( E )

SIMÓN JOAQUÍN RODRÍGUEZ WILCHES  
Director Escuela de Estudios  
e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses

VÍCTOR HUGO ABRIL ÁLVAREZ  
Asesor

## **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**

ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO  
Procurador

MARTHA ISABEL CASTAÑEDA CURVELO  
Viceprocuradora

CHRISTIAN JOSÉ MORA PADILLA  
Director Instituto de Estudios del Ministerio Público

DUMAR OTÁLORA HERNÁNDEZ  
Coordinador Grupo Asesores en DDHH

ARTURO RONDEROS  
ALBERTO UJUETA  
Asesores

## **JUSTICIA PENAL MILITAR**

AURORA RAMÍREZ DE ARAOZ  
Directora Ejecutiva Justicia Penal Militar

MAYOR WILSON CARLOS LARA REVELO  
Coordinador Escuela Justicia Penal Militar

Cabo Tercero  
YEIMI ACENETH SALDAÑA GUZMÁN  
Asesora

## **CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA**

JORGE ANTONIO CASTILLO RÚGELES  
Presidente Sala Administrativa  
Consejo Superior de la Judicatura  
Delegado Política Lucha Contra la Impunidad

GLADYS VIRGINIA GUEVARA PUENTES  
Directora Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla

ALEJANDRO BELTRÁN MARTÍNEZ  
DIEGO FORERO  
Profesionales División Académica

## **DIRECTOR DEL PROYECTO UT UNIVERSIDAD DEL ROSARIO / IDEAMERICA**

RAUL EDUARDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

## **GRUPO DE APOYO UT UNIVERSIDAD DEL ROSARIO / IDEAMERICA**

PAOLA IREGUI PARRA  
HANS JIMÉNEZ MARTÍNEZ  
JULIÁN GUALTEROS PINZÓN

## **PROGRAMA PRESIDENCIAL DE DDHH Y DIH**

VIVIANA BOLÍVAR BAUTISTA  
Coordinación Editorial

## **PROYECTO LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD**

SANDRA ISABEL MIRANDA BOLAÑOS  
Coordinadora Proyecto Lucha Contra la Impunidad

HUGO RIVERO RAMOS  
Consultor Temático





	PÁGS.
DERECHO PENAL INTERNACIONAL Autor: Raúl Eduardo Sánchez Sánchez	9
IDENTIFICACIÓN DE INFRACCIONES AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN LA NORMATIVIDAD INTERNA  Autores: Paula Cadavid Londoño Jaime Mejía Ossman	105
DERECHO DE LAS VÍCTIMAS EN CASO DE VIOLACIONES A LOS DDHH E INFRACCIONES AL DIH  Autores: Kelly Chaib de Mares Juan Carlos Forero Ramírez Soraya Pérez Víctor Quinche Ramírez Mauricio Vanegas Moyano Antonio Varón Mejía	193



# Derecho penal internacional



Libertad y Orden

**Vicepresidencia**  
República de Colombia



**Koninkrijk  
der Nederlanden**



UNIVERSIDAD DEL ROSARIO  
Acreditación institucional de alta calidad  
Ministerio de Educación Nacional



**ideamérica**

Instituto para la Democracia, el Desarrollo  
y los Derechos Humanos en América Latina.



# Contenido

	PÁG.	
1.	PRESENTACIÓN	15
2.	SINOPSIS LABORAL Y PROFESIONAL DEL AUTOR	15
3.	JUSTIFICACIÓN	15
4.	OBJETIVO GENERAL DEL MÓDULO	16
5.	OBJETIVOS ESPECÍFICOS DEL MÓDULO	16
6.	UNIDAD 1: ANTECEDENTES DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y ESTRUCTURA ADMINISTRATIVA Y DE INTERVINIENTES	17
6.1.	Objetivo general de la unidad	17
6.2.	Objetivos específicos de la unidad	17
6.3.	Antecedentes de la Corte Penal Internacional (CPI)	17
6.3.1.	Tratado de Versalles	17
6.3.2.	Tribunal de Núremberg	18
6.3.3.	Tribunal de Tokio	18
6.3.4.	Convención para la prevención y la sanción del delito del genocidio	19
6.3.5.	Proceso de elaboración de la Corte Penal y Tribunales Ad-Hoc	19
6.4.	Estructura de la Corte	21
6.4.1.	La presidencia	21
6.4.2.1.	Sala de Apelaciones	22
6.4.2.2.	Sala del Juicio	22
6.4.2.3.	Sala de Cuestiones Preliminares	22
6.4.3.	La oficina del fiscal	22
6.4.4.	La Secretaría	22
6.5.	Partes procesales	23
6.5.1.	Los defensores	23
6.5.2.	La víctima	23
6.5.3.	Apoderado o representante legal de la víctima	23
6.5.4.	Los peritos	23
6.5.5.	Los testigos	23
6.5.6.	El procesado	23
6.6.	Ejercicios de la unidad 1	24
7.	UNIDAD 2: FACTORES DE COMPETENCIA	25
7.1.	Objetivo general de la unidad	25
7.2.	Objetivos específicos de la unidad 2	25
7.3.	Competencia <i>ratione materiae</i>	25

7.3.1.	Genocidio	25
7.3.1.1.	Ubicación histórica y jurídica	25
7.3.1.2.	Convención para la Prevención y Represión del Genocidio de 1948	26
7.3.1.3.	Aspecto subjetivo	27
7.3.1.4.	Conductas constitutivas de genocidio	27
7.3.1.5.	Grupos protegidos	28
7.3.2.	Los delitos de lesa humanidad	28
7.3.2.1.	Características generales	30
7.3.2.1.1.	Aspecto subjetivo	31
7.3.2.1.2.	Aspecto material	31
7.3.2.1.3.	Nexo con un conflicto armado	31
7.3.2.1.4.	Ataque	31
7.3.2.1.5.	Nexo entre el delito específico y el ataque	32
7.3.2.1.6.	Que sean cometidos contra la población civil	32
7.3.2.1.7.	Sistemático y generalizado	32
7.3.2.1.8.	La política o plan	33
7.3.2.2.	Las conductas consideradas como crímenes contra la humanidad	34
7.3.2.2.1.	Asesinato	34
7.3.2.2.2.	Exterminio	35
7.3.2.2.3.	Esclavitud	36
7.3.2.2.4.	Deportación o traslado forzoso de población	36
7.3.2.2.5.	Encarcelación u otra privación grave de la libertad física	37
7.3.2.2.6.	Tortura	37
7.3.2.2.7.	Delitos sexuales	38
7.3.2.2.8.	Persecución	38
7.3.2.2.9.	Desaparición forzada de personas	39
7.3.2.2.10.	Apartheid	40
7.3.2.2.11.	Otros actos inhumanos	41
7.3.3.	Crímenes de guerra	41
7.3.3.1.	Introducción	41
7.3.3.2.	Definición de conflicto armado	42
7.3.3.3.	Antecedentes del artículo 8° del Estatuto de Roma	43
7.3.3.4.	Crímenes de guerra en el Estatuto de Roma (art. 8°)	44
7.3.3.4.1.	Crímenes de guerra en conflictos armados internacionales	44
7.3.3.4.2.	Crímenes de guerra en conflictos armados no internacionales	54
7.3.4.	Crimen de agresión	59
7.3.4.1.	Antecedentes	59
7.3.4.2.	Definición de agresión	61
7.3.4.3.	Posiciones en la Conferencia de Roma	63
7.3.4.4.	Estatuto de Roma	64
7.4.	Competencia razione temporis de la CPI	65
7.5.	Competencia razione personae de la CPI	66
7.6.	Competencia razione loci de la CPI	67
7.7.	Ejercicios de la unidad 2	67
	Ejercicio No. 1: Caso de Alberto Fujimori	67
	Ejercicio No. 2	69

	Ejercicio No. 3	70
	Ejercicio No. 4: Caso de Jean Paul Akayesu	70
	Ejercicio No. 5	72
8.	UNIDAD 3: ASPECTOS JURISDICCIONALES Y PROCESALES	73
8.1.	Objetivo general de la unidad	73
8.2.	Objetivos específicos de la unidad	73
8.3.	Admisibilidad de los asuntos penales ante la Corte Penal Internacional	73
8.4.	Procedimiento penal de la CPI	84
8.4.1.	Investigación	84
8.4.2.	Juzgamiento	85
8.4.3.	Penas	87
8.4.4.	Apelación y revisión	87
8.5.	Mecanismos de cooperación y asistencia judicial	88
8.6.	Jurisdicción universal	90
8.6.1.	Antecedentes	90
8.6.2.	Principios de extraterritorialidad penal	91
8.6.2.1.	Principio de protección	91
8.6.2.2.	Principio de personalidad o nacionalidad	92
8.6.3.	Jurisdicción universal	92
8.7.	Ejercicios de la unidad 3	94
	Ejercicio No. 1	94
	Ejercicio No. 2	94
	Ejercicio No. 3: Caso de trabajo. República Democrática del Congo v. Bélgica	94
9.	UNIDAD 4: VIOLACIONES A LOS DERECHOS DE LA MUJER, NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES CONSAGRADOS EN EL ESTATUTO DE ROMA	96
9.1.	Objetivo general de la unidad	96
9.2.	Objetivos específicos de la unidad	96
9.3.	Introducción	96
9.4.	Genocidio	96
9.5.	Delitos de lesa humanidad	97
9.6.	Crímenes de guerra	100
9.7.	Ejercicios de la unidad 4	100
	Ejercicio No. 1	100
10.	Bibliografía del módulo	101





## 1. PRESENTACIÓN

A lo largo de los años y especialmente en desarrollo de conflictos armados internacionales y no internacionales, se han cometido una serie de atrocidades en contra de la humanidad, en especial en contra de las mujeres y niños, lo que ha significado que la comunidad internacional quiera ponerle un punto final a tales abusos o castigar a los responsables de conductas que atentan contra los pilares de la dignidad humana.

En efecto, el camino para llegar a un Estatuto que crea una Corte Penal Internacional de carácter permanente no ha sido fácil ni corto. Desde 1945, con el establecimiento del Tribunal Penal Militar Internacional de Núremberg hasta 1998, con la conferencia de plenipotenciarios en Roma han sucedido una serie de conflictos y atrocidades que han llevado a la necesidad inaplazable de contar con un cuerpo judicial supranacional y subsidiario encargado de sancionar a los principales responsables de crímenes como genocidio, agresión, de lesa humanidad y de guerra.

El presente módulo, analizará de manera extensa el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional tanto en su parte sustancial como procedimental, remontándose a sus antecedentes en su creación y estudiando más allá aspectos del derecho penal internacional como la jurisdicción universal y los delitos que se cometen en contra de mujeres, niños, niñas y adolescentes.

## 2. SINOPSIS LABORAL Y PROFESIONAL DE LOS AUTORES

### RAÚL EDUARDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Abogado de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Especialista en Derecho Procesal Penal de la Universidad del Rosario. Magíster en Derecho Penal Internacional y Política Criminal de la Escuela Económica de Londres de Inglaterra. Profesor de las universidades del Rosario y Jorge Tadeo Lozano. Delegado por Colombia en las Comisiones Preparatorias para el Establecimiento de la Corte Penal Internacional en Naciones Unidas, Nueva York. Delegado por Colombia ante el Mecanismo de Seguimiento de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC), en la Organización de Estados Americanos (OEA) en Washington D.C. Autor de los libros, "Responsabilidad penal de las personas jurídicas" y "Código de Tratados Internacionales sobre Terrorismo/Code of International Treaties on Terrorism". Coautor de los libros, "Sistema penal acusatorio", "Estudios de Derecho Penal Económico" y "Código de Derecho Penal Internacional". Abogado litigante y consultor. Co-director de Sánchez & Sánchez Abogados.

### COLABORADORA

Este módulo contó con la colaboración de Andrea Calderón Barón, estudiante de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

## 3. JUSTIFICACIÓN

La creación en 1998 de una Corte Penal Internacional de carácter permanente y supranacional implica que los delitos internacionales considerados así por su gravedad, así como los transnacionales, esto es, aquellos que van más allá de las simples fronteras nacionales, sean perseguidos de manera complementaria por la Corte.

Los Estados tienen el deber jurídico de perseguir a los principales responsables de delitos que atenten contra los postulados básicos de la comunidad internacional, por lo tanto, la Corte se convierte en un instrumento complementario a las jurisdicciones penales internacionales, lo que significa que los autores de estas conductas deberán enfrentar necesariamente la justicia nacional o internacional por conductas tales como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión.

Estas conductas merecen ser estudiadas a la luz de la normatividad del Estatuto de Roma, así como de la jurisprudencia internacional, con el fin de conocer de mejor manera la respuesta de la justicia internacional frente a esos delitos.

El administrador de justicia en Colombia debe saber el impacto de la justicia internacional en nuestro ordenamiento jurídico interno, así como la responsabilidad que se deriva a todos los autores y partícipes de estas conductas, al igual que la responsabilidad del Estado por acción u omisión lo que da lugar a que la Corte ejerza su jurisdicción complementaria.

El Estatuto de Roma de la Corte Penal, sin lugar a dudas debe ser conocido por los funcionarios del Estado, no solo por los administradores de justicia, sino también por el cuerpo político, militar y diplomático justamente por la situación de conflicto armado que vive nuestro país.

En conclusión, analizar y estudiar el Estatuto de la Corte Penal hace referencia a tener funcionarios e intervinientes en la administración de justicia más preparados para una justicia penal internacional y globalizada.

#### **4. OBJETIVO GENERAL DEL MÓDULO**

- Analizar de una manera amplia el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, tanto la parte sustancial como procesal.

#### **5. OBJETIVOS ESPECÍFICOS DEL MÓDULO**

- Estudiar y analizar los diferentes delitos de competencia de la Corte Penal Internacional.
- Analizar los diferentes factores de competencia como la temporal, personal y espacial del Estatuto de Roma.
- Conocer las partes e intervinientes así como el procedimiento de la Corte Penal.
- Abordar el estudio del principio de subsidiariedad de la competencia de la Corte Penal.
- Analizar los mecanismos de cooperación judicial que trae el Estatuto de Roma.
- Estudiar de una manera puntual la jurisdicción universal y los delitos que se cometan en contra de los y las adolescentes, niñas, niños y mujeres.

## 6. UNIDAD 1

### *Antecedentes de la corte penal internacional y estructura administrativa y de intervinientes*

#### 6.1. Objetivo general de la unidad

- Realizar un análisis de los antecedentes que dieron vida a una Corte Penal Internacional de carácter permanente, así como la estructura genérica de la misma y sus intervinientes.

#### 6.2. Objetivos específicos de la unidad

- Observar el proceso evolutivo de los diferentes tribunales penales internacionales.
- Señalar cuál es la estructura administrativa de la Corte.
- Señalar quienes son los intervinientes ante la Corte Penal, partiendo de la estructura administrativa de la misma.

#### 6.3. Antecedentes de la Corte Penal Internacional (CPI)

La creación de una Corte Penal Internacional de carácter permanente deviene de una serie de instrumentos internacionales que le han dado vida a tribunales penales que han juzgado la responsabilidad penal individual en el ámbito internacional por delitos que la comunidad internacional considera como sensibles para el bienestar de la humanidad y como respuesta a las atrocidades cometidas en conflictos armados bien de índole internacional como interno.

##### 6.3.1. Tratado de Versalles

Un primer intento de crear una Corte Internacional en materia penal se dio con el Tratado de Versalles de 1919 que en el artículo 227, parte VII estipulaba<sup>1</sup>:

“Las Potencias Aliadas y Asociadas públicamente acusan a William II de Hohenzollern, antiguo Emperador Alemán, por un crimen supremo contra la moralidad internacional y la santidad de los tratados.

Un tribunal especial será constituido para enjuiciar al acusado, de esa manera se le aseguran las garantías esenciales del derecho a la defensa. Se compondrá de cinco jueces, uno designado por cada uno de las siguientes potencias: a saber los Estados Unidos de América, Gran Bretaña, Francia, Italia y Japón.

(...)”.

A pesar de lo anterior, este tribunal a pesar de sus intenciones nunca vio la luz jurídica, entre otras razones por la negativa de los Países Bajos, lugar donde se refugió el Kaiser, a extraditarlo.

<sup>1</sup> Sánchez, Hernando y Sánchez, Raúl Eduardo. Código de Derecho Penal Internacional. Editorial Diké-Universidad del Rosario, 2007.

### 6.3.2. Tribunal de Núremberg

El 8 de agosto de 1945, se creó el Tribunal Penal Militar Internacional de Núremberg<sup>2</sup> con la finalidad de juzgar los principales criminales de guerra de Europa. Esta Corte fue creada por el Reino Unido, Francia, Estados Unidos y la Unión Soviética. Dicho tribunal juzgaba la responsabilidad individual y tenía competencia según el artículo 6º para conocer de tres clases de crímenes:

- a) Crímenes contra la paz: a saber, planificar, preparar, iniciar o emprender una guerra de agresión, declarada o no declarada, o una guerra con violación de los tratados, acuerdos o pactos de no agresión internacionales o participación en un plan común o conspiración para la realización de cualquiera de los actos anteriores.
- b) Crímenes de guerra: como son, las violaciones de las leyes y costumbres de la guerra. Tales violaciones incluyen, pero no se limitan, el asesinato, maltrato o deportación de la población civil para la realización de trabajos forzados o para cualquier otro propósito de o en el territorio ocupado; asesinato o maltrato de prisioneros de guerra o personas en el mar; asesinatos de rehenes, o saqueo de propiedad pública o privada; innecesaria destrucción de ciudades, pueblos o villas, o devastación no justificada por necesidades militares.
- c) Crímenes de lesa humanidad: como son, asesinato, exterminio, esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra la población civil, antes o durante la guerra, o persecuciones con base en motivos políticos, raciales o religiosos, en desarrollo o conexión con cualquier crimen de competencia de El tribunal, bien sea con violación o no de la ley nacional del país donde se cometió.

Los líderes, organizadores, instigadores y cómplices que participen en la formulación o el desarrollo de un plan común o conspiración para cometer cualquiera de los anteriores crímenes serán responsables por todos los actos realizados por cualquier persona en desarrollo de ese plan”.

### 6.3.3. Tribunal de Tokio

El 19 de enero de 1946, mediante proclamación hecha por el General Douglas MacArthur, se crea el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente, que en su artículo quinto le otorgaba competencia para conocer de las mismas conductas señaladas en el Estatuto de Núremberg:

“El Tribunal tendrá la facultad de enjuiciar y castigar a criminales de guerra del Lejano Oriente que, como individuos o como miembros de alguna organización, sean acusados de delitos que incluyan delitos contra la paz.

Los siguientes actos, o uno cualquiera de ellos, son delitos cobijados por la jurisdicción del tribunal; para estos delitos la responsabilidad será individual:

- a) Delitos contra la paz: a saber, planificar, preparar, iniciar o emprender una guerra de agresión, declarada o no declarada, o una guerra en violación de la ley, los tratados, los convenios o los compromisos internacionales o participar en un plan o complot común para llevar a cabo cualquiera de lo presente.
- b) Delitos de guerra convencionales: como son, las violaciones de las normas o costumbres de la guerra.
- c) Delitos de lesa humanidad: como son, el asesinato, la exterminación, la esclavitud, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, antes o después de la guerra, o persecuciones con base en motivaciones políticas

<sup>2</sup> En este tribunal se acusaron a 24 personas que formaban parte del Partido Nazi. Dentro de estos acusados se encontraba el Jefe del Cuerpo Alemán del Trabajo, que se suicidó; el embajador en Austria y Turquía, que fue el único absuelto; el comandante de la fuerza aérea, el asesor de Hitler, y el Ministro de Relaciones Exteriores.

o raciales en ejecución de o en conexión con cualquier delito contemplado dentro de la jurisdicción del tribunal, bien sea con violación o no de las leyes internas del país donde esos delitos estén siendo perpetrados. Los dirigentes, organizadores, instigadores y cómplices de estos que participen en la formulación o ejecución de un plan común o conspiración para cometer cualquiera de los delitos mencionados son responsables por todos los actos llevados a cabo por cualquier persona que ejecute esos planes”<sup>3</sup>.

#### 6.3.4. Convención para la prevención y la sanción del delito del genocidio

En el año 1948, bajo el ámbito de las Naciones Unidas se elaboró la Convención del Genocidio que en su artículo sexto establecía la posibilidad de crear una Corte Penal Internacional para juzgar el delito de genocidio, sin embargo, por los problemas propios de la guerra fría, este tribunal no pudo ser establecido<sup>4</sup>.

#### 6.3.5. Proceso de elaboración de la Corte Penal y tribunales *ad hoc*.

En 1993 la Asamblea General solicitó a la Comisión de Derecho Internacional elaborar un proyecto para la creación de una Corte Penal Internacional. En desarrollo de ese esfuerzo se creó el tribunal *ad hoc* para juzgar los crímenes de lesa humanidad, guerra y genocidio cometidos en la antigua República Federal Socialista de Yugoslavia llamado el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY)<sup>5</sup>, mediante Resolución 827 del 25 de mayo de 1993 el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

Conforme a los artículos 2º, 3º, 4º y 5º el tribunal conoce de los siguientes delitos<sup>6</sup>:

“ART. 2º-Infracciones graves a la Convención de Ginebra de 1949.

El Tribunal Internacional está habilitado para perseguir a las personas que cometan o den la orden de cometer infracciones graves a la Convención de Ginebra del 12 de agosto de 1949, a saber, los siguientes actos dirigidos contra personas o bienes protegidos por los términos de las disposiciones de dicha Convención:

- a) El homicidio intencionado;
- b) La tortura o los tratamientos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos;
- c) Causar grandes sufrimientos intencionadamente, o intentar gravemente contra la integridad física o la salud;
- d) La destrucción y la apropiación de bienes no justificada por necesidades militares, ejecutadas de forma ilícita e innecesaria a gran escala;
- e) Obligar a un prisionero o a un civil a servir en las fuerzas armadas enemigas;
- f) Privar a un prisionero de guerra o a un civil de su derecho a ser juzgado de forma legítima e imparcial;
- g) La expulsión o el traslado ilegal de un civil o su detención ilegal;
- h) La toma de civiles como rehenes.

<sup>3</sup> Sánchez Hernando y Sánchez Raúl Eduardo. Op. Cit.

<sup>4</sup> “Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo III, serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la Corte Penal Internacional que sea competente respecto a aquellas de las partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción”. En Sánchez Hernando y Sánchez Raúl Eduardo. Op. Cit.

<sup>5</sup> Naciones Unidas, Centro de Información. “Corte Penal Internacional”. Última actualización abril 25, 2007. Disponible en: <http://www.cinu.org.mx/temas/Derint/cpi.htm>. Derechos Reservados, CINU 2000.

<sup>6</sup> Sánchez, Hernando y Sánchez, Raúl Eduardo. Op. Cit.

ART. 3º-Violaciones de las leyes o prácticas de guerra.

El Tribunal Internacional tiene competencia para perseguir a las personas que cometan violaciones de las leyes o prácticas de guerra. Tales violaciones comprenden, sin que esto impida reconocerse otras, las siguientes:

- a) El empleo de armas tóxicas o de otras armas concebidas para causar sufrimientos inútiles;
- b) La destrucción sin motivo de ciudades y pueblos, o la devastación no justificada por exigencias militares;
- c) El ataque o los bombardeos, por cualquier medio, de ciudades, pueblos, viviendas o edificios no defendidos;
- d) La toma, destrucción o daño deliberado de edificios consagrados a la religión, a la beneficencia y a la enseñanza, a las artes y a las ciencias, a los monumentos históricos, a las obras de arte y a las obras de carácter científico;
- e) El pillaje de bienes públicos o privados.

ART. 4º-Genocidio

1. El Tribunal Internacional tiene competencia para perseguir a las personas que hayan cometido genocidio, tal cual está definido en el párrafo 2 del presente artículo, o cualquiera de los actos enumerados en el párrafo 3 del presente artículo.

2. Se entiende como genocidio cualquiera de los siguientes actos cometidos con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso en cuanto a tal:

- a) Asesinato de miembros del grupo;
- b) Graves atentados contra la integridad física o psíquica de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencionado del grupo a condiciones de existencia que conlleven su destrucción física total o parcial;
- d) Medidas para dificultar los nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslados forzosos de niños del grupo a otro grupo.

3. Los siguientes actos serán castigados:

- a) El genocidio;
- b) La colaboración para la comisión de genocidio;
- c) La incitación directa y pública a cometer genocidio;
- d) La tentativa de genocidio;
- e) La complicidad en el genocidio.

ART. 5º-Crímenes contra la humanidad.

El Tribunal Internacional está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de los siguientes crímenes cuando estos han sido cometidos en el curso de un conflicto armado, de carácter internacional o interno, y dirigidos contra cualquier población civil:

- a) Asesinato;
- b) Exterminación;
- c) Reducción a la servidumbre;
- d) Expulsión;
- e) Encarcelamiento;
- f) Tortura;
- g) Violaciones;

- h) Persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos;
- i) Otros actos inhumanos”.

En 1994 mediante la Resolución 955 del 8 de noviembre del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Se creó el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (ICTR), el cual tiene sede en Arusha (Tanzania). “Su constitución fue consecuencia de las recomendaciones formuladas al Secretario General por una Comisión de Expertos independientes formada a petición del Consejo de Seguridad. La Comisión concluyó que existían pruebas de que miembros de la etnia Hutu habían perpetrado actos de genocidio para la destrucción del grupo Tutsi. Así mismo, recomendó que los juicios a los sospechosos de haber cometido violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario, crímenes contra la humanidad y actos de genocidio se llevaran a cabo por un tribunal penal internacional”<sup>7</sup>.

Estos dos tribunales son los únicos tribunales ad hoc constituidos por las Naciones Unidas hasta la fecha<sup>8</sup>. Fueron creados por el Consejo de Seguridad, bajo el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, pues los crímenes cometidos constituían una amenaza a la paz y seguridad internacionales. Ninguno de los dos tribunales tiene policía propia, y por esto las capturas deben ser efectuadas por la policía de los diferentes Estados de la comunidad internacional. Estos tribunales ad hoc están sujetos a los límites de tiempo y lugar. Por ejemplo, para juzgar los crímenes ocasionados por el conflicto étnico en Ruanda, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda se limita a los eventos que ocurrieron entre el 1° de enero y el 31 de diciembre de 1994.

Con base en los anteriores instrumentos internacionales mencionados, que de una u otra manera veían retada su legitimidad debido al hecho que o eran tribunales creados por los vencedores de la guerra, como el caso de Núremberg y de Tokio, o habían sido creados de forma unilateral por un órgano de las Naciones Unidas, como fue el caso de la antigua Yugoslavia y de Ruanda, sin mayor permanencia en el tiempo.

Conforme a lo dicho, se consideró la necesidad de que se estableciera una Corte Penal que tuviere las características de permanente, con inclusión de los delitos más graves y reprobables de la comunidad internacional y que proviniese del consenso de los diferentes Estados.

En ese orden de ideas, “en la 52ª sesión, la Asamblea General decidió convocar a una Conferencia de Plenipotenciarios para el establecimiento de una Corte Penal Internacional. En Roma, Italia, del 15 de junio al 17 julio de 1998, para finalizar y adoptar una convención en el establecimiento de una Corte Penal Internacional”<sup>9</sup>.

#### 6.4. Estructura de la Corte

La Corte Penal Internacional está conformada por cuatro órganos principales:

##### 6.4.1. La presidencia

La presidencia está compuesta por el Presidente, y por el primer y segundo Vicepresidente. Estos son elegidos por mayoría absoluta de los jueces por un término de tres años renovables. La Presidencia es responsable de la administración de la Corte Penal Internacional, con excepción de la oficina del fiscal<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> Abrisketa, Joana. Diccionario de acción humanitaria y cooperación y desarrollo. “Tribunales Penales Internacionales ad hoc (para ex Yugoslavia y Ruanda)”. Disponible en: <http://dicc.hegoa.efaber.net/listar/mostrar/219> Derechos Reservados por HEGOA, 2005-2006.

<sup>8</sup> Naciones Unidas, Centro de Información. “Corte Penal Internacional”. Última actualización abril 25, 2007. Disponible en: <http://www.cinu.org.mx/temas/Derint/cpi.htm>. Derechos Reservados, CINU 2000.

<sup>9</sup> <http://www.cinu.org.mx/temas/Derint/cpi.htm#ante>

<sup>10</sup> Naciones Unidas, Centro de Información. “Corte Penal Internacional”. Última actualización abril 25, 2007. Disponible en: <http://www.cinu.org.mx/temas/Derint/cpi.htm> . Derechos Reservados, CINU 2000.

#### 6.4.2. Las cámaras o salas<sup>11</sup>

Las cámaras o salas a su vez se dividen en tres:

##### 6.4.2.1. Sala de apelaciones

Está compuesta por el Presidente y cuatro jueces, y que hace la segunda instancia en los procesos.

##### 6.4.2.2. Sala del juicio

Integrada por seis jueces con experiencia en procesos penales asignados por un período de tres años, y que conoce de la acusación presentada, es decir, es el juez de conocimiento.

##### 6.4.2.3. Sala de cuestiones preliminares

Conformada por seis jueces con experiencia en juicios criminales asignados por un período de tres años, y que básicamente cumplen funciones de control de garantías.

#### 6.4.3. La oficina del fiscal

Esta tiene como propósito: “conducir las investigaciones y la persecución de crímenes, que caen dentro de la jurisdicción de la Corte (crímenes de genocidio, de lesa humanidad y de guerra, en un período posterior, y una vez que los Estados hayan acordado una definición para el crimen de agresión la Oficina podrá investigar y perseguir este crimen). A través de las investigaciones y la persecución de tales crímenes, la Oficina contribuirá a terminar con la impunidad para los perpetradoras de los más serios crímenes de interés para la comunidad internacional en su conjunto y así contribuirá a la prevención de tales crímenes”<sup>12</sup>.

#### 6.4.4. La secretaría

Es la responsable “de los aspectos no judiciales de la administración de la Corte y de prestarle servicios (traducción, finanzas, personal y demás servicios exclusivos para una Corte Internacional)”<sup>13</sup>. El secretario, quien dirige la secretaría, es elegido por los jueces por un período de cinco (5) años. El secretario está bajo la autoridad del Presidente de la Corte. Este debe instaurar una dependencia de víctimas y testigos dentro de la secretaría. Esta dependencia tendrá medidas de protección y dispositivos de seguridad y facilitará el apoyo a testigos y víctimas que comparezcan ante la Corte. Esta dependencia tendrá un personal especializado para atender a las víctimas de los traumas causados por los delitos, incluidos los de violencia sexual<sup>14</sup>.

Los jueces de la Corte Penal Internacional están integrados por dos listas. La lista A y la lista B. La lista A está integrada por candidatos con conocimientos penales con experiencia de jueces, fiscales, abogados u algún otro trabajo similar en procedimiento penal. La lista B está integrada por candidatos con conocimientos en derecho internacional, derecho humanitario internacional y derechos humanos. La Corte Penal Internacional está conformada por 18 jueces.

<sup>11</sup> Ibidem.

<sup>12</sup> Ibidem.

<sup>13</sup> Ibidem.

<sup>14</sup> Ibidem.



## 6.5. Partes procesales

Como cualquier procedimiento penal, en este caso de claro corte acusatorio, se presentan los mismos intervinientes. En el acápite anterior mencionamos la estructura de la Corte que está dada por unos jueces o magistrados, una fiscalía y unas víctimas, reconocidas conforme a la regla 85 de las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP), que tienen una dependencia oficial en la secretaría.

Además de los anteriores, están presentes:

### 6.5.1. Los defensores

Pueden ser designados por la confianza o de oficio por la creación al interior de la Corte de un grupo de defensores públicos.

### 6.5.2. La víctima

Conforme lo señala la regla 85 de las RPP<sup>15</sup>.

### 6.5.3. Apoderado o representante legal de la víctima

Conforme lo dispone la regla 90 de las RPP.

### 6.5.4. Los peritos

Están adscritos a la secretaría según la regla 19.

### 6.5.5. Los testigos

Gozarán de toda clase de protección para dar su declaración y en casos de agresión o violencia sexual la recepción del mismo se podrá hacer a puerta cerrada.

### 6.5.6. El procesado

Siempre debe estar presente, toda vez que no existe el procedimiento en ausencia.

En la CPI no existe la figura del agente del Ministerio Público, que es típica de nuestra tradición jurídica.

En conclusión contamos con los mismos sujetos establecidos en la Ley 906 a excepción de los delegados del Ministerio Público.

---

<sup>15</sup> “Regla 85. Definición de víctimas. Para los fines del Estatuto y de las Reglas de Procedimiento y Pruebas:

a) Por “víctimas” se entenderá las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte;  
b) Por víctimas se podrá entender también las organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos a alguno de sus bienes que esté dedicado a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia y a sus monumentos históricos, hospitales y otros lugares y objetos que tengan fines humanitarios”.  
Sánchez, Hernando y Sánchez, Raúl Eduardo. Op. Cit.

#### 6.6. Ejercicios de la unidad 1

- a. ¿Conoce usted de otros tribunales penales internacionales?
- b. ¿Cree que derivado de leyes de justicia y paz el país podría tener un tribunal especial internacional que conociera de los delitos cometidos?
- c. ¿Considera usted que es necesario la intervención una parte procesal que haga las veces de Ministerio Público para salvaguardar los derechos de la comunidad internacional, del proceso y de los intervinientes?

## 7. UNIDAD 2

### Factores de competencia

#### 7.1. Objetivo general de la unidad

- Estudiar los diferentes factores de competencia como la material, la temporal, la espacial y la personal del Estatuto de Roma de la CPI.

#### 7.2. Objetivos específicos de la unidad

- Estudiar los delitos de competencia de la CPI tales como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y la agresión.
- Enunciar la competencia personal del Estatuto de Roma.
- Analizar la competencia temporal, especialmente frente a los delitos de ejecución permanente.
- Estudiar la competencia territorial que posee la CPI.

#### 7.3. Competencia *ratione materiae*

El artículo quinto del Estatuto de Roma de la Corte Penal, señala cuatro delitos de competencia de ese organismo como son:

- Genocidio
- Crímenes de lesa humanidad
- Crímenes de guerra
- Agresión (tipificado este como delitos contra la paz en los Estatutos de Núremberg y de Tokio).

A continuación analizaremos cada uno de las diferentes conductas descritas en el artículo mencionado.

##### 7.3.1. Genocidio

###### 7.3.1.1. Ubicación histórica y jurídica

El término genocidio viene de la palabra griega Genos (raza o tribu) y del latín Cidio (muerte o asesinato)<sup>16</sup> y fue acuñado por el abogado polaco de religión judía Rafael Lemkin. Algunos autores plantean que “un acto cometido contra un individuo puede ser calificado como genocidio siempre que medie dicha intención expresa de destrucción del grupo al que el individuo pertenece”<sup>17</sup>. Este término fue utilizado por primera vez en una resolución de acusación en el Tribunal Militar Internacional de Núremberg bajo el rotulo de crimen de lesa humanidad. El genocidio está presente en el mundo desde hace largo tiempo, Jean Paul Sartre señala que el “Genocidio es tan viejo como la humanidad”<sup>18</sup>. El genocidio requiere de lo que se conoce como dolo especial, Casilda Rueda Fernández dice que “no puede haber genocidio sin la intención de destruir en todo o en parte a un grupo como tal”<sup>19</sup>. El partícipe

<sup>16</sup> Sánchez Sánchez, Raúl Eduardo. Alé-Kumá. “El delito de genocidio en el derecho internacional”. *Revista Nacional de la Facultad de Derecho*. Universidad Cooperativa de Colombia, Facultad de Derecho. Volumen 21, mayo-agosto de 2004. P. 24.

<sup>17</sup> Rueda Fernández, Casilda. *Delitos de Derecho Internacional; Tipificación y Represión Internacional*. Editorial Bosch, S.A., noviembre, 2001. P. 152.

<sup>18</sup> Citado por Shabas, William A. “*Genocide in International Law. The Crime of Crimes.*” Cambridge University Press, 2000.

<sup>19</sup> Rueda Fernández, Casilda. *Delitos de Derecho Internacional; Tipificación y Represión Internacional*. Editorial Bosch, S.A. Noviembre, 2001. P. 152.

no debe tener dolo al cometer la conducta. Las conductas pueden realizarse por acción u omisión. Por acción, es tal como ocurrió en el régimen nazi, donde se redujeron las raciones de comida de 400 a 250 calorías diarias buscando la destrucción del grupo. Por omisión, como ocurrió en el conflicto de Ruanda, donde el primer ministro Jean Paul Kambanda fue condenado por genocidio por omisión al no tomar acción para proteger unos niños sobrevivientes<sup>20</sup>.

La Resolución 96(I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1946 definió el genocidio como "...la negación del derecho a la existencia de grupos humanos, mientras que el homicidio es la negación del derecho a la vida de los seres humanos individuales"<sup>21</sup>. Más adelante, se estableció que el delito de genocidio puede ser castigado en tiempos de paz o en tiempos de guerra. El castigo a este crimen, con el paso del tiempo, se volvió un asunto de interés internacional. El genocidio "aunque fuese cometido en calidad de autores o cómplices, por particulares, funcionarios públicos u hombres de Estado, o realizado con base en motivos religiosos, raciales, políticos o cualquier otro, debía ser castigado"<sup>22</sup>. La Resolución 96(I) invitaba a los Estados miembros a prevenir y castigar el crimen de genocidio.

### 7.3.1.2. Convención para la Prevención y Represión del Genocidio de 1948<sup>23</sup>

Como resultado de la Resolución 96 (I), se llegó a la elaboración de la Convención de 1948, que reguló de manera amplia todas aquellas situaciones derivadas del delito de genocidio.

El artículo I dispone que el genocidio "ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar"<sup>24</sup>.

El artículo II de la Convención<sup>25</sup> (recogido íntegramente por el artículo 6° del Estatuto de Roma), define al genocidio como "cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo,
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo,
- c) Sometimiento internacional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física total o parcial,
- d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo,
- e) El traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo".

El artículo IV dispone que no habrá ningún tipo de inmunidad para los autores de tales conductas independientemente que sean gobernantes, servidores públicos o particulares. El artículo VI señala la posibilidad de crear una Corte Penal Internacional que juzgue estas conductas, mientras que el VII establece que no puede entenderse esta conducta como un delito político.

<sup>20</sup> Sánchez Sánchez, Raúl Eduardo. Alé-Kumá. "El delito de genocidio en el derecho internacional". *Revista Nacional de la Facultad de Derecho*. Universidad Cooperativa de Colombia, Facultad de Derecho. Volumen 21, mayo-agosto de 2004. Pp. 26-27.

<sup>21</sup> *Ibidem*. P. 24.

<sup>22</sup> *Ibidem*. P. 25.

<sup>23</sup> Entró en vigor el 12 de enero de 1951, con el respaldo de 20 países que firmaron dicha convención para la ratificación. United States Holocaust Memorial Museum; USHMM.ORG. "Genocide Timeline." Disponible en: <http://www.ushmm.org/wlc/article.php?lang=en&ModuleId=10007095>. Consultada en marzo 11, 2009. Copyright United States Holocaust Memorial Museum, Washington D.C.

<sup>24</sup> Sánchez Hernando y Sánchez Raúl Eduardo. *Código de Derecho Penal Internacional*. Editorial Dike-Universidad del Rosario, 2007.

<sup>25</sup> Op. Cit.

### 7.3.1.3. Aspecto subjetivo

El delito de genocidio tiene una característica que lo hace único<sup>26</sup>, como es el *dolus specialis*, es decir, la realización de conductas perpetradas “con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo”. Si los actos se dirigen a la matanza, lesión grave o cualquiera de las otras conductas señaladas como genocidas si se hacen sin ese dolo especial, se hablará de otra clase de delitos reconocidos por el derecho internacional, pero nunca de genocidio.

Por lo tanto es un ingrediente adicional a lo señalado en el artículo 30 del Estatuto de la CPI, referente al dolo en general.

### 7.3.1.4. Conductas constitutivas de genocidio

El artículo 6º dispone los siguientes actos como genocidio:

- “a) Matanza de miembros del grupo”: Tal como está escrito pareciera dar a entender que se requieren de al menos dos personas asesinadas para la tipificación del genocidio porque hace alusión a “miembros”, sin embargo, el artículo 6º a) “Genocidio mediante matanza” de los Elementos de los Crímenes disponen que con una sola muerte basta para la configuración típica de este delito<sup>27</sup>.
- “b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo”: La lesión puede ser causada por actos tales como la esclavitud, la hambruna, la deportación, la persecución, la detención en guetos, campos de tránsito y de concentración en condiciones que causen la degradación y la privación de derechos fundamentales mínimos para la supervivencia y la dignidad humana<sup>28</sup>.
- “c) Sometimiento internacional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física total o parcial”: “El tribunal de Ruanda, en el caso Akayesu, expresó que no era necesaria la muerte de alguno de los miembros del grupo sino la búsqueda de la destrucción física del mismo. Entre los actos que pueden llevar a la destrucción podemos encontrar el sometimiento del grupo a dietas de subsistencia, la expulsión sistemática de los hogares, la reducción de servicios médicos esenciales, es decir, debajo de los requerimientos mínimos, o no proveer alojamiento digno por un período razonable”<sup>29</sup>.
- “d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo”: Esos actos pueden incluir la mutilación sexual, la práctica de la esterilización, control a la natalidad, separación forzada de sexos, prohibición de matrimonios o embarazos forzados cuando en sociedades patriarcales, la línea de pertenencia al grupo no lo da la madre sino por parte del padre<sup>30</sup>.
- “e) El traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo”: Esta conducta puede considerarse como una forma de genocidio cultural. Lo que busca es que los niños pierdan su identidad cultural, su religión, su lengua nativa o sus costumbres, logrando así que cualquier recuerdo que lo ate a un grupo en particular desaparezca. Aunque no se menciona en la Convención de 1948 ni en el Estatuto de Roma la edad para considerar a una persona niño, la Convención internacional de los derechos del niño dispone que niña o niño se considera a toda persona menor de dieciocho años.

<sup>26</sup> Shabas, William A. “Genocide in International Law. The Crime of Crimes.” Cambridge University Press, 2000.

<sup>27</sup> Sánchez Sánchez, Raúl Eduardo. Alé-Kumá. “El delito de genocidio en el derecho internacional”. Revista Nacional de la Facultad de Derecho. Universidad Cooperativa de Colombia, Facultad de Derecho. Volumen 21, mayo-agosto de 2004. P. 27.

<sup>28</sup> Shabas, William A. “Genocide in International Law. The Crime of Crimes” Cambridge University Press, 2000.

<sup>29</sup> Sánchez Sánchez, Raúl Eduardo. Alé-Kumá. “El delito de genocidio en el derecho internacional”. Revista Nacional de la Facultad de Derecho. Universidad Cooperativa de Colombia, Facultad de Derecho. Volumen 21, mayo-agosto de 2004. P. 27.

<sup>30</sup> Kittichaisaree, Kriangsak. International Criminal Law. Oxford University Press, 2001. P. 81.

### 7.3.1.5. Grupos protegidos

- a) Nacional: El tribunal de Ruanda en el caso de *Jean Paul Akayesu* definió al grupo nacional como “un grupo de personas que se perciben comparten unos lazos legales basadas en una ciudadanía común junto con una reciprocidad de derechos y deberes”<sup>31</sup>.
- b) Racial: El mismo tribunal en los casos de *Akayesu* y de *Kayishema* y *Ruzindana* definieron al grupo racial como aquel “basado en rasgos físicos hereditarios frecuentemente identificados con una región geográfica, independiente de factores lingüísticos, culturales, nacionales o religiosos”<sup>32</sup>.
- c) Étnico: Llegar a la definición de grupo étnico si se tiene en cuenta que lo hizo el Tribunal de Ruanda basados en las características de los *Humus* y los *Tutsis*, involucrados en el conflicto armado, ya que prácticamente tenían los mismos antecedentes tanto físicos, culturales o geográficos, permitiendo incluso el matrimonio mixto lo que significaba la mezcla cada vez mayor y por consiguiente la pérdida de los factores comunes.  
Sin embargo, en el caso de *Jean Paul Akayesu* se definió al grupo étnico como “un grupo cuyos miembros comparten una lengua o una cultura común”<sup>33</sup>. En el caso de *Kayishema* y *Ruzindana* señaló que “un grupo étnico es uno cuyos miembros comparten una lengua o cultura común; o, un grupo que se reconoce como tal (autoidentificación); o, un grupo que es reconocido como étnico por otros, incluyendo a los autores de esas conductas de genocidio (identificación por otros)”<sup>34</sup>.
- d) Religioso: El Tribunal de Ruanda en el caso de *Kayishema* y *Ruzindana*, definió al grupo religioso como aquellos que incluyen una “denominación o modo de adoración o que comparten un credo o unas creencias comunes”<sup>35</sup>.

### 7.3.2. Los delitos de lesa humanidad

La Corte Suprema del Perú en el caso seguido contra el presidente Alberto Fujimori<sup>36</sup>, hace una presentación inicial de lo que es un crimen de lesa humanidad a la hora de juzgar las conductas punibles cometidas en la Universidad de la Cantuta y en Barrios Altos, que consideramos pertinente citar:

“Los crímenes contra la humanidad o de lesa humanidad son aquellos que “...*ofende[n] los principios generales del derecho y se convierte[n] en una preocupación de la comunidad internacional*”. 1019<sup>37</sup>. Han concitado la preocupación y reacción internacional desde los Convenios de La Haya relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre de mil ochocientos noventa y nueve y del dieciocho de octubre de mil novecientos siete –en especial su párrafo octavo–, y han ido evolucionando respecto a sus elementos, principalmente, con: (i) la Declaración del veintiocho de mayo de mil novecientos quince de los gobiernos de Francia,

<sup>31</sup> Prosecutor v. Jean Paul Akayesu. (Case No. ICTR-96-4-T), Juzgamiento, 2 Septiembre 1998. Párrafo 511. (Traducción libre del autor) Tribunal de Ruanda. Disponible en: [www.ictr.org](http://www.ictr.org). Visitado el 27 de mayo de 2009.

<sup>32</sup> Tribunal de Ruanda. Prosecutor v. Jean Paul Akayesu. (Case No. ICTR-96-4-T), Juzgamiento, 2 Septiembre 1998. Párrafo 513. (Traducción libre del autor). Prosecutor v. Kayishema y Ruzindana. (Case No. ICTR-95-1-T), juzgamiento del 21 de mayo de 1999. Párrafo 98. Disponible en: [www.ictr.org](http://www.ictr.org). Visitado el 27 de mayo de 2009.

<sup>33</sup> Tribunal de Ruanda. Prosecutor v. Jean Paul Akayesu. (Case No. ICTR-96-4-T), Juzgamiento, 2 septiembre 1998. Párrafo 512. (Traducción libre del autor) Disponible en: [www.ictr.org](http://www.ictr.org). Visitado el 27 de mayo de 2009.

<sup>34</sup> Tribunal de Ruanda. Prosecutor v. Kayishema y Ruzindana. (Case No. ICTR-95-1-T), juzgamiento del 21 de mayo de 1999. Párrafo 98. (Traducción libre del autor) Disponible en: [www.ictr.org](http://www.ictr.org). Visitado el 27 de mayo de 2009.

<sup>35</sup> Tribunal de Ruanda. Prosecutor v. Kayishema y Ruzindana. (Case No. ICTR-95-1-T), juzgamiento del 21 de mayo de 1999. Párrafo 98. (Traducción libre del autor). También en Prosecutor v. Jean Paul Akayesu. (Case No. ICTR-96-4-T), Juzgamiento, 2 septiembre 1998. Párrafo 514. Disponible en: [www.ictr.org](http://www.ictr.org). Visitado el 27 de mayo de 2009.

<sup>36</sup> Disponible en: [http://www.pj.gob.pe/CorteSuprema/spe/documentos/P3C1\\_tipificacion.pdf](http://www.pj.gob.pe/CorteSuprema/spe/documentos/P3C1_tipificacion.pdf). Visitada el 29 de mayo de 2009.

<sup>37</sup> Pie de página No. 1019 de la sentencia en contra de Alberto Fujimori. que señala: “Sánchez Sánchez Raúl Eduardo: *Los delitos de lesa humanidad*. En: Revista Derecho Penal Contemporáneo, Enero-Marzo 2006, Legis, Bogotá Colombia, p. 88. Estos crímenes, apuntan CASSESE Y DELMAS MARTY, resaltando la posición jurisprudencial persistente en un ámbito normativo muy vago y relativo, son aquellos que hieren el sentimiento de respeto por la persona humana, arraigado en todas las grandes culturas contemporáneas [*Crímenes internacionales y jurisdicciones internacionales*, Editorial Norma, Bogotá, 2004, p. 367]”.

Gran Bretaña y Rusia; (ii) la Conferencia Preliminar de Paz de enero de mil novecientos diecinueve; (iii) el artículo 6°, literal c), del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg del ocho de agosto de mil novecientos cuarenta y cinco –la noción de “crimen contra la humanidad” fue consagrada por primera vez de manera explícita por el citado Estatuto–; (iv) el artículo 5°, literal c), del Estatuto del Tribunal Militar Internacional del Extremo Oriente.<sup>1020</sup><sup>38</sup>; (v) la Ley número 10 del Consejo de Control Aliado del veinte de diciembre de mil novecientos cuarenta y cinco; (vi) el artículo 5° del Estatuto del Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia –aprobado por resoluciones 808, del veintidós de enero de mil novecientos noventa y tres, y número 827, del veinticinco de mayo de ese mismo año, del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas–; (vii) el artículo 3° del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda –aprobado por Resolución 955 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas del ocho de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro– [ambos Estatutos contribuyeron a reforzar la punibilidad consuetudinaria de los crímenes contra la humanidad 1021]<sup>39</sup>; y (viii) el artículo 7° del Estatuto de la Corte Penal Internacional del diecisiete de julio de mil novecientos noventa y ocho –en vigor desde el uno de julio de dos mil dos–, que formuló un tipo penal comparativamente más preciso, cuyas referencias más cercanas fueron, de un lado, los Estatutos de los Tribunales Militares Internacionales de Núremberg y del Lejano Oriente, y, de otro lado, los Tribunales Penales Internacionales de la ex Yugoslavia y Ruanda 1022<sup>40</sup>.

Las disposiciones indicadas en el primer caso, bajo el ámbito esencial del Estatuto de Núremberg, en tanto forman parte del Derecho Internacional consuetudinario y se configuraron antes de los hechos de Barrios Altos y La Cantuta, son plenamente aplicables para la labor de subsunción 1023 1024<sup>41</sup>. Sin embargo, es de rigor identificar determinados límites, en tanto (i) se reconoce a esas disposiciones, nucleadas alrededor del Estatuto de Núremberg, el propio carácter de *norma internacional*

<sup>38</sup> Pie de página No. 1020 de la sentencia en contra de Alberto Fujimori. que señala: “Los Tribunales Militares Internacionales de Núremberg y Tokio fueron precedidos por los Acuerdos de Londres del ocho de agosto de mil novecientos cuarenta y cinco entre las cuatro grandes potencias aliadas, y la Proclama del general Mac Arthur del diecinueve de enero de mil novecientos cuarenta y seis, Jefe Supremo de las Fuerzas de ocupación en el Japón. Luego de esos actos de creación la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 95 (1) del once de diciembre de mil novecientos cuarenta y seis confirmó la validez general y universal de los principios establecidos en el Estatuto y en la jurisprudencia del Tribunal de Núremberg [Yáñez-Barnuevo, Juan Antonio: *La Conferencia de Roma y el Estatuto de la Corte Penal Internacional: balance y perspectivas*. En: Creación de una jurisdicción penal internacional. Colección Escuela Diplomática número 4, Madrid, 2000, página 19]. Así mismo, el veintiséis de noviembre de mil novecientos sesenta y ocho la Asamblea General de Naciones Unidas mediante Resolución 2391 (XXIII) adoptó la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, que entró en vigor el once de noviembre de mil novecientos setenta, que ratificó la definición de crímenes contra lesa humanidad dada por el Estatuto de Nuremberg y estableció su imprescriptibilidad”.

<sup>39</sup> Pie de página No. 1021 de la sentencia en contra de Alberto Fujimori. que señala: “Werle, Gehard: *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 353”.

<sup>40</sup> Pie de página No. 1022 de la sentencia en contra de Alberto Fujimori. que señala: “Mazuelos Coello, Julio: *Algunas consideraciones acerca de la problemática del crimen internacional de Estado y del crimen de lesa humanidad*. En: Control Social y Dogmática Penal, Editorial San Marcos, Lima, 1995, pp. 177 y ss.”.

<sup>41</sup> Pie de página No. 1023 de la sentencia en contra de Alberto Fujimori. que señala: “La protección jurídica de los derechos de las personas, como apunta Salmón, Elizabeth, no se agota en la jurisdicción interna o estatal, sino que se complementa, y, ciertamente, se potencia con las normas de derecho internacional. El Tribunal Constitucional –STC número 2209-2002-AA/TC, del doce de mayo de dos mil tres, párrafo 5- ha consolidado la jerarquía suprema de las normas de derecho internacional que inciden en ese ámbito. Es de concordar con el amicus de la escuela de leyes de la Universidad de Washington cuando concluye, de un lado, que el derecho internacional exige la intervención del derecho penal de cada Estado contra los presuntos responsables de los crímenes internacionales; y, de otro, que los avances jurisprudenciales de tribunales internacionales respecto de las conductas reconocidas como crímenes en el derecho internacional, así como en el campo de la atribución de la responsabilidad penal internacional pertenecen al ordenamiento jurídico peruano con rango constitucional, de suerte que para su aplicación no se requiere de un reconocimiento adicional en el derecho nacional, ni existe impedimento alguno que justifique su no aplicación [*Informe en Derecho: la dimensión internacional del proceso penal contra el ex presidente Alberto Fujimori por los crímenes de Barrios Altos y La Cantuta*, junio 2008, pp. 20, 25 y 27]”.

Pie de página No. 1024 de la sentencia en contra de Alberto Fujimori. que señala: “Siguiendo la doctrina sentada por la Stedh recaída en el asunto Kolk y Kislyiy v. Estonia, del diecisiete de enero de dos mil seis, como los hechos de Barrios Altos y La Cantuta se perpetraron cuando ya constituían crímenes contra la humanidad en el momento de su comisión a la luz del derecho internacional, para lo cual se toma como punto de referencia tanto el Acuerdo de Londres como la resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas del once de diciembre de mil novecientos cuarenta y seis, entonces, son de aplicación, en lo pertinente, dichas disposiciones, sin perjuicio de las precisiones introducidas por las normas posteriores [la definición de los crímenes de lesa humanidad en el Estatuto de Roma no se constituye en una innovación, por el contrario, recoge los diferentes desarrollos del derecho internacional humanitario desde Núremberg – Sánchez Sánchez, Op Cit, p. 93]. Por lo demás, el concepto de responsabilidad penal individual por violaciones a normas humanitarias y de derechos humanos es universalmente reconocido [Ambos, Kai: *Responsabilidad penal individual en el Derecho penal supranacional. Un análisis jurisprudencial. De Núremberg a La Haya*. En: <http://www.cienciaspenales.org/revista%2021/responsabilidad%20penal%individual.pdf>].”

*consuetudinaria*; (ii) se asume las exigencias constitucionales del principio de legalidad penal [ley previa, estricta, escrita y cierta: artículos 2°.24.d) de la Constitución y II del título preliminar del Código Penal], en cuya virtud cabe afirmar, desde una perspectiva material, que no existía en el momento de comisión de los hechos: mil novecientos noventa y uno – mil novecientos noventa y dos una ley que hubiera incorporado una figura penal en nuestro ordenamiento punitivo y que comprenda, de un lado, todos los elementos descriptos en esa norma internacional consuetudinaria en cuanto a crimen internacional –ni siquiera en la actualidad el legislador ordinario ha cumplido con las exigencias de tipificación material derivadas de la ratificación por el Perú del Estatuto de la Corte Penal Internacional–, y de otro lado, la sanción correspondiente; y, (iii) se admite que los crímenes contra la humanidad afectan los derechos humanos esenciales, de suerte que lo medular de las conductas que prohíbe en cuanto violación gravísima de los derechos humanos individuales ha quedado suficientemente establecida, y no podía escapar al conocimiento y previsibilidad del agente.

Por ello es de atender, para su debida identificación, a los elementos contextuales o a las circunstancias –que son las que confieren a unos determinados hechos el carácter de crimen internacional– que rodearon los ataques que causaron las muertes y lesiones graves de veintinueve personas, y que en ese momento estaban legalmente previstas en nuestro derecho interno como delitos de homicidio calificado y lesiones graves, y que no se oponen a lo dispuesto en los artículos 45 y 46 del Código Penal. La norma internacional consuetudinaria exige que los atentados se produzcan en el curso de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o una parte de ella, así como otros elementos que en los párrafos siguientes se precisarán, todos los cuales están debidamente predeterminados –presentan límites suficientemente definidos– por la aludida norma internacional consuetudinaria. La concurrencia de estas circunstancias, a su vez, justifica su perseguibilidad internacional, la improcedencia de la prescripción y la necesidad imperativa de su castigo. Podrá decirse, entonces, que se trata de delitos de asesinato y lesiones graves que por sus características constituyen internacionalmente, en el momento de su persecución, crímenes contra la humanidad 1025<sup>42</sup>, y que por ello permite la aplicación de las consecuencias jurídicas previstas por el Derecho Internacional Penal.

Así las cosas, en función al desarrollo o evolución de este tipo penal internacional, es posible definir el delito contra la humanidad, de modo general, siguiendo a Gil Gil como todo atentado contra bienes jurídicos individuales fundamentales (vida, integridad física y salud, libertad...) cometidos, tanto en tiempo de paz como de guerra, como parte de un ataque generalizado o sistemático realizado con la participación o tolerancia del poder político de *iure o de facto* 1026<sup>43</sup>.

### 7.3.2.1. Características generales

De los elementos esenciales de los delitos de lesa humanidad contenidos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional se pueden desprender las siguientes características:

<sup>42</sup> Pie de página No. 1025 de la sentencia en contra de Alberto Fujimori. que señala: “Así, STSE número 798/2007, de uno de octubre de dos mil siete, Fundamento Jurídico 7° ordinal 4)”.

<sup>43</sup> Pie de página No. 1026 de la sentencia en contra de Alberto Fujimori. que señala: “Gil Gil, Alicia: *Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de “Los elementos de los Crímenes”*. En: La nueva justicia penal supranacional, Kai Ambos – Coordinador, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 94. La decisión del dos de septiembre de mil novecientos noventa y ocho, párrafos 565-568, dictada por la Cámara I del Tribunal Penal Internacional para Ruanda ICTR, y recaída en el caso *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, Caso número ICTR-96-4-T, apunta en el mismo sentido desde una perspectiva general. Anotó que los elementos esenciales de los delitos de lesa humanidad son los actos inhumanos en naturaleza y carácter que causan gran sufrimiento o serios daños en la salud física o mental, además de ser cometidos como parte de un ataque generalizado y sistemático y en contra de la población civil. Se trata de “...serios actos de violencia que dañan a los seres humanos al golpear lo más esencial para ellos: su vida, su libertad, su bienestar físico, su salud y/o su dignidad; son actos inhumanos que por su extensión y gravedad van más allá de los límites de lo tolerable para la comunidad internacional...” [Tpiy *Prosecutor v. Drazen Erdemovic*, IT-96-22-A, Cámara de Apelaciones, del siete de octubre de mil novecientos noventa y siete]”.



### 7.3.2.1.1. Aspecto subjetivo

Además de los elementos específicos exigidos para cada conducta, el autor que realiza la acción u omisión debe tener conocimiento sobre el delito de lesa humanidad, en el sentido que debe entender el contexto amplio y general en que el acto ocurre. Debe poseer un conocimiento actual o potencial de que sus actos son o serán parte de un ataque generalizado o sistemático en contra de una población civil en desarrollo de un plan o política, no en vano el encabezado del artículo séptimo dispone que el autor debe poseer “conocimiento de dicho ataque”, de lo contrario, sin este conocimiento especial, su aspecto subjetivo se enmarcaría dentro de un delito ordinario.

El conocimiento es examinado sobre un nivel objetivo y puede ser derivado de las circunstancias fácticas<sup>44</sup> de la conducta, tal como lo estableció el Tribunal de Yugoslavia en el caso *Blaskić*<sup>45</sup>.

### 7.3.2.1.2. Aspecto material

El aspecto material de la conducta hace alusión a que el ataque debe ser inhumano en su naturaleza y carácter, que cause un gran sufrimiento, o serios daños al cuerpo o a la salud física o mental. Y como lo señaló la jurisprudencia en los casos de *Jean Paul Akayesu*, y *George Rutaganda*<sup>46</sup>, la conducta inhumana debe ser cometida como parte de un ataque generalizado o sistemático contra miembros de la población civil.

### 7.3.2.1.3. Nexa con un conflicto armado

El artículo quinto del Estatuto del TPIY establecía que el delito de lesa humanidad fuese cometido en desarrollo o dentro de un conflicto armado. No es necesario entonces que sea ejecutado como parte de un plan o política de un grupo que participe en la guerra, sin embargo, la exigencia de que sea con ocasión de un conflicto armado es un elemento que define la competencia del tribunal y no un ingrediente esencial normativo de esta clase de delitos<sup>47</sup>. De igual manera, no necesita probarse el nexa entre los actos presuntamente cometidos por el acusado y el conflicto armado, toda vez que los crímenes de lesa humanidad pueden ser cometidos tanto en tiempos de guerra como en tiempos de paz<sup>48</sup>. En conclusión y de acuerdo al Estatuto de Roma, los crímenes de lesa humanidad pueden ser cometidos tanto en tiempo de conflicto armado como en tiempos de paz.

### 7.3.2.1.4. Ataque

El literal a, del párrafo dos del artículo séptimo del Estatuto de Roma, define el “ataque contra una población civil” como “una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos (que son los delitos de contra la humanidad), contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política”. El ataque puede o no contener violencia, como es el caso del delito de Apartheid.

<sup>44</sup> Por ejemplo, las circunstancias históricas o políticas en que la conducta ocurre, las funciones del acusado en los períodos en los cuales los crímenes fueron cometidos, sus responsabilidades en la jerarquía política o militar, la generalidad y seriedad de las conductas cometidas, y la naturaleza de los crímenes cometidos, así como su notoriedad.

<sup>45</sup> *Prosecutor v. Tihomir Blaskić*, Caso No. IT-95-14-T, Cámara I, del 3 de marzo de 2000, párrafos 244-250. Disponible en: [www.un.org/icty](http://www.un.org/icty)

<sup>46</sup> *Prosecutor v. George Rutaganda*, Caso No. ICTR-96-3, Cámara I. Del 6 de diciembre de 1999, párrafo 65. Disponible en: [www.icty.org](http://www.icty.org)

<sup>47</sup> *Prosecutor v. Dusko Tadić*, Caso No. IT-94-1-A, Cámara de Apelaciones, del 15 de julio de 1999. Disponible en: [www.un.org/icty](http://www.un.org/icty). Párrafo 249.

<sup>48</sup> *Ibidem.*, párrafo 251.

De igual manera, puede ser cometido a través de acción u omisión. En el caso de *Jean Paul Kambanda*<sup>49</sup>, por ejemplo, el acusado fue encontrado culpable con relación a delitos de lesa humanidad por no haber cumplido plenamente con sus deberes oficiales como Primer Ministro de Ruanda, al no proteger a los niños y a la población, de las masacres que eventualmente sucedieron, especialmente después de haberse realizado la solicitud de protección.

#### 7.3.2.1.5. Nexo entre el delito específico y el ataque

Un delito de lesa humanidad debe ser cometido como parte de un ataque generalizado y sistemático contra la población. La expresión “como parte de” se relaciona con el ataque. La Sala de Apelaciones del TPIY en el caso *Tadic*, señaló que: “La Sala de juzgamiento correctamente reconoció que los crímenes que no se relacionan con un ataque generalizado y sistemático en contra de una población civil no deberían ser perseguidos penalmente como delitos de lesa humanidad. Los delitos contra la humanidad son crímenes de una naturaleza especial con un grado mayor de inmoralidad en su conducta frente a delitos comunes. Entonces, para condenar a un acusado de crímenes de lesa humanidad, debe probarse que los delitos estaban relacionados al ataque sobre la población civil (...) y que el acusado sabía que sus conductas así se relacionaban”<sup>50</sup>.

#### 7.3.2.1.6. Que sean cometidos contra la población civil<sup>51</sup>

Cuando se menciona a la población civil, las reglas del derecho internacional consuetudinario señalan que esta noción cubre no solamente a civiles sino a personal militar, como es el caso de miembros de las fuerzas armadas o de resistencia<sup>52</sup> quienes se encuentran fuera de combate, por enfermedad, herida, detención o cualquier otra causa. La calidad de civil, no se pierde ni aún en los casos en los cuales un padre de familia tiene que empuñar un arma para defender a su familia o los miembros de la policía por ser un organismo civil, y así lo ha reconocido la jurisprudencia penal internacional en el caso *Blaskic*<sup>53</sup>.

La norma señala que es frente a “cualquier” “población civil”, esto significa que cubre a todas aquellas personas apátridas, o a civiles de la misma nacionalidad del autor de la conducta o a ciudadanos extranjeros<sup>54</sup>.

Finalmente, al señalarse el término “población”, no se requiere que toda la población de un Estado o territorio, tenga que sufrir el ataque, lo que busca esta expresión es excluir actos aislados de crímenes de guerra o delitos comunes”.

#### 7.3.2.1.7. Sistemático y generalizado

Según la jurisprudencia penal internacional, “generalizado” significa “masivo, frecuente, acción a larga escala, llevado a cabo colectivamente con seriedad considerable y dirigida contra una multiplicidad de víctimas”<sup>55</sup>; mientras que “sistemático” hace referencia a “cuidadosamente organizado y que sigue un patrón regular sobre las bases de una política común que envuelva sustanciales recursos públicos y privados”<sup>56</sup>, aunque esa política no sea adoptada oficialmente como tal por un Estado.

<sup>49</sup> Prosecutor v. Jean Kambanda, Caso No. ICTR 97-23-S del 4 de septiembre de 1998, párrafos 39 y 40. Disponible en: [www.icttr.org](http://www.icttr.org)

<sup>50</sup> Prosecutor v. Dusko Tadic, Caso No. IT-94-1-A, Cámara de Apelaciones, del 15 de julio de 1999. Disponible en: [www.un.org/icty](http://www.un.org/icty). Párrafo 271. (Traducción libre del autor).

<sup>51</sup> Sánchez Sánchez Raúl Eduardo. “Los delitos de lesa humanidad”. *Revista Derecho Penal Contemporáneo* No. 14 (Enero-Marzo, 2006).

<sup>52</sup> En el procesamiento penal adelantado en Francia en contra de Klaus Barbie, “el carnicero de Lyon”, la Cour de Cassation de ese país señaló que este había cometido crímenes de lesa humanidad en contra de la población civil al atacar a los miembros de la resistencia francesa.

<sup>53</sup> Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Caso No. IT-95-14-T, Cámara I, del 3 de marzo de 2000, párrafo 214. Disponible en: [www.un.org/icty](http://www.un.org/icty)

<sup>54</sup> Prosecutor v. Dusko Tadic, Caso No. IT-94-1-T, Cámara II del 7 de mayo de 1997, párrafo 619.

<sup>55</sup> Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, Caso No. ICTR-96-4-T, Cámara I, del 2 de septiembre de 1998, párrafo 580. (Traducción Libre del autor). Disponible en: [www.icttr.org](http://www.icttr.org)

<sup>56</sup> *Ibidem*. Párrafo 580.

“De igual manera en la decisión de la Cámara de juzgamiento en el caso *Tadic* de 1997, el TPIY consideró que para la comisión de un delito de lesa humanidad se requería la realización del ataque generalizado o sistemático, esto es, no era necesario la ocurrencia de ambas bases. Sin embargo, el literal a del párrafo dos del artículo séptimo del estatuto de Roma, señala que el ataque contra una población civil debe entenderse como “una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 (conductas de lesa humanidad), contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política”. En ese sentido, el ataque debe ser tanto generalizado como sistemático, lo que implica pues que el Tratado de Roma de 1998, pretende evitar o excluir acciones aisladas que no se enmarquen dentro de los delitos de lesa humanidad”<sup>57</sup>.

### 7.3.2.1.8. La política o plan

El Estatuto de Núremberg, no incluía como requisito la existencia de una política estatal o de un plan de una organización, sin embargo, el Tribunal de Núremberg expresó que los actos inhumanos calificados como crímenes de lesa humanidad en la segunda guerra mundial fueron realizados como parte de una política de terror, y fueron, en muchos casos, organizados y sistemáticos.

El Tribunal de Ruanda, cuando se refiere a este aspecto, manifestó en el caso de *Kayishema y Ruzindana*, que el requerimiento para la comisión de un delito de lesa humanidad en seguimiento de una política, está dirigido a excluir las situaciones donde una persona cometa un acto inhumano por su propia iniciativa o en desarrollo de su propio plan criminal, sin el aliento o dirección de un gobierno o un grupo organizado, esto es, que cometa un acto que se considere como aislado.

La política organizacional o estatal no necesita ser concebida al más alto nivel directivo o ser anunciada de manera expresa, formal, clara o precisa, sino que esta pueda ser inferida de diversas circunstancias fácticas<sup>58</sup>.

Los crímenes de lesa humanidad, pueden ser cometidos en desarrollo de una política organizacional de un Estado o de un actor no estatal. La jurisprudencia que ha estudiado los crímenes de lesa humanidad como es el caso de *Kupreskic y otros*<sup>59</sup>, han señalado que estos pueden ser realizados por o en nombre de grupos con control de facto sobre un territorio particular, aunque esas entidades no tengan reconocimiento internacional como Estados de derecho, por lo que también puede ser llevados a cabo por un grupo u organización terrorista. Lo anterior es reforzado cuando se lee el artículo séptimo del Estatuto de Roma, toda vez que éste establece que “de conformidad con la política de (...) una organización de cometer ese ataque o para promover esa política”.

Finalmente, se puede decir que la política puede localizarse solamente en una región geográfica particular, como fue el caso de Yugoslavia, en las regiones de Vlasenica, o la política de cometer actos inhumanos en contra de la población civil en el territorio de Opstina Prijedor con el fin de alcanzar la creación del Gran Estado de Serbia<sup>60</sup>.

<sup>57</sup> Sánchez Sánchez Raúl Eduardo. Los delitos de lesa humanidad. *Revista Derecho Penal Contemporáneo* No. 14 (Enero-Marzo, 2006).

<sup>58</sup> Entre las que se pueden encontrar: las circunstancias generales históricas y el entero contexto político en los cuales se realiza la conducta; la creación e implementación en el territorio de una institución política de cualquier nivel de poder; propaganda política; la creación e implementación de instituciones políticas militares autónomas; la movilización de fuerzas armadas; las repetidas y coordinadas ofensivas militares; las conexiones entre la jerarquía militar y las instituciones políticas y sus programas; las modificaciones de la composición étnica de la población; las medidas discriminatorias, sean estas administrativas o de otra índole (como restricciones bancarias y solicitudes de pases de viaje); y el ámbito de las ejecuciones llevadas a cabo, en particular, muertes y otras formas de violencia física, hurtos, detenciones arbitrarias, deportaciones, expulsiones, o destrucción de propiedad no militar, especialmente edificios religiosos. *Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, Caso No. IT-95-14-T, Cámara I, del 3 de marzo de 2000, parágrafo 214. Disponible en: [www.un.org/icty](http://www.un.org/icty). (Traducción libre del autor)

<sup>59</sup> *Prosecutor v. Zoran Kupreskic and others*, Caso No. IT-95-16-T Cámara II, del 14 de junio de 2000, párrafos 654 y 655. Disponible en: [www.un.org/icty](http://www.un.org/icty)

<sup>60</sup> Así se determinó en el caso de *Prosecutor v. Dragan Nikolic*, Caso No. IT-94-2-R61, en la decisión de revisar la Acusación de acuerdo a la Regla No. 61 de las reglas de Procedimiento y Prueba, del 20 de octubre de 1995, parágrafo 27. Disponible en: [www.un.org/icty](http://www.un.org/icty)

### 7.3.2.2. Las conductas consideradas como crímenes contra la humanidad<sup>61</sup>

En virtud de los diferentes Estatutos como los de Núremberg, Tokio, la Ley 10 del Consejo de Control, y los de la antigua Yugoslavia y Ruanda, así como el de la Corte Penal Internacional, se han consagrado diversas conductas como constitutivas de delitos de lesa humanidad, las cuales encontraron un reconocimiento expreso en el artículo séptimo del Estatuto de Roma y que no hacen sino recoger los diferentes instrumentos internacionales existentes en el Derecho Internacional Humanitario desde Núremberg en adelante<sup>62</sup>.

#### 7.3.2.2.1. Asesinato

El Tribunal de Ruanda en el caso de , expresó que asesinato puede ser definido como “la ilícita muerte intencional de un ser humano” con los siguientes requisitos:

1. La víctima esté muerta;
2. Que la muerte sea el resultado de una acción u omisión ilícita del perpetrador o de un subordinado;
3. Que al momento de la muerte el perpetrador o el subordinado tenía la intención de matar o infligir serios daños en el cuerpo del occiso sabiendo que tal daño en el cuerpo probablemente le causaría a la víctima la muerte, y lo tenga sin cuidado si la muerte se produce o no<sup>63</sup>.

En el caso de *Kayishema y Ruzindana*<sup>64</sup>, el Tribunal de Ruanda, se aseguró en colocar un alto estándar para el procesamiento penal, en el sentido de que para la configuración de este delito la Fiscalía debe establecer la intención y la premeditación por parte del acusado. En este contexto, la conducta es premeditada cuando el sujeto agente, tiene el tiempo necesario para reflexionar, mientras que el resultado es intencional cuando ese es el propósito del autor, o este es conciente que eso pasará en el curso ordinario de los eventos. Para poder imputar esta conducta como delito de lesa humanidad se requiere que el agente se involucre en una conducta, que es ilícita, que deba causar la muerte de otra persona, por una acción u omisión premeditada, con la intención de matar o causar graves daños al cuerpo de esa persona.

Finalmente, los Elementos de los Crímenes del Estatuto de Roma, señalan cuales serán los requisitos para la configuración de esta conducta:

1. Que el autor haya dado muerte[7] a una o más personas.
2. Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.
3. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo<sup>65</sup>.

<sup>61</sup> Sánchez Sánchez Raúl Eduardo. El análisis de las diferentes conductas constitutivas como crímenes de lesa humanidad se basan especialmente en el artículo realizado por el autor de este modulo, publicado en la *Revista de Derecho Penal Contemporáneo* de Legis No 14 de 2006.

<sup>62</sup> Daryll Robinson, “Defining ‘Crimes Against Humanity’ at the Rome Conference”, *American Journal of International Law* No. 93 de 1999. Disponible en: [www.ajil.org](http://www.ajil.org)

<sup>63</sup> Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, Caso No. ICTR-96-4-T, Cámara I, del 2 de septiembre de 1998, párrafo 589. Disponible en: [www.ictor.org](http://www.ictor.org) (Traducción libre del autor).

<sup>64</sup> Prosecutor v. Kayishema and Obed Ruzindana, Caso No. ICTR-95-1-T, Cámara II, del 21 de mayo de 1999, párrafos 137 a 140.

<sup>65</sup> [7] La expresión “dado muerte” es intercambiable con la expresión “causado la muerte”. Esta nota será aplicable a todos los elementos en que se emplee uno de los dos conceptos. Elementos de los Crímenes, U. N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.2 (2000), en Sánchez, Hernando y Sánchez, Raúl Eduardo. Ob. Cit.

### 7.3.2.2. Exterminio

El literal b, del inciso segundo del artículo séptimo define el exterminio como “la imposición intencional de condiciones de vida, la privación del acceso a alimentos o medicinas, entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población”<sup>66</sup>.

El Tribunal de Ruanda, en el caso de *Kayishema y Ruzindana*, señaló los elementos del delito de exterminio cuando se pronunció en el sentido de que “el actor participa en muertes masivas o en la creación de condiciones de vida que llevan a la muerte masiva de otros, a través de acciones u omisiones; habiendo intentado la muerte, o siendo desinteresado o groseramente negligente como si el resultado muerte se hubiera producido y, siendo conciente de que sus acciones u omisiones formen parte de un evento de muertes masivas, en donde sus acciones u omisiones formen parte de un ataque generalizado o sistemático en contra de cualquier población civil (...)”<sup>67</sup>.

(...).

Un actor puede ser culpable de exterminio si mata, o crea las condiciones de vida de muerte, de una sola persona, teniendo en cuenta que el actor es conciente de que su acción u omisión forma parte de un evento de muertes masivas. Un “evento” existe cuando las muertes (masivas) tienen proximidad en tiempo y espacio”<sup>68</sup>.

De acuerdo al Tribunal de Ruanda en el caso mencionado, el término “masivo” puede significar “larga escala” y debe ser establecido en cada caso particular usando el sentido común.

La creación de condiciones de vida que lleven al exterminio son las circunstancias que causan las muertes masivas de las personas, como el encarcelamiento de un gran número de personas, el retiro de la satisfacción de necesidades básicas, la introducción de virus mortales en la población o la privación de cuidados médicos, entre otros.

La principal diferencia entre asesinato y exterminio, radica en la escala de las acciones u omisiones, toda vez que este último es un asesinato a larga escala, es decir, son asesinatos masivos.

Finalmente, los Elementos de los Crímenes, señalan los requisitos del delito de exterminio como:

1. Que el autor haya dado muerte[8], a una o más personas, incluso mediante la imposición de condiciones de existencia destinadas deliberadamente a causar la destrucción de parte de una población[9].
2. Que la conducta haya consistido en una matanza de miembros de una población civil o haya tenido lugar como parte[10] de esa matanza.
3. Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.
4. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo”<sup>69</sup>.

<sup>66</sup> Sánchez, Hernando y Sánchez, Raúl Eduardo. Op. Cit.

<sup>67</sup> Prosecutor v. Kayishema and Obed Ruzindana, Caso No. ICTR-95-1-T, Cámara II, del 21 de mayo de 1999, párrafos 144. (Traducción libre del autor).

<sup>68</sup> Prosecutor v. Kayishema and Obed Ruzindana, Caso No. ICTR-95-1-T, Cámara II, del 21 de mayo de 1999, párrafos 147. (Traducción libre del autor).

<sup>69</sup> [8] La conducta podría consistir en diferentes formas de matar, ya sea directa o indirectamente. [9] La imposición de esas condiciones podría incluir la privación del acceso a alimentos y medicinas.[10] La expresión “como parte de” comprendería la conducta inicial en una matanza; elementos de los crímenes en Sánchez, Hernando y Sánchez, Raúl Eduardo. Op. Cit.

### 7.3.2.2.3. Esclavitud

El literal c del inciso segundo del artículo séptimo de la Corte Penal Internacional define la esclavitud 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, en particular mujeres y niños”<sup>70</sup>. Esta definición sigue los parámetros establecidos en las convenciones sobre esclavitud de 1926 y 1956.

En la formulación de la acusación en el caso *Foca*<sup>71</sup>, el TPIY, señaló que la esclavitud se configuraba en el evento en el cual un número de personas eran retenidas en una casa en contra de su voluntad para la realización de trabajo manual para los soldados serbios, y si no obedecían las órdenes, serían golpeados físicamente.

Durante la definición del delito, se mencionó el trabajo forzado como forma de esclavitud, sin embargo, algunas delegaciones manifestaron que esto era competencia de la OIT (Organización Internacional del Trabajo), además que en la definición se establecía el ejercicio de derecho de propiedad sobre las personas, lo cual podría generar estas situaciones de trabajo forzado. En la definición se encuentra también como forma de esclavitud el tráfico de personas, especialmente de mujeres y niños.

Los Elementos de los Crímenes, señalan, además de las dos últimas disposiciones comunes, el requisito de:

“Que el autor haya ejercido uno de los atributos del derecho de propiedad sobre una o más personas, como comprarlas, venderlas, prestarlas o darlas en trueque, o todos ellos, o les haya impuesto algún tipo similar de privación de libertad[11]”<sup>72</sup>.

### 7.3.2.2.4. Deportación o traslado forzoso de población

El literal d, del párrafo segundo del artículo séptimo señala este delito como “el desplazamiento de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coercitivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional”<sup>73</sup>.

La deportación es generalmente entendida como mover forzosamente a las personas del territorio de un Estado a otro, mientras que traslado forzoso, hace referencia al desplazamiento forzado de las personas de un territorio a otro dentro del mismo Estado.

Al señalarle en la definición que se haga en contra de las normas del derecho internacional, lo que se busca es que el delito se configure solamente cuando personas que legítimamente estén presentes en determinado territorio sean movidas de manera forzosa, excluyendo obviamente aquellos movimientos de población que se realice para reubicar o evacuarla en casos de peligro o para lograr su bienestar.

El mejor caso para explicar el concepto de traslado forzoso de población se presentó con *Blaskic*<sup>74</sup>, toda vez que doscientos cuarenta y siete musulmanes civiles de un pueblo fueron forzados por grupos paramilitares a marchar a otro pueblo y obligados a

<sup>70</sup> Sánchez, Hernando y Sánchez, Raúl Eduardo. Op. Cit.

<sup>71</sup> Prosecutor v. Gagovic and others, Caso No. IT-96-23 (acusación del 26 de junio de 1996), párrafos 10.6 a 10.8.

<sup>72</sup> [11] Se entiende que ese tipo de privación de libertad podrá, en algunas circunstancias, incluir la exacción de trabajos forzados o la reducción de otra manera a una persona a una condición servil, según se define en la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, de 1956. Se entiende además que la conducta descrita en este elemento incluye el tráfico de personas, en particular de mujeres y niños. Elementos de los crímenes, en Sánchez, Hernando y Sánchez, Raúl Eduardo. Op. Cit.

<sup>73</sup> Sánchez, Hernando y Sánchez, Raúl Eduardo. Op. Cit.

<sup>74</sup> Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Caso No. IT-95-14-T, Cámara I, del 3 de marzo de 2000, párrafo 549 y 550. Disponible en: [www.un.org/icty](http://www.un.org/icty)

sentarse viendo hacía un edificio de manera que sirvieran como escudos humanos por tres horas antes de ser llevados a casas en donde apenas habían parados, para después ser evacuados y trasladados en camiones fuera del pueblo.

Por otro lado, los Elementos de los Crímenes<sup>75</sup>, señalan que para la configuración de esta conducta se requiere:

1. "Que el autor haya deportado o trasladado[12] por la fuerza[13], sin motivos autorizados por el derecho internacional y mediante la expulsión u otros actos de coacción, a una o más personas a otro Estado o lugar".
2. "Que esa o esas personas hayan estado presentes legítimamente en la zona de la que fueron deportadas o trasladadas".
3. "Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que determinaban la legitimidad de dicha presencia".

#### 7.3.2.2.5. Encarcelación u otra privación grave de la libertad física

El literal e del párrafo segundo del artículo séptimo de la Corte Penal Internacional, dispone como delito la "encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional". Es de anotar que la expresión "grave" no significa que el autor de la conducta tenga que hacer una valoración subjetiva sobre la gravedad o no de la conducta.

Los Elementos de los Crímenes<sup>76</sup>, señalan que para la configuración se requiere:

"Que el autor haya encarcelado a una o más personas o las haya sometido de otra manera, a una privación grave de la libertad física".

Además, "que la gravedad de la conducta haya sido tal que constituya una infracción de normas fundamentales del derecho internacional".

Y finalmente, "Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que determinaban la gravedad de la conducta".

#### 7.3.2.2.6. Tortura

De acuerdo a la jurisprudencia de *Akayesu*<sup>77</sup>, el Derecho Internacional Humanitario define tortura como infligir intencionalmente dolor físico o mental severo; o sufrimiento a la víctima por un funcionario o alguien que actúe por instigación, o la aquiescencia o consentimiento de un funcionario o persona que actúe como servidor público, con uno de los siguientes propósitos, obtener información o confesión de la víctima o de una tercera persona, castigar a la víctima o a una tercera persona, o para intimidar o coaccionar a la víctima o a una tercera persona, o por cualquier razón basada en discriminación de cualquier tipo.

El literal e del párrafo segundo del artículo séptimo del Tratado de Roma señala como tortura el "causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas"<sup>78</sup>.

<sup>75</sup> [12] "Deportado o trasladado por la fuerza" es intercambiable con "desplazado por la fuerza". [13] La expresión "por la fuerza" no se limita a la fuerza física, sino que puede incluir la amenaza de la fuerza o la coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas u otra o aprovechando un entorno de coacción. Elementos de los crímenes en Sánchez, Hernando y Sánchez, Raúl Eduardo. Op. Cit.

<sup>76</sup> Elementos de los crímenes. En Sánchez, Hernando y Sánchez, Raúl Eduardo. Op. Cit.

<sup>77</sup> *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, Caso No. ICTR-96-4-T, Cámara I, del 2 de septiembre de 1998, párrafos 593 y 594. Disponible en: [www.ictor.org](http://www.ictor.org)

<sup>78</sup> Sánchez Sánchez, Hernando y Sánchez Sánchez, Raúl Eduardo. Op. Cit.

La conferencia deliberatoria en Roma consideró que los crímenes de lesa humanidad podrían ser instigados o cometidos por actores estatales o no estatales, por lo tanto el requisito de que sea un servidor público no fue incluido, tampoco el “propósito” de la tortura.

La expresión “sanciones lícitas” fue incluida a petición de los países musulmanes toda vez que algunas formas de castigo en estos países podrían considerarse como tortura a la luz de la definición del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Los Elementos de los Crímenes señalan que la tortura se comete cuando:

1. “El autor haya infligido a una o más personas graves dolores o sufrimientos físicos o mentales.
2. “Que el autor tuviera a esa o esas personas bajo su custodia o control”.
3. “Que el dolor o el sufrimiento no haya sido resultado únicamente de la imposición de sanciones legítimas, no fuese inherente ni incidental a ellas”<sup>79</sup>.

Además, ratifica que no es necesario un propósito o una intención para la configuración del delito.

#### 7.3.2.2.7. Delitos sexuales

Los delitos sexuales tipificados como de lesa humanidad son seis:

- a) Violación,
- b) Esclavitud sexual,
- c) Prostitución forzada,
- d) Embarazo forzado,
- e) Esterilización forzada,
- f) Cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable.

Estos delitos de naturaleza sexual que se enfocan especialmente en mujeres y niños serán estudiados en un acápite especial justamente referidos a esta clase de conductas.

#### 7.3.2.2.8. Persecución

El literal g, del párrafo segundo del artículo séptimo del Estatuto de Roma define la persecución como “la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad”<sup>80</sup>.

El delito de persecución puede presentarse en una variedad de formas, desde asesinatos hasta limitaciones a las profesiones, así como actos de violación a los derechos básicos en términos físicos, económicos o judiciales. Recordemos como a los judíos en la Alemania Nazi, se les obligaba a portar brazaletes, se les prohibía abrir cuentas de banco, no podían pertenecer al ejército, etc.

El artículo séptimo del Estatuto de Roma, señala que el delito debe realizarse sobre un grupo o una colectividad que posea una identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, bien sea masculino

<sup>79</sup> Sánchez, Hernando y Sánchez, Raúl Eduardo. Op. Cit.

<sup>80</sup> Sánchez Sánchez, Hernando y Sánchez Sánchez, Raúl Eduardo. Op. Cit



o femenino, en el contexto de la sociedad, o por motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional. Esta última parte relacionada al derecho internacional, se incluyó para señalar que la lista no es exhaustiva, pero tampoco demasiada amplia.

Así mismo, el literal dispone que el delito de persecución, debe estar en conexión con cualquier conducta mencionada como delito de lesa humanidad o con cualquier crimen de la competencia de la Corte, toda vez que algunas delegaciones en la conferencia en Roma, consideraban demasiada vaga y elástica la definición, estableciéndose un tipo penal conexo.

Los Elementos de los Crímenes establecen para su configuración:

- “1. Que el autor haya privado gravemente a una o más personas de sus derechos fundamentales en contravención del derecho internacional[21].
2. Que el autor haya dirigido su conducta contra esa persona o personas en razón de la identidad de un grupo o colectividad o contra el grupo o la colectividad como tales.
3. Que la conducta haya estado dirigida contra esas personas por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género, según la definición del párrafo 3 del artículo 7° del Estatuto, (“*masculino o femenino en el contexto de la sociedad*”), o por otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional.
4. Que la conducta se haya cometido en relación con cualquier acto de los señalados en el párrafo 1 del artículo 7° del Estatuto (conductas de lesa humanidad), o con cualquier crimen de la competencia de la Corte[22]”<sup>81</sup>.

#### 7.3.2.2.9. Desaparición forzada de personas

El literal i, del inciso segundo del artículo séptimo define la desaparición forzada de personas como “la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado”<sup>82</sup>. Esta definición sigue los parámetros de la Convención Interamericana sobre Desaparición forzada de personas de 1994.

Los Elementos de los Crímenes recogió una serie de temores de algunas delegaciones frente a la jurisdicción *ratione temporae*, toda vez que este es un delito de ejecución permanente, y no termina sino cuando se informa sobre la suerte o el paradero de la persona, por tal razón se incluyeron una serie de notas aclaratorias en los Elementos de los Crímenes.

- “1. Que el autor:
  - a) Haya aprehendido, detenido [25] [26] o secuestrado a una o más personas; o
  - b) Se haya negado a reconocer la aprehensión, la detención o el secuestro o a dar información sobre la suerte o el paradero de esa persona o personas.
2.
  - a) Que tal aprehensión, detención o secuestro haya sido seguido o acompañado de una negativa a reconocer esa privación de libertad o a dar información sobre la suerte o el paradero de esa persona o personas; o
  - b) Que tal negativa haya estado precedida o acompañada de esa privación de libertad.

<sup>81</sup> [21] Este requisito se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 6 de la introducción general a los elementos de los crímenes.[22] Se entiende que en este elemento no es necesario ningún otro elemento de intencionalidad además del previsto en el elemento 6.” Elementos de los Crímenes En: Sánchez, Hernando y Sánchez, Raúl Eduardo. Op. Cit.

<sup>82</sup> Sánchez, Hernando y Sánchez, Raúl Eduardo. Op. Cit.

3. Que el autor haya sido consciente de que [27]:
  - a) Tal aprehensión, detención o secuestro sería seguido en el curso normal de los acontecimientos de una negativa a reconocer la privación de libertad o a dar información sobre la suerte o el paradero de esa persona o personas [28]; o
  - b) Tal negativa estuvo precedida o acompañada de esa privación de libertad.
4. Que tal aprehensión, detención o secuestro haya sido realizada por un Estado u organización política o con su autorización, apoyo o aquiescencia.
5. Que tal negativa a reconocer la privación de libertad o a dar información sobre la suerte o el paradero de esa persona o personas haya sido realizada por un Estado u organización política o con su autorización o apoyo.
6. Que el autor haya tenido la intención de dejar a esa persona o personas fuera del amparo de la ley por un período prolongado<sup>83</sup>.

#### 7.3.2.2.10. Apartheid

El artículo primero de la Convención Internacional para la eliminación y castigo del crimen de Apartheid de 1973, señala que este es un delito de lesa humanidad y son crímenes contra el derecho internacional, mientras que el artículo tercero de la Convención, imputa responsabilidad penal individual a nivel internacional frente a este delito.

El literal h, del párrafo segundo del artículo séptimo define el Apartheid como “los actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1 (*conductas de lesa humanidad*) cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen”<sup>84</sup>.

La presente definición sigue los lineamientos establecidos en el artículo segundo de la Convención de 1973, la cual trae una serie de conductas que pueden considerarse como Apartheid, que pueden otorgar luces a la Corte Penal Internacional cuando asuma el conocimiento de esta clase de conductas, como son:

- “a) La denegación a uno o más miembros de uno o más grupos raciales del derecho a la vida y a la libertad de la persona:
  - i) Mediante el asesinato de miembros de uno o más grupos raciales;
  - ii) Mediante atentados graves contra la integridad física o mental, la libertad o la dignidad de los miembros de uno o más grupos raciales, o su sometimiento a torturas o a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes;
  - iii) Mediante la detención arbitraria y la prisión ilegal de los miembros de uno o más grupos raciales;
- b) La imposición deliberada a uno o más grupos raciales de condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- c) Cualesquiera medidas legislativas o de otro orden destinadas a impedir a uno o más grupos raciales la participación en la vida política, social, económica y cultural del país y a crear deliberadamente condiciones que impidan el pleno desarrollo de tal grupo o tales grupos, en especial denegando a los miembros de uno o más grupos raciales los derechos humanos y libertades fundamentales, entre ellos el derecho al trabajo, el derecho a formar asociaciones sindicales reconocidas, el

<sup>83</sup> “[23] Dado el carácter complejo de este crimen, se reconoce que en su comisión participará normalmente más de un autor con un propósito delictivo común. [24] El crimen será de la competencia de la Corte únicamente si el ataque indicado en los elementos 7 y 8 se produjo después de la entrada en vigor del Estatuto. [25] La palabra “detenido” incluirá al autor que haya mantenido una detención existente.[26] Se entiende que, en determinadas circunstancias, la aprehensión o la detención pudieron haber sido legales.[27] Este elemento, incluido a causa de la complejidad de este delito, se entiende sin perjuicio de la introducción general a los elementos de los crímenes.[28] Se entiende que, en el caso del autor que haya mantenido detenido a alguien que ya lo estaba, se daría ese elemento si el autor fuese consciente de que esa negativa ya había tenido lugar.” Elementos de los Crímenes En: Sánchez, Hernando y Sánchez, Raúl Eduardo. Op. Cit.

<sup>84</sup> Sánchez, Hernando y Sánchez, Raúl Eduardo. Op. Cit.

- derecho a la educación, el derecho a salir de su país y a regresar al mismo, el derecho a una nacionalidad, el derecho a la libertad de circulación y de residencia, el derecho a la libertad de opinión y de expresión y el derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas;
- d) Cualesquiera medidas, incluidas las de carácter legislativo, destinadas a dividir la población según criterios raciales, creando reservas y guetos separados para los miembros de uno o más grupos raciales, prohibiendo los matrimonios mixtos entre miembros de distintos grupos raciales y expropiando los bienes raíces pertenecientes a uno o más grupos raciales o a miembros de los mismos;
  - e) La explotación del trabajo de los miembros de uno o más grupos raciales, en especial sometiéndolos a trabajo forzoso;
  - f) La persecución de las organizaciones y personas que se oponen al apartheid privándolas de derechos y libertades fundamentales<sup>85</sup>.

#### 7.3.2.2.11. Otros actos inhumanos

Esta disposición se encuentra presente en los diferentes Estatutos Penales Internacionales, desde Núremberg hasta Roma, toda vez que busca evitar los vacíos en las conductas penales. El artículo séptimo señala la punición de "Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física"<sup>86</sup>.

En el caso de *Kayishema y Ruzindana*<sup>87</sup>, el Tribunal de Ruanda, manifestó que esos otros actos inhumanos son aquellos que causan un daño o sufrimiento mental o físico serio, o constituye un ataque a la dignidad humana de comparable seriedad o gravedad a otros crímenes de lesa humanidad enunciados en los diferentes instrumentos internacionales.

Conductas que atenten la propiedad privada, que impliquen experimentación científica, humillaciones físicas o psicológicas podrían enmarcarse dentro de esta clase de acciones.

Los Elementos de los Crímenes, recogen básicamente lo establecido en el párrafo primero del artículo séptimo.

### 7.3.3. Crímenes de guerra

#### 7.3.3.1. Introducción

Un crimen de guerra es básicamente una conducta que viola las normas del Derecho Internacional Humanitario (DIH)<sup>88 89</sup> aplicable en conflictos armados internacionales y de carácter no internacional.

<sup>85</sup> Sánchez Sánchez, Hernando y Sánchez Sánchez, Raúl Eduardo. Op. Cit.

<sup>86</sup> Sánchez Sánchez, Hernando y Sánchez Sánchez, Raúl Eduardo. Op. Cit.

<sup>87</sup> *Prosecutor v. Kayishema and Obed Ruzindana*, Caso No. ICTR-95-1-T, Cámara II, del 21 de mayo de 1999, párrafo 151.

<sup>88</sup> En lo pertinente a los crímenes de guerra mencionaremos los elementos más relevantes del DIH, toda vez que en desarrollo de los restantes módulos se analizarán con mayor profundidad estas normas relacionadas con el conflicto armado, como en: "*Aspectos jurídicos esenciales de carácter internacional relacionados con los DDHH y el DIH*", "*Concepto y normatividad internacional en DIH y su aplicación al caso colombiano*", "*Descripción general de las infracciones al DIH*" y "*Aplicación de los principios del DIH a los tipos penales consagrados en el título II del Código Penal y al artículo 48 del Código Único Disciplinario*".

<sup>89</sup> Acudiendo al Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), podemos decir que el DIH es "*es el conjunto de normas cuya finalidad, en tiempo de conflicto armado, es, por una parte, proteger a las personas que no participan, o han dejado de participar, en las hostilidades y, por otra, limitar los métodos y medios de hacer la guerra*".

Para ser exactos, por Derecho Internacional Humanitario aplicable en los conflictos armados, el CICR entiende las normas internacionales, de origen convencional o consuetudinario, especialmente destinadas a solucionar los problemas de índole humanitaria que se derivan directamente de los conflictos armados, internacionales o no, y limitan, por razones humanitarias, el derecho de las partes en conflicto a utilizar los métodos y medios de hacer la guerra de su elección o protegen a las personas y los bienes afectados o que pueden verse afectados por el conflicto". Disponible en: [www.cicr.org](http://www.cicr.org) Visitado el 30 de mayo de 2009.

Se tienen ciertas condiciones para clasificar un crimen como un crimen de guerra. Estas condiciones fueron especificadas en el juicio de Tadic en el TPIY. Estas condiciones son:

- 1) Que la violación constituya un infracción a una norma del Derecho Internacional Humanitario.
- 2) Las normas deben ser de la costumbre por su naturaleza, o, si pertenece al derecho de los tratados, las condiciones requeridas deben cumplirse.
- 3) La violación debe ser "seria", es decir, debe constituir una infracción a una norma que proteja valores importantes y que deba traer consecuencias graves a la víctima.
- 4) La violación de la norma debe crear, bajo el derecho internacional consuetudinario, la responsabilidad penal de la persona que violó dicha norma<sup>90</sup>.

"Todas las personas pueden ser juzgados por crímenes de guerra. No solo soldados, sino también particulares, miembros de un gobierno, miembros de partidos políticos y administradores, empresarios, jueces, doctores y enfermeras, verdugos y prisioneros en campos de concentración, fueron encontrados culpables en los juicios que se siguieron des después de la Segunda Guerra Mundial"<sup>91</sup>.

El DIH divide en dos las personas y bienes involucradas en un conflicto armado, por un lado están los combatientes (aquellos que participan de forma activa en el conflicto), y por otro, están los no combatientes (personas que no participan de ninguna manera en el conflicto), que incluye a la población civil, a combatientes que han depuesto sus armas por rendición, captura, heridas, naufragio o enfermedad, a personal sanitario, religioso, periodistas, detenidos, prisioneros de guerra, personas que colaboran en operaciones de socorro o de organización de protección civil, entre otros.

Así mismo, los bienes se dividen en militares y civiles. Los militares son "aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida"<sup>92</sup>. Contrario sensu, los bienes civiles son aquellos que no tengan esa naturaleza militar, como bienes culturales, que contengan fuerzas peligrosas, ambientales, los necesarios para la supervivencia, entre otros.

El DIH aplica desde el inicio del conflicto armado y se extiende hasta la cesación de hostilidades, inclusive hasta lograr un acuerdo de paz a dicho conflicto. Se aplica a todo el territorio de los Estados involucrados o en el caso de un conflicto armado interno, en todo el territorio bajo el control de una parte, independientemente de si se llevan a cabo combates o no en esa parte<sup>93</sup>.

### 7.3.3.2. Definición de conflicto armado

¿Pero cuándo estamos en presencia de un conflicto armado? La jurisprudencia penal internacional en el caso de Dusko Tadic, lo señaló claramente cuando expresó: "Un conflicto armado existe cada vez que se recurre a la fuerza armada entre Estados o hay violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos dentro de un Estado"<sup>94</sup>.

<sup>90</sup> Prosecutor v. Dusko Tadic, Case No. IT-94-1-AR72, Sala de Apelaciones del Tribunal para la antigua Yugoslavia, auto del 2 de octubre de 1995, sobre la apelación realizada por la defensa relativa a la jurisdicción. Párrafo 94. (Traducción libre del autor). Disponible en: [www.un.org/icty](http://www.un.org/icty)

<sup>91</sup> Kittichaisaree, Kriangsak. "International Criminal Law". Oxford University Press, 2001. P. 133.

<sup>92</sup> Sánchez, Hernando y Sánchez, Raúl Eduardo. Protocolo I de 1977, artículo 52, inciso 2° del adicional a los cuatro Convenios de Ginebra, Op. Cit.

<sup>93</sup> Kittichaisaree, Kriangsak. Op. Cit. P. 131.

<sup>94</sup> Prosecutor v. Dusko Tadic, Case No. IT-94-1-AR72, Sala de Apelaciones del Tribunal para la antigua Yugoslavia, auto del 2 de octubre de 1995, sobre la apelación realizada por la defensa relativa a la jurisdicción. Párrafo 70. (Traducción libre del autor). Disponible en: [www.un.org/icty](http://www.un.org/icty)

La anterior definición dada por el TPIY, recoge tanto el conflicto armado internacional cuando menciona el uso de la fuerza armada por parte de dos o más Estados, así como el conflicto armado no internacional en dos claros eventos, por un lado, cuando las fuerzas del orden de un Estado lleven un extenso período de lucha contra grupos armados irregulares organizados, y por otro, cuando dentro de un mismo Estado esa clase de grupos se enfrenten entre sí.

Además, “no se requiere de que los insurgentes ejerzan control territorial o cumplan las obligaciones del artículo 3° común, ni es necesario que el gobierno use sus fuerzas armadas en contra de estos (o aún más que ni siquiera sea una parte del conflicto), o que los insurgentes sean reconocidos como beligerantes”<sup>95</sup>.

Sumado a lo anterior, el artículo 1° del Protocolo II de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra dispone el ámbito de aplicación del mismo señalando:

“1. El presente Protocolo, que desarrolla y completa el artículo 3° común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, sin modificar sus actuales condiciones de aplicación, se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1° del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo”<sup>96</sup>.

“Es ampliamente aceptado que se requiere de un nivel de organización por parte de los insurgentes antes de que se establezca la existencia de un conflicto armado interno para la aplicación del artículo 3°. Esto resulta de el hecho de que los insurgentes deben ser una ‘parte’ del conflicto armado, por lo que un grupo esporádico de saqueadores o alborotadores difícilmente podrán ser considerados como una parte en un conflicto serio”<sup>97</sup>.

De todas maneras, tal como lo dice, Kriangsak Kittichaisaree<sup>98</sup> citando la jurisprudencia del TPIY de *Tadic*, no todo crimen cometido durante un conflicto armado es un crimen de guerra. Un crimen de guerra debe estar suficientemente conectado a un conflicto armado, tanto como para poder hacer una conexión entre el crimen cometido y el conflicto armado.

### 7.3.3.3. Antecedentes del artículo 8° del Estatuto de Roma

Los crímenes de guerra bajo el Tribunal de Núremberg y Tokio fueron los cometidos durante conflictos armados internacionales. Los crímenes cubiertos por el TPIY son de dos categorías. El artículo 2° del estatuto de dicho tribunal señala todas las violaciones de las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 relacionados con la protección de víctimas en conflictos armados internacionales. El artículo 3° del estatuto del mencionado tribunal habla de las violaciones de las leyes o de las costumbres de guerra.

Los crímenes que cubre el Tribunal Penal Internacional de Ruanda son aquellos crímenes cometidos en un conflicto interno. El artículo 4° del estatuto de dicho tribunal sanciona las violaciones al artículo 3° común de las Convenciones de Ginebra.

<sup>95</sup> Moir, Lindsay. “The Law of Armed Conflict”. Cambridge University Press, 2002. P. 43. (Traducción libre del autor).

<sup>96</sup> Sánchez, Hernando y Sánchez, Raúl Eduardo. Op. Cit.

<sup>97</sup> Moir, Lindsay. “The Law of Armed Conflict”. Cambridge University Press, 2002. P. 36. (Traducción libre del autor).

<sup>98</sup> Kittichaisaree, Kriangsak. “International Criminal Law”. Oxford University Press, 2001. P. 131.

#### 7.3.3.4. Crímenes de guerra en el Estatuto de Roma (art. 8°)

Luego de ser establecidos en los diferentes Estatutos que crearon Tribunales Penales Internacionales y de recoger las diversas normas sobre Derecho Internacional Humanitario, así como algunas convenciones internacionales, la conferencia deliberatoria en Roma, señaló en el artículo 8° del Estatuto de la Corte Penal Internacional, las categorías de las conductas constitutivas en crímenes de guerra dividiéndolas en cuatro, con el siguiente encabezado:

“La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes”<sup>99</sup>.

1. Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949.
2. Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco del derecho internacional.
3. Las violaciones graves del artículo 3° común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, en caso de conflicto armado que no sea de índole internacional.
4. Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido del derecho internacional.

Del precitado artículo se pueden señalar varios aspectos. En primer lugar, que la lista de conductas se realizó de una manera exhaustiva y no enunciativa como sucede con los crímenes contra la humanidad. En segundo lugar, la expresión del encabezado “en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes” busca evitar que la Corte Penal adquiera su competencia por actos aislados o menores<sup>100</sup>. En tercer lugar, la expresión “en particular”, no excluye que la CPI adquiera competencia frente a conductas que no se “cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala”<sup>101</sup>. En cuarto lugar, se observa claramente como las dos primeras categorías en las que se dividen los crímenes de guerra están relacionadas con conflictos armados internacionales, mientras que las dos últimas se relacionan a conflictos armados de carácter no internacional.

A continuación analizaremos las conductas de cada categoría:

##### 7.3.3.4.1. Crímenes de guerra en conflictos armados internacionales

“a. Infracciones graves de los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949<sup>102</sup>, a saber, cualquiera de los siguientes actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente:

- “i) El homicidio intencional: Implica el hecho de quitarle la vida a una persona protegida. Por ejemplo, si una persona le pega a una víctima anciana por un término de tiempo extendido, y lo abandona sin ningún tratamiento médico sin importar los

<sup>99</sup> Para el mejor estudio de las conductas contenidas en el artículo 8° citaremos las normas del texto “Código de Derecho Penal Internacional” de los hermanos Sánchez Sánchez publicado por Dike-Universidad del Rosario, 2007.

<sup>100</sup> Este encabezado fue sugerido por los Estados Unidos como salvaguardia de que la CPI ejerciera su jurisdicción penal sobre sus soldados cuando estos cometieran actos aislados o menores. Kittichaisaree, Kriangsak. Op Cit. P. 133.

<sup>101</sup> Kittichaisaree, Kriangsak. Op. Cit. P. 133.

<sup>102</sup> Las infracciones graves se encuentran tipificadas en los artículos 50 de la I Convención de Ginebra, 51 de la II Convención, 130 de la III Convención, 147 de la IV Convención y 11 y 85 del Protocolo I Adicional. Pueden ser consultadas en Sánchez, Hernando y Sánchez, Raúl Eduardo. Op. Cit.

riesgos derivados de este hecho y la persona pueda morir de dichas lesiones, y que efectivamente muere de las lesiones, este autor puede ser condenado por ser culpable por homicidio intencional<sup>103</sup>.

“ii) La tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos: Los elementos de la tortura fueron señalados en el caso Celebici referente al campo de concentración con base en lo siguiente:

1. La tortura consiste en la imposición, por la acción u omisión, de dolores o sufrimientos graves, físicos o mentales.
2. Este acto u omisión debe ser doloso.
3. Este acto debe aspirar a obtener información o una confesión, o castigar, intimidar, humillar o coaccionar a la víctima o a una tercera persona.
4. Este acto debe estar en conexión con el conflicto armado<sup>104</sup>.

Los Elementos de los Crímenes del Estatuto de Roma de la CPI señalan que la conducta debe contener las siguientes características:

- “1. Que el autor haya causado grandes dolores o sufrimientos físicos o mentales a una o más personas.
2. Que el autor haya causado los dolores o sufrimientos con una finalidad tal como la de obtener información o una confesión, castigar a la víctima, intimidarla o ejercer coacción sobre ella o por cualquier otra razón basada en discriminación de cualquier tipo.
3. Que esa persona o personas hayan estado protegidas en virtud de uno o más de los Convenios de Ginebra de 1949.
4. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían esa protección.
5. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.
6. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias del hecho que establecían la existencia de un conflicto armado”<sup>105</sup>.

El trato inhumano es el acto intencional que causa serios daños físicos o mentales, ataca la integridad física, mental o la salud y la dignidad humana.

La experimentación biológica, se encuentra definida en los Elementos de los Crímenes con las siguientes características:

- “1. Que el autor haya sometido a una o más personas a un determinado experimento biológico.
2. Que el experimento haya puesto en grave peligro la salud física o mental o la integridad de la persona o personas.
3. Que el experimento no se haya realizado con fines terapéuticos, no estuviera justificado por razones médicas ni se haya llevado a cabo en interés de la persona o personas”<sup>106</sup>.

“iii) El hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud”: El TPIY, en el caso de Celebici, define esta conducta como: “Un acto u omisión intencional, que causa sufrimiento físico o mental o una lesión. Abarca los actos que no cumplan los requisitos o propósitos del delito de tortura, aunque es evidente que todos los actos que constituyen tortura también podrían entrar dentro del ámbito de este delito”<sup>107</sup>. En el caso Celebici, tres

<sup>103</sup> Fue el caso de la muerte de Simo Jovanovic, muerto en el campo de concentración de Celebici conocido por el Tribunal para la ex-Yugoslavia. Citado por Kittichaisaree, Kriangsak. Op. Cit. P. 143.

<sup>104</sup> Kittichaisaree, Kriangsak. Op. Cit. P. 143.

<sup>105</sup> Los elementos 5 y 6 son aspectos comunes para todas las conductas constitutivas como Crímenes de Guerra. Sánchez, Hernando y Sánchez, Raúl Eduardo. Op. Cit. P. 162.

<sup>106</sup> Sánchez, Hernando y Sánchez, Raúl Eduardo. Op. Cit. P. 162.

<sup>107</sup> Kittichaisaree, Kriangsak. Op. Cit. P. 147.

acusados fueron encontrados culpables de este crimen, por el trato cruel al que sometieron a los encarcelados del campo de prisión Celebici a un ambiente de terror, creado por el asesinato y condiciones inhumanas de vida al ser privados de una alimentación adecuada, agua, atención médica, y servicios sanitarios entre otros, lo que provocaba que los detenidos sufrieran graves traumas psicológicos y físicos. Este crimen incluye gran sufrimiento y lesiones graves, mentales y físicas a la salud. Este delito puede también incluir la violación.

“iv) La destrucción y la apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares, y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente”: Esta conducta contiene dos verbos rectores, por un lado destruir y por otro, apropiar. El DIH permite que cuando medien las necesidades militares se puedan realizar estas conductas para el beneficio de las tropas o la acción militar. Si no está presente esa justificación se comete la conducta. Este acto es calificado como ilícito y arbitrario. La apropiación de bienes incluye el saqueo como aquel acto violento, no necesario, en donde se obtiene propiedad pública o privada. Puede apropiarse, a través de actos de violencia, mediante engaños o hurtos. En el caso Jelisic el TPIY señaló que “este delito se comete por la apropiación fraudulenta y arbitraria de la propiedad pública o privada que pertenezca al enemigo o a la parte adversa cometida en el contexto de un conflicto armado. Puede ser cometido por medio de actos aislados de soldados para su propio beneficio o satisfacción, o por una apropiación organizada dentro del marco de explotación económica del territorio ocupado”<sup>108</sup>.

“v) El hecho de forzar a un prisionero de guerra o a otra persona protegida a servir en las fuerzas de una potencia enemiga”: Los Elementos de los Crímenes disponen frente a esta conducta:

1. Que el autor haya obligado a una o más personas, mediante hechos o amenazas, a participar en operaciones bélicas dirigidas contra el país o las fuerzas armadas de esa persona o personas, o a servir en las fuerzas de una potencia enemiga.
2. Que esa persona o personas hayan estado protegidas en virtud de uno o más de los Convenios de Ginebra de 1949.
3. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían esa protección”.

“vi) El hecho de privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a otra persona protegida de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente”: Se deriva especialmente de los convenios de Ginebra III y IV que consagran una serie de garantías fundamentales en materia judicial y frente a los prisioneros de guerra como son:

El derecho a ser juzgado por un juez independiente e imparcial.

El derecho a saber los cargos o imputaciones que hay en su contra.

A no ser juzgado dos veces por el mismo hecho (non bis in idem).

La prohibición de castigos colectivos por actos individuales, así como los castigos corporales.

El respeto al principio de legalidad.

El derecho que se tiene a ser informado sobre la impugnación.

El derecho ha ser sentenciado o ejecutado por un juez o corte legalmente constituido que otorgue todas las garantías judiciales.

“vii) La deportación o el traslado ilegal, la detención ilegal”: Son tres conductas en una sola disposición. Por un lado está la deportación, que hace referencia al movimiento de personas del territorio de un Estado a otro, mientras que el traslado hace referencia a ese mismo cambio de personas de un territorio de un Estado a otro dentro de ese mismo Estado.

<sup>108</sup> Prosecutor v. Goran Jelisic, Caso No. IT-95-10, ICTY, Sala I del 14 de diciembre de 1999. Tribunal para la antigua Yugoslavia. Párrafo 48. (Traducción libre del autor). Disponible en: [www.un.org/icty](http://www.un.org/icty)



El artículo 45 de la IV Convención de Ginebra dispone que: "Las personas protegidas no podrán ser transferidas a una potencia que no sea parte en el Convenio". Así mismo, "en ningún caso se podrá transferir a una persona protegida a un país donde pueda temer persecuciones a causa de sus opiniones políticas o religiosas".

La otra conducta es el confinamiento ilegal. De acuerdo al DIH durante los conflictos armados las libertades de los ciudadanos se mantienen intocables independientemente de si son o no nacionales de la parte enemiga. Las diversas normas del DIH permiten el confinamiento en varios casos como son los espías, sabotadores, prisioneros de guerra, personal médico, religioso o por la propia seguridad del confinado.

"viii) La toma rehenes": Es un crimen de guerra, ya que se toma a personas inocentes, y se les priva ilegalmente de su libertad, a menudo arbitrariamente, y a veces bajo amenaza de muerte por el enemigo. El adversario busca aterrorizar y reprimir al rehén. Para encontrar responsable a un acusado de este delito, la Fiscalía tiene que demostrar que en el momento de la detención, el acto fue cometido con el fin de obtener una concesión o una ventaja. Los elementos de este crimen de guerra son:

- "1. Que el autor haya capturado, detenido o mantenido en calidad de rehén a una o más personas.
  2. Que el autor haya amenazado con matar, herir o mantener detenida a esa persona o personas.
  3. Que el autor haya tenido la intención de obligar a un Estado, a una organización internacional, una persona natural o jurídica o un grupo de personas a que actuaran o se abstuvieran de actuar como condición expresa o tácita de la seguridad o la puesta en libertad de esa persona o personas".
- "b) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco del derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes:
- i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil en cuanto tal o contra personas civiles que no participen directamente en las hostilidades": Esta protección se deriva del artículo 51 del Protocolo I Adicional (PAI) que dispone: "1. La población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares. (...) 2. No serán objeto de ataque la población civil como tal ni las personas civiles. Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil". Así mismo, el artículo 49 define lo que es un ataque: "Se entiende por "ataques" los actos de violencia contra el adversario, sean ofensivos o defensivos". El TPIY en el caso Blaskic señaló que la conducta se configuraba cuando se atacaba a la población civil, sin que existiera justificación de la necesidad militar.
  - "ii) Dirigir intencionalmente ataques contra bienes civiles, es decir, bienes que no son objetivos militares": Como ya se mencionó en la parte introductoria, esos bienes que por su naturaleza o su ubicación sean de carácter civil, estarán siempre protegidos.
  - "iii) Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o bienes civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados": Este es un delito nuevo, adicionado en la Conferencia de Roma en respuesta a la exigencia de inclusión de crímenes cometidos contra personal de Naciones Unidas, como una categoría especial de delito internacional y que se deriva de la Convención sobre la seguridad del personal de Naciones Unidas y personal asociado de 1994, que proscribió cualquier acto de violencia en contra de personas o bienes relacionados con los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas.

La discusión se ha centrado acerca de si el uso de la fuerza por parte de las misiones de mantenimiento de la paz como son los Cascos Azules hacen que estos pierdan su carácter de protegidos o no. Algunos autores como L. C. Green, consideran que el uso de las armas para la propia defensa no les hace perder su condición de protegidos, mientras que ha sido la misma ONU la que

señaló como combatientes a los miembros de mantenimiento de la paz que usan las armas para su propia defensa y por lo tanto se ven envueltas en situaciones del conflicto armado<sup>109</sup>.

"iv) Lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea": La Conferencia de Roma incluyó las expresiones "manifiestamente" y "en conjunto" por sugerencia de los Estados Unidos para permitirles a los soldados un mayor margen de apreciación en el campo y excluir los errores de juzgamiento como crímenes de guerra. Se deriva esta conducta especialmente de los artículos 35, 51, 55, 56, 57 y 85 del Protocolo I Adicional.

El problema surge al momento de interpretar la norma (que está presente también en el artículo 164 del Código Penal colombiano), debido a que para la afectación del medio ambiente se requiere que los daños sean "extensos, duraderos y graves". No hay un criterio de lo que se debe entender por cada concepto, además de que se deben presentar los tres aspectos y no solamente uno de ellos.

"v) Atacar o bombardear, por cualquier medio, ciudades, aldeas, viviendas o edificios que no estén defendidos y que no sean objetivos militares": El artículo 59 del Protocolo I Adicional define cuándo y bajo qué parámetros un lugar no se encuentra defendido. "cualquier lugar habitado que se encuentre en la proximidad o en el interior de una zona donde las fuerzas armadas estén en contacto y que esté abierto a la ocupación por una parte adversa. Tal localidad habrá de reunir las condiciones siguientes:

- a) deberán haberse evacuado todos los combatientes, así como las armas y el material militar móviles;
- b) no se hará uso hostil de las instalaciones o los establecimientos militares fijos;
- c) ni las autoridades ni la población cometerán actos de hostilidad;
- d) no se emprenderá actividad alguna en apoyo de operaciones militares.

"vi) Causar la muerte o lesiones a un enemigo que haya depuesto las armas o que, al no tener medios para defenderse, se haya rendido a discreción": Castiga los actos en contra de aquellos que no tienen la oportunidad o medios para defenderse. El artículo 41 del Protocolo I Adicional señala: "1. Ninguna persona podrá ser objeto de ataque cuando se reconozca o, atendidas las circunstancias, deba reconocerse que esté fuera de combate.

2. Está fuera de combate toda persona:

- a) que esté en poder de una parte adversa;
- b) que exprese claramente su intención de rendirse; o
- c) que esté inconsciente o incapacitada en cualquier otra forma a causa de heridas o de enfermedad y sea, por consiguiente, incapaz de defenderse; y siempre que, en cualquiera de esos casos, se abstenga de todo acto hostil y no trate de evadirse.

"vii) Utilizar de modo indebido la bandera blanca, la bandera nacional o las insignias militares o el uniforme del enemigo o de las Naciones Unidas, así como los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra, y causar así la muerte o lesiones graves": Esta conducta no castiga el solo uso de lo mencionado en la disposición, sino que para la configuración típica se requiere haber usado esos emblemas o símbolos pero con el objetivo de causar unas lesiones o la muerte. Esta norma incluye la

<sup>109</sup> Boletín del Secretario General de la ONU. "Observancia de las Fuerzas de las Naciones Unidas del Derecho Internacional Humanitario", Doc. ST/SGB/1999/13, 6 de agosto de 1999, Sec. 1.1. Citado por Kittichaisaree, Kriangsak. Op. Cit. P. 161.

perfidia señalada en el artículo 37 del Protocolo I Adicional. "1. Queda prohibido matar, herir o capturar a un adversario valiéndose de medios péfidos. Constituirán perfidia los actos que, apelando a la buena fe de un adversario con intención de traicionarla, den a entender a éste que tiene derecho a protección, o que está obligado a concederla, de conformidad con las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados. Son ejemplos de perfidia los actos siguientes:

- a) Simular la intención de negociar bajo bandera de parlamento o de rendición;
- b) simular una incapacitación por heridas o enfermedad;
- c) simular el estatuto de persona civil, no combatiente;
- d) simular que se posee un estatuto de protección, mediante el uso de signos, emblemas o uniformes de las Naciones Unidas o de Estados neutrales o de otros Estados que no sean partes en el conflicto".

"viii) El traslado, directa o indirectamente, por la Potencia ocupante de parte de su población civil al territorio que ocupa o la deportación o el traslado de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio": Se incluyó la expresión "directa o indirectamente" a petición de los países árabes, para clarificar que la potencia ocupante debe ser responsable de esta conducta, si deliberadamente organiza la transferencia de su propia población o si no toma medidas para evitar que la población se traslade.

El artículo 49 de la IV Convención de Ginebra prohíbe deportaciones individuales o masivas de todos o de una parte de personas protegidas de un territorio ocupado al territorio del ocupante o de un territorio a otro. El artículo 85, párrafo 4 del PAI dispone como grave violación "a) el traslado por la potencia ocupante de partes de su propia población civil al territorio que ocupa, o la deportación o el traslado en el interior o fuera del territorio ocupado de la totalidad o parte de la población de ese territorio, en violación del artículo 49 del IV Convenio;".

"ix) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos, los hospitales y los lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, siempre que no sean objetivos militares": Esta norma se deriva de las cuatro convenciones de Ginebra y del PAI<sup>110</sup> sobre la protección de hospitales y lugares donde los heridos y enfermos se encuentren. En el caso Blaskic ya mencionado, el TPIY dispuso que esta clase de bienes de ninguna manera podían ser considerados como objetivos militares si no tenían esa connotación.

"x) Someter a personas que estén en poder del perpetrador a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón de un tratamiento médico, dental u hospitalario, ni se lleven a cabo en su interés, y que causen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud": Esta conducta deviene especialmente del artículo 11 del PAI, que la considera como grave violación. Señala la norma: "1. No se pondrán en peligro, mediante ninguna acción u omisión injustificada la salud ni la integridad física o mental de las personas en poder de la parte adversa o que sean internadas, detenidas o privadas de libertad en cualquier otra forma a causa de una situación prevista en el artículo.

1. Por consiguiente, se prohíbe someter a las personas a que se refiere el presente artículo a cualquier acto médico que no esté indicado por su estado de salud y que no esté de acuerdo con las normas médicas generalmente reconocidas que se aplicarían en análogas circunstancias médicas a los nacionales no privados de libertad de la parte que realiza el acto.

<sup>110</sup> Convención I. Arts. 19 a 23. Convención II. Arts. 22, 23, 34 y 35. Convención IV. Arts. 18 y 19. PA I. Arts. 12 y 53.

2. Se prohíben en particular, aunque medie el consentimiento de las referidas personas:
  - a) las mutilaciones físicas;
  - b) los experimentos médicos o científicos;
  - c) las extracciones de tejidos u órganos para trasplantes, salvo si estos actos están justificados en las condiciones previstas en el párrafo 1”.

Los Elementos de los Crímenes de esta conducta disponen:

- “1. Que el autor haya sometido a una o más personas a un experimento médico o científico.
2. Que el experimento haya causado la muerte de esa persona o personas o haya puesto en grave peligro su salud física o mental o su integridad.
3. Que la conducta no estuviera justificada en razón del tratamiento médico, dental u hospitalario de esa persona o personas ni se haya llevado a cabo en su interés.
4. Que esa persona o personas se encontraran en poder de una parte adversa”.

Finalmente, el caso “Médico”<sup>111</sup> del Tribunal de Núremberg estableció diez criterios para satisfacer los patrones morales, éticos y legales de cualquier experimentación como son:

1. El consentimiento libre y voluntario es esencial.
2. El experimento debe estar dirigido a obtener resultados a favor de la sociedad.
3. Debió haber sido basado en experimentación animal.
4. Debe ser desarrollado para no afectar o lesionar la salud o el cuerpo.
5. Ningún experimento se puede llevar a cabo si hay razones para creer que se va a causar la muerte.
6. El grado de riesgo nunca podrá exceder el posible beneficio.
7. Se deben tener los equipos médicos indispensables para atender cualquier emergencia derivada del experimento.
8. Debe ser realizado por científicos.
9. Las personas pueden manifestar su deseo de parar.
10. Durante el experimento, el científico puede estar en la posibilidad de detenerlo en cualquier momento, si cree que se va a poner en peligro a la persona.

“xi) Matar o herir a traición a personas pertenecientes a la nación o al ejército enemigo”: Los Elementos de los Crímenes disponen:

- “1. Que el autor se haya ganado la confianza de una o más personas y les haya hecho creer que tenían derecho a protección o que él estaba obligado a protegerlas en virtud de las normas del derecho internacional aplicable a los conflictos armados.
2. Que el autor haya tenido la intención de traicionar esa confianza.
3. Que el autor haya dado muerte o herido a esa persona o personas.
4. Que el autor al matar o herir, haya aprovechado la confianza que se había ganado.
5. Que esa persona o personas hayan pertenecido a una parte enemiga”.

---

<sup>111</sup> Kittichaisaree, Kriangsak. Op Cit. P. 171.

“xii) Declarar que no se dará cuartel”: Se deriva esta conducta del artículo 23 de las regulaciones de La Haya de 1907, así como del artículo 40 del PAI que dispone: “Queda prohibido ordenar que no haya supervivientes, amenazar con ello al adversario o conducir las hostilidades en función de tal decisión”.

Los Elementos de los Crímenes señalan:

1. Que el autor haya dado una orden o hecho una declaración en el sentido de que no hubiese supervivientes.
2. Que la orden o la declaración se haya dado o hecho para amenazar a un adversario o para proceder a las hostilidades de manera de que no quedasen sobrevivientes.
3. Que el autor estuviera en situación de mando o control efectivos respecto de las fuerzas subordinadas a las que haya dirigido la orden o la declaración”.

La expresión “mando o control efectivos” es de suma importancia porque en un conflicto siempre está la relación jerárquica de superior-subordinado, acompañada del seguimiento efectivo de las órdenes o de una relación de superioridad de quien da la orden. Si el subordinado no atiende las instrucciones del superior jerárquico, este último podría ver salvada eventualmente su responsabilidad penal.

“xiii) Destruir o confiscar bienes del enemigo, a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo”: Los Elementos de los Crímenes disponen:

1. Que el autor haya destruido un bien o se haya apoderado de un bien.
2. Que ese bien haya sido de propiedad de una parte enemiga.
3. Que ese bien haya estado protegido de la destrucción o apropiación en virtud del derecho internacional de los conflictos armados.
4. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias del hecho que establecían la condición del bien.
5. Que la destrucción o apropiación no haya estado justificada por necesidades militares”.

“xiv) Declarar abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un tribunal los derechos y las acciones de los nacionales de la parte enemiga”: Como ya lo mencionamos anteriormente las normas del DIH otorgan una serie de garantías judiciales que permanecen incólumes para todas las partes. Los Elementos de los Crímenes disponen:

1. Que el autor haya abolido, suspendido o declarado inadmisibles ante un tribunal ciertos derechos o acciones.
2. Que la abolición, suspensión o declaración de inadmisibilidad hayan estado dirigidas contra los nacionales de una parte enemiga.
3. Que el autor haya tenido la intención de que la abolición, suspensión o declaración de inadmisibilidad estuvieran dirigidas contra los nacionales de una parte enemiga”.

“xv) Obligar a los nacionales de la parte enemiga a participar en operaciones bélicas dirigidas contra su propio país, aunque hubieran estado al servicio del beligerante antes del inicio de la guerra”: Esta norma está desarrollada por los Elementos de los Crímenes de la siguiente manera:

1. Que el autor haya obligado a una o más personas, mediante hechos o amenazas, a participar en operaciones bélicas contra su propio país o sus propias fuerzas.
2. Que esa persona o personas hayan sido nacionales de una parte enemiga”.

“xvi) Saquear una ciudad o una plaza, incluso cuando es tomada por asalto”: Esta conducta incluye todos los actos de apropiación ilegal de la propiedad para su propio beneficio o uso y puede realizarse a través de actos de violencia o no.

Los Elementos de los Crímenes disponen:

1. Que el autor se haya apropiado de un bien.
2. Que el autor haya tenido la intención de privar del bien a su propietario y de apropiarse de él para su uso privado o personal. [47]<sup>112</sup>.
3. Que la apropiación haya tenido lugar sin el consentimiento del propietario”.

A continuación se relacionan cuatro conductas constitutivas como crímenes de guerra que se relacionan con la prohibición de usar cualquier medio para hacer la guerra y con el principio del Derecho Internacional Humanitario que proscribe el uso de cualquier método que genere sufrimientos innecesarios o males superfluos. Acudiremos a los Elementos de los Crímenes del Estatuto de Roma de la CPI para conocer su configuración típica.

“xvii) Emplear veneno o armas envenenadas”:

1. Que el autor haya empleado una sustancia o un arma que descargue una sustancia como resultado de su uso.
2. Que la sustancia haya sido tal que, en el curso normal de los acontecimientos, cause la muerte o un daño grave para la salud por sus propiedades tóxicas”.

“xviii) Emplear gases asfixiantes, tóxicos o similares, o cualquier líquido, material o dispositivo análogo”:

1. Que el autor haya empleado un gas u otra sustancia o dispositivo análogo.
2. Que el gas, la sustancia o el dispositivo haya sido tal que, en el curso normal de los acontecimientos, cause la muerte o un daño grave para la salud por sus propiedades asfixiantes o tóxicas.[48]<sup>113</sup>

“xix) Emplear balas que se ensanchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano, como balas de camisa dura que no recubra totalmente la parte interior o que tenga incisiones”:

1. Que el autor haya empleado ciertas balas.
2. Que las balas hayan sido tales que su uso infrinja el derecho internacional de los conflictos armados porque se ensanchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano.
3. Que el autor haya sido consciente de que la naturaleza de las balas era tal que su uso agravaría inútilmente el sufrimiento o el efecto de la herida”.

“xx) Emplear armas, proyectiles, materiales y métodos de guerra que, por su propia naturaleza, causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios o surtan efectos indiscriminados en violación del derecho internacional humanitario de los conflictos armados, a condición de que esas armas o esos proyectiles, materiales o métodos de guerra, sean objeto de una prohibición completa y estén incluidos en un anexo del presente Estatuto en virtud de una enmienda aprobada de conformidad con las disposiciones que, sobre el particular, figuran en los artículos 121 y 123”:

<sup>112</sup> [47] Como indica la acepción de la expresión “uso privado o personal”, la apropiación justificada por necesidades militares no constituye crimen de saqueo.

<sup>113</sup> [48] Nada de lo dispuesto en este elemento se interpretará como limitación o en perjuicio de las normas del derecho internacional vigentes o en desarrollo acerca de la elaboración, la producción, el almacenamiento y la utilización de armas químicas.

Hasta el momento los elementos de este crimen de guerra no han sido redactados debido a que todavía no está establecido el anexo del Estatuto sobre las armas, proyectiles, materiales o métodos de guerra.

“xxi) Cometer atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes”: La palabra “especialmente” implica que es meramente enunciativa y no exhaustiva. En estos casos la víctima no necesita ser conciente de la realización de un acto de humillación o de degradación. El trato humillante o degradante debió haber sido tan grave que esté reconocido generalmente como atentado contra la dignidad personal.

Los Elementos de los Crímenes disponen:

1. Que el autor haya sometido a una o más personas a tratos humillantes o degradantes o haya atentado de cualquier otra forma contra su dignidad.[49]<sup>114</sup>
2. Que el trato humillante o degradante o el atentado contra la dignidad haya sido tan grave que esté reconocido generalmente como atentado contra la dignidad personal”.

“xxii) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7°, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra”: Estas conductas serán analizadas en el acápite relacionado con delitos sexuales en donde están involucradas mujeres y niños.

“xxiii) Utilizar la presencia de una persona civil u otra persona protegida para poner ciertos puntos, zonas o fuerzas militares a cubierto de operaciones militares”: Esta conducta se deriva de varias normas del DIH como el artículo 23 de la III Convención de Ginebra, artículo 28 de la IV Convención y artículo 51 inciso 7° del PAI e implica el uso de personas protegidas como “escudos humanos” para favorecer a la parte en conflicto.

El artículo 51 del PAI dispone:

“7. La presencia de la población civil o de personas civiles o sus movimientos no podrán ser utilizados para poner ciertos puntos o zonas a cubierto de operaciones militares, en especial para tratar de poner a cubierto de ataques los objetivos militares, ni para cubrir, favorecer u obstaculizar operaciones militares. Las partes en conflicto no podrán dirigir los movimientos de la población civil o de personas civiles para tratar de poner objetivos militares a cubierto de ataques, o para cubrir operaciones militares”.

“xxiv) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y medios de transporte sanitarios, y contra personal que utilice los emblemas distintivos de los convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional”: Esta conducta encuentra su asidero en una serie de normas del DIH como los artículos 24 a 27, 36, 39 y 40 a 44 de la I Convención, artículos 42 a 44 de la II Convención de Ginebra, artículos 18 a 22 de la IV Convención y los artículos 12,13, 15, 18, 23 y 24 del PAI.

Los Elementos de los Crímenes señalan:

1. Que el autor haya atacado a una o más personas, edificios, unidades o medios de transporte sanitarios u otros bienes que utilizaban de conformidad con el derecho internacional un emblema distintivo u otro método de identificación que indicaba que gozaban de protección con arreglo a los convenios de Ginebra.

<sup>114</sup> [49] Para los efectos de este crimen, el término “personas” puede referirse a personas fallecidas. Se entiende que la víctima no tiene que ser conciente de la existencia de un trato humillante o degradante o de un atentado contra su dignidad. Este elemento tiene en cuenta los aspectos pertinentes de la cultura a que pertenece la víctima.

2. Que el autor haya tenido la intención de atacar a esas personas, edificios, unidades o medios de transporte sanitarios u otros bienes que utilizaban esa identificación”.

Estas normas incluyen en el primer inciso la expresión “otro método de identificación”, debido a que en “la práctica, cuando se está en un conflicto armado, es necesario usar otros métodos de identificación además de los emblemas distintivos de las convenciones de Ginebra para indicar el estatus de protección derivados de las cuatro convenciones. El énfasis es la protección de los ataques contra personas o bienes protegidos en lugar de la sola protección de los emblemas. Esto implicaría la evolución en la práctica de nuevos métodos de identificación que estén reemplazando los emblemas tradicionales de las convenciones de Ginebra”<sup>115</sup>.

“xxv) Hacer padecer intencionalmente hambre a la población civil como método de hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar intencionalmente los suministros de socorro de conformidad con los convenios de Ginebra”: Esta conducta se deriva del artículo 54 del PAI que señala:

- “1. Queda prohibido, como método de guerra, hacer padecer hambre a las personas civiles.
2. Se prohíbe atacar, destruir, sustraer o inutilizar los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, tales como los artículos alimenticios y las zonas agrícolas que los producen, las cosechas, el ganado, las instalaciones y reservas de agua potable y las obras de riego, con la intención deliberada de privar de esos bienes, por su valor como medios para asegurar la subsistencia, a la población civil o a la parte adversa, sea cual fuere el motivo, ya sea para hacer padecer hambre a las personas civiles, para provocar su desplazamiento, o con cualquier otro propósito”.

Así mismo la conducta incluye la posibilidad de penalizar las conductas que obstaculicen el suministro de ayuda humanitaria, que en la práctica de los conflictos armados es de común ocurrencia debido a que las partes no permiten esta clase de asistencia.

“xxvi) Reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades”: Esta conducta se analizará en el acápite referente a conductas cometidas en contra de niños.

#### 7.3.3.4.2. Crímenes de guerra en conflictos armados no internacionales

Ahora bien pasaremos a analizar conforme a los literales c y e del artículo 8° del Estatuto de la CPI las conductas de guerra cometidas en conflictos armados no internacionales.

Básicamente la Corte Penal conocerá de dos categorías de conductas relacionadas como crímenes de guerra, por un lado las infracciones al artículo 3° común de las cuatro convenciones de Ginebra, que hasta 1977 fue la única norma del DIH que regulaba de una manera clara los conflictos armados internos y que según la Corte Internacional de Justicia de La Haya “sirve como una norma mínima de carácter imperativa a ser aplicada en toda clase de conflicto armado y corresponde a elementales consideraciones de humanidad. Tiene el estatus de ser una norma del Derecho Internacional Consuetudinario”<sup>116</sup>.

Por otro lado, conocerá de otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional.

<sup>115</sup> Kittichaisaree, Kriangsak. Op. Cit. P. 185 (traducción libre del autor).

<sup>116</sup> Kittichaisaree, Kriangsak. Op. Cit. P. 188 (traducción libre del autor).



La tipificación de estas conductas no son distintas a las que se han venido mencionando en los crímenes de guerra de carácter internacional. Siguiendo el caso de Tadic, ya mencionamos como estas normas se aplican "a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y los grupos armados organizados o entre tales grupos".

De todas maneras no se considerarán como crímenes de guerra o conflicto armado interno "a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos de carácter similar".

El artículo 3º común reza:

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

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

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

- a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;
- b) la toma de rehenes;
- c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;
- d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

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

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

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

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

El artículo 8º literal c recoge entonces el artículo 3º común a los cuatro convenios de Ginebra, cuando dispone:

"En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3º común a los cuatro convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, heridas, detención o por cualquier otra causa:

"i) Los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura": Poseen las mismas características de las conductas cometidas en desarrollo de un conflicto armado internacional, la única diferencia es la clase o naturaleza justamente del conflicto".

En el caso *Celebici*, tres de los acusados fueron encontrados culpables del delito de tratos crueles por haber causado serios sufrimientos inhumanos en los campos de concentración por haber limitado la comida, el agua, el cuidado médico, las facilidades de baño, causando traumas físicos y psicológicos<sup>117</sup>.

Los Elementos de los Crímenes disponen para cada una de estas:

- Crimen de guerra de homicidio:

- “1. Que el autor haya dado muerte a una o más personas.
2. Que esa persona o personas hayan estado fuera de combate o hayan sido personas civiles o miembros del personal sanitario o religioso[56]<sup>118</sup> que no tomaban parte activa en las hostilidades.
3. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían esa condición”.

- Crimen de guerra de mutilaciones:

- “1. Que el autor haya mutilado a una o más personas, en particular desfigurándolas o incapacitándolas permanentemente o les haya extirpado un órgano o amputado un miembro.
2. Que la conducta no haya estado justificada en razón del tratamiento médico, dental u hospitalario de la persona o personas ni se haya llevado a cabo en su interés.
3. Que la persona o personas hayan estado fuera de combate o hayan sido personas civiles o miembros del personal sanitario o religioso que no tomaban parte activa en las hostilidades.
4. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias del hecho que establecían esa condición”.

- Crimen de guerra de tratos crueles:

- “1. Que el autor haya infligido graves dolores o sufrimientos físicos o mentales a una o más personas.
2. Que esa persona o personas hayan estado fuera de combate o hayan sido personas civiles o miembros del personal sanitario o religioso que no tomaban parte activa en las hostilidades”.

- Crimen de guerra de tortura:

- “1. Que el autor haya infligido graves dolores o sufrimientos físicos o mentales a una o más personas.
2. Que el autor haya infligido el dolor o sufrimiento a los fines de obtener información o una confesión, como castigo, intimidación o coacción o por cualquier otra razón basada en discriminación de cualquier tipo.
3. Que esa persona o personas hayan estado fuera de combate o hayan sido personas civiles o miembros del personal sanitario o religioso que no tomaban parte activa en las hostilidades”.

“ii) Los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes”: Esta clase de conductas debe atacar la humanidad de las personas, sin que se especifique de qué manera. El resultado de la conducta es causar una afectación, un sufrimiento derivado del ataque humillante.

<sup>117</sup> Kittichaisaree, Kriangsak. Op. Cit. P. 196 (traducción libre del autor).

<sup>118</sup> [56] En la expresión “personal religioso” se incluye el personal militar no confesional y no combatiente que realiza una función análoga.

El Tribunal de Ruanda en el caso *Musema* definió esta conducta como “el someter a las víctimas a un tratamiento diseñado para subvertir el autoestima. Como los ataques a la dignidad personal, esta conducta puede ser considerada como una menor forma de tortura, pero sin los motivos requeridos para esta, ni tampoco que esté bajo la custodia de alguna autoridad”<sup>119</sup>.

En el caso *Aleksovski* del TPIY se señaló que podía cometerse a través de “insultos, amenazas, robos, violencia física, así como experiencias terribles físicas o psicológicas causadas por ser utilizados como escudos humanos y excavar trincheras en zonas peligrosas”<sup>120</sup>.

La Sala de Apelaciones número I en el caso *Akayesu* señaló que conductas de violencia sexual, incluyendo la violación podían caer dentro de esta categoría de ataques contra la dignidad personal contenidas en el Estatuto del Tribunal de Ruanda.

Los Elementos de los Crímenes disponen:

- “1. Que el autor haya sometido a una o más personas a tratos humillantes o degradantes o haya atentado de cualquier otra forma contra su dignidad[57]”<sup>121</sup>.
2. Que el trato humillante, degradante o el atentado contra la dignidad haya sido tan grave que esté reconocido generalmente como ultraje contra la dignidad personal”.

La nota del pie de página es importante toda vez que esta conducta puede realizarse sobre cadáveres o personas que han fallecido pero que su cuerpo inerte es sometido a ataques que van en contra de la naturaleza del hombre.

“iii) La toma de rehenes”: Está señalada en el artículo 3° común de los cuatro convenios de Ginebra, así como en el Protocolo Adicional II a los convenios de Ginebra (PAII). Los elementos y características son los mismos que ya mencionamos en las conductas de conflictos armados internacionales.

“iv) Las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio ante un tribunal regularmente constituido con todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables”: Esta norma establece que “las garantías judiciales (*sean*) generalmente reconocidas como indispensables”, mientras que el artículo 3° común dispone que las garantías judiciales (*sean*) reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados, con la finalidad de que se acuda a los sistemas jurídicos, así como al derecho internacional antes que a los “pueblos civilizados”.

Los Elementos de los Crímenes señalan:

- “1. Que el autor haya condenado o ejecutado a una o más personas”<sup>122</sup>.
2. Que esa persona o personas hayan estado fuera de combate o hayan sido personas civiles o miembros del personal sanitario o religioso que no tomaban parte activa en las hostilidades.
3. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían esa condición.

<sup>119</sup> Prosecutor v. Alfred Musema. Caso No. ICTR-96-13-A. Sentencia de la Sala del juicio No. 1 del 27 de enero de 2000. Párrafo 285 (traducción libre del autor). Disponible en: [www.icttr.org](http://www.icttr.org) (Visitado el 9 de junio de 2009).

<sup>120</sup> Kittichaisaree, Kriangsak. Op Cit. P. 197 (traducción libre del autor).

<sup>121</sup> Para los efectos de este crimen, el término “personas” puede incluir personas fallecidas. Se entiende que la víctima no tiene que ser personalmente consciente de la existencia de la humillación o degradación u otra violación. Este elemento tiene en cuenta los aspectos pertinentes de la cultura a que pertenece la víctima.

<sup>122</sup> Los elementos establecidos en estos documentos no se refieren a las diferentes formas de responsabilidad penal individual que establecen los artículos 25 y 28 del Estatuto.

4. Que no haya habido un juicio previo ante un tribunal o que el tribunal no estuviera regularmente constituido, es decir, no ofreciera las garantías esenciales de independencia e imparcialidad o no ofreciera todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables de conformidad con el derecho internacional<sup>123</sup>.
5. Que el autor haya sabido que no había habido un juicio previo o no se habían ofrecido las garantías correspondientes y el hecho de que eran esenciales o indispensables para un juicio imparcial”.

El artículo 8° literal e, dispone una serie de conductas que son graves violaciones a las leyes y usos aplicables en conflictos armados no internacionales que básicamente devienen del Protocolo Adicional No. II de los convenios de Ginebra y que mantienen las mismas características de las conductas constitutivas como crímenes de guerra en conflictos armados internacionales, por lo que no citaremos los Elementos de los Crímenes, sino solamente comentaremos los elementos relevantes y diferenciadores de sus similares en guerras entre Estados.

“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:

i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil como tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades”: Esta conducta se deriva del segundo inciso del artículo 13 del PAII y según el caso *Tadic* del TPIY, ya mencionado, esta prohibición de atacar a civiles incluyendo las represalias hacen parte del derecho internacional consuetudinario.

“ii) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y medios de transporte sanitarios y contra el personal que utilicen los emblemas distintivos de los convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional”: Esta conducta tiene los mismos elementos que su contraparte cuando se comenten en conflictos armados internacionales. Se deriva de los artículos 9° y 11 del PAII.

“iii) Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o bienes civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados”: Esta conducta se basa en la Convención sobre la seguridad del personal de Naciones Unidas y Asociado de 1994, así como en la prescripción general del artículo 13 del PAII.

“iv) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados al culto religioso, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos, los hospitales y otros lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, a condición de que no sean objetivos militares”: Esta conducta se deriva de la Convención de La Haya para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado de 1954. Así mismo de los artículos 11 y 16 del PAII. Se mantienen las mismas características de los Elementos de los Crímenes de esta conducta como crimen de guerra internacional, con la salvedad lógica de que sea cometido en un conflicto armado interno.

“v) Saquear una ciudad o plaza, incluso cuando es tomada por asalto”: Tiene los mismos elementos que el crimen de guerra internacional.

---

<sup>123</sup> Con respecto a los elementos 4 y 5, la Corte debe considerar si, atendidas todas las circunstancias del caso, el efecto acumulativo de los factores con respecto a las garantías privó a la persona o a las personas de un juicio imparcial.

“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”: Estas conductas serán analizadas en un acápite posterior referente a delitos sexuales a la luz del derecho penal internacional.

“vii) Reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o grupos o utilizarlos para participar activamente en hostilidades”: Esta norma se deriva del artículo 4°, inciso 3, literal c del PAII que dispone que “los niños menores de 15 años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades”.

Los Elementos de los Crímenes de esta conducta como crimen de guerra internacional señalan que el reclutamiento se haga “en las fuerzas armadas nacionales”, mientras que en los del conflicto armado de carácter no internacional se haga “en fuerzas armadas o grupos”, con bastante lógica porque ya no se está en presencia de fuerzas armadas estatales sino de grupos armados que están en muchos casos peleando contra las fuerzas estatales.

“viii) Ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate o por razones militares imperativas”: Esta, es tal vez, la única conducta novedosa que se deriva directamente del PAII, de su artículo 17. Es la utilización de esta clase de órdenes como método de guerra que afecta a la población civil y pretende, en muchos casos, desmoralizar al enemigo. Lo adicional, señalado en los Elementos de los Crímenes es que “el autor haya estado en situación de causar ese desplazamiento mediante la orden”.

“ix) Matar o herir a traición a un combatiente enemigo”: En el caso de Tadic, ya mencionado, el TPIY consideró que la prohibición de la perfidia en conflictos armados internacionales también procede en conflictos armados no internacionales, basados en un pronunciamiento de la Corte Suprema de Nigeria, en el sentido de que los rebeldes no deben fingir el estatus de civiles, mientras realizan operaciones militares.

“x) Declarar que no se dará cuartel”: Proviene del artículo 4° del PAII y mantiene los mismos elementos que la conducta como crimen de guerra internacional.

“xi) Someter a las personas que estén en poder de otra parte en el conflicto a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón del tratamiento médico, dental u hospitalario de la persona de que se trate ni se lleven a cabo en su interés, y que provoquen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud”: La única diferencia con la conducta de crimen de guerra ya mencionado en conflicto armado de carácter internacional es que se cambian las expresiones “estén en poder de una parte adversa” por “hayan estado en poder de otra parte en el conflicto” frente a conflictos armados internos.

“xii) Destruir o confiscar bienes del enemigo, a menos que las necesidades del conflicto lo hagan imperativo”: Se mantienen las mismas características que el crimen de guerra internacional, con la salvedad lógica de que se realice en un conflicto armado de carácter no internacional.

#### 7.3.4. Crimen de agresión

##### 7.3.4.1. Antecedentes

El delito de agresión fue establecido bajo el nombre crímenes contra la paz en los Estatutos de los tribunales de Núremberg y de Tokio, así como en la Ley 10 del Consejo de Control, debido a las guerras que iniciaron Alemania y Japón en contra de los aliados.

El artículo 6° literal de la Carta del Tribunal de Núremberg disponía:

“a) Crímenes contra la paz: a saber, planear, preparar, iniciar o hacer una guerra de agresión, o una guerra que viole tratados, acuerdos o garantías internacionales o participar en un plan común o conspiración para la realización de cualquiera de los actos anteriores”.

Mientras que el artículo 5°, literal a del Estatuto de Tokio de 1946 señalaba:

“a) Delitos contra la paz: a saber, planear, preparar, iniciar o hacer una guerra de agresión, declarada o no declarada, o una guerra que viole el derecho internacional o tratados, acuerdos o garantías internacionales o participar en un plan común o conspiración para llevar a cabo cualquiera de los actos indicados”.

La principal diferencia entre estos dos instrumentos hacía alusión a la expresión “...declarada o no declarada...” que traía el Tribunal para el Lejano Oriente debido a que Japón en el curso de sus operaciones militares no declaraba formalmente la guerra como lo exigen las convenciones de La Haya. Solo basta recordar el ataque del 7 de diciembre de 1941 realizado por Japón a la base militar estadounidense ubicada en Pearl Harbor. Al día siguiente, Alemania le declara oficialmente la guerra a los Estados Unidos. De todas maneras que la guerra fuese o no declarada no afectaba la competencia y jurisdicción de los dos tribunales.

El primer cargo que se les imputó a los procesados en el Tribunal de Núremberg, fue el del plan común o conspiración para cometer crímenes contra la paz. “El primer cargo comenzaba con una exposición general sobre el ascenso del Partido Nazi, su papel central en el plan común o conspiración, sus fines y objetivos, y las técnicas y métodos que empleó para llevar adelante el plan común o conspiración inclusive mediante la obtención del control totalitario sobre Alemania y la planificación económica y la movilización para la guerra de agresión.

(...).

8. Además, en el primer cargo se describían los siguientes actos agresivos cometidos contra 12 países entre 1936 y 1941:

- a) La planificación y ejecución de la invasión de Austria y Checoslovaquia (1936-1939);
- b) La preparación e iniciación de la guerra de agresión contra Polonia (1939);
- c) La expansión de la guerra hasta convertirla en una guerra general de agresión contra la planificación y ejecución de los ataques contra Dinamarca, Noruega, Bélgica, los Países Bajos, Luxemburgo, Yugoslavia y Grecia (1939-1941);
- d) La invasión de la Unión Soviética en violación del pacto de no agresión del 23 de agosto de 1939 (1941);
- e) La colaboración con Italia y el Japón y la guerra de agresión contra los Estados Unidos de América (1936-1941)<sup>124</sup>.

Con la adopción de la Carta de Naciones Unidas (CONU) de 1945, los actos de agresión adquieren una mayor relevancia.

En efecto, el artículo 1° referente a los propósitos señala:

“1. Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y **para suprimir actos de agresión** u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz;”<sup>125</sup> (el resaltado es nuestro).

<sup>124</sup> Documento PCNICC/2002/WGCA/L.1. Pp. 19 y 20.

<sup>125</sup> Disponible en: <http://www.un.org/spanish/aboutun/charter.html> (Visitada el 10 de junio de 2009).

El inciso 4 del artículo 2° relacionado con los principios dispone:

“4. Los miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas”.

El artículo 11 señala como “La Asamblea General podrá discutir toda cuestión relativa al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales que presente a su consideración cualquier miembro de las Naciones Unidas o el Consejo de Seguridad, o que un Estado que no es miembro...”.

Así mismo, el capítulo VII de la CONU consagra en el Consejo de Seguridad la posibilidad de adoptar medidas de diversa índole (que prevean el uso de la fuerza armada u otras que no contemplen esta clase de acciones), frente a actos de agresión.

En desarrollo del artículo 11 de la CONU, el 3 de noviembre de 1950 se aprobó por parte de la Asamblea General la Resolución 377 (V) “Unión Pro Paz” que dispuso que “si el Consejo de Seguridad, por falta de unanimidad entre sus miembros permanentes, deja de cumplir con su responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales en todo caso en que resulte haber una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión, la Asamblea General examinará inmediatamente el asunto, con miras a dirigir a los miembros recomendaciones apropiadas para la adopción de medidas colectivas inclusive en caso de quebrantamiento de la paz o acto de agresión, el uso de fuerzas armadas cuando fuere necesario, a fin de mantener o restaurar la paz y la seguridad internacionales”<sup>126</sup>.

Así mismo, “en 1965 la Asamblea General aprobó una declaración sobre la inadmisibilidad de la intervención en los asuntos internos de los Estados y Protección de su independencia y soberanía (Resolución 2131 (XX)). En el séptimo párrafo del preámbulo de la resolución se estipula que ‘la intervención armada es sinónimo de agresión y que, como tal, está en contradicción con los principios básicos que deben servir de fundamento a la cooperación internacional pacífica entre Estados’ ”<sup>127</sup>.

Antes de llegar a la Resolución 3314 de 1974, las Naciones Unidas habían promulgado una serie de resoluciones relativas a la agresión. Así se observa en la Resolución 498 (V) de 1951 en la cual la Asamblea General concluyó que China había incurrido en agresión frente a Corea. En varias resoluciones se condenó a Sudáfrica por reiterados actos de agresión en contra de otros Estados africanos como la 1954 (XVIII) de 1963 de la Asamblea General que señaló que la intervención armada en contra de Rhodesia del Sur (hoy Zimbabwe) era un acto de agresión. De igual manera se ha condenado en repetidas ocasiones a Israel por los actos de agresión cometidos en el oriente medio.

#### 7.3.4.2. Definición de agresión

El 14 de diciembre de 1974 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Resolución 3314 (XXIX) que define y delimita la agresión en los siguientes términos:

“Artículo 1°

La agresión es el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas, tal como se enuncia, en la presente definición:

<sup>126</sup> Sánchez, Hernando y Sánchez, Raúl Eduardo. Op. Cit. P. 603.

<sup>127</sup> Documento PCNICC/2002/WGCA/L.1. P. 188.

*Nota explicativa:* en esta definición el término "Estado":

- a) se utiliza sin perjuicio de las cuestiones de reconocimiento o de que un Estado sea o no miembro de las Naciones Unidas;
- b) incluye el concepto de un "grupo de Estados", cuando proceda.

#### Artículo 2°

El primer uso de la fuerza armada por un Estado en contravención de la Carta constituirá prueba *prima facie* de un acto de agresión, aunque el Consejo de Seguridad puede concluir de conformidad con la Carta, que la determinación de que se ha cometido un acto de agresión no estaría justificada a la luz de otras circunstancias pertinentes, incluido el hecho de que los actos de que se trata o sus consecuencias no son de suficiente gravedad.

#### Artículo 3°

Con sujeción a las disposiciones del artículo 2° y de conformidad con ellas, cualquiera de los actos siguientes, independientemente de que haya o no declaración de guerra, se caracterizará como acto de agresión:

- a) la invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio o de otro Estado, o toda ocupación militar, aún temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él;
- b) el bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado;
- c) el bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado;
- d) el ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea;
- e) la utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo;
- f) la acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado;
- g) el envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos.

#### Artículo 4°

La enumeración de los actos mencionados anteriormente no es exhaustiva y el Consejo de Seguridad podrá determinar qué otros actos constituyen agresión, con arreglo a las disposiciones de la Carta.

#### Artículo 5°

1. Ninguna consideración, cualquiera sea su índole, política, económica, militar o de otro carácter, podrá servir de justificación de una agresión.



2. La guerra de agresión es un crimen contra la paz internacional. La agresión origina responsabilidad internacional.
3. Ninguna adquisición territorial o ventaja especial resultante de una agresión es lícita ni será reconocida como tal<sup>128</sup>.

De la anterior resolución se pueden resaltar varios aspectos. Lo primero es que los actos descritos en el artículo 3° son meramente enunciativos, es decir, que actos que involucren el uso de la fuerza armada para subvertir lo señalado en el artículo 1° pueden considerarse como agresión. En segundo lugar y según lo dispuesto en el artículo 5°, no procederá la agresión bajo ninguna clase de justificación lo que incluye la llamada guerra contra el terrorismo. Y en tercer lugar, siguiendo el artículo 2° no se puede hablar de agresión de mayor o de menor gravedad, sino simplemente de un acto o actos de agresión.

#### 7.3.4.3. Posiciones en la Conferencia de Roma

Durante la conferencia deliberatoria en Roma se observaron varias clases de postura debido a los diferentes intereses de cada Estado, obviamente algunos de esos consideraban que no debía de incluirse, mientras que otros preconizaban su tipificación. Dentro de las más importantes encontramos:

- a) Benjamín B. Ferencz, uno de los fiscales en los juicios de Núremberg, al ver que la Carta de las Naciones Unidas no tenía el crimen de agresión en su lista de crímenes, expresó su preocupación en el sentido de que al no castigar el crimen de agresión, se les estaba otorgando inmunidad a aquellos responsables de dicho crimen supremo internacional fomentando la guerra y no la paz. Varios Estados compartieron la tesis de Ferencz como Afganistán, Azerbaiján, Bahréin, Bulgaria, Cabo Verde, Chipre, Dinamarca, Georgia, Gabón, Ghana, Grecia, Guinea, Indonesia, Irán (como el vocero del movimiento de los países no alineados), Irlanda, Italia, Macedonia, Las Filipinas, Eslovaquia, Tanzania, Uganda, Vietnam y Zambia.
- b) Una segunda posición fue tomada por aquellos que pensaban que debía incluirse dentro de la jurisdicción de la CPI, solamente si la definición del delito quedaba claramente establecido. Estos países eran Angola, Brunei, Croacia, Estonia, Kazajistán, Letonia, Malta, Méjico, Mozambique, Namibia, Holanda, Portugal y Sierra Leona.
- c) Una tercera posición buscaba que el crimen de agresión fuese incluido en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, según la definición adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución 3314. Los países adoptando esta tercera posición eran los países de Egipto, Oman, Siria, y la Liga de Países Árabes, aunque esta última diferenciaba entre actos de agresión y la lucha legítima de los pueblos por la autodeterminación.
- d) La cuarta posición fue tomada por Armenia dice que el crimen de agresión debía ser incluido en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, comprendiendo el bloqueo de las costas, territorios, rutas aéreas y puertos de embarque.
- e) La quinta posición fue la de Cuba, que quería incluir dentro del crimen de agresión la amenaza de usar la fuerza o el uso de fuerza.
- f) La sexta posición fue la de Libia, quien sugería incluir la agresión al medio ambiente.
- g) Algunas delegaciones aceptaban la inclusión del crimen de agresión dentro de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional solo si el Consejo de Seguridad de la ONU determinaba primero que un Estado había cometido un acto de agresión. Los países que estaban con esta posición fueron la República Checa, Francia, Alemania, Lituania, Polonia, Rusia, Turquía, Los Estados Unidos, Inglaterra y Hungría.
- h) La última posición fue la de Marruecos, que se oponía a que el crimen de agresión fuera incluido a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

<sup>128</sup> Sánchez, Hernando y Sánchez, Raúl Eduardo. Ob. Cit. P. 597.

#### 7.3.4.4. Estatuto de Roma

En virtud de las anteriores posiciones, finalmente se llegó a una de consenso en el sentido de incluir este delito sin una clara tipificación. El inciso segundo del artículo 5° expresa que la definición del crimen de agresión se hará en virtud de los artículos 121 y 123 del Estatuto que señalan la enmienda y revisión del mismo siete años después de la entrada en vigor. El tratado de Roma de 1998, entró oficialmente en vigor el primero de julio del 2002, por lo que para que proceda la definición del delito se hará a partir del primero de julio del año 2009.

Mientras tanto la Comisión Preparatoria ha venido trabajando algunos borradores acerca de la tipificación del delito en los siguientes términos:

“Definición del crimen de agresión y condiciones para el ejercicio de la competencia:

1. A los efectos del presente Estatuto, una persona comete un “crimen de agresión” cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, esa persona intencionalmente y a sabiendas ordena o participa activamente en la planificación, preparación, iniciación o realización de un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas.

Variante 1: añádase “como, en particular, una guerra de agresión o un acto que tenga por objetivo o por resultado establecer una ocupación militar de la totalidad o parte del territorio de otro Estado o anexionar la totalidad o parte del territorio de otro Estado”.

Variante 2: añádase “y equivalga a una guerra de agresión o constituya un acto que tenga por objetivo o por resultado establecer una ocupación militar de la totalidad o parte del territorio de otro Estado o anexionar la totalidad o parte del territorio de otro Estado”.

Variante 3: ninguna de las anteriores.

2. A los efectos del párrafo 1, por “acto de agresión” se entenderá un acto comprendido en la definición dada en la Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974, que ha sido cometido por el Estado de que se trate, según un pronunciamiento,

Variante 1: añádase “de conformidad con los párrafos 4 y 5”.

Variante 2: añádase “previo del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas”.

3. Lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 25 y en los artículos 28 y 33 del Estatuto no se aplica al crimen de agresión.
4. Cuando el fiscal tenga la intención de iniciar una investigación sobre un crimen de agresión, la Corte verificará en primer lugar si el Consejo de Seguridad ha determinado la existencia de un acto de agresión cometido por el Estado de que se trate. De no existir un pronunciamiento del Consejo de Seguridad, la Corte notificará al Consejo de Seguridad la situación que se le ha presentado, a fin de que el Consejo de Seguridad pueda adoptar las medidas pertinentes:

Variante 1: con arreglo al artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas.

Variante 2: de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas.

5. Cuando el Consejo de Seguridad no emita un pronunciamiento sobre la existencia de un acto de agresión por un Estado:

Alternativa a): ni haga valer el artículo 16 del Estatuto dentro de un plazo de seis meses a partir de la fecha de notificación.

Alternativa b): [elimínese la alternativa a)].

Variante 1: la Corte podrá proceder a sustanciar la causa.

Variante 2: la Corte sobreseerá las actuaciones.

Variante 3: la Corte, teniendo debidamente en cuenta lo dispuesto en los artículos 12, 14 y 24 de la Carta, pedirá a la Asamblea General de las Naciones Unidas que haga una recomendación dentro de un plazo de [12] meses. En el caso de que no se haga tal recomendación, la Corte podrá sustanciar la causa.

Variante 4: la Corte podrá pedir.

Alternativa a): a la Asamblea General,

Alternativa b): al Consejo de Seguridad, actuando con el voto a favor de nueve miembros, que solicite una opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia, de conformidad con el artículo 96 de la Carta y el artículo 65 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, sobre la cuestión jurídica de la existencia de un acto de agresión cometido por el Estado de que se trate.

Variante 5: la Corte podrá sustanciar la causa si verifica que la Corte Internacional de Justicia ha determinado, en las actuaciones iniciadas con arreglo al capítulo II de su Estatuto, que el Estado de que se trate ha cometido un acto de agresión<sup>129</sup>.

La anterior norma es solo una de las últimas propuestas presentadas; sin embargo, hay varias posturas acerca de cómo se debe definir esta conducta. Algunos Estados, como se observa, señalan que se debe seguir la definición de la Resolución 3314. Otros argumentan que debe ser el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas conforme al capítulo VII de la CONU el encargado de determinar cuándo se está en presencia de un acto de agresión como condición de procedibilidad. Mientras que otros prefieren acudir a una definición básica tal como los consagraban los Estatutos de Núremberg y de Tokio. Solo resta esperar qué decisión toman los Estados parte del Estatuto de Roma.

#### 7.4. Competencia *ratione temporis* de la CPI

El Estatuto de Roma dispone que la CPI adquirirá competencia frente a los delitos señalados en el artículo 5° del mismo, a partir de la entrada en vigor que fue el primero de julio de 2002, y para el caso de Colombia, el primero de noviembre del mismo año, lo que significa claramente que el tratado no se aplicará de manera retroactiva.

Puede presentarse el hecho de que si un Estado no es parte de conformidad con el artículo 12 pueda autorizar a la Corte para que ejerza su competencia a pesar de no ser parte.

<sup>129</sup> Sánchez, Hernando y Sánchez, Raúl Eduardo. Op. Cit. P. 599.

Frente a crímenes de guerra, el artículo 124 del Estatuto permite que un Estado parte manifieste que con relación a estas conductas y por un período de siete años la CPI no ejerza su competencia. Nuestro país hizo la declaración al momento de la entrada en vigor, por lo que el primero de noviembre de 2009 vence esta salvedad.

Finalmente, los Elementos de los Crímenes con relación al delito de desaparición forzada disponen en el pie de página 24 que “el crimen será de la competencia de la Corte únicamente si el ataque indicado en los elementos 7 y 8 se produjo después de la entrada en vigor del Estatuto”, es decir, como es una conducta de ejecución permanente para que la CPI pueda ejercer su competencia se requiere que el primer acto de esta conducta como la aprehensión, detención, etc., se haga solamente a partir del primero de julio de 2002, y en el caso nuestro a partir del primero de noviembre del 2002, de lo contrario la Corte conocería de esta conducta aun cuando hubiese sido cometida veinte o treinta años atrás. Para la Corte, es una medida que permite concentrarse en conductas de ocurrencia menor en el tiempo lo que da una mayor eficiencia investigativa.

### 7.5. Competencia *ratione personae* de la CPI

Simplemente expondremos de forma sucinta esta clase de competencia personal debido a que la Vicepresidencia de la República en desarrollo del proyecto de “Formación especializada en investigación, juzgamiento y sanción de violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario” tiene un módulo especializado en “Identificación de los presuntos autores y partícipes por violaciones a los DDHH e infracciones al DIH” (pp. 73 a 187), el cual trabaja de manera amplia este tema a la luz del Estatuto de Roma, la legislación interna y el derecho militar.

Para señalar entonces, debemos decir que todas las personas naturales son penalmente responsables por la comisión de delitos de la competencia de la CPI. No es posible, en términos temporales, ejercer la retroactividad penal del tratado frente a los procesados.

Los menores de dieciocho (18) años no podrán ser procesados por la CPI. Además, la posición oficial o el cargo público que se ocupe no será causal de eximente de responsabilidad o de disminución punitiva. Así las cosas, un Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, no tendrá ningún tipo de fuero, inmunidad o beneficio procesal, debido a que el Estatuto se aplicará a todos por igual.

El artículo 25 del Estatuto castiga las diferentes formas de intervención en la realización de la conducta punible a título de:

1. Autoría inmediata o directa.
2. Autoría mediata cuando se cometa el crimen por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable.
3. Instigador o determinador de una conducta consumada o tentada.
4. Cómplice.
5. Encubridor.
6. Coautor.

Por otro lado el artículo 28<sup>130</sup> establece la responsabilidad de los jefes y otros superiores.

<sup>130</sup> ER. ART. 28.-Responsabilidad de los jefes y otros superiores.

Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte:

a) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:

A este respecto mencionemos como del artículo se pueden extraer las siguientes características:

1. "Jefe militar de iure o de facto.
2. Mando y control efectivo.
3. No ejercer un control apropiado.
4. Conocimiento real o debido.
5. No tomar las medidas necesarias y razonables al alcance del superior para reprimir la comisión de los crímenes o para poner en conocimiento de las autoridades competentes"<sup>131</sup>.

### 7.6. Competencia *ratione loci* de la CPI

De conformidad con los artículos 4° y 12, la CPI adquirirá su competencia cuando la conducta sea cometida en el territorio de un Estado parte, manteniendo la regla general del principio de territorialidad penal, independientemente de la nacionalidad del autor o de la víctima.

### 7.7. Ejercicios de la unidad 2

#### Ejercicio No. 1: Caso de Alberto Fujimori

Por favor lea los hechos que dieron lugar a la sentencia del ex presidente del Perú y responda los interrogantes que se plantean.

#### HECHOS

1. Alberto Fujimori Fujimori fue denunciado por Ana Elena Townsend Diez Canseco por los delitos de homicidio calificado, desaparición forzada de personas y terrorismo por los casos de Barrios Altos, La Cantuta y Mariella Barreto (Agente de Inteligencia Operativa). Esta denuncia con otras seis que se encontraban en el Congreso de la República del Perú dio inicio al procedimiento parlamentario de acusación constitucional contra el ex presidente.
2. Se denunció al ex presidente Alberto Fujimori por los delitos de homicidio calificado por las víctimas de los denominados "Casos Barrios Altos y La Cantuta", lesiones graves en agravio de los cuatro asistentes al solar de Barrios Altos y desaparición forzada en agravio de las diez víctimas del caso La Cantuta. También, se denunció al ex presidente Alberto Fujimori Fujimori por los delitos de homicidio calificado, lesiones graves de Leonor La Rosa y Susana Jiguchi Miyagawa, el secuestro de Samuel

i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y

ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:

i) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;

ii) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y

iii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

<sup>131</sup> Formación especializada en investigación, juzgamiento y sanción de violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario. Módulo "Identificación de los presuntos autores y partícipes por violaciones a los DDHH e infracciones al DIH". P. 114. Vicepresidencia de la República. Programa Presidencial de Derechos Humanos y DIH. Proyecto Lucha contra la impunidad. Febrero, 2009.

Dyer Ampudia, Gustavo Gorriti Ellenbogen, Hans Ibarra Portilla, Leonor La Rosa Bustamante y Susana Higuchi Miyagawa y desaparición forzada.

3. La fiscal suprema en Segunda Instancia formuló acusación contra Alberto Fujimori Fujimori como coautor de los delitos de homicidio calificado, en el caso de Barrios Altos y caso La Cantuta, de lesiones graves, en el Caso de Barrios Altos, y el delito de desaparición forzada, en el caso de La Cantuta.
4. La Sala Penal Especial dictó auto de enjuiciamiento el 30 de junio de 2004. El imputado se encontraba en condición de reo ausente, y se ordenó la ubicación en su contra y se reservó la determinación de fecha del juicio oral.
5. En el período de investigación se declara al acusado Alberto Fujimori como reo contumaz.
6. La Fiscalía de Perú formuló acusación contra Alberto Fujimori como autor del delito de desaparición forzada en agravio de Kenneth Ney Anzualdo Castro, Martín Javier Roca Casas y Justiniano Najarro Rua, y los delitos de secuestro en agravio de Samuel Edward Dyer Ampudia y Gustavo Andrés Gorriti Ellenbogen y solicitó que se le impusiera treinta años de pena privativa de la libertad y un millón de nuevos soles por concepto de reparación civil a favor de cada uno de los desaparecidos y trescientos mil nuevos soles a favor de cada uno de los agraviados por el delito de secuestro.
7. El 17 de noviembre de 2005, el acusado Fujimori fue detenido en Chile, donde la Interpol-Chile, puso en conocimiento a Interpol-Perú. Se solicitó la extradición del ex presidente por el tribunal el 22 de noviembre de 2005 y el 5 de mayo de 2006.
8. Ambos requerimientos de extradición fueron aceptados por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y por el poder ejecutivo y el 24 de diciembre de 2006 fue publicado en el diario oficial "El Peruano".
9. Se concedió la extradición por lo siguiente:
  - a. El capítulo denominado "Sótanos SIE", solo por delito de secuestro en agravio de Gustavo Gorriti y Samuel Dyer Ampudia: artículo 152 del Código Penal.
  - b. El capítulo denominado "Barrios Altos" y "La Cantuta", solo por los delitos de homicidio calificado y lesiones: artículos 108 y 121 del Código Penal.
10. La parte civil presentó al Fiscal Supremo una pretensión civil alternativa solicitando:
  - a. la continuación de la búsqueda de los restos de las víctimas que faltan para su entrega a sus familiares y entierro según sus costumbres;
  - b. la realización de una investigación para determinar qué sucedió con los restos llevados a Londres para un análisis de ADN y el reconocimiento que el delito produjo en víctimas indirectas (como es la comunidad de La Cantuta).
  - c. una medida indemnizatoria suficiente para compensar económicamente los daños sufridos;
  - d. medidas de rehabilitación que consideran la efectiva prestación de atención médica, psicológica y social de las víctimas, sobrevivientes y sus familiares;
  - e. medidas de satisfacción;
  - f. y medidas de no repetición.
11. Se fijó la fecha para el juicio oral, el 10 de diciembre de 2007. En el juicio oral se juzgó por:
  - a. Delito de asesinato y desaparición forzada de las personas: En el caso La Cantuta, el 18 de julio de 1992, se secuestraron a 9 estudiantes (7 hombres y 2 mujeres) y a un profesor. Privados de su libertad, estos fueron conducidos a un lugar desconocido. Luego se asesinaron y se enterraron clandestinamente en la localidad de Huachipa y posteriormente desenterrados, para ser trasladados al distrito de Cienaguilla donde volvieron a ser enterrados.  
Se estableció que el imputado Fujimori tenía pleno conocimiento del grupo de aniquilamiento que ejecutó los hechos y contribuyó a su organización, aprobando y autorizando cada una de sus acciones, teniendo así calidad de coautor.

- b. Delitos de asesinato y lesiones graves: En el caso Barrios Altos, el asesinato de 15 personas y 4 que resultaron heridas por los disparos que se efectuaron con armamentos de guerra el día 18 de julio de 1992, en la madrugada. Entre 10 y 11 agentes de inteligencia militar bajo el comando del capitán EP Martín Rivas el cual dispararon al grupo de víctimas, obligándolos a arrojar al piso. Esta operación duró muy pocos minutos.
12. Se condena a Alberto Fujimori como autor mediato de la comisión de los delitos de:
- a. Homicidio calificado de: Luis Antonio León Borja, Luis Alberto Díaz Ascovilca, Alejandro Rosales Alejandro, Máximo León León, Placentina Marcela Chumbipuma Aguirre, Octavio Benigno Huamanyauri Nolasco, Filomeno León León, Lucio Quispe Huanaco, Tito Ricardo Ramírez Alberto, Teobaldo Ríos Lira, Manuel Isaías Ríos Pérez, Nelly María Rubina Arquíñigo, Odar Mender Sifuentes Núñez, Benedicta Yanque Churo, Javier Manuel Ríos Rojas. (**CASO BARRIOS ALTOS**), Juan Gabriel Mariño Figueroa, Bertila Lozano Torres, Dora Oyague Fierro, Robert Teodoro Espinoza, Marcelino Rosales Cárdenas, Felipe Flores Chipana, Luis Enrique Ortiz Perea, Richard Armando Amaro Córdor, Heráclides Pablo Meza, Hugo Muñoz Sánchez. (**CASO LA CANTUTA**)
- b. Lesiones graves de: Natividad Condorcahuana Chicaña, Felipe León León, Tomás Livias Ortega, Alfonso Rodas Alvitres. (**CASO BARRIOS ALTOS**)
- c. Secuestro agravado bajo la circunstancia de trato cruel de: Gustavo Andrés Gorriti Ellenbogen, Samuel Edward Dyer Ampudia
- i. Se le acusa a Fujimori de haber planificado y ordenado con Vladimiro Montesinos, que el Ejército prive de su libertad al periodista Gustavo Andrés Gorriti Ellenbogen el 6 de abril de 1992 a las 3 a.m.
- ii. Se le acusa a Fujimori de haber autorizado la privación de libertad del empresario Samuel Edward Dyer Ampudia. Sin orden judicial el señor Dyer se le impidió el viaje a Estados Unidos el 27 de julio de 1992. Luego fue trasladado violentamente por la policía del SIN a los calabozos del SIE donde permaneció hasta el 5 de agosto. A este se le sometió a una investigación por el delito de terrorismo a partir del 30 de julio hasta el 3 de agosto. La DINCOTE recomendó su inmediata libertad pero esta no fue acatada por el SIE ni instada por la fiscalía.
13. Se probó que las órdenes que cometía Montesinos venían directamente de Fujimori.

Con base en el caso responda las siguientes preguntas:

- a) Identifique los delitos cometidos por Alberto Fujimori.
- b) Explique por qué se consideran que las conductas de Fujimori son delitos de lesa humanidad.
- c) Si esos delitos se hubiesen cometido en Colombia, ¿considera que esos delitos son prescriptibles o imprescriptibles?
- d) ¿Cabría responsabilidad del Estado peruano por estos hechos?
- e) Si la respuesta anterior es afirmativa ante quién se presentaría la demanda.

## Ejercicio No. 2

1. ¿De acuerdo a las definiciones dadas sobre conflicto armado, considera usted que en Colombia hay o no un conflicto armado?
2. Si su respuesta anterior es afirmativa, frente a qué clase de conflicto armado nos enfrentamos, uno de carácter internacional o de carácter no internacional
3. ¿Los ataques cometidos en contra de la población civil en desarrollo del conflicto armado, podrían ser juzgados de acuerdo al título II del Código Penal colombiano frente a los delitos contra las personas y bienes protegidos por el DIH?

4. ¿Los homicidios, secuestros y demás conductas punibles realizados en contra de los civiles en nuestro país podrían considerarse como crímenes de guerra según el Estatuto de la Corte Penal Internacional?

### Ejercicio No. 3

1. ¿Qué se necesita para que una conducta punible sea considerada como crimen de lesa humanidad?
2. ¿El secuestro de civiles realizado por la guerrilla con la finalidad de exigirle al gobierno que haga o deje de hacer algo podría ser un crimen de competencia de la Corte Penal Internacional?

### Ejercicio No. 4: Caso de Jean Paul Akayesu

El caso Akayesu, ocurrió durante el conflicto étnico en Ruanda. Por favor léalo y resuelva las preguntas que se plantean a continuación.

1. Ruanda se encuentra dividida en 11 prefecturas, cada una gobernada por un prefecto. Las prefecturas, a su vez, se encuentran subdivididas en comunas que se encuentran bajo la autoridad de un burgomaestre. Los burgomaestres de cada comuna son nombrados por el Presidente de la República, bajo la recomendación del Ministro del Interior. En Ruanda, los burgomaestres son las personas más poderosas de la comuna. Su autoridad de facto en el área es significativamente más grande que la que le es conferida de *iure*.

### EL ACUSADO

2. Jean Paul Akayesu, nacido en 1953 en el sector Murehe, comuna de Taba, sirvió de burgomaestre de aquella comuna desde abril de 1993 hasta junio de 1994. Antes de ser nombrado burgomaestre, él fue profesor e inspector escolar en Taba.
3. Como burgomaestre, Jean Paul Akayesu fue encargado del cumplimiento de funciones ejecutivas y del mantenimiento del orden público dentro de su comuna, sujeta a la autoridad del prefecto. Él tenía control exclusivo sobre la policía comunal, como de todos los gendarmes puestos a disposición de la comuna. Fue el responsable de la ejecución de leyes y regulaciones y de la administración de justicia, también sujeta únicamente a la autoridad del prefecto.

### ASPECTOS GENERALES:

4. Las víctimas de cada párrafo eran miembros de grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos.
5. En todos los momentos es relevante dentro de la acusación aclarar que existía un estado de conflicto armado interno en Ruanda.
6. Las víctimas referidas en esta acusación fueron, en todos los momentos relevantes, personas que no tenían una participación activa en las hostilidades.
7. Los actos de violencia sexual incluyen penetración forzada de la vagina, cavidades anales y orales con un pene o de la vagina o el ano por otro objeto, y abuso sexual, como desnudez forzada.

### HECHOS

8. Como burgomaestre, Jean Paul Akayesu era responsable por el mantenimiento de la ley y del orden público en su comuna. Por lo menos 2000 Tutsis fueron asesinados en Taba entre abril 7 y finales de junio de 1994, mientras él estaba en el poder. Los asesinatos en Taba fueron abiertamente cometidos y tan generalizados que, Jean Paul Akayesu, como burgomaestre, tuvo que haberlos conocido. Aun cuando él tenía la autoridad y la responsabilidad de haberlo hecho, Jean Paul Akayesu



nunca intentó prevenir los asesinatos de Tutsis en la comuna de ninguna forma ni solicitó ayuda a las autoridades regionales o nacionales para hacer cesar la violencia.

9. Entre abril 7 y finales de junio de 1994, cientos de civiles (de ahora en adelante “civiles desplazados”) solicitaron refugio ante la oficina comunal. La mayoría de estos civiles desplazados eran Tutsi. Mientras buscaban refugio en la oficina comunal, las mujeres civiles desplazadas fueron regularmente tomadas por una milicia local armada o policía comunal, y fueron sujetas a violencia sexual, o a palizas cerca o dentro de las instalaciones de la oficina comunal. Igualmente, los civiles desplazados Tutsi fueron asesinados frecuentemente cerca o dentro de las instalaciones de la oficina comunal. Muchas mujeres fueron forzadas a soportar múltiples actos de violencia sexual que fueron en ocasiones cometidos por más de un asaltante. Estos actos de violencia sexual estuvieron generalmente acompañados por amenazas explícitas de muerte o de daño corporal. Las mujeres civiles desplazadas vivieron en constante temor, su salud física y psicológica fue deteriorándose como resultado de la violencia física, de las palizas y de los asesinatos.
10. Jean Paul Akayesu, sabía que los actos de violencia sexual, las palizas y las muertes eran cometidas y en ocasiones estuvo presente durante su realización. Jean Paul Akayesu facilitó la realización de actos de violencia sexual, de palizas y de asesinatos al autorizarlas cerca o dentro de las instalaciones de la oficina comunal. En virtud de su presencia durante la comisión de actos de violencia sexual, de palizas y de asesinatos, y por su falta de prevención de dichos actos, se entiende que Jean Paul Akayesu alentó la realización de estas actividades.
11. Aproximadamente el 19 de abril de 1994, antes del amanecer, en el sector de Gishyeshye, comuna de Taba, un grupo de hombres, uno de los cuales se llamaba François Ndimubanzi, mató a un profesor local, Sylvere Karera, porque fue acusado de haberse asociado con el Frente Patriótico de Ruanda (“RPF”) y de armar un complot con el fin de asesinar Hutus. Aunque por lo menos uno de los perpetradores se volvió en contra de Jean Paul Akayesu, él no tomó medidas para hacerlo encarcelar.
12. En la mañana del 19 de abril de 1994, luego de la muerte de Sylvere Karera, Jean Paul Akayesu encabezó una reunión en el sector de Gishyeshye, en la que sancionó la muerte de Sylvere Karera e instó a la población a acabar con los cómplices de la RPF, lo que se entendió por los presentes como acabar con los Tutsis. Más de 100 personas estuvieron en la reunión. La matanza de Tutsis en Taba inició poco tiempo después de acabada la reunión.
13. En la misma reunión en el sector de Gishyeshye en abril 19 de 1994, Jean Paul Akayesu nombró por lo menos 3 de los más importantes y reconocidos Tutsis – Ephrem Karangwa, Juvénal Rukundakuvuga y Emmanuel Sempabwa – quienes tuvieron que ser asesinados por sus supuestas relaciones con el RPF. Más tarde el mismo día, Juvénal Rukundakuvuga fue asesinado en Kanyinya. Dentro de los siguientes días, Emmanuel Sempabwa fue asesinado en frente de la oficina comunal de Taba.
14. Jean Paul Akayesu, aproximadamente el 19 de abril de 1994, condujo búsquedas casa por casa en Taba. Durante estas búsquedas, residentes, incluyendo a la víctima V, fueron interrogadas y golpeadas con rifles y palos en presencia de Jean Paul Akayesu. Él personalmente amenazó con matar al esposo y al hijo/a de la víctima U si ella no daba información acerca de las actividades de los Tutsis que él estaba buscando.
15. Aproximadamente el 19 de abril de 1994, Jean Paul Akayesu ordenó el interrogatorio y la paliza de la víctima X, en un esfuerzo por conocer el paradero de Ephrem Karangwa. Durante la golpiza, los dedos de las manos de la víctima X fueron rotos mientras él intentaba protegerse de los golpes con un tubo de metal.
16. Por la misma época del 19 de abril de 1994, los hombres que, bajo las órdenes de Jean Paul Akayesu, estuvieron buscando a Ephrem Karangwa, destruyeron su casa y la de su madre. Fueron también en búsqueda de la casa de su cuñado en la comuna de Musambira y encontraron a tres de los hermanos de Ephrem Karangwa. Los tres hermanos – Simón Mutijima, Thaddée Uwanyiligira y Jean Chrysostome Gakuba – intentaron escapar, pero Jean Paul Akayesu sopló su silbato para alertar a los residentes locales del intento de escape y para ordenar la captura de los hermanos del profesor Karangwa. Después de ser capturados, Jean Paul Akayesu ordena y participa en el asesinato de los tres hermanos.
17. El mismo 19 de abril de 1994, Jean Paul Akayesu tomó a 8 de los detenidos en la oficina comunal de Taba y ordenó a miembros de la milicia que los mataran. La milicia los asesinó con palos de golf, machetes, hachas pequeñas y palos. Las víctimas habían huido de la comuna de Runda y habían sido detenidos por Jean Paul Akayesu.
18. Aproximadamente el 19 de abril de 1994, Jean Paul Akayesu ordenó a la milicia y a los lugareños que mataran a los personajes intelectuales influyentes. Cinco profesores de la escuela secundaria de Taba fueron asesinados bajo estas instrucciones. Las

víctimas fueron Theogene, Phoebe Uwizeze y su prometido (cuyo nombre no es conocido), Tharcisse Twizyumuremye y Samuel. Los lugareños y la milicia los mataron con machetes y herramientas de agricultura frente a la oficina comunal de Taba.

19. El 19 de abril de 1994, Jean Paul Akayesu y algunos policías comunales fueron a la casa de la víctima Y, una señora de 68 años de edad. Jean Paul Akayesu la interrogó acerca del paradero de la esposa de un profesor universitario. Durante el interrogatorio, bajo la supervisión de Jean Paul Akayesu, la policía comunal golpeo a la víctima Y con un arma y con palos. Ellos ataron sus manos y pies y repetidamente la patearon en su pecho. Jean Paul Akayesu la amenazo de muerte si no le daba la información que él buscaba.
20. Más tarde aquella noche, aproximadamente el 20 de abril de 1994, Jean Paul Akayesu recogió a la víctima W en Taba y la interrogó acerca del paradero de la esposa del profesor universitario. Ella dijo que no lo sabía y él la forzó a recostarse frente a su automóvil, amenazándola con pasar sobre ella con el vehículo.
21. Luego, el mismo 20 de abril de 1994, Jean Paul Akayesu recogió a la víctima Z en Taba y la interrogó. Durante el interrogatorio, los hombres bajo el mando de Jean Paul Akayesu forzaron a las víctimas Y y Z a que se golpearan una a otra y usaron un pedazo del vestido de la víctima Y para estrangular a la víctima Z.

Con base en lo leído responda las siguientes preguntas:

- a) ¿Qué delitos cometió Akayesu?
- b) Analice la responsabilidad penal individual a la luz del artículo 28 del Estatuto de Roma.
- c) ¿Qué clase de conflicto armado se desarrollo en Ruanda?

### Ejercicio No. 5

1. ¿Un Ministro de Relaciones Exteriores podría argumentar su inmunidad derivada del derecho internacional para no ser procesado por la CPI?
2. ¿Es posible que un nacional de un Estado no parte del Estatuto que cometa un delito de competencia en el territorio de un Estado que si es parte, sea procesado por la CPI?

## 8. UNIDAD 3

### Aspectos jurisdiccionales y procesales

#### 8.1. Objetivo general de la unidad

- Estudiar los aspectos jurisdiccionales como el principio de complementariedad y el de jurisdicción universal, así como aspectos procesales referidos a los mecanismos de cooperación judicial y el procedimiento penal ante la Corte.

#### 8.2. Objetivos específicos de la unidad

- Analizar el principio de complementariedad del Estatuto de Roma a la luz de la sentencia C-578 de 2002 de la Corte Constitucional.
- Señalar y estudiar el procedimiento penal de la Corte.
- Estudiar los mecanismos de cooperación y asistencia judicial.
- Abordar de manera amplia el principio de jurisdicción universal.

#### 8.3. Admisibilidad de los asuntos penales ante la Corte Penal Internacional

La Corte Constitucional colombiana en la sentencia C-578 de 2002, con ponencia del magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, recoge de manera clara los criterios de admisibilidad de la CPI, consagradas en el artículo 17 del Estatuto de Roma, la cual citaremos por su pertinencia, explicando algunos conceptos adicionales. Señala la Corte:

##### *"4.3.2.1. La competencia complementaria de la Corte Penal Internacional*

El artículo 1° del Estatuto de Roma, dice de manera general que la competencia de la Corte Penal Internacional tiene carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales. El alcance de este principio orientador de la Corte, es posteriormente desarrollado en los artículos 17 y 19, parte II del Estatuto de Roma, y también por el artículo 20, que regula el principio de la cosa juzgada. Con el fin de facilitar la comprensión de ese principio, así como de sus implicaciones, por razones metodológicas, el análisis de estas cuatro disposiciones se hará de manera conjunta. Aun cuando otras disposiciones del Estatuto de Roma también guardan relación con el principio de complementariedad, tal como el inicio de investigaciones de oficio por parte del Fiscal, regulado por los artículos 13, 14 y 15, estos artículos serán examinados en el acápite de esta sentencia correspondiente a la parte II.

Los artículos 1°, 17, 19 y 20 del Estatuto de Roma se transcriben a continuación y se resaltan algunos apartes particularmente importantes:

ART. 1°-La Corte.

(...) La Corte (...) tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales. La competencia y el funcionamiento de la Corte se regirán por las disposiciones del presente Estatuto.

ART. 17.-Cuestiones de admisibilidad.

1. La Corte teniendo en cuenta el décimo párrafo del preámbulo y el artículo 1°, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando:
  - a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;
  - b) El asunto haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;
  - c) La persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, y la Corte no pueda adelantar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 20;
  - d) El asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte.
2. A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, la Corte examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso:
  - a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el artículo 5°;
  - b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia;
  - c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.
3. A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio.

ART. 19.-Impugnación de la competencia de la Corte o de la admisibilidad de la causa.

1. La Corte se cerciorará de ser competente en todas las causas que le sean sometidas. La Corte podrá determinar de oficio la admisibilidad de una causa de conformidad con el artículo 17.
2. Podrán impugnar la admisibilidad de la causa, por uno de los motivos mencionados en el artículo 17, o impugnar la competencia de la Corte:
  - a) El acusado o la persona contra la cual se haya dictado una orden de detención o una orden de comparecencia con arreglo al artículo 58;
  - b) Un Estado que tenga jurisdicción en la causa porque está investigándola o enjuiciándola o lo ha hecho antes; o
  - c) Un Estado cuya aceptación se requiera de conformidad con el artículo 12.

3. El Fiscal podrá pedir a la Corte que se pronuncie sobre una cuestión de competencia o de admisibilidad. En las actuaciones relativas a la competencia o la admisibilidad, podrán presentar así mismo observaciones a la Corte quienes hayan remitido la situación de conformidad con el artículo 13 y las víctimas.
4. La admisibilidad de una causa o la competencia de la Corte solo podrán ser impugnadas una sola vez por cualquiera de las personas o los Estados a que se hace referencia en el párrafo 2. La impugnación se hará antes del juicio o a su inicio. En circunstancias excepcionales, la Corte podrá autorizar que la impugnación se haga más de una vez o en una fase ulterior del juicio. Las impugnaciones a la admisibilidad de una causa hechas al inicio del juicio, o posteriormente con la autorización de la Corte, solo podrán fundarse en el párrafo 1 c) del artículo 17.
5. El Estado a que se hace referencia en los apartados b) y c) del párrafo 2 del presente artículo hará la impugnación lo antes posible.
6. Antes de la confirmación de los cargos, la impugnación de la admisibilidad de una causa o de la competencia de la Corte será asignada a la Sala de Cuestiones Preliminares. Después de confirmados los cargos, será asignada a la Sala de Primera Instancia. Las decisiones relativas a la competencia o la admisibilidad podrán ser recurridas ante la Sala de Apelaciones de conformidad con el artículo 82.
7. Si la impugnación es hecha por el Estado a que se hace referencia en los apartados b) o c) del párrafo 2, el Fiscal suspenderá la investigación hasta que la Corte resuelva de conformidad con el artículo 17.
8. Hasta antes de que la Corte se pronuncie, el Fiscal podrá pedirle autorización para:
  - a) Practicar las indagaciones necesarias de la índole mencionada en el párrafo 6 del artículo 18;
  - b) Tomar declaración a un testigo o recibir su testimonio, o completar la recolección y el examen de las pruebas que hubiere iniciado antes de la impugnación; y
  - c) Impedir, en cooperación con los Estados que corresponda, que eludan la acción de la justicia personas respecto de las cuales el Fiscal haya pedido ya una orden de detención en virtud del artículo 58.
9. La impugnación no afectará a la validez de ningún acto realizado por el Fiscal, ni de ninguna orden o mandamiento dictado por la Corte, antes de ella.
10. Si la Corte hubiere declarado inadmisibles una causa de conformidad con el artículo 17, el Fiscal podrá pedir que se revise esa decisión cuando se haya cerciorado cabalmente de que han aparecido nuevos hechos que invalidan los motivos por los cuales la causa había sido considerada inadmisibles de conformidad con dicho artículo.
11. El Fiscal, si habida cuenta de las cuestiones a que se refiere el artículo 17 suspende una investigación, podrá pedir que el Estado de que se trate ponga a su disposición información sobre las actuaciones. A petición de ese Estado, dicha información será confidencial. El Fiscal, si decide posteriormente abrir una investigación, notificará su decisión al Estado cuyas actuaciones hayan dado origen a la suspensión.

#### ART. 20.-Cosa juzgada.

1. Salvo que en el presente Estatuto se disponga otra cosa, nadie será procesado por la Corte en razón de conductas constitutivas de crímenes por los cuales ya hubiere sido condenado o absuelto por la Corte.
2. Nadie será procesado por otro tribunal en razón de uno de los crímenes mencionados en el artículo 5° por el cual la Corte ya le hubiere condenado o absuelto.
3. La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6°, 7° u 8° a menos que el proceso en el otro tribunal:
  - a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o

- b) No hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.

Las disposiciones citadas, regulan las condiciones bajo las cuales se desarrollará la relación entre las jurisdicciones penales nacionales y el ejercicio de la competencia de la Corte Penal Internacional. Como principio general, el Estatuto de Roma establece que son los Estados quienes deberán ejercer en primer lugar sus competencias penales contra quienes puedan ser responsables de la realización de las conductas descritas en los artículos 5° a 8° del Estatuto y se encuentren en su territorio. Sin embargo, cuando un Estado parte del Estatuto se niegue (indisposición) o no pueda (incapacidad) investigar o enjuiciar a estas personas, la Corte Penal Internacional puede hacerlo. Por eso, se entiende que la Corte Penal Internacional es complementaria de las jurisdicciones penales nacionales.

Si bien la competencia de la Corte Penal Internacional no priva a los Estados de su potestad de investigación y juzgamiento de tales crímenes, y el mismo Estatuto establece mecanismos de control a las decisiones que puedan adoptar la Corte o el Fiscal para el ejercicio de sus funciones (arts. 18 y 19 ER), el ejercicio de tales competencias parece establecer una limitación al ejercicio soberano de la jurisdicción penal de los Estados. Pasa esta corporación a estudiar dicha cuestión. En primer lugar, examinará las diferencias entre competencia y admisibilidad que trae el Estatuto de Roma. Luego analizará las limitaciones que implica el ejercicio de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en relación con la soberanía de los Estados y determinará el alcance de esa limitación. En tercer lugar, analizará tres aspectos claves del ejercicio de la competencia complementaria de la Corte: los criterios de indisponibilidad e incapacidad previstos en el artículo 17, su regulación cuando el Fiscal es quien decide iniciar la investigación (art. 18 ER), y las excepciones al fenómeno de la cosa juzgada (art. 20 ER). (...)

#### 4.3.2.1.1. La diferencia entre competencia y admisibilidad

En este punto es importante resaltar las diferencias entre los conceptos competencia y admisibilidad, que se emplean en el Estatuto de Roma, como quiera que la distinción entre estos fue desarrollada para garantizar la soberanía de los Estados y asegurar que la Corte Penal Internacional no suplante o sustituya a las jurisdicciones nacionales.

El término competencia se refiere a la delimitación del ámbito de ejercicio de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. Dicho ámbito es definido con base en varios criterios tales como los crímenes de los cuales puede conocer la Corte Penal Internacional (*ratione materiae*), el momento de comisión de las conductas a partir del cual puede conocer de ellas (*ratione temporis*), el lugar de ocurrencia de los hechos que determina si la Corte puede o no ejercer sus funciones (*ratione loci*) y la nacionalidad de las personas que están sujetas a su jurisdicción (*ratione personae*).

La competencia *ratione materiae* de la Corte Penal Internacional se refiere a los crímenes que pueden ser investigados y juzgados por esta: el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión, regulados por los artículos 5° a 8° del Estatuto de Roma, cuyo análisis se hará en el acápite 4.4.1 de esta sentencia. La competencia *ratione temporis* se encuentra regulada por los artículos 11, 12 (3) y 24 del Estatuto de Roma y establece que la Corte Penal Internacional no podrá ejercer su jurisdicción sobre crímenes cometidos antes de la entrada en vigor del Estatuto, que serán estudiados en la sección.

#### 4.3.2.1.3 de esta sentencia

La competencia *ratione loci*, la regula el Estatuto de Roma en el artículo 4.2, al señalar que la jurisdicción de la Corte se ejercerá "en el territorio de cualquier Estado parte" independientemente de la nacionalidad de la persona sindicada de realizar alguno de los crímenes mencionados o la de las víctimas, que se encuentre en el territorio de cualquier Estado parte, o en el territorio de un Estado no parte que la acepte mediante "acuerdo especial" o en el territorio de un Estado designado por el Consejo de Seguridad

(art. 13 b) ER). La competencia *ratione personae*, resulta relevante para el caso de nacionales de un Estado no parte que se encuentren en el territorio ese Estado y que acepte, *ad hoc*, la jurisdicción de la Corte Penal Internacional de conformidad con el artículo 12.2 del Estatuto de Roma.

Por su parte, el término admisibilidad se refiere a una cuestión distinta, v.gr. si la Corte Penal Internacional a pesar de ser competente no puede admitir el caso. Mientras que el cumplimiento de las condiciones de competencia es imperativo, la decisión sobre la admisibilidad de un caso es facultativa. Así, la Corte Penal Internacional puede tener competencia sobre una "situación" porque se dan las condiciones de materia, tiempo, lugar y nacionalidad mencionadas, pero declarar que el "caso" concreto es inadmisibile ante ella, por cuanto está siendo conocido por una jurisdicción penal nacional que tiene primacía, o por cualquiera de las otras razones señaladas en el Estatuto<sup>132</sup>. De esta manera se busca asegurar que la competencia de la Corte Internacional sea respetuosa del ejercicio efectivo de la soberanía de un Estado. No obstante, la jurisdicción de la Corte Penal Internacional conlleva una limitación de la soberanía de los Estados. Por eso, antes de entrar a analizar en detalle la regulación del principio de complementariedad, esta Corte se referirá al tema de la soberanía.

#### *4.3.2.1.2. La aceptación de limitaciones al principio de soberanía para el cumplimiento de los fines de la lucha contra la impunidad y la efectividad de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, son compatibles con la Carta Política*

El contenido y los límites del principio de soberanía han ido evolucionando a la par del desarrollo de las relaciones internacionales y de las necesidades de la comunidad internacional y han llevado a una redefinición del concepto original de soberanía absoluta, sin que ello implique menoscabo de este principio fundamental del derecho internacional. No obstante esta evolución, el principio de la soberanía continúa siendo un pilar del derecho internacional.

Como resultado de la creciente interacción e interdependencia entre Estados y de la constatación de desafíos globales que interesan a toda la humanidad, surgieron límites a la concepción absoluta de soberanía, justificados por la necesidad de preservar la coexistencia pacífica entre sujetos iguales de derecho internacional, así como el reconocimiento de otros límites adicionales a la soberanía, fundados en la necesidad de respetar valores protegidos por el derecho internacional y asociados a la dignidad del ser humano, a la paz mundial, a la democracia y a la conservación de la especie humana.

(...).

Según lo que establece el Estatuto de Roma, la soberanía de los Estados es limitada de varias formas. En primer lugar, porque es la Corte Penal Internacional –y no cada Estado parte– quien decide cuándo un Estado no está dispuesto o no ha sido capaz de ejercer su jurisdicción. En segundo lugar, porque el análisis de la existencia de una causal de incapacidad o de indisposición de un Estado, supone que la Corte examinará las condiciones bajo las cuales el Estado ha ejercido o ejerce su jurisdicción. En tercer lugar, porque el ejercicio de las competencias soberanas de los Estados para definir las sanciones y procedimientos penales de graves violaciones a los derechos humanos tales como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad o los crímenes de guerra, deberá hacerse de tal forma que resulte compatible con el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y con los fines de lucha contra la impunidad que resalta el Estatuto de Roma. En cuarto lugar, porque cuando la Corte Penal Internacional admite un asunto, la jurisdicción nacional pierde competencia sobre el mismo. Por lo anterior, es necesario examinar dichas limitaciones.

<sup>132</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-578 de 2002. Citando a Schabas, W. Introduction to the International Criminal Court, Op. Cit. (Cambridge University Press, 2001) P. 55.

En primer lugar, destaca la Corte que la autonomía para el ejercicio de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional no es absoluta. El Estatuto establece no solo que dicho ejercicio se hará en las condiciones extraordinarias enumeradas en los artículos 17 y 20 del Estatuto, sino que además, si decide hacerlo, los Estados podrán impugnar dicho ejercicio (art. 18), si la decisión de la Corte Penal Internacional no se encuentra dentro de las circunstancias autorizadas en los artículos 17 y 20 y apelar ante la Sala de Cuestiones Preliminares las decisiones que sobre el ejercicio de su competencia tome la Corte Penal o el Fiscal.

En efecto, cuando se trate de situaciones que estén bajo una de las cuatro categorías de crímenes de competencia de la Corte (art. 5° ER) tanto el artículo 17 como el artículo 20 señalan de manera expresa cuatro distintas situaciones bajo las cuales la Corte Penal Internacional puede ejercer su jurisdicción:

- i) Si la situación particular está siendo investigada o juzgada, o aún no se ha iniciado el procedimiento interno por parte del Estado que tiene jurisdicción sobre el mismo, y la Corte constata que existe *indisposición* del Estado para investigar o juzgar (art. 17.1 ER);
- ii) Si la situación particular está siendo investigada o juzgada, o aún no se ha iniciado el procedimiento interno por parte del Estado que tiene jurisdicción sobre el mismo, y la Corte constata que existe *incapacidad* del Estado para investigar o juzgar por un colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia (art. 17.3 ER);
- iii) Cuando la situación ya ha sido investigada y decidida por el Estado que tiene jurisdicción, pero el procedimiento interno se hubiere llevado a cabo con el *propósito de sustraer* a la persona de su responsabilidad penal (art. 20.3, literal a) ER);
- iv) Cuando la situación ya ha sido investigada y decidida por el Estado que tiene jurisdicción, pero el procedimiento interno no hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de forma incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia (art. 20.3, literal b) ER).

El Estatuto reconoce a los Estados el derecho a impugnar las decisiones de la Corte Penal Internacional que determinen la ocurrencia de alguna de las cuatro situaciones descritas, con lo cual se evita el ejercicio arbitrario de su competencia. Estas cuatro situaciones se analizan en detalle en las secciones 4.3.2.1.4, 4.3.2.1.5 y 4.3.2.1.6 de esta sentencia.

En segundo lugar, el reconocimiento de la competencia de la Corte Penal Internacional, no constituye una sustitución de la jurisdicción del Estado para el juzgamiento del genocidio, de crímenes de guerra, de crímenes de lesa humanidad, o del crimen de agresión, sea que tales hechos ocurran en nuestro territorio o los responsables se encuentren en él después de haberlos cometido en otro territorio, como quiera que la Corte ejercerá su jurisdicción, sí y solo sí se presenta alguna de las cuatro situaciones enumeradas anteriormente<sup>133</sup>. En ausencia de tales circunstancias, la Corte Penal Internacional debe respetar la jurisdicción interna de los Estados e inadmitir el caso de que se trate.

El Estatuto de Roma establece un principio general de ejercicio autónomo y primigenio de las jurisdicciones nacionales para el juzgamiento de los crímenes definidos en la parte II del mismo, con lo cual se reafirma la soberanía de los Estados partes para el ejercicio de competencias judiciales en su territorio. Pero autoriza un ejercicio complementario de la competencia de la Corte Penal Internacional para la investigación y el juzgamiento de tales crímenes en el evento en que los Estados no puedan o no quieran hacerlo.

<sup>133</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-578 de 2002. Aun cuando el Estatuto de Roma no establece explícitamente la obligación de enjuiciar a individuos por los crímenes enumerados en el Estatuto, tal obligación ya había sido reconocida para algunos de los delitos enumerados en el Estatuto de Roma, en otros tratados de los que es parte Colombia. Por ejemplo, en el IV Convenio de Ginebra de 1949, los Estados partes se comprometen a crear cualquier legislación necesaria que provea las sanciones penales efectivas para aquellas personas que cometan graves violaciones contra la Convención. Según el artículo 5° de la Convención sobre el Genocidio, los Estados partes se obligaron a legislar para darle eficacia a las disposiciones de la convención y establecer penas efectivas para aquellos culpables de genocidio. ICISS. The Responsibility to Protect, IDRC, Ottawa, 2001.



En tercer lugar, si bien es cierto que los Estados son soberanos para definir las sanciones y procedimientos penales internos que resulten más adecuados para impedir la impunidad frente a crímenes tales como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad o los crímenes de guerra, existe un consenso internacional en torno a que tal regulación debe hacerse de manera compatible con el deber de protección de los derechos humanos y de respeto al derecho internacional humanitario y, por lo tanto, las limitaciones a la soberanía en estas materias han sido aceptadas por los Estados como parte de su compromiso de garantizar la efectividad de tales derechos. El Estatuto de Roma reitera ese compromiso y reafirma el consenso internacional en la materia. El estándar de protección que recoge el Estatuto de Roma no es distinto de otros compromisos internacionales en la materia, pero sí más efectivo, por cuanto recoge un anhelo de la comunidad internacional de garantizar que no exista impunidad frente a los crímenes más atroces.

En cuarto lugar, un punto adicional relacionado con el ejercicio soberano de las jurisdicciones nacionales debe ser analizado aquí. De conformidad con el principio de complementariedad, cuando la Corte Penal Internacional admite un asunto y ejerce su jurisdicción sobre nacionales de un Estado que delinquieron en el territorio de dicho Estado, la justicia penal nacional correspondiente ya no puede juzgar dicho asunto (art. 20 ER). Cabe preguntarse si ello constituye una violación de la soberanía del Estado colombiano. La Corte estima que no, por las siguientes razones.

La primera, y fundamental, es que la soberanía de un Estado existe para proteger a los habitantes que residen en su territorio, no para amparar a quienes han violado los derechos humanos o desconocido los mínimos establecidos en el derecho internacional humanitario ni, mucho menos, para servir de muralla infranqueable para quienes desea convertir un determinado territorio en un escondite para gozar de impunidad.

La razón primigenia de un Estado constitucional y democrático es cumplir el deber fundamental de proteger a todos sus residentes en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades (art. 2° inc. 2°, CP). Este deber fundamental sintetiza la esencia del contrato político mediante el cual los ciudadanos de una república aceptan obedecer a una autoridad democráticamente instituida, conformada, ejercida y controlada, a cambio de que esta les brinde protección efectiva contra diversas amenazas de distinto origen, dentro de las cuales se destacan las amenazas provenientes de toda forma de violencia, incluidas las que se manifiestan por el ejercicio arbitrario del monopolio de la fuerza confiado al Estado y la practicada por grupos armados irregulares.

Si bien en todas las sociedades hay manifestaciones de violencia que quedan impunes, los pueblos han llegado gradualmente a un consenso para definir el grado de violencia cuya impunidad no puede ser tolerada porque ello destruiría las bases de la convivencia pacífica de seres igualmente dignos. Cuando se rebase dicho umbral, los autores de atrocidades contra los derechos humanos de sus congéneres, sin importar la nacionalidad de unos u otros, su poder o vulnerabilidad, ni su jerarquía o investidura, deben ser juzgados y sancionados penalmente como una concreción del deber de protección que tiene todo Estado. Cuando ese deber se viola, no por cualquier razón, sino por la circunstancia extrema y evidente de que un Estado no está dispuesto a cumplir ese deber o carece de la capacidad institucional para cumplirlo, la comunidad internacional decidió que las víctimas de esas atrocidades debían ser protegidas por vías institucionales y pacíficas de carácter judicial, mediante una Corte Penal Internacional.

La indisposición y la incapacidad de un Estado para cumplir el deber fundamental de protección de quienes residen en su territorio es lo que permite que la Corte Penal Internacional admita un caso. Una vez esta lo ha hecho, y se ha decidido negativamente la impugnación de la admisión cuando el Estado la ha recurrido, de conformidad con el procedimiento establecido en el Estatuto, la garantía de los derechos de las personas –tanto del sindicado que podría ser sumariamente juzgado por el Estado para demostrar eficacia como de las víctimas que podrían asistir a un proceso penal menos riguroso– y la seguridad jurídica justifican que la "situación" sea del conocimiento de la Corte Penal Internacional.

Por ello, las limitaciones a la soberanía enunciadas están en consonancia con los fines de protección y garantía a los derechos humanos y de respeto al derecho internacional humanitario y representan un desarrollo del artículo 9° de la Constitución.

Analizadas estas cuestiones generales, pasa la Corte a estudiar aspectos específicos la forma como el Estatuto ha regulado el ejercicio de la competencia complementaria.

#### 4.3.2.1.3. *Las condiciones previas para el ejercicio de la competencia de la Corte Penal Internacional*

Según el artículo 11 del Estatuto, la Corte tiene competencia solo respecto a los delitos cometidos con posterioridad a la entrada en vigor del Estatuto. Cuando un Estado se convierte en parte del tratado, la Corte podrá ejercer su competencia solo respecto de los crímenes cometidos luego de la entrada en vigor del Estatuto para ese Estado, excepto cuando se haga la declaración prevista en el artículo 12(3), es decir, el Estado consienta expresa y formalmente en que un crimen cometido después del 1° de julio de 2002, pero antes de que entrara en vigor el Estatuto para ese Estado, sea de competencia de la Corte Penal Internacional.

Esta competencia de la Corte surge a partir de la ratificación del tratado (art. 12.1, ER) y no depende de un acto de aceptación adicional como se propuso durante la redacción del Estatuto<sup>134</sup>. Un Estado, al aceptar ser parte del Estatuto, reconoce, sin más requisitos, la jurisdicción de la Corte respecto de los crímenes estipulados en el artículo 5° (genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión, una vez que sea definida) y acepta automáticamente la competencia de la Corte sobre estas conductas y las personas que incurran en ellas, a partir del día en que entre en vigor el Estatuto (art. 11).

La Corte Penal Internacional también será competente cuando un Estado no parte acepte su competencia respecto de crímenes particulares cometidos dentro de su territorio o por sus nacionales, por medio de una declaración depositada en poder del Secretario (art. 12.3 ER). Igualmente, lo será cuando el Consejo de Seguridad le remita un asunto actuando con arreglo al capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas (art. 13 ER).

Encuentra la Corte que estas disposiciones desarrollan los principios que rigen el manejo de las relaciones internacionales de Colombia previstas en nuestro ordenamiento constitucional, en cuanto reiteran el respeto a los principios de soberanía y *pacta sunt servanda* aceptados por Colombia (C.P., art. 9°), según los cuales los compromisos internacionales de Colombia y de cualquier Estado, surgen solo cuando se ha expresado válidamente el consentimiento para obligarse.

#### 4.3.2.1.4. *El ejercicio de la jurisdicción penal en el derecho internacional y el principio de complementariedad*

Tal como ya se mencionó, el derecho internacional reconoce una serie de principios a través de los cuales un Estado puede ejercer su jurisdicción para juzgar hechos criminales. Los dos principios de mayor aplicación son el de territorialidad (*ratione loci*) y el de nacionalidad (*ratione personae*). Bajo el principio de territorialidad, los estados tienen jurisdicción para investigar y juzgar crímenes cometidos en su territorio. De conformidad con el principio de nacionalidad, los Estados se reservan el derecho de juzgar a sus propios nacionales, incluso por crímenes cometidos fuera de su territorio. También se han desarrollado otros principios, como el de personalidad pasiva, muy controvertidos, según el cual un Estado puede reclamar su jurisdicción para juzgar los delitos que afecten los derechos de sus nacionales, aun si tales delitos fueron cometidos fuera de su territorio; o el principio de protección, a partir del cual se garantiza a los Estados jurisdicción sobre extranjeros, por delitos cometidos por fuera de su territorio, cuando

<sup>134</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-578 de 2002. Durante el proceso de redacción del Estatuto se propuso que la ratificación del Estatuto no le diera a la Corte una competencia automática, y que posteriormente fuera necesario el consentimiento del Estado para que la Corte pudiera asumir sus funciones, de manera similar a lo que ocurrió con el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Esta forma de reconocimiento de competencia se denominó coloquialmente con la expresión en inglés *opt-in*. Otras expresiones empleadas para denominar las formas de competencia de la Corte Penal Internacional fueron *ad hoc consent opt-in*, para referirse al reconocimiento de competencia de la Corte por un Estado no parte para un caso en particular y una suerte de *put-in*, cuando fuera el Consejo de Seguridad el que remitiera el asunto a la Corte.

tales delitos afectan su seguridad nacional<sup>135</sup>. Cada uno de estos principios protege el interés del Estado en el juzgamiento de un hecho criminal y el ejercicio soberano de sus competencias.

Además de estos principios, el derecho internacional ha desarrollado el principio de jurisdicción universal, según el cual todos los Estados tienen interés en la sanción de graves crímenes de trascendencia internacional, tal como ha ocurrido con el genocidio<sup>136</sup>, la tortura<sup>137</sup>, la esclavitud<sup>138</sup>, o el apartheid<sup>139</sup>, entre otros, con el fin de garantizar que los valores más importantes cuya protección compromete a toda la comunidad, puedan ser garantizados por cualquier Estado, el cual puede juzgar y sancionar en beneficio de la comunidad internacional<sup>140</sup>.

Como quiera que la aplicación de cada uno de estos principios ante un mismo hecho criminal puede llevar a que varios Estados reclamen concurrentemente jurisdicción para su investigación, juzgamiento y sanción, tanto en el derecho internacional como en los distintos sistemas nacionales se han desarrollado mecanismos para solucionar tales conflictos. Tal es el papel que cumplen las normas que regulan el carácter complementario de las competencias de la Corte Penal Internacional<sup>141</sup>.

A diferencia de la jurisdicción prevalente que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas le otorgó a los Tribunales Internacionales para Yugoslavia y para Ruanda el juzgamiento de crímenes de guerra y de lesa humanidad<sup>142</sup>, el Estatuto de Roma estableció un sistema que a la vez que reconoce la soberanía de los Estados para el ejercicio de sus competencias judiciales y promueve el ejercicio originario de estas, establece mecanismos para subsanar la incapacidad o la indisposición de un Estado para sancionar a los responsables de los crímenes más graves. Tales mecanismos están regulados por los artículos 17, 18, 19 y 26 del Estatuto de Roma.

<sup>135</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-578 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Ver Corte Constitucional, Sentencia C-621/2001, MP: Manuel José Cepeda, donde se hace un análisis de los distintos eventos en que los Estados ejercen jurisdicción penal.

<sup>136</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-578 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Artículos 5°, 6° y 7° de la Convención sobre Prohibición y Castigo del Crimen de Genocidio (L. 28/59). Ver Schabas, William H. *Genocide in International Law: The crime of crimes*. Cambridge University Press, Cambridge, 2000, pp. 345 y ss.

<sup>137</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-578 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Artículo 5.2 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes (L. 76/86) Ver Robertson, Geoffrey. *Crimes against humanity. The Struggle for Global Justice*. The New Press, New York, 1999.

<sup>138</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-578 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Este crimen fue prohibido expresamente por la Convención sobre la Esclavitud y por el artículo 3° común de los Convenios de Ginebra de 1949 y por el Protocolo II, artículo 4°. Ver también la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, de 1968, cuyo artículo III establece la obligación de las Partes de "adoptar todas las medidas internas que sean necesarias, legislativas o de cualquier otro orden, con el fin de hacer posible la extradición, de conformidad con el derecho internacional, de las personas a que se refiere el artículo II de la presente convención". Hasta antes de la entrada en vigor del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, no existía un mecanismo judicial internacional para su juzgamiento.

<sup>139</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-578 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Convención sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid de 1976 que establece en su artículo IV b) el compromiso de las partes a "adoptar medidas legislativas, judiciales y administrativas para perseguir, enjuiciar y castigar conforme a su jurisdicción a las personas responsables o acusadas de los actos enumerados en el artículo II de la presente convención, independientemente de que tales personas residan en el territorio del Estado en que se han cometido los actos o sean nacionales de ese Estado o de algún otro Estado o sean personas apátridas". Ver Ratner, Steven R. y Abrams, Jason S. *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law. Beyond the Nuremberg Legacy*. Clarendon Press, Oxford, 1997.

<sup>140</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-578 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Corte Permanente de Justicia Internacional, Asunto Lotus (Francia v. Turquía), fallo del 7 de septiembre de 1927, opinión individual del juez Moore. En este caso, se afirmó con respecto al crimen de piratería; "el derecho o el deber de velar por el orden público no pertenece a ningún país en especial [...] cualquier país, en el interés de todos, puede ejercer jurisdicción y castigar".

<sup>141</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-578 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Sobre este punto ver Brown Bartram S. *Primacy or Complementarity: Reconciling the Jurisdiction of National Courts and International Criminal Tribunals*, 23 *Yale Journal of International Law* 383, Summer, 1998.

<sup>142</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-578 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. De conformidad con el artículo 9° del Estatuto para el Tribunal Internacional de Yugoslavia, tanto los Estados como el Tribunal tienen jurisdicción concurrente para el juzgamiento de graves violaciones al derecho internacional humanitario (art. 9.1). Sin embargo, esa misma disposición (art. 9.2), reconoce una jurisdicción prevalente al Tribunal Internacional. Dice el artículo 9.2. "El Tribunal Internacional tendrá primacía respecto de los tribunales nacionales. En cualquier etapa del procedimiento, el Tribunal Internacional podrá pedir oficialmente a los tribunales nacionales que convengan en la competencia del Tribunal Internacional de conformidad con el presente Estatuto y con las normas sobre procedimiento y prueba del Tribunal Internacional". Esta misma regla fue recogida por el Estatuto para el Tribunal de Ruanda, en el artículo 9° de su Estatuto y en las reglas 8 y 9 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, U.N. Doc. ITR/3/REV.1 (1995).

#### 4.3.2.1.5. La regulación del principio de complementariedad

De conformidad con lo que establece el artículo 17 del Estatuto, la Corte Penal Internacional ejercerá su jurisdicción complementaria para investigar, juzgar y sancionar un crimen de los enumerados en su artículo 5°, cuando se presente alguna de las siguientes situaciones excepcionales, llamadas de indisposición o incapacidad:

- i) Cuando el Estado donde se encuentra la persona de que se trate no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento (art. 17.1, literal a) ER);
- ii) Cuando el Estado donde se encuentra la persona de que se trate no esté en capacidad de investigarla o enjuiciarla (art. 17.1, literal a) ER);
- iii) Cuando luego de la investigación, la decisión del Estado de no enjuiciar a la persona de que se trate obedezca a que el Estado no esté dispuesto a que la persona sea llevada ante la justicia (art. 17.1, literal b) ER);
- iv) Cuando luego de la investigación, la decisión del Estado de no enjuiciar a la persona de que se trate obedezca a su incapacidad para llevar a cabo un procedimiento judicial (art. 17.1, literal b) ER);

En estos eventos, la Corte Penal Internacional examinará si existe o no disposición para actuar o capacidad por parte del Estado para investigar enjuiciar y sancionar al responsable. El alcance de estos dos criterios ha sido definido expresamente en el Estatuto.

La "falta de disposición" la define el artículo 17.2. En líneas generales significa que el Estado ha ejercido o dejado de ejercer su competencia para juzgar con la intención de sustraer de la justicia a la persona implicada, con lo cual se ha producido impunidad frente a los hechos que configuran alguno de los crímenes señalados en el artículo 5°. Por su parte, el artículo 17.3, define que un Estado es "incapaz" de juzgar a la persona de que se trate cuando existe un colapso total o sustancial de la administración nacional de justicia del Estado, que tiene el efecto de que no puede hacer comparecer al acusado, o no dispone de las pruebas y testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo un juicio. Las expresiones "total" o "sustancial", cualifican la dimensión del colapso que justifica que la Corte pueda complementar al Estado en el ejercicio de su jurisdicción. Así, incapacidades que no sean, a lo menos, sustanciales impiden la aplicación del principio de complementariedad. El propio Estatuto indica los criterios para medir la gravedad del colapso al enumerar los efectos que este debe tener, dentro del cual se destaca la incapacidad para hacer comparecer al acusado.

No obstante, el párrafo 3 del artículo 17 solo menciona dos situaciones indicativas del colapso total o sustancial de la justicia nacional y, agrega, que puede haber "otras razones" que muestren que un Estado no está "en condiciones de llevar a cabo el juicio".

La Corte encuentra que esta expresión es demasiado indeterminada: carece de referentes objetivos, de criterios para evaluar si una situación impide llevar a cabo el juicio, de elementos temporales acerca del surgimiento, permanencia e irreversibilidad de dicha situación, así como de parámetros para corroborar su existencia.

La Corte también entiende que es difícil anticipar todas las razones indicativas del colapso total o sustancial de la administración de justicia de un Estado.

Aprecia que los eventos expresamente mencionados son fácilmente verificables por ser evidentes, refieren a condiciones objetivas y versan sobre requisitos sin los cuales no es posible llevar a cabo el juicio.

Entonces, la Corte estima procedente que estas mismas características sirvan en el caso de Colombia para determinar si existen "otras razones" por las cuales el Estado no puede investigar o enjuiciar a una persona. De tal manera que en relación con el artículo 17, párrafo 3, del Estatuto de Roma, las "otras razones" a fin de determinar la incapacidad del Estado para investigar o enjuiciar un asunto se refieren a la ausencia evidente de condiciones objetivas necesarias para llevar a cabo el juicio.

Por su parte, el artículo 19 del Estatuto, reitera el respeto de los sistemas nacionales en el juzgamiento de las conductas enumeradas en su artículo 5°, mediante el establecimiento de un procedimiento a través del cual un Estado pueda impugnar la competencia de la Corte Penal Internacional para iniciar la investigación, cuando el Estado ha ejercido de buena fe su jurisdicción o se encuentra ejerciéndola. Estas dos disposiciones reiteran el carácter complementario de la jurisdicción de la Corte y establecen mecanismos de control para evitar la primacía de la jurisdicción internacional sobre la nacional.

Esta modalidad de competencia complementaria de la Corte Penal Internacional permite que las autoridades colombianas ejerzan plenamente sus competencias para el juzgamiento de tales conductas en el territorio, pero acepta, mediante la ratificación del Estatuto de Roma, que en los eventos extraordinarios enunciados en el artículo 17, sea la Corte Penal Internacional quien ejerza su jurisdicción, pudiendo en todo caso impugnarse la decisión de la Corte Penal Internacional, de conformidad con el artículo 19. Anota esta corporación que los eventos de indisposición suponen una situación muy grave de afectación de sus instituciones para administrar justicia, lo que representaría una circunstancia contraria a lo dispuesto por nuestro ordenamiento fundamental. En efecto, una actuación dirigida a sustraer de la justicia a un responsable de crímenes atroces, o la incapacidad del Estado para administrar justicia, sería contraria a nuestra Carta Política y los compromisos internacionales de Colombia que exigen el cumplimiento de buena fe de las obligaciones de investigación y juzgamiento de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario.

Por las razones expuestas, encuentra la Corte que el principio de complementariedad consagrado en el artículo 1° del Estatuto y desarrollado en los artículos analizados del mismo, asegura, dentro del ámbito regulado por el Estatuto, los fines constitucionales de garantía a la efectividad de los derechos, de acceso a la justicia y de lucha contra la impunidad que orientan nuestro ordenamiento constitucional.

#### *4.3.2.1.6. El principio de cosa juzgada en el Estatuto de la Corte Penal Internacional*

De conformidad con lo que establece el artículo 20 del Estatuto de Roma, las decisiones de la Corte Penal Internacional sobre condena o absolución por alguno de los crímenes de su competencia, hacen tránsito a cosa juzgada y, por lo tanto, nadie podrá ser enjuiciado de nuevo, por los mismos hechos respecto de los cuales hubo pronunciamiento, ni por la Corte Penal Internacional ni por otro juez (art. 20, num. 1° y 2°, ER). No obstante, el numeral 3° del artículo 20 consagra una excepción a esta regla de inadmisibilidad.

En efecto, cuando a pesar de que en la jurisdicción interna exista cosa juzgada sobre el asunto denunciado ante la Corte Penal Internacional, y tal circunstancia se haya presentado con el propósito de sustraer al responsable de la competencia de la Corte (art. 17. 1, lit. c), en concordancia con el art. 20.3, ER), mediante un proceso aparente, o por un procedimiento interno adelantado por un tribunal que no cumple con los requisitos de imparcialidad e independencia y que "bajo las circunstancias", actuó de manera inconsistente con el deber de traer a la persona de que se trate ante la justicia, la Corte Penal Internacional podrá ejercer su jurisdicción sobre dicho asunto, y declarar la admisibilidad del caso.

Para que la Corte pueda ejercer su jurisdicción complementaria, el juicio nacional tuvo que haberse realizado con el propósito de sustraer a una persona de que responda ante la justicia. Pero si la persona fue genuinamente enjuiciada, como cuando el proceso se adelanta con el fin de establecer la verdad de los hechos, hacer justicia efectiva y garantizar la reparación a las víctimas, por un tribunal independiente e imparcial, la Corte Penal Internacional no podrá ejercer su jurisdicción y deberá declarar que el asunto es inadmisibile, de conformidad con lo que establece el artículo 20, numerales 1° y 2° del Estatuto.

Un evento implícito en el artículo 20, que garantiza la soberanía estatal para juzgar y sancionar crímenes, se presenta cuando después de que la Corte Penal Internacional ha asumido el conocimiento de una situación, absuelve al implicado por considerar que no cometió alguno de los crímenes descritos en los artículos 5° a 8° del Estatuto, sino un crimen ordinario de competencia

del Estado. En ese evento, el Estado que tiene jurisdicción podrá juzgar al implicado por un crimen ordinario, a pesar de la decisión de absolución de la Corte Penal Internacional en relación con alguno de los crímenes graves señalados en los artículos 5° a 8° del Estatuto.

Encuentra la Corte que los eventos descritos en el artículo 20.3 del Estatuto suponen, primero, una violación del deber internacional de sancionar el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, segundo, una actuación contraria al deber constitucional de protección que incumbe a las autoridades nacionales (C.P., art. 2°) y, tercero, un desconocimiento de los compromisos internacionales en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario (C.P., art. 9°). Por ello, constituye un desarrollo del deber de protección que tienen los Estados el que se creen mecanismos necesarios para impedir que circunstancias como las descritas en el artículo 20, obstaculicen conocer la verdad de los hechos y el logro de la justicia”.

Frente al claro abordaje jurídico por parte de la Corte solo basta señalar que el artículo 17 busca preservar los intereses nacionales y la integridad judicial en el plano nacional. Este artículo fue esencial para la “comercialización” del Estatuto.

El artículo 35 del proyecto original del estatuto mencionaba tres motivos de inadmisibilidad. Primero, cuando el caso ha sido debidamente investigado por un Estado con jurisdicción sobre el delito y la decisión del Estado que de no proceder al enjuiciamiento fue aparentemente bien fundada. Segundo, cuando el delito se encontraba bajo investigación por un Estado que ha tenido o puede tener jurisdicción sobre él, y no había ninguna razón para que el tribunal para tomar cualquier acción futura en relación con el delito en ese momento. Tercero, cuando el delito no era de gravedad suficiente para justificar la actuación de la Corte Penal Internacional.

Según el artículo 17, el tribunal no tendría jurisdicción a menos que el Estado con jurisdicción penal sobre el delito no pudo o no quiso llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento. Para obtener este consenso se hicieron concesiones en todos los lados. La incapacidad no era polémico y, en principio, se añadió al proyecto de artículo. La cuestión de la falta de voluntad fue más difícil de negociar con algunas delegaciones que señalaban su preocupación relativa a la soberanía del Estado y también a las garantías constitucionales en los sistemas nacionales en contra de la doble incriminación.

Se creó consenso en que si el crimen no era lo suficientemente serio, sería inadmisibles. El artículo 15 del Estatuto de Roma da una ampliación de los motivos en que la Corte Penal Internacional puede ejercer la competencia e introducir el principio de buena fe. Antes de que un asunto sea inadmisibles un Estatuto debe haber actuado en la investigación y enjuiciamiento.

#### 8.4. Procedimiento penal de la CPI

##### 8.4.1. Investigación

Según los artículos 13 y 15 de la Corte Penal Internacional, el fiscal puede ejercer su jurisdicción solamente si los delitos cometidos han sido remitidos a la fiscalía por un Estado parte, por el Consejo de Seguridad o cuando el Fiscal ha iniciado una investigación preliminar por iniciativa propia. Según el artículo 53, en el párrafo I, el Fiscal se encuentra obligado a iniciar una investigación a menos que se determine que no existen méritos suficientes para proceder. “En su decisión el Fiscal debe considerar si existe fundamento razonable para creer que un delito de la competencia de la corte ha sido cometido, si el caso es admisible y si el interés de la justicia pudiese estar mejor servido si no se adelanta el procedimiento”<sup>143</sup>. Según el párrafo 2 de dicho artículo, el Fiscal debe informar al Estado parte o al Consejo de Seguridad acerca de la decisión. Estos pueden solicitar a la Sala de Cuestiones

<sup>143</sup> Ambos, Kai, Guerrero, Oscar Julian. “El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”. Universidad Externado de Colombia, 1999. P. 319.

Preliminares que revise la decisión y puede pedir al Fiscal la reconsideración de su decisión. El Fiscal puede en cualquier momento reconsiderar su decisión si recibe nueva información.

Las funciones del Fiscal se encuentran enumeradas en el artículo 54 del Estatuto de Roma. La norma menciona, que el papel del Fiscal es investigar las circunstancias incriminantes y las eximentes del caso. El Fiscal debe buscar siempre la verdad y proteger a las víctimas y a los testigos, y respetar los derechos de las personas involucradas en el proceso. Este debe asegurar que se le respeten los derechos a la persona investigada, y que no se le obligue a declarar contra sí mismo, a no ser sometido a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes. A su vez debe buscar que al investigado (sospechoso) se le debe respetar el derecho a permanecer en silencio sin que este pese en consideraciones de culpabilidad o inocencia, y a tener asistencia legal. Esta asistencia legal, si no tiene los medios económicos, debe ser asignada y gratuita si fuere necesario. El sospechoso debe ser interrogado en presencia del defensor.

La Sala de Cuestiones Preliminares se encuentra codificada en los artículos 56 y 57 del Estatuto de Roma. El artículo 56 menciona el papel de la Sala de Cuestiones Preliminares, y el artículo 57 de las funciones y facultades de la Sala en general. Se establece que la Sala ejercerá sus funciones de acuerdo al artículo 57 a menos que el Estatuto considere lo contrario. Se dan dos clases de decisiones diferentes por parte de la sala. La primera clase debe ser tomada por la mayoría de los magistrados sobre decisiones generales y políticas, como las del cambio de competencia, la autorización de investigaciones en el territorio de un Estado y la confirmación de cargos. En todos los otros casos las decisiones pueden ser tomadas por un solo magistrado de la Sala.

Cuando el Fiscal considere que la oportunidad para la investigación es única, debe informar a la Sala de Cuestiones Preliminares que puede tomar las medidas necesarias para proteger los derechos de defensa y puede ordenar que la información pertinente no sea revelada a la persona investigada.

La Sala, entre sus labores, debe designar expertos, encomendar a uno de sus magistrados la supervisión de actuaciones procesales y realizar recomendaciones u órdenes con respecto a los procedimientos que se desarrollan. La Sala de Cuestiones Preliminares puede tomar dichas medidas (labores) por su propia iniciativa, si el Fiscal no las ha solicitado y la Sala después de la consulta con el Fiscal, considera que ellas son necesarias.

La confirmación de los cargos se encuentra en el artículo 61 y pone fin a la fase investigativa. La Sala de Cuestiones Preliminares realizará una audiencia para poder confirmar los cargos en un tiempo razonable. El Fiscal y el imputado estarán presentes en la audiencia, pero el imputado puede renunciar a su derecho de estar presente. El imputado debe ser informado antes de la audiencia sobre los cargos o las pruebas que el Fiscal presentará en la audiencia. Como este es una etapa preliminar, el Fiscal puede, bajo su potestad, solo presentar un resumen de las pruebas y no tiene necesidad de llamar a los testigos. El imputado puede, bajo su derecho de defensa, presentar pruebas y controvertir las pruebas presentadas por el Fiscal. Le corresponde a la Sala de Cuestiones Preliminares revisar si las pruebas presentadas en la audiencia por el Fiscal son suficientes.

#### 8.4.2. Juzgamiento

En el juzgamiento, se deben tener en cuenta tres divisiones. La primera habla de los “principios generales aplicables al juicio, así como de las funciones y atribuciones de la Sala de Primera Instancia, los derechos del acusado y la protección de testigos”, que se encuentran en los artículos 62 a 68 del Estatuto de Roma. Los artículos 69 a 83 mencionan los diferentes mecanismos de prueba y los artículos 84 y 86 regulan la decisión de la Sala<sup>144</sup>.

<sup>144</sup> Ambos, Kai. Guerrero, Oscar Julián. “El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”. Universidad Externado de Colombia, 1999. P. 324.

El artículo 62 menciona que el juicio, en principio, se celebrará en la sede de la Corte, pero esta tiene la facultad de decidir que las actuaciones se den en otro lugar. El juicio debe realizarse con la presencia del acusado (art. 63, num. 1°), pero si dicho acusado perturba la sesión, la Sala de Primera Instancia puede pedir que salga de dicha Sala (art. 63, num. 2°).

El artículo 64 del Estatuto menciona las atribuciones y funciones de la Sala de Primera Instancia. Señala que estas funciones y atribuciones deben realizarse conforme el propio Estatuto y las Reglas de Procedimiento y Prueba. También menciona que dicha Sala vigilará en todo momento que el juicio sea justo y que se respeten los derechos del acusado (entre los que está el derecho a que al comenzar el juicio, la Sala debe dar lectura de los cargos confirmados anteriormente por la Sala de Cuestiones Preliminares, tal como está mencionado en el numeral octavo de dicho artículo) y se tenga en cuenta la protección de las víctimas y de los testigos. También nombra las funciones específicas que se deben tomar antes de la iniciación del juicio, entre las que están la determinación del idioma que debe utilizarse, y la revelación de algunos documentos antes de la audiencia. Menciona entre esas funciones, las generales, de las cuales forma parte la facultad de requerir la asistencia y declaración de testigos o decidir sobre estas materias. El numeral séptimo de dicho artículo señala que el juicio debe ser público, pero que en circunstancias cerradas o para proteger información confidencial, se podrá efectuar a puerta cerrada. La Sala de Primera Instancia podrá decidir sobre la admisibilidad o pertinencia de las pruebas y podrá tomar las medidas necesarias para mantener el orden en las audiencias.

En los casos en que el acusado se declare culpable, se tendrá en cuenta el artículo 65 del mencionado Estatuto. La Sala de Primera Instancia debe decidir si el acusado ha realizado la declaración de forma voluntaria y entiende las consecuencias de su declaración. El artículo 66 señala la presunción de inocencia, y como se presumirá inocente hasta que se pruebe la culpabilidad ante la Corte. La carga de la prueba corresponde al Fiscal y la Corte debe eliminar todo tipo de duda. El artículo 68 señala cuáles son los derechos del acusado.

Las partes tienen la posibilidad de presentar todas las pruebas que crean pertinentes para el caso, y la Corte tiene la facultad de solicitar las pruebas que considere necesarias para determinar la verdad. La Corte al igual tiene la posibilidad de inadmitir alguna prueba presentada que no considere pertinente, que desacredite injustamente las pruebas presentadas por la contraparte, o que sean obtenidas con violación a las instrucciones del Estatuto o normas de derechos humanos. La Corte, además de tener la facultad y poder de decisión sobre las pruebas, tiene la competencia de castigar los delitos contra la administración de justicia. Delitos como: "dar falso testimonio, obstruir o interferir la presentación de un testigo su declaración, influenciar o amenazar a los funcionarios de la Corte por razón de sus funciones, tomar retaliaciones contra ellos o aceptar sobornos cuando se es funcionario"<sup>145</sup>. La Corte puede imponer una sentencia de hasta 5 años de prisión o una multa según la gravedad del caso, o en ocasiones, ambas.

El Estatuto establece que es necesaria la presencia de todos los magistrados durante todas las etapas del juicio. Por esto, se deben nombrar a magistrados suplentes para que atiendan a la etapa del juicio que el magistrado no le quede posible asistir. La Corte, debe basar su decisión del caso solamente con las pruebas aportadas y discutidas en el juicio, para así tener un procedimiento justo, o lo que se conoce como "fair trial". La decisión del caso, debe tomarse por la mayoría de los magistrados, pero siempre debe tratar de lograrse la unanimidad. En el caso que no fuere unánime, debe tener los argumentos de ambos lados<sup>146</sup>.

<sup>145</sup> Ambos, Kai, Guerrero, Oscar Julián. Op. Cit. P. 327.

<sup>146</sup> Ambos, Kai, Guerrero, Oscar Julián. Op. Cit. P. 329.



### 8.4.3. Penas

No es posible definir una pena específica para cada uno de los delitos del Estatuto. Por eso, se da un listado de penas aplicables a todos los delitos mencionados. La pena más grave es la de reclusión perpetua y "prisión por un número determinado de años que no exceda de 30 años"<sup>147</sup>, mencionadas en el artículo 77 del Estatuto. La pena de muerte queda excluida de las penas.

Una minoría de Estados objetó la cadena perpetua teniendo en cuenta que iba en contra de sus normas constitucionales. Por eso, se permitió la pena de prisión perpetua bajo algunas condiciones. Primero, esta pena solo se puede imponer "cuando así lo justifique la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado"<sup>148</sup>. Segundo, es la condición que la Corte debe revisar la sentencia de reclusión perpetua después de veinticinco años (25) para determinar si dicha pena debe ser reducida.

El numeral segundo del artículo 77 le da la facultad a la Corte para imponer multas como pena accesoria a la prisión. El dinero de las multas es transferido a un fondo que fue creado por la Asamblea de los Estados partes y que opera en beneficio de las víctimas, tal como está establecido en el artículo 79.

La parte correspondiente a la ejecución de la pena menciona las penas privativas de la libertad, las multas y decomisos y la apreciación inicial sobre el régimen de ejecución penal. Las penas privativas de la libertad se encuentran reguladas en el artículo 103 del Estatuto de Roma. Para imponer la pena, se debe tener en cuenta el lugar de la comisión del delito o la nacionalidad del condenado. El Estado designado para el cumplimiento de la pena debe expresar su consentimiento del caso concreto. Cuando no se logra llegar a un acuerdo en la designación del Estado, la ejecución de la pena le corresponde a Países Bajos como Estado anfitrión de la Corte Penal Internacional, tal como lo dice el numeral 4° del artículo 103: "De no designarse un Estado de conformidad con el párrafo 1, la pena privativa de libertad se cumplirá en el establecimiento penitenciario que designe el Estado anfitrión, de conformidad con las condiciones estipuladas en el acuerdo relativo a la sede a que se hace referencia en el párrafo 2 del artículo 3°. En ese caso, los gastos que entrañe la ejecución de la pena privativa de libertad serán sufragados por la Corte". Cumplida la pena, la persona condenada que no sea nacional del Estado que cumple su pena, debe ser transferida al Estado que es nacional, que está obligado a recibirla, o a otro Estado que se ofrezca a hacerlo, siempre y cuando se tengan en cuenta los deseos del condenado. El Estado de ejecución penal, también tiene la libertad de decidir si autoriza a la persona a permanecer en su territorio, tal como está señalado en el artículo 107 del Estatuto.

La multa y decomiso se encuentra señalada en el artículo 109 del Estatuto. La Corte ordenará las multas y decomisos cuando considere necesario. Los Estados partes tienen la libertad de determinar cuál es la mejor vía en la que ellos puedan cumplir las órdenes de la Corte dentro de su territorio.

### 8.4.4. Apelación y revisión

Según el artículo 81, la decisión de la Sala de Primera Instancia puede ser apelada por la persona condenada o por el Fiscal. Procede el recurso de apelación por: vicios de procedimiento, error de hecho o error de derecho. La persona condenada permanecerá detenida mientras que está pendiente la apelación, a menos que la Sala decida otra cosa. "La Sala de Apelaciones tiene también la facultad de modificar la sentencia sobre el fundamento único de que el fallo es desproporcionado; en este sentido, la Sala de Apelaciones puede simplemente sustituir la dosificación de la pena realizada por la Sala de Primera Instancia por la que ella decida.

<sup>147</sup> Ambos, Kai, Guerrero, Oscar Julián. Op. Cit. P. 340.

<sup>148</sup> Estatuto de Roma. Artículo 77.

El fallo se toma por mayoría y los magistrados pueden deliberar opinando en forma disidente pero tan solo sobre aspectos de derecho<sup>149</sup>.

La revisión de una sentencia, de acuerdo al artículo 84 del Estatuto, es posible cuando se descubren nuevas pruebas o cuando se encuentre que las pruebas de la decisión del fallo son falsas, adulteradas o falsificadas. Solo se puede dar la revisión de una sentencia en estos casos.

### 8.5. Mecanismos de cooperación y asistencia judicial

El artículo 86 del Estatuto menciona la obligatoriedad de cooperación de los Estados partes a la Corte. El artículo 87 menciona que las solicitudes deben ser tramitadas por vía diplomática y en un idioma oficial del Estado requerido, y acompañadas por la traducción respectiva. También menciona la necesidad de la confidencialidad de las solicitudes, para así proteger a las víctimas y a los testigos. Los numerales 5° y 6° de dicho artículo explican la posibilidad de cooperación entre la Corte y Estados que no sean parte del Estatuto.

Los Estados tienen la obligación de poner a disposición de la Corte a la persona que ha cometido un delito de competencia de la CPI. Deben obrar de acuerdo con las solicitudes de la entrega, tal como está contenido en el artículo 89 del Estatuto.

En este punto es importante aclarar que el artículo 102 del mismo Estatuto distingue entre entrega y extradición de la siguiente manera:

- a) Por "entrega" se entenderá la entrega de una persona por un Estado a la Corte de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto;
- b) Por "extradición" se entenderá la entrega de una persona por un Estado a otro Estado de conformidad con lo dispuesto en un tratado o convención o en el derecho interno".

La anterior diferenciación se basó en que "la posibilidad de aceptar una causal de negación para la entrega de nacionales fue una cuestión que permaneció abierta hasta el final de las negociaciones. Entre los partidarios de una idea de una Corte Penal Internacional eficiente se hizo referencia a la prohibición constitucional para extraditar nacionales. Sin embargo, resultaba evidente que la exclusión de una categoría de nacionales con respecto a la obligación de entrega corría en sentido absolutamente contrario a la idea de eficiencia. A partir de este último supuesto se expusieron dos argumentos de peso para ayudar a los países partidarios de la causal de negación de asumir otra postura. Primero, se puntualizó el hecho de que con base en el principio de complementariedad cada Estado parte continuaba con su posición genuina para proceder contra sus nacionales y de ser necesario, esta potestad se levantaría a favor de la entrega a la Corte. Segundo, se enfatizó que la entrega de un nacional a la Corte Penal Internacional por un Estado parte debe distinguirse plenamente de la extradición interestatal, no solo por el plano terminológico sino también del sustancial. Cualquiera de las razones argumentadas para no extraditar nacionales a un Estado extranjero resultaban de mucho menos peso –así continuaba el argumento– en el contexto de la figura de la entrega a la Corte. Al final estos argumentos prevalecieron: el Estatuto no da a los Estados partes una causal para denegar la cooperación con respecto a sus nacionales"<sup>150</sup>.

El Estatuto permite la detención provisional, mencionado en el artículo 92. Esta norma faculta a la Corte para hacer dicha detención provisional a la persona requerida hasta que se presente la solicitud formal de entrega, así como los documentos

<sup>149</sup> Ambos, Kai, Guerrero, Oscar Julián. Op. Cit. P. 331.

<sup>150</sup> Ambos, Kai, Guerrero, Oscar Julián. "El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional". Universidad Externado de Colombia, 1999. P. 355.

justificatorios. La Corte puede solicitarla en casos de urgencia. Debe hacerse por cualquier medio que permita dejar constancia escrita y debe contener: información suficiente para identificar a la persona buscada, una exposición de los crímenes por la que se pide la detención de la persona, una declaración que existe una orden de detención, y una declaración de que se dará una solicitud y se entregará a la persona buscada. El individuo que es puesto en detención provisional puede ser puesto en libertad si el Estado no recibe la solicitud de entrega.

El artículo 93 dice que la Corte Penal Internacional no puede obligar a testigos y expertos a comparecer a ella, solo puede asegurarles seguridad a los que comparezcan a ella.

La medida de aseguramiento de detención preventiva se encuentra regulada en los artículos 58 a 60 del Estatuto de Roma. Para que una detención sea legal de acuerdo al Estatuto debe estar basada en una orden dictada por la Sala de Cuestiones Preliminares, como lo dice el artículo 58. Dicho artículo permite a la Sala de Cuestiones Preliminares dicte, a solicitud del Fiscal, una orden de detención contra una persona siempre que al estudiar las pruebas y la información presentadas por el Fiscal, haya motivo razonable para creer que hubiere cometido un crimen que sea de competencia de la Corte Penal Internacional y/o que la detención sea necesaria para: asegurar que la persona comparezca al juicio, asegurar que la persona no obstruya la investigación o las actuaciones de la Corte, o que impida que la persona siga cometiendo ese crimen.

El artículo 59 del Estatuto de Roma ordena al Estado parte que haya recibido la solicitud de detención provisional, deberá inmediatamente tomar las medidas para detener a la persona solicitada y conducir preliminarmente el procedimiento de detención bajo su propio derecho nacional. El detenido será llevado a la autoridad judicial competente del Estado parte para determinar si la orden es aplicable, si la detención se llevó a cabo conforma a derecho y si se han respetado los derechos del mismo. Desde que la persona es puesta en orden de la Corte, la Sala de Cuestiones Preliminares conduce a iniciativa propia los procedimientos que se encuentran en el artículo 60 del Estatuto de Roma. El artículo 60 asegura que cuando el imputado sea entregado a la Corte, se asegure informarle los crímenes que le son imputados y los derechos que le reconoce el Estatuto de Roma, incluido el derecho a pedir la libertad provisional. La Sala de Cuestiones Preliminares asegurará que la detención no se prolongue a causa de una demora inexcusable del Fiscal. Si se produjera esta demora, la Corte considerará la posibilidad de poner en libertad al detenido. Si es necesario, la Sala de Cuestiones Preliminares puede dictar una orden de detención para obligar a comparecer a una persona que hubiera sido puesta en libertad con anterioridad.

El artículo 93 señala una serie de disposiciones relativas a otras formas de cooperación judicial que incluyen:

- a) Identificar y buscar personas u objetos;
- b) Practicar pruebas, incluidos los testimonios bajo juramento, y presentar pruebas, incluidos los dictámenes e informes periciales que requiera la Corte;
- c) Interrogar a una persona objeto de investigación o enjuiciamiento;
- d) Notificar documentos, inclusive los documentos judiciales;
- e) Facilitar la comparecencia voluntaria ante la Corte de testigos o expertos;
- f) Proceder al traslado provisional de personas, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 7; (Esto es para su identificación o para que preste testimonio o de asistencia de cualquier otra índole)
- g) Realizar inspecciones oculares, inclusive la exhumación y el examen de cadáveres y fosas comunes;
- h) Practicar allanamientos y decomisos;
- i) Transmitir registros y documentos, inclusive registros y documentos oficiales;
- j) Proteger a víctimas y testigos y preservar pruebas;
- k) Identificar, determinar el paradero o inmovilizar el producto y los bienes y haberes obtenidos del crimen y de los instrumentos del crimen, o incautarse de ellos, con miras a su decomiso ulterior y sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe; y

- l) Cualquier otro tipo de asistencia no prohibida por la legislación del Estado requerido y destinada a facilitar la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de la competencia de la Corte<sup>151</sup>.

Finalmente, el propio Estatuto señala en su artículo 98 la posibilidad de que un Estado parte no le dé trámite a una solicitud de entrega o asistencia debido a que esa cooperación sea incompatible con normas del derecho internacional o vaya en contravía de acuerdos internacionales, salvo que se obtenga la cooperación o consentimiento del tercer Estado involucrado.

Esta norma fue incluida como salvaguarda por parte de los Estados Unidos para hacer improcedentes las solicitudes en contra de sus nacionales que han cometido delitos en el territorio de un Estado parte. Nuestro país ya suscribió un tratado en ese sentido que les otorga inmunidad a los ciudadanos estadounidenses, debido a que se encuentran en nuestro territorio un número importante de funcionarios de ese país ayudando en la lucha contra las drogas y la subversión.

## 8.6. Jurisdicción universal

### 8.6.1. Antecedentes

Podemos definir la jurisdicción universal como la facultad de un Estado de aplicar sus leyes penales a delitos cometidos fuera de sus fronteras e independiente de la nacionalidad del autor o la víctima.

Cuando hablamos de jurisdicción del Estado “no describe nada más que el ejercicio exclusivo del poder soberano de un Estado sobre su territorio,<sup>152</sup> que finalmente refiere al “poder de cada Estado de acuerdo al derecho internacional de promulgar y hacer cumplir las leyes con relación a las personas y a los bienes<sup>153</sup>.”

La Corte Permanente de Justicia Internacional en 1933 dijo que “la jurisdicción es una de las formas más obvias del ejercicio del poder soberano<sup>154</sup>. La jurisdicción de un Estado está determinada por el Derecho Internacional Público. Un Estado no puede ejercer su jurisdicción fuera de su territorio, ni tratar de extender su competencia a otros Estados.

Este poder se ejerce de tres formas, que corresponde a las tres ramas del poder público. La del legislativo al crear las normas, la del judicial para someter a las personas a un proceso ante sus tribunales y para dictar una sentencia, y la del ejecutivo para hacer cumplir las leyes o las decisiones judiciales.

En virtud de su jurisdicción “Un Estado tiene competencia en un asunto, cuando su contacto con un conjunto dado de hechos es tan estrecho, tan sustancial, tan directo e intenso, que su pretensión, respetando lo anterior, está en armonía con el Derecho Internacional Público, incluyendo la práctica de los Estados, y los principios de no intervención y de proporcionalidad. La principal consecuencia de esta regla es que un interés meramente político, económico, o comercial no hace que este, en sí mismo, constituya un vínculo auténtico con el Estado<sup>155</sup>.”

<sup>151</sup> Sánchez, Hernando y Sánchez, Raúl Eduardo. Op. Cit. P. 137.

<sup>152</sup> Simon, Jan-Michael. “Jurisdicción Universal. La perspectiva del Derecho Internacional Público”. En Revista Electrónica de Estudios Internacionales No. 4 (2002). En [www.reei.org/reei4/Simon.PDF](http://www.reei.org/reei4/Simon.PDF) Pág. 2. (Visitado el 10 de junio de 2009)

<sup>153</sup> Bantekas, Ilias y Nash Susan. “International Criminal Law”. P. 143. Editorial Cavendish. Segunda edición, 2003. (Traducción libre del autor)

<sup>154</sup> Citado por Simón, Jan-Michael. “Jurisdicción Universal. La perspectiva del Derecho Internacional Público”. P. 2.

<sup>155</sup> Simón, Jan-Michael. Op. Cit. P. 10.

El primer caso que dio origen al estudio de esta figura jurídica fue el “*Lotus*” conocido por la Corte Internacional de Justicia en 1927, derivado de la aplicación de la ley penal que hizo Turquía al capitán de un barco francés que había colisionado en alta mar con un barco turco causando el hundimiento y muerte de los ocho ocupantes del mismo. Cuando el barco francés llega a Turquía el capitán es procesado por homicidio culposo. Francia demanda a Turquía bajo el argumento de que este Estado no tenía “la facultad de procesar a un nacional francés ante sus cortes nacionales debido a que no hay un permiso de acuerdo al derecho internacional consuetudinario y por lo tanto hay una prohibición para un Estado asumir extraterritorialmente su jurisdicción”<sup>156</sup>.

“La Corte Internacional de Justicia Permanente expresó que no había ninguna norma del derecho convencional o internacional consuetudinario que le prohibiera a Turquía ejercer su jurisdicción sobre hechos cometidos fuera del territorio de Turquía. Empieza diciendo que, como principio, la jurisdicción es territorial y que un Estado no puede no puede ejercer jurisdicción fuera de su territorio sin un autorización derivada de la costumbre internacional o de un tratado”<sup>157</sup>.

Jan-Michael Simón resume claramente la posición de la Corte Internacional de Justicia al señalar que “el Derecho Internacional Público regula las relaciones entre Estados independientes (...). Por consiguiente, las normas jurídicas que obligan a los Estados se basan en la propia voluntad de estos. No puede presumirse entonces restricciones en la independencia de los Estados. A falta de una regla permisiva en contra, la restricción que el Derecho Internacional Público impone a los Estados en el sentido de que no pueden ejercer su poder de cualquier forma en el territorio de otro Estado por encima de todo. Sin embargo, cabe aclarar que si bien el Derecho Internacional Público regula el ejercicio del poder estatal entre Estados, dicho complejo normativo está lejos de crear una prohibición general en el sentido de que los Estados no puedan extender la aplicación de las leyes y la competencia de sus tribunales a personas, propiedades y actos fuera de su territorio. El Derecho Internacional Público a este respecto deja más bien un margen ancho de discrecionalidad que solo se ve limitado en ciertos casos por reglas prohibitivas”<sup>158</sup>.

En materia penal, el principio de territorialidad es el fundamento para todas las legislaciones y la jurisdicción penal se aplica a toda persona que en ese Estado ha cometido un delito. Sin embargo, se han acudido a diversos principios reconocidos por el derecho internacional para que ninguna conducta quede en la impunidad y se aplique la ley penal de manera extraterritorial pero basándose en algún punto de contacto para que se pueda ejercer la jurisdicción penal. Por tal razón, se mencionan los principios de protección, también conocido como el Estatuto de Defensa, el de nacionalidad o personalidad que puede ser por activa o pasiva.

## 8.6.2. Principios de extraterritorialidad penal

### 8.6.2.1. Principio de protección

“Permite al Estado castigar los hechos perpetrados fuera de sus límites territoriales, con independencia de la nacionalidad de su autor, siempre que estos lesionen sus intereses o afecten la seguridad del Estado o al ejercicio de las prerrogativas del poder público. Su coexistencia operativa con el principio de territorialidad responde a la necesidad de conceder competencia a un Estado en el caso de que vea amenazados intereses fundamentales, y que otro Estado, en cuyo territorio son perpetradas tales ofensas, no tome las medidas adecuadas”<sup>159 160</sup>.

<sup>156</sup> Corte Internacional de Justicia. Caso Orden de captura del 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo v. Bélgica). Salvamento de voto de la Juez Christine Van den Wyngaert, párrafo 48, disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8144.pdf> (Traducción libre del autor). Visitada el 13 de junio de 2009.

<sup>157</sup> Ibidem. Párrafo 49.

<sup>158</sup> Simón, Jan-Michael. Op. Cit. P. 4.

<sup>159</sup> Simon, Jan-Michael. Op. Cit. P. 22.

<sup>160</sup> El numeral 1° del artículo 16 del Código penal lo consagra así: “<Inciso modificado por el artículo 22 de la Ley 1121 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> A la persona que cometa en el extranjero delito contra la existencia y seguridad del Estado, contra el régimen constitucional, contra el orden económico social excepto

### 8.6.2.2. Principio de personalidad o nacionalidad

Requiere la existencia de un vínculo entre el Estado y el sujeto activo o pasivo de la conducta dada por la nacionalidad. Implica entonces que un Estado pueda aplicar su jurisdicción penal frente a un delito cometido en otro Estado por uno de sus nacionales (personalidad o nacionalidad activa)<sup>161</sup> o en contra de uno de estos (personalidad o nacionalidad pasiva)<sup>162</sup>, siempre y cuando el Estado donde fue cometido el delito no ejerza su propia jurisdicción basado en el principio de territorialidad, bien sea porque no puede debido a hay de por medio tratados internacionales relacionados con inmunidades o porque no quiere, para permitirle a otro Estado a que ejerza su jurisdicción o por cualquier otra circunstancia análoga.

### 8.6.3. Jurisdicción universal

“Las formas de jurisdicción señaladas anteriormente requieren de algún tipo de vínculo o conexión con el Estado que adelanta la investigación, bien sea que esté basado en el territorio en donde se cometió la conducta, la nacionalidad del autor o de la víctima o por la amenaza a los intereses del Estado en cuestión. La aplicación de la jurisdicción universal a una conducta en particular no requiere de tal vínculo y cualquier Estado puede hacer valer su autoridad sobre las conductas sujetas a jurisdicción universal”<sup>163</sup>.

Los delitos sometidos a jurisdicción universal, esto es, delitos del derecho internacional, se han basado en dos aspectos: “a) la atrocidad, repugnante naturaleza y escala de la conducta como en las graves violaciones del derecho internacional humanitario o en los crímenes de lesa humanidad; o b) en la inadecuada aplicación de la legislación nacional referente a conductas cometidas en lugares que no están sujetas a la autoridad de ningún Estado, como alta mar. La extensión de la jurisdicción universal sobre la piratería bajo el derecho internacional (piratería *iure gentium*), ha contribuido sustancialmente para combatir este flagelo”<sup>164</sup>.

La jurisdicción universal proviene de dos eventos, el primero la de promulgación de normas del derecho interno que permiten a un Estado aplicar sus leyes penales al extranjero que ha cometido delito en el exterior contra otro extranjero, y en el segundo de medidas del derecho internacional, que le señalan al Estado esa posibilidad.

---

la conducta definida en el artículo 323 del presente código, contra la administración pública, o falsifique moneda nacional o incurra en el delito de financiación de terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, aun cuando hubiere sido absuelta o condenada en el exterior a una pena menor que la prevista en la ley colombiana.” De la misma manera el numeral 5° señala: “Al extranjero que fuera de los casos previstos en los numerales 1°, 2° y 3°, se encuentre en Colombia después de haber cometido en el exterior un delito en perjuicio del Estado...”.

<sup>161</sup> Los numerales 2°, 3° y 4° del artículo 16 consagran claramente el principio de nacionalidad activa así: “2. A la persona que esté al servicio del Estado colombiano, goce de inmunidad reconocida por el derecho internacional y cometa delito en el extranjero. (...)

3. A la persona que esté al servicio del Estado colombiano, no goce de inmunidad reconocida por el derecho internacional y cometa en el extranjero delito distinto de los mencionados en el numeral 1°, cuando no hubiere sido juzgada en el exterior.

4. Al nacional que fuera de los casos previstos en los numerales anteriores, se encuentre en Colombia después de haber cometido un delito en territorio extranjero, cuando la ley penal colombiana lo reprima con pena privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a dos (2) años y no hubiere sido juzgado en el exterior”.

<sup>162</sup> El numeral 5° del artículo 16 regula el principio de personalidad pasiva al señalar: “Al extranjero que fuera de los casos previstos en los numerales 1°, 2° y 3°, se encuentre en Colombia después de haber cometido en el exterior un delito en perjuicio (...) de un nacional colombiano, que la ley colombiana reprima con pena privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a dos años (2) y no hubiere sido juzgado en el exterior.

<sup>163</sup> Bantekas, Ilias y Nash Susan. *International Criminal Law*. P. 156. Editorial Cavendish. Segunda edición, 2003. (Traducción libre del autor)

<sup>164</sup> Bantekas, Ilias y Nash Susan. *Op. Cit.* P. 156. (Traducción libre del autor)

En Colombia, la Ley 599 de 2000, establece la facultad al Estado de aplicar la jurisdicción universal tal como lo señala el numeral 6° del artículo 16:

“6. Al extranjero que haya cometido en el exterior un delito en perjuicio de extranjero, siempre que se reúnan estas condiciones:

- a) Que se halle en territorio colombiano;
- b) Que el delito tenga señalada en Colombia pena privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a tres (3) años;
- c) Que no se trate de delito político, y
- d) Que solicitada la extradición no hubiere sido concedida por el gobierno colombiano.

Cuando la extradición no fuere aceptada habrá lugar a proceso penal.

En el caso a que se refiere el presente numeral no se procederá sino mediante querrela o petición del Procurador General de la Nación y siempre que no hubiere sido juzgado en el exterior”.

Mientras que en los segundos eventos es el propio derecho internacional el que le señala a los Estados la obligación de que teniendo en cuenta la gravedad de la conducta, e independientemente de la nacionalidad del autor o de la víctima, así como del lugar de comisión de la conducta punible, se ejerza la jurisdicción penal sobre el sujeto activo de la conducta.

Así encontramos diversos tratados sobre terrorismo internacional como el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas cometidos con Bombas de 1997, que en su artículo 6°, inciso 4° dispone que “Cada Estado parte tomará así mismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos enunciados en el artículo 2°, en los casos en que el presuntamente delincuente se halle en su territorio y dicho Estado no conceda la extradición a ninguno de los Estados parte que hayan establecido su jurisdicción de conformidad con los párrafos 1 ó 2”.

La Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares de 1980 (art. 8°, párr. 2), la Convención internacional contra la Toma de Rehenes de 1979 (art. 5°, párr. 2) Convención para la Prevención y el Castigo de delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive Agentes Diplomáticos de 1973 (art. 3°, párr. 2), Convención de La Haya de 1970 sobre la Supresión del Secuestro Ilegal de Aeronaves (arts. 4° párr. 2 y 7°), Convención para la Supresión de Actos Ilegales contra la Seguridad de la Aviación Civil de 1971 (arts. 5° párr. 2 y 7°) y el Convenio para la Supresión del Secuestro Ilegal de Aeronaves contra la Seguridad de la Navegación Marítima de 1988 (art. 6°, párr. 4). En fin todas las convenciones internacionales sobre terrorismo así lo consagran.

Y en casos de narcotráfico internacional, que el país conoce muy bien, la Convención sobre el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, en el artículo 4° párrafo 2 literal b, así lo establece.

Otras convenciones relacionadas con los crímenes de guerra o de lesa humanidad de competencia de la CPI (aclarando que la Corte Penal Internacional no puede aplicar la jurisdicción universal, tal como lo veremos más adelante) establecen esta facultad a los Estados.

Así por ejemplo, tenemos la Convención Internacional contra la Tortura de 1984, que en su artículo 5° párrafo 2 dispone que los Estados pueden ejercer su jurisdicción cuando el presunto delincuente se halle en ese Estado y no se dé su extradición.

De igual manera, los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y el PAI, establecen con relación a las graves infracciones<sup>165</sup> del Derecho Internacional Humanitario, que cada Estado parte “tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual

fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las disposiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra parte contratante interesada”.

Las anteriores convenciones se derivan de la máxima latina *aut dedere aut judicare*, esto es, que los Estados tienen la obligación de extraditar y si no lo hacen entonces les recae la obligación de juzgar<sup>166</sup>. El artículo 16 del Código Penal colombiano, claramente establece en su literal d la consagración de este principio, como ya se reseñó en párrafos precedentes.

### 8.7. Ejercicios de la unidad 3

Podemos definir la jurisdicción universal como la facultad de un Estado de aplicar sus leyes penales a delitos cometidos fuera de sus fronteras e independiente de la nacionalidad del autor o la víctima.

#### Ejercicio No. 1

1. ¿Según el principio de complementariedad es posible realizar procesos de paz en nuestro país frente a aquellas personas que hayan cometido los delitos de competencia del Estatuto de Roma?
2. ¿En qué consiste que el Estado no quiera o no pueda llevar a cabo una investigación para que la CPI ejerza su competencia?

#### Ejercicio No. 2

1. ¿Cuál es la pena máxima establecida en el Estatuto de Roma?
2. ¿Hay una pena mínima en el Estatuto de la Corte Penal Internacional?

#### Ejercicio No. 3: Caso de trabajo. República Democrática del Congo v. Bélgica

Lea atentamente el caso de la demanda que presentó El Congo contra Bélgica y responda las preguntas que se plantean.

1. El señor Abdulaye Yerodia Ndombasi en agosto de 1998, realizó una serie de discursos en la República Democrática del Congo (RDC) incitando al odio racial en contra de los Tutsis residentes en Kinshasa (Congo), especialmente al linchamiento y cacerías humanas. A través de los medios de comunicación provocaba el uso de la violencia en contra de los Tutsis.
2. Un número de víctimas que habían huido a Bélgica, del conflicto en su país, denunciaron penalmente al señor Yerodia en 1998, conforme a la ley del 16 de junio de 1993, modificada por la ley del 10 de febrero de 1999, concerniente al “castigo de las series violaciones al Derecho Internacional Humanitario”, que incluía delitos de lesa humanidad.
3. El inciso 3° del artículo 5° de la Ley de 1999, establece que la inmunidad no podrá ser un obstáculo para la aplicación de la ley. Así mismo, el artículo 7° dispone la aplicación de la ley conforme al principio de jurisdicción universal.
4. En desarrollo de la denuncia y de las leyes establecidas en Bélgica, el 11 de abril de 2000, un juez de instrucción de primera instancia emite una orden de captura vía Interpol en contra del señor Yerodia, quien para esa época estaba ejerciendo el cargo de Ministro de Relaciones Exteriores.
5. Luego de la emisión de la orden de captura, en noviembre de 2000, el señor Yerodia pasa de Ministro de Relaciones Exteriores a Ministro de Educación.
6. Finalmente, en abril de 2001, en un reajuste ministerial el señor Yerodia sale del gobierno de la República Democrática del Congo.

<sup>165</sup> Op Cit. No 101.

<sup>166</sup> Para un estudio más amplio ver el reporte de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas de 2004, elaborado por Zdzislaw Galicki disponible en: <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2004/spanish/annex.pdf> (Visitada el 13 de junio de 2009)



Analice el caso a la luz de las siguientes preguntas:

- a) ¿Qué delito cometió el señor Yerodia?
- b) ¿Considera usted que conforme al principio de jurisdicción universal, pueda aplicarse la ley de Bélgica a un nacional de otro Estado, independientemente del lugar donde haya cometido el delito?
- c) ¿Qué opinión le merece la orden internacional de captura a la luz de las inmunidades internacionales?
- d) ¿Si usted fuese representante de la RDC qué argumentos utilizaría para demandar a Bélgica?
- e) ¿Qué argumentos utilizaría para defender a Bélgica?
- f) ¿Considera usted que puede haber responsabilidad estatal de Bélgica?

## 9. UNIDAD 4

### *Violaciones a los derechos de la mujer, niños, niñas y adolescentes consagrados en el estatuto de Roma*

#### 9.1. Objetivo general de la unidad

- Estudiar las infracciones internacionales que se cometan a los derechos de las mujeres, de las niñas y niños y de las y los adolescentes.

#### 9.2. Objetivos específicos de la unidad

- Analizar las conductas que se cometen en contra de especiales grupos vulnerables.
- Revisar los delitos de competencia del Estatuto de Roma para determinar cuáles pueden ser cometidos en contra de las mujeres, los y las adolescentes, así como las y los niños.

#### 9.3. Introducción

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional señala en las diferentes conductas de los crímenes de su competencia, normas que castigan las agresiones y violaciones a los derechos de las mujeres, de las niñas y los niños. Por lo tanto analizaremos, cada delito a la luz de estas violaciones.

Las mujeres y adolescentes por lo general sufren dos clases de agresiones que se evidenciaron especialmente en los conflictos armados de la ex Yugoslavia y de Ruanda como son los delitos sexuales y el reclutamiento de menores de quince años para que participen activamente en las hostilidades como combatientes.

En virtud de lo anterior, cada delito de competencia de la CPI contiene un cuerpo normativo que castiga estas conductas que además han sido desarrollados ampliamente por la jurisprudencia de los tribunales ad hoc y la doctrina internacional.

#### 9.4. Genocidio

Mencionamos en el acápite correspondiente a la competencia material como esta conducta se configuraba con la realización de cinco actos cometidos con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso por su pertenencia al mismo. De estos cinco actos, cuatro conductas hacen clara alusión a violaciones a los derechos de la mujer y los adolescentes.

“b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo.” En el caso Akayesu ya mencionado, la sala del juicio señaló que la violación y otras formas de violencia sexual, podían constituir genocidio de acuerdo con esta conducta analizada. En efecto dijo el tribunal:

“La sala desea resaltar el hecho de que en su opinión, esas conductas (sexuales) constituyen genocidio en la misma forma que cualquier acto en la medida en que sean cometidos con la específica intención de destruir en todo o en parte un grupo particular, atacado como tal. Sin lugar a dudas, la violación y la violencia sexual ciertamente constituyen una lesión grave a la integridad física o mental a las víctimas y son aun más, según la Sala, una de las peores vías de infligir daño sobre la víctima mientras que el o ella sufren tanto una lesión física como mental. A la luz de toda la evidencia presentada ante la Sala, esta considera que los actos de violación y violencia sexual descritas anteriormente fueron cometidas solamente en contra de mujeres Tutsi, muchas de las cuales fueron sometidas a la peor humillación pública, mutiladas y violadas varias veces, frecuentemente en público, en las instalaciones

de la alcaldía municipal o en otros lugares públicos y por lo general por más de un agresor. Esas violaciones resultaron en la destrucción física y psicológica de las mujeres Tutsi, sus familias y comunidades. La violencia sexual fue parte integral del proceso de destrucción, especialmente atacando a las mujeres Tutsi y especialmente contribuyendo a su destrucción y la destrucción de los Tutsi como grupo. La violación de las mujeres Tutsi fue sistemática y fue perpetrada contra todas las mujeres Tutsi y solamente en contra de ellas<sup>167</sup>.

“c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial”: Cherif Bassiouni ha señalado “que la violación y la agresión sexual puede ser usado deliberadamente para crear condiciones de existencia que hayan de acarrear la destrucción del grupo, resaltando que el derecho islámico dispone que las mujeres que han tenido relaciones sexuales fuera del matrimonio no son aptas para el matrimonio”<sup>168</sup>.

“d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo”: Además de los actos mencionados cuando analizamos esta conducta en el delito de genocidio, la Sala del juicio del tribunal de Ruanda en el caso *Akayesu* señaló que la violación sexual podía significar una medida destinada a impedir nacimientos en el seno del grupo. Al respecto consideró:

“En sociedades patriarcales, donde la pertenencia al grupo está determinada por la identidad del padre, un ejemplo de una medida destinada a prevenir nacimientos en el seno de un grupo es el caso de una mujer de ese grupo, que durante la violación, es fecundada por un hombre de otro grupo, con la intención de que ella dé a luz un niño que no pertenecerá al grupo de la madre. Además la Sala resalta que las medidas destinadas a prevenir nacimientos en el seno de un grupo pueden ser físicas pero también psicológicas. Por ejemplo la violación puede ser una medida destinada a impedir nacimientos cuando la persona violada rehúse subsecuentemente a procrear...”<sup>169</sup>.

“e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo”: Como lo mencionamos anteriormente esta conducta se enfoca a todas aquellas personas menores de dieciocho años, sin embargo, los actos de traslado pretenden que ese menor pierda su identidad de su grupo originario. Por lo tanto, para obtener ese resultado la conducta debe enfocarse en niñas o niños que por su temprana edad puedan perder lo que los identifica con su antiguo grupo. Aprovechando el ambiente de los conflictos armados donde se presenta un factor religioso, étnico o nacional por lo general se acude a esta clase de traslados para que las menores de edad pierdan justamente su pertenencia al grupo de donde viene.

## 9.5. Delitos de lesa humanidad

Los delitos de lesa humanidad, como parte de un ataque generalizado y sistemático en contra de la población civil se pueden cometer contra hombres y mujeres, sin embargo, existen conductas que son realizadas especialmente en contra de las mujeres y las adolescentes como es el caso de los delitos sexuales.

El artículo séptimo, literal g, establece seis conductas consideradas como delitos sexuales, que analizaremos a continuación.

1. “Violación”: En *Akayesu* la violación fue definida como “la invasión física de naturaleza sexual sobre una persona bajo circunstancias que son coercitivas”<sup>170</sup>; las circunstancias de coerción no necesariamente tienen que ser físicas, sino que pueden

<sup>167</sup> Prosecutor v. Akayesu. Juzgamiento del 2 de septiembre de 1998. Párrafo 731. Disponible en: [www.ictr.org](http://www.ictr.org) (Traducción libre del autor).

<sup>168</sup> Shabas, William A. Op Cit. P. 170. (Traducción libre del autor)

<sup>169</sup> Prosecutor v. Akayesu. Juzgamiento del 2 de septiembre de 1998. Párrafo 507. Disponible en: [www.ictr.org](http://www.ictr.org) (Traducción libre del autor).

<sup>170</sup> Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, Caso No. ICTR-96-4-T, Cámara I, del 2 de septiembre de 1998, párrafos 597 y 598. Disponible en: [www.ictr.org](http://www.ictr.org) (Traducción libre del autor)

presentarse a través de las amenazas, la intimidación o la extorsión. En los casos de *Akayesu* y *Musema*, la introducción de una pieza de madera en el órgano sexual de una mujer, así como la penetración del órgano sexual masculino en la boca, son conductas constitutivas de violación.

Los Elementos de los Crímenes señalan en el delito de violación que,

1. Que el autor haya invadido[15] el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual o del orificio anal o vaginal de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo.
2. Que la invasión haya tenido lugar por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa u otra persona o aprovechando un entorno de coacción, o se haya realizado contra una persona incapaz de dar su libre consentimiento[16].<sup>171</sup>.

Los pies de página disponen que “el concepto de ‘invasión’ se utiliza en sentido amplio para que resulte neutro en cuanto al género”, esto es, que pueda ser cometido por hombres o mujeres. Además, “se entiende que una persona es incapaz de dar su libre consentimiento si adolece de una incapacidad natural, inducida o debido a la edad”.

2. “Esclavitud sexual”: Esta conducta, se puede presentar en aquellos casos en los cuales las víctimas son restringidas de su libertad y obligadas a tener relaciones o actos sexuales con sus captores. El conflicto en Ruanda mostró un claro ejemplo de la comisión de esta conducta cuando las mujeres se casaban de manera forzada con el fin de salvar a sus hijos del genocidio que estaba ocurriendo, siendo encerradas o confinadas en sus casas corriendo el peligro de ser golpeadas si se escapaban.

Los Elementos de los Crímenes establecen como requisitos del delito:

1. Que el autor haya ejercido uno de los atributos del derecho de propiedad sobre una o más personas, como comprarlas, venderlas, prestarlas o darlas en trueque, o todos ellos, o les haya impuesto algún tipo similar de privación de libertad[18].
2. Que el autor haya hecho que esa o esas personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual<sup>172</sup>.

Las notas de pie de página señalan que por la complejidad de este delito los autores podrían ser dos o más personas concertadas para realizar esta conducta, además que la privación de la libertad podría incluir la realización de trabajos forzados o la reducción a una persona a una condición servil, tal como lo define la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos de 1956. De igual manera, incluiría el tráfico de personas, en especial de mujeres y niños.

3. “Prostitución forzada”: Sobre este delito no había antecedentes, ni en los Estatutos Penales de los Tribunales Internacionales, ni en la jurisprudencia penal internacional.

Los Elementos de los Crímenes disponen frente a esta conducta:

1. Que el autor haya hecho que una o más personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la

<sup>171</sup> Sánchez, Hernando y Sánchez, Raúl Eduardo. Op. Cit.

<sup>172</sup> Sánchez, Hernando y Sánchez, Raúl Eduardo. Op. Cit.

opresión psicológica o el abuso de poder contra esa o esas personas u otra persona, o aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de esa o esas personas de dar su libre consentimiento.

2. Que el autor u otra persona hayan obtenido, o esperaran obtener, ventajas pecuniarias o de otro tipo a cambio de los actos de naturaleza sexual o en relación con ellos<sup>173</sup>.
4. "Embarazo forzado": El literal f, del párrafo segundo del artículo séptimo define el embarazo forzado como "el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo"<sup>174</sup>.

Esta última parte fue incluida para aliviar las preocupaciones de algunas delegaciones en el sentido de que no se eleva de manera universal la permisión al aborto o que no restringe las competencias de los Estados para regular los nacimientos de acuerdo a sus propios principios constitucionales, filosóficos o religiosos.

Los Elementos de los Crímenes lo que hacen es repetir lo contenido en el párrafo mencionado.

5. "Esterilización forzada": Los Elementos de los Crímenes establecen para su configuración los siguientes requisitos:

- "1. Que el autor haya privado a una o más personas de la capacidad de reproducción biológica [19].
2. Que la conducta no haya tenido justificación en un tratamiento médico o clínico de la víctima o víctimas ni se haya llevado a cabo con su libre consentimiento [20]"<sup>175</sup>.

Por la preocupación de China, en desarrollo de su política de control a la natalidad se agregaron los dos pies de página en el sentido de estas medidas de control de la natalidad no deben tener un efecto permanente en la práctica. Además, la expresión "libre consentimiento" no incluye el consentimiento que ha sido obtenido mediante engaño.

6. "Violencia sexual": En el caso *Akayesu*, el Tribunal de Ruanda definió violencia sexual como "cualquier acto de naturaleza sexual que sea cometido sobre una persona bajo circunstancias que son coercitivas y no están limitadas a la invasión física del cuerpo humano, pero pueden incluir actos que no impliquen penetración o contacto físico"<sup>176</sup>, como fue la situación de desnudar a las mujeres y obligarlas desnudas a hacer ejercicios físicos en frente de una multitud.

Los Elementos de los Crímenes dan los requisitos para la configuración de esta conducta:

- "1. Que el autor haya realizado un acto de naturaleza sexual contra una o más personas o haya hecho que esa o esas personas realizaran un acto de naturaleza sexual por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas u otra persona o aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de esa o esas personas de dar su libre consentimiento.

<sup>173</sup> Sánchez, Hernando y Sánchez, Raúl Eduardo. Op. Cit

<sup>174</sup> Sánchez, Hernando y Sánchez, Raúl Eduardo. Op. Cit.

<sup>175</sup> Sánchez Sánchez, Hernando y Sánchez Sánchez, Raúl Eduardo. Op. Cit.

<sup>176</sup> *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, Caso No. ICTR-96-4-T, Cámara I, del 2 de septiembre de 1998, párrafo 598 y 688. (Traducción libre del autor) Disponible en: [www.ictj.org](http://www.ictj.org)

2. Que esa conducta haya tenido una gravedad comparable a la de los demás crímenes del artículo 7 1) g) del Estatuto. (*Los delitos sexuales analizados*)
3. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que determinaban la gravedad de la conducta<sup>177</sup>.

### 9.6. Crímenes de guerra

Los seis delitos sexuales analizados se encuentran tipificados como crímenes de guerra tanto en los conflictos armados internacionales como de carácter no internacional. No se estudian en este acápite porque contienen de manera idéntica los elementos antes mencionados, con la lógica salvedad de que son cometidos en el contexto de un conflicto armado.

Finalmente, en la categoría de los crímenes de guerra tanto en conflictos armados internacionales como internos existe una norma que castiga el uso de adolescentes mujeres y hombres en el conflicto.

“xxvi) Reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades”: Se deriva especialmente del artículo 77 inciso 2° del PAI, del artículo 4°, inciso 3°, literal c del PAII que dispone que “los niños menores de 15 años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades”, del artículo 38 inciso 2° y 3° de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de los niños de 1989. Kriangsak Kittichaisaree señala que “la Conferencia de Roma consideró que no había suficiente soporte en el derecho internacional consuetudinario para elevar la edad de 15 a 18 años<sup>178</sup>”.

La expresión “para participar activamente en las hostilidades” fue explicado por el Tribunal Penal Internacional para Ruanda en el caso de George Rutaganda que señaló que esto implicaba los: “actos de guerra que por su naturaleza o propósito son probables de causar un daño real al personal o a los equipos de las fuerzas armadas enemigas<sup>179</sup>”.

### 9.7. Ejercicios de la unidad 4

Los seis delitos sexuales analizados se encuentran tipificados como crímenes de guerra tanto en los conflictos armados internacionales como de carácter no internacional. No se estudian en este acápite porque contienen de manera idéntica los elementos antes mencionados, con la lógica salvedad de que son cometidos en el contexto de un conflicto armado.

#### Ejercicio No. 1

1. ¿De acuerdo con la anterior unidad, qué delitos consideran se han cometido en desarrollo del conflicto armado en Colombia en contra de las mujeres y los niños?
2. ¿Qué otros delitos considera usted deben ser incluidos en las anteriores conductas?
3. ¿Considera que los beneficios que otorgan las leyes de justicia y paz deben ser excluidos cuando se cometan delitos en contra de las mujeres, las y los adolescentes, niñas y niños?

<sup>177</sup> Elementos de los Crímenes en Sánchez, Hernando y Sánchez, Raúl Eduardo. Op. Cit.

<sup>178</sup> Kittichaisaree, Kriangsak. Op Cit. Pág. 187.

<sup>179</sup> Prosecutor v. Rutaganda, Caso No. ICTR-96-3, Sala del Juicio No. 1, 6 de diciembre de 1999. Párrafo 100. (Traducción libre del autor) Disponible en: [www.ictj.org](http://www.ictj.org) (Visitado el 4 de junio de 2009).

## 10. *Bibliografía del Módulo*

Abrisketa, Joana. Diccionario de acción humanitaria y cooperación y desarrollo. "Tribunales Penales Internacionales ad hoc (para ex Yugoslavia y Ruanda)". Disponible en: <http://dicc.hegoa.efaber.net/listar/mostrar/219> Derechos Reservados por HEGOA, 2005-2006.

Ambos, Kai, Guerrero, Oscar Julián. "El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional". Universidad Externado de Colombia, 1999.

Bantekas, Ilias y Nash, Susan. International Criminal Law. Editorial Cavendish. Segunda edición, 2003.

Comité Internacional de la Cruz Roja. Disponible en: [www.cicr.org](http://www.cicr.org)

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-578 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Internacional de Justicia. Caso Orden de captura del 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo v. Bélgica). Salvamento de voto de la Juez Christine Van den Wyngaert. Disponible en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8144.pdf>

Corte Suprema del Perú. Sentencia condenatoria en contra de Alberto Fujimori. Disponible en: [http://www.pj.gob.pe/CorteSuprema/spe/documentos/P3C1\\_tipificacion.pdf](http://www.pj.gob.pe/CorteSuprema/spe/documentos/P3C1_tipificacion.pdf)

Kittichaisaree, Kriangsak. International Criminal Law. Oxford University Press, 2001.

Moir, Lindsay. The Law of Armed Conflict. Cambridge University Press, 2002.

Naciones Unidas:

Carta de Naciones Unidas. Disponible en: <http://www.un.org/spanish/aboutun/charter.htm>

Centro de Información. Corte Penal Internacional. Disponible en: <http://www.cinu.org.mx/temas/Derint/cpi.htm> Derechos Reservados, CINU 2000.

Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas de 2004, reporte elaborado por Zdzislaw Galicki. Disponible en: <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2004/spanish/annex.pdf>

Documento PCNICC/2002/WGCA/L.1.

Robinson, Daryll, Defining "Crimes Against Humanity" at the Rome Conference. American Journal of International Law No. 93 de 1999. Disponible en: [www.ajil.org](http://www.ajil.org)

Rueda Fernández, Casilda. Delitos de Derecho Internacional; Tipificación y Represión Internacional. Editorial Bosch, S.A., noviembre, 2001.

Sánchez Sánchez, Raúl Eduardo. Alé-Kumá. Revista Nacional de la Facultad de Derecho. El delito de genocidio en el derecho internacional. Universidad Cooperativa de Colombia, Facultad de Derecho. Volumen 21, mayo-agosto de 2004.

Sánchez Sánchez, Raúl Eduardo. Los delitos de lesa humanidad. Revista Derecho Penal Contemporáneo No. 14 (Enero-Marzo, 2006). Legis S.A.

Sánchez, Hernando y Sánchez, Raúl Eduardo. Código de Derecho Penal Internacional. Editorial Diké-Universidad del Rosario, 2007.

Schabas, William A. Genocide in International Law. The Crime of Crimes. Cambridge University Press, 2000.

Simon, Jan-Michael. Jurisdicción Universal. La perspectiva del Derecho Internacional Público. En Revista Electrónica de Estudios Internacionales No. 4 (2002). En: [www.reei.org/reei4/Simon.PDF](http://www.reei.org/reei4/Simon.PDF)

Tribunal Penal Internacional para Ruanda. ([www.ict.org](http://www.ict.org))

Prosecutor v. George Rutaganda, Caso No. ICTR-96-3, Cámara I. Del 6 de diciembre de 1999.

Prosecutor v. Jean Kambanda, Caso No. ICTR 97-23-S del 4 de septiembre de 1998.

Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, Caso No. ICTR-96-4-T, Cámara I, del 2 de septiembre de 1998.

Prosecutor v. Kayishema and Obed Ruzindana, Caso No. ICTR-95-1-T, Cámara II, del 21 de mayo de 1999.

Prosecutor v. Alfred Musema. Caso No. ICTR-96-13-A. Sentencia de la Sala del juicio No. I del 27 de enero de 2000.

Tribunal Penal Internacional Para La Antigua Yugoslavia ([www.un.org/icty](http://www.un.org/icty))

Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Caso No. IT-95-14-T, Cámara I, del 3 de marzo de 2000.

Prosecutor v. Dusko Tadic, Caso No. IT-94-1-A, Cámara de Apelaciones, del 15 de julio de 1999.

Prosecutor v. Dusko Tadic, Caso No. IT-94-1-T, Cámara II del 7 de mayo de 1997.

Prosecutor v. Dusko Tadic, Caso No. IT-94-1-AR72, Sala de Apelaciones del Tribunal para la antigua Yugoslavia, auto del 2 de octubre de 1995, sobre la apelación realizada por la defensa relativa a la jurisdicción.

Prosecutor v. Zoran Kupreskic and others, Caso No. IT-95-16-T Cámara II, del 14 de junio de 2000.

Prosecutor v. Dragan Nikolic, Caso No. IT-94-2-R61, en la decisión de revisar la Acusación de acuerdo a la regla No. 61 de las reglas de procedimiento y prueba, del 20 de octubre de 1995.

Prosecutor v. Gagovic and others, Caso No. IT-96-23. Acusación del 26 de junio de 1996.

Prosecutor v. Goran Jelusic, Caso No. IT-95-10, ICTY, Sala I del 14 de diciembre de 1999.

United States Holocaust Memorial Museum; USHMM.ORG. "Genocide Timeline". Disponible en: <http://www.ushmm.org/wlc/article.php?lang=en&ModuleId=10007095>



Vicepresidencia de la República. Programa Presidencial de Derechos Humanos y DIH. Proyecto Lucha Contra la Impunidad. Formación especializada en investigación, juzgamiento y sanción de violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario. Módulo: "Identificación de los presuntos autores y partícipes por violaciones a los DDHH e infracciones al DIH". Febrero, 2009.



# Identificación de infracciones al derecho internacional humanitario en la normatividad interna



Libertad y Orden

**Vicepresidencia**  
República de Colombia



**Koninkrijk  
der Nederlanden**



UNIVERSIDAD DEL ROSARIO  
Acreditación institucional de alta calidad  
Ministerio de Educación Nacional



**ideamérica**

Instituto para la Democracia, el Desarrollo  
y los Derechos Humanos en América Latina.



# Contenido

	PÁG.
1. PRESENTACIÓN	109
2. SINOPSIS LABORAL Y PROFESIONAL DE LOS AUTORES	109
3. JUSTIFICACIÓN	110
4. OBJETIVO GENERAL DEL MÓDULO	110
5. OBJETIVOS ESPECÍFICOS DEL MÓDULO	110
6. UNIDAD 1: LOS CRÍMENES DE GUERRA EN LA LEGISLACIÓN INTERNA – REFERENCIAS A LOS CRÍMENES CORRESPONDIENTES EN EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO	111
6.1 OBJETIVO GENERAL DE LA UNIDAD	111
6.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS DE LA UNIDAD	111
6.3 CONSIDERACIONES INICIALES	111
6.4 DELITOS EN PARTICULAR	114
6.4.1 Homicidio	114
6.4.2 Lesiones	119
6.4.3 Tortura	121
6.4.4 Acceso carnal violento	125
6.4.5 Actos sexuales violentos	127
6.4.6 Agravantes	127
6.4.7 Prostitución forzada	128
6.4.8 Utilización de medios y métodos de guerra ilícitos	129
6.4.9 Perfidia	133
6.4.10 Actos de terrorismo	135
6.4.11 Actos de barbarie	137
6.4.12 Tratos inhumanos	139
6.4.13 Actos de discriminación racial	141
6.4.14 Toma de rehenes	142
6.4.15 Detención ilegal y privación del debido proceso	144
6.4.16 Constreñimiento a apoyo bélico	147
6.4.17 Despojo en el campo de batalla	148
6.4.18 Omisión de medidas de socorro y asistencia humanitaria	149
6.4.19 Obstaculización de tareas sanitarias y humanitarias	150
6.4.20 Destrucción y apropiación de bienes protegidos	152
6.4.21 Destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario	154
6.4.22 Destrucción o utilización ilícita de bienes culturales y de lugares de culto	157
6.4.23 Ataque contra obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas	159
6.4.24 Represalias	161

6.4.25	Deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil	162
6.4.26	Atentados a la subsistencia y devastación	163
6.4.27	Omisión de medidas de protección a la población civil	165
6.4.28	Reclutamiento ilícito	165
6.4.29	Exacción o contribuciones arbitrarias	166
6.4.30	Destrucción del medio ambiente	167
6.5	EJERCICIOS DE LA UNIDAD 1	168
6.5.1	Caso	168
6.5.2.	Ejercicios	169
7	UNIDAD 2: INFRACCIONES AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN EL DERECHO DISCIPLINARIO COLOMBIANO	170
7.1	OBJETIVO GENERAL	170
7.2	OBJETIVOS ESPECÍFICOS	170
7.3	INFRACCIONES AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO	170
7.3.1	Protección a las personas que no participan en el conflicto armado	170
7.3.2	Protección a las personas privadas de la libertad	173
7.3.3	Protección y asistencia a heridos y enfermos	173
7.3.4	Protección al personal sanitario y religioso	174
7.3.5	Protección a bienes civiles	174
7.3.6	Uso debido de signos o emblemas de organizaciones humanitarias	174
7.4	EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y EL DERECHO DISCIPLINARIO COLOMBIANO	174
7.4.1	Contexto normativo	174
7.4.2	Infracciones al Derecho Internacional Humanitario que constituyen faltas disciplinarias en el ordenamiento jurídico colombiano	176
7.4.3	Alcance jurisprudencial	180
7.4.4	Comparación entre las infracciones al Derecho Internacional Humanitario contenidas en los instrumentos internacionales y las conductas tipificadas como falta disciplinaria en la normatividad colombiana	183
7.5	EJERCICIOS DE LA UNIDAD 2	188
7.5.1	Caso	188
7.5.2	Ejercicios	188
8.	Bibliografía del Módulo	189

## 1. PRESENTACIÓN

Los múltiples instrumentos internacionales que protegen al ser humano en casos de conflicto, y la correspondiente responsabilidad adquirida por el Estado de velar por su aplicación, hace que los mismos sean puestos en práctica por las autoridades legislativas, administrativas y judiciales.

Así, el legislador colombiano introdujo de manera novedosa el título II en el ordenamiento penal para integrar las normas del Derecho Internacional Humanitario<sup>1</sup> en la normatividad interna, caso en el cual, el bien jurídico tutelado es la protección a las personas y bienes que adquieren esta calidad en el marco de un conflicto armado.

Este título está conformado por 30 conductas prohibidas que tipifican la mayoría de valores protegidos por la normatividad humanitaria, por ello, lo que se pretende en este texto es realizar un estudio comparativo de los delitos consagrados en el ordenamiento jurídico interno con las conductas consideradas como infracciones al Derecho Internacional Humanitario.

Así mismo, se realizará un análisis jurisprudencial para verificar que la mencionada normatividad se aplica de conformidad con los instrumentos y mecanismos internacionales de protección. Para ello se examinarán cada uno de los tipos penales que protegen a personas y bienes en el marco de un conflicto, a la luz del Derecho Internacional Humanitario, del Estatuto de Roma y de la jurisprudencia nacional e internacional, para con ello enriquecer la interpretación de los delitos.

En este orden de ideas, y teniendo en cuenta que el DIH integra el bloque de constitucionalidad, debe ser parte de la hoja de ruta del ordenamiento jurídico colombiano, por ello, la normatividad disciplinaria como un espacio en el que también se imparte justicia, deberá tener en cuenta la normatividad humanitaria para resguardar el buen nombre de la administración pública, su eficacia y moralidad.

Esto es así por cuanto se trata de un escenario en el que se imputa la comisión de conductas que han sido tipificadas como faltas y para las que se han previsto sanciones, además, las autoridades disciplinarias despliegan una actividad con contenidos materiales propios de la función de administrar justicia, por lo que existe una legítima pretensión estatal orientada a la aplicación de la ley sustancial para que se haga justicia disciplinaria.

Es así como, en el presente módulo, también se realizará un análisis a las faltas disciplinarias que constituyen violaciones al DIH, con la finalidad de que la actividad administrativa se realice de conformidad con la normatividad internacional que rige la materia.

## 2. SINOPSIS LABORAL Y PROFESIONAL DE LOS AUTORES

Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana, con especialización en Derecho Penal en la Universidad Externado de Colombia, Maestría en Derecho Penal y Ciencias Criminológicas de la Universidad Central de Barcelona y la Universidad Pompeu Fabra, con título de suficiencia investigadora de las mismas universidades. En desarrollo tesis doctoral sobre la autoría en los grupos ilegales organizados de poder. Experiencia profesional en el sector público y privado. Asesora del Ministro del Interior y de Justicia Dr. Néstor Humberto Martínez, del Fiscal General de la Nación Dr. Alfonso Valdivieso, y del Senador de la República Dr. Rafael Pardo Rueda. Socia de la Firma Prías Cadavid Abogados hace más de cinco años con énfasis en litigio en materia penal corporativa y empresarial. Experiencia académica en la Universidad del Rosario, en la Universidad Libre de Pereira y en la Universidad de los

---

<sup>1</sup> En adelante DIH.

Andes. Publicaciones en diversos temas del derecho penal general, especial y procedimental e integración de grupos de trabajo con la Fundación Social, la Universidad de Los Andes y grupos particulares.

### **JAIME MEJÍA OSSMAN**

Especialista en derecho disciplinario; en derecho penal, criminología, criminalística y derecho probatorio. Coordinador de la Especialización en derecho sancionatorio de la Universidad Militar Nueva Granada. Abogado litigante, conferencista en derecho disciplinario. Autor de varias obras en derecho. Conjuez del Tribunal Superior de Bogotá (Sala Penal) durante los años 1998 a 2008. Conjuez del Consejo Superior de la Judicatura (Sala Disciplinaria), durante los años 2008 y 2009. Director del equipo para la reforma del reglamento del régimen disciplinario para las Fuerzas Militares de Colombia, y Presidente del Colegio de Abogados en Derecho Disciplinario.

Este módulo contó con la colaboración de Julián Jaccard estudiante de la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

### **3. JUSTIFICACIÓN**

El DIH es una rama del derecho internacional público, de obligatoria aplicación para los Estados a través de los diversos mecanismos internacionales suscritos en forma multilateral, y más aún, a través del concepto de *ius cogens* que apela al derecho natural para exigir su respeto y verificación.

Así, las disposiciones internas que introducen los conceptos e infracciones al DIH tienen un claro origen internacional que debe ser conocido e interiorizado por los operadores y las operadoras judiciales, por los y las intérpretes y por el y las profesionales del derecho que aborden esta temática.

De allí la importancia de conocer e integrar las categorías, conceptos y supuestos del ámbito internacional del DIH, suministrados por las normas, la doctrina y la jurisprudencia que se ha desarrollado en el ámbito de los conflictos armados tanto de carácter internacional como no internacional. Razón por la cual este módulo busca proporcionar a los operadores judiciales esas herramientas de comprensión e interpretación de la normativa que deben aplicar por vía de disposición interna, tanto en el ámbito penal como en el disciplinario.

### **4. OBJETIVO GENERAL DEL MÓDULO**

Analizar el ordenamiento jurídico interno en materia de aplicación del DIH a la luz de las fuentes del derecho penal internacional, para efectos de obtener herramientas de comprensión de las conductas violatorias del DIH en el ámbito penal y en el disciplinario.

### **5. OBJETIVOS ESPECÍFICOS DEL MÓDULO**

- Evaluar los delitos que en la normatividad colombiana tipifican las infracciones graves al DIH y crímenes de guerra.
- Establecer las faltas disciplinarias que consagran graves infracciones al DIH para determinar su consonancia con la normatividad internacional.
- Indagar la interpretación de las infracciones al DIH en la jurisprudencia nacional e internacional, con la finalidad de apoyar a los operadores jurídicos en la aplicación de la normatividad que consagra tales infracciones.



## 6. UNIDAD 1

### *Los crímenes de guerra en la legislación interna - referencias a los crímenes correspondientes en el derecho internacional público*

#### 6.1. Objetivo general de la unidad

Analizar los delitos ubicados en el título II del C.P. a la luz de las normas internacionales que corresponden a los crímenes de guerra de competencia de la Corte Penal Internacional, con el fin de enriquecer la comprensión y alcance de las disposiciones internas y facilitar su aplicación a los operadores y operadoras judiciales.

#### 6.2. Objetivos específicos de la unidad

- Identificar el origen de las conductas que en el ordenamiento interno corresponden a delitos contra personas y bienes protegidos.
- Revisar las prohibiciones del DIH que se encuentran en el sustrato de cada uno de esos delitos.
- Establecer una relación comparativa entre los tipos internos y los crímenes de guerra de competencia de la Corte Penal Internacional, revisar sus similitudes e identificar las diferencias.
- Profundizar en el análisis del concepto internacional de cada delito a través de la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* y de la doctrina en materia de DIH, concretamente la del CICR.

#### 6.3. Consideraciones iniciales

Se precisa que se utilizarán abreviaturas para términos frecuentemente utilizados, así: CG- Convenio de Ginebra de 1949; PA- Protocolo de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949; ER- Estatuto de Roma; EC- Elementos de los crímenes; C.P- Código Penal; DIH- Derecho Internacional Humanitario; DDHH- Derechos Humanos; CIDH- Comisión Interamericana de Derechos Humanos; Art- Artículo; CPI- Corte Penal Internacional, CICR- Comité Internacional de la Cruz Roja.

En este capítulo se expondrán, uno a uno, los delitos que integran el título II de la parte especial del Código Penal Colombiano, el cual fuera introducido por el legislador del 2000 con el propósito de tipificar en forma autónoma los denominados crímenes de guerra, o infracciones al DIH. Bajo el epígrafe de delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH el legislador colombiano introdujo a la legislación interna una serie de conductas que corresponden en el ámbito internacional a los crímenes de guerra, tanto en su componente del Derecho de Ginebra, como del Derecho de La Haya<sup>2</sup>. En efecto, el legislador también creó tipos que atienden a conductas que corresponden al uso de medios y métodos de guerra ilícitos, como es el empleo de ciertas armas, la perfidia y las represalias. Encontramos por ende en este título una mezcla de conductas que corresponden a crímenes de guerra, pero no solamente por vía de la afectación a personas y bienes protegidos, aun cuando esa haya sido la denominación del título correspondiente.

<sup>2</sup> Swinarski Christophe. "Principales nociones e institutos del Derecho Internacional Humanitario como sistema de de la persona humana". Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1991, p. 23 "El Derecho Internacional Humanitario constituye una limitación a la soberanía del Estado. Se trata de limitarla en lo que atañe a la conducción de las hostilidades y respecto a los individuos que están implicados en las mismas. Proponiéndose regir las situaciones en que se usa la fuerza armada, tiene este Derecho dos vertientes que corresponden a sus dos objetivos: -el de limitar el recurso a ciertos métodos y medios de combate en las hostilidades, y -el de proteger a las víctimas del conflicto. Estas dos vertientes del Derecho Internacional Humanitario se denominan, por razones históricas, el "Derecho de La Haya" y el "Derecho de Ginebra", respectivamente".

Sin embargo, las conductas que corresponden a crímenes de guerra en el ámbito internacional no se identifican por completo con los delitos tipificados en el título II de nuestro Código Penal. Si bien, la gran mayoría de las conductas delictivas del ordenamiento interno son crímenes de guerra en el ámbito internacional, y los crímenes de guerra del ER son recogidos por los tipos penales internos, las descripciones típicas no necesariamente coinciden, de forma que debe realizarse un análisis de adecuación para establecer los comportamientos coincidentemente reprochados en los dos ordenamientos.

En el ámbito internacional, el término infracciones al DIH se utiliza para reconocer aquellas conductas que se encuentran prohibidas por las leyes internacionales aplicables a los conflictos armados. Se identifican además una categoría específica de crímenes que se denominan "graves" infracciones a los 4 CG y a los PA y corresponden a ciertas conductas que cada uno de los CG identificó como tales. En efecto, el ER estructura y organiza las conductas que integran el artículo 8º que denomina "crímenes de guerra" de la siguiente forma:

- Graves infracciones<sup>3</sup> a los 4 CG: incluye 26 conductas que afectan personas protegidas por el respectivo CG, bienes protegidos y que implican el uso de medios y métodos de guerra ilícitos<sup>4</sup>.
- Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido del derecho internacional: Incluye 26 conductas adicionales a las del literal anterior, que si bien son infracciones al DIH, no corresponden a la categoría de "graves infracciones".
- En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3º común a los 4 CG: Introduce el ER las cuatro conductas que corresponden al denominado "mínimo humanitario"<sup>5</sup> protegido por el artículo 3º Común a los 4 CG y que se aplica por ende a conflictos armados no internacionales, cuales son los ataques a la vida e integridad, a la dignidad, la toma de rehenes, y la violación de garantías judiciales.
- Finalmente, también a instancias de supuestos de conflictos armados de carácter no internacional, la última categoría de los crímenes de guerra del ER corresponde a "Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional".

Como puede observarse, el artículo 8º del ER estructura las diversas categorías de los crímenes de guerra según el nivel de la

<sup>3</sup> Kittichaisaree, Kriangsak. *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2001, p. 138. Graves infracciones o graves violaciones "son serios crímenes de guerra sujetos a la jurisdicción internacional de todos los Estados. Más aún, si un Estado no persigue al ofensor, este debe ser extraditado a cualquier Estado parte del respectivo Convenio de Ginebra, el cual perseguirá y sancionará a esa persona".

<sup>4</sup> Convenio de Ginebra I. (En adelante CGI), ART. 50.-El homicidio intencional, la tortura o tratos inhumanos incluidos experimentos biológicos, causar deliberadamente grandes sufrimientos o atentar contra la integridad física o la salud, la destrucción y apropiación de bienes no justificada por necesidades militares efectuada a gran escala, ilícita y arbitrariamente. Convenio de Ginebra II. (En adelante CGII), ART. 51.-El homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares y efectuadas a gran escala ilícita y arbitrariamente. Convenio de Ginebra III. (En adelante CGIII), ART. 130.-El homicidio intencional, la tortura o tratos inhumanos incluidos experimentos biológicos, causar deliberadamente grandes sufrimientos o atentar contra la integridad física o la salud, el hecho de forzar a un prisionero de guerra a servir a las fuerzas armadas de la potencia enemiga, o el hecho de privarlo de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente según las prescripciones del presente Convenio. Convenio de Ginebra IV (En adelante CGIV), ART. 147.-El homicidio intencional, la tortura o tratos inhumanos incluidos experimentos biológicos, causar deliberadamente grandes sufrimientos o atentar contra la integridad física o la salud, la deportación o el traslado ilegal, la detención ilegal, el hecho de forzar a una persona protegida a servir en las fuerzas armadas de la potencia enemiga, o el hecho de privarla de su derecho a ser juzgada legítima e imparcialmente, la toma de rehenes, la destrucción y la apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y realizadas a gran escala de modo ilícito y arbitrario.

<sup>5</sup> Hernández Mondragón, Mauricio. *Derecho Internacional Humanitario. Su aplicación en Colombia*. Biblioteca Básica Derechos Humanos; Presidencia de la República, Consejería Presidencial para los Derechos Humanos, Bogotá, 1992. p.52. "Las normas propias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos también señalan un mínimo de garantías inderogables en todas las circunstancias, estableciendo el núcleo básico de los derechos humanos, que es el punto de convergencia entre el DIDH y el DIH. Estas normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos convergen con el mínimo humanitario del art. 3º de los Convenios de Ginebra y, para el caso particular de Colombia es necesario además aplicarlas con base en el art. 214 de la Constitución Política de 1991.."

infracción al DIH, identificando las “*infracciones graves*” de otras violaciones o infracciones, y categorizando en forma autónoma los crímenes de guerra que tipifican en el curso de conflictos armados de carácter internacional, y de aquellos que corresponden a los conflictos armados de carácter no internacional<sup>6</sup>.

Una primera conclusión es, por ende, que la forma en que el legislador introdujo los delitos contra el DIH en nuestro ordenamiento interno dista mucho de la metodología utilizada por el ER. El Código Penal Colombiano no diferencia entre conflictos armados de índole internacional o no internacional a efectos de la tipificación de las conductas que transgreden el DIH, mientras que la legislación internacional sí lo hace; incluso al punto de no constituir un crimen de guerra en el ER el ataque contra bienes de carácter civil en el curso de un conflicto armado de carácter no internacional, mientras que sí lo es si la conducta se presenta en el ámbito de un conflicto armado de carácter internacional<sup>7</sup>; lo mismo sucede ante la ausencia en los literales c) y e), que tipifican los crímenes en el ámbito de conflictos no internacionales, de norma equivalente a la introducida por el artículo 8. 2. b) xx)<sup>8</sup> a través de la cual, se sanciona en forma autónoma e independiente la violación al principio de proporcionalidad. Lo anterior no quiere decir que ese tipo de conductas no estén prohibidas por el DIH, aún por vía consuetudinaria, en ambos tipos de conflictos<sup>9</sup>. Sin embargo, nótese cómo no toda conducta prohibida por el DIH constituye un crimen de guerra en los términos del ER.

En términos generales, todos los tipos del título II del C.P. tienen como escenario de comisión un conflicto armado, exigen una relación entre la conducta y el conflicto, y el sujeto pasivo y/o el objeto material de la misma es una persona y/o un bien protegido.

En relación con cada delito, se abordará en primer lugar el análisis del contenido del tipo en sus aspectos más relevantes, omitiendo análisis sobre tópicos que hayan sido abordados en módulos anteriores<sup>10</sup>, y se expondrán decisiones jurisprudenciales nacionales relevantes sobre el delito. Luego, se hará referencia a la tipificación de esa conducta en el ámbito internacional y se introducirán las consideraciones del delito que resulten pertinentes, con apoyo en la normativa, en la jurisprudencia y en la doctrina internacional aplicable. Finalmente, debe precisarse que dada la limitación del espacio de este trabajo no se profundizará en aspectos controversiales de la aplicación de los tipos.

<sup>6</sup> Recuérdese que la única disposición de los 4 CG aplicable a los conflictos armados de carácter no internacional es el Art. 3º Común y por ende esta disposición corresponde al núcleo de las “*graves infracciones*” al DIH en este tipo de conflictos, mientras que en el ámbito de conflictos armados de carácter internacional las infracciones graves serán las que indiquen cada uno de los artículos que en cada CG las identifican. En lo atinente a las “*otras infracciones*” que se presentan en el escenario de conflictos internacionales, se verificará la violación de otras disposiciones de los 4 CG, del Protocolo Adicional I. (En adelante PA I) o de otros tratados internacionales; mientras que para los conflictos no internacionales, las violaciones serán al Protocolo Adicional II. (En adelante PA II). Lo anterior, sin perjuicio de la argumentación que corresponde a la costumbre como fuente del Derecho Internacional Humanitario. (En adelante DIH).

<sup>7</sup> Estatuto de Roma. (En adelante ER). Art. 8. 2. b) 2 No obstante ello, como se verá en el acápite respectivo, esta conducta está prohibida por el DIH consuetudinario incluso en los conflictos de carácter no internacional.

<sup>8</sup> ER. Art. 8. 2. b) xx): “*Emplear armas, proyectiles, materiales y métodos de guerra que, por su propia naturaleza, causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios o surtan efectos indiscriminados en violación del derecho internacional de los conflictos armados, a condición de que esas armas o esos proyectiles, materiales o métodos de guerra, sean objeto de una prohibición completa y estén incluidos en un anexo del presente Estatuto en virtud de una enmienda aprobada de conformidad con las disposiciones que, sobre el particular, figuran en los artículos 121 y 123*”. No obstante lo anterior, esta conducta constituye un acto prohibido por el DIH consuetudinario y por ende así calificado también para los conflictos armados de carácter no internacional.

<sup>9</sup> Cfr. Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-291 del 25 de abril de 1997, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa: “*Como primera medida, debe tenerse en cuenta que las normas de origen consuetudinario ocupan un lugar de primera importancia en el ámbito del Derecho Internacional Humanitario. Recuerda la Sala que las normas consuetudinarias de Derecho Internacional Humanitario son vinculantes para Colombia en la misma medida en que lo son los tratados y los principios que conforman este ordenamiento jurídico*”.

<sup>10</sup> Concretamente, para efectos del concepto de conflicto armado, tanto de carácter internacional como no internacional, Cfr. Módulo Concepto y normatividad en DIH y su aplicación al caso colombiano, segunda unidad. Para efectos del concepto de la relación de la conducta o del hecho con el conflicto Cfr. Módulo Concepto y normatividad en DIH y su aplicación al caso colombiano, tercera unidad. Para efectos del concepto de persona protegida y de bienes protegidos Cfr. Módulo Aplicación de los principios del DIH a los tipos penales consagrados en el título II del Código Penal y al artículo 48 del Código Único Disciplinario, primera unidad.

## 6.4 Delitos en particular

### 6.4.1 Homicidio

#### a. Análisis del tipo

- Sujeto activo: El que actúe con ocasión o en desarrollo del conflicto armado. Si bien la expresión “El que” hace referencia a un sujeto indeterminado, la actuación en el escenario del conflicto implicará que el actor sea una persona que participa activamente en las hostilidades.
- Sujeto pasivo: Calificado. Una persona protegida; son tales las indicadas en la lista dispuesta para el efecto por la misma disposición. El numeral 8º de la enumeración indica una cláusula general de aplicación del contenido de los 4 CG, para efectos de incluir cualquier persona protegida por estos que no haya quedado recogida en los numerales anteriores, aunque de la redacción del texto no se encuentra que suceda ello con ninguna categoría de protección.
- Conducta: Ocasionar la muerte. Puede ser ejecutada por acción o por omisión impropia, como sería el caso del no suministro de alimentos a la persona privada de la libertad en virtud del conflicto, o la no entrega de los medicamentos que se sabe requiere para subsistir a un rehén. Es un delito de resultado, que admite por ende la sanción por vía de tentativa; es de medios abiertos o indeterminados.
- Elementos normativos: El tipo introduce diversos elementos normativos, como son los conceptos de conflicto armado<sup>11</sup>; persona protegida; convenios internacionales sobre derecho humanitario ratificados por Colombia<sup>12</sup>; población civil<sup>13</sup>; personas que no participan en las hostilidades<sup>14</sup>; civiles en poder de la parte adversa; heridos, enfermos o náufragos<sup>15</sup> puestos fuera de combate; personal sanitario<sup>16</sup> y personal religioso<sup>17</sup>; periodistas en misión<sup>18</sup> y corresponsales de guerra acreditados<sup>19</sup>; combatientes<sup>20</sup>; apátridas<sup>21</sup> y refugiados<sup>22</sup>.
- Tipo subjetivo: Es una conducta dolosa, que puede ser ejecutada por dolo directo o eventual.

<sup>11</sup> El concepto de conflicto armado, en sus modalidades de internacional y no internacional fue expuesto en módulo anterior, de forma que no será reiterado su contenido para efecto del desarrollo de los tipos penales. Lo mismo se aplica para el concepto de relación del conflicto con la conducta constitutiva de ilícito. Cfr. Módulo Concepto y normatividad en DIH y su aplicación al caso colombiano, segunda unidad.

<sup>12</sup> Actualmente el DIH se encuentra recopilado a través de los CG de 1949 y los PA de 1997; además de estos, otros tratados internacionales relativos al Derecho de La Haya que limitan los métodos y medios de guerra integran el DIH.

<sup>13</sup> PA I: “ART. 50.-Definición de personas civiles y de población civil. 1. Es persona civil cualquiera que no pertenezca a una de las categorías de personas a que se refieren el artículo 4, A. 1), 2), 3), y 6), del III Convenio, y el artículo 43 del presente Protocolo. En caso de duda acerca de la condición de una persona, se la considerará como civil. 2. La población civil comprende a todas las personas civiles. 3. La presencia entre población civil de personas cuya condición no responda a la definición de persona civil no priva a esa población de su calidad de civil”.

<sup>14</sup> Verri Pietro, *Diccionario de derecho internacional de los conflictos armados*, Comité Internacional de la Cruz Roja, Tercer Mundo Editores, Bogotá, 1999, pp. 50, 85 y 86. “En los conflictos armados internacionales, se presume que toman parte en las hostilidades y que caen en poder de la Parte adversa son prisioneros de guerra (...). En cuanto a las personas civiles que participan directamente en las hostilidades, y mientras dure su participación, no se benefician de la protección conferida a las personas civiles en el derecho de los conflictos armados”. Las personas que no participan en las hostilidades “privadas o no de la libertad, tienen derecho a que se respete su persona, su honor, sus convicciones, y sus prácticas religiosas y a que se les trate con humanidad, sin ninguna distinción de carácter desfavorable”. Por el término hostilidades “se entienden los actos de violencia ejercidos por un beligerante contra un adversario a efectos de aniquilar su resistencia y de obligarlo a seguir su propia voluntad”.

<sup>15</sup> Cfr. PA I Art. 8.a) y 8.b).

<sup>16</sup> Cfr. PA I Art. 8.c).

<sup>17</sup> Cfr. PA I Art. 8.d).

<sup>18</sup> Verri Pietro, Op. Cit. p. 83. “Persona que desempeña una actividad de información por cuenta de la prensa escrita, hablada o de televisión (...) se refiere a todo corresponsal, reportero, fotógrafo, camarógrafo, así como a sus asistentes técnicos en las áreas de cine, radio y televisión, que ejerzan habitualmente su actividad a título de ocupación principal (...) todo periodista que efectúe misiones profesionales peligrosas en zonas de conflicto armado se beneficia del estatuto de persona civil, a condición de que se abstenga de toda actividad combatiente (...) Los militares encargados de misiones análogas a las del periodista civil no se benefician de ninguna inmunidad particular, ellos forman parte de las fuerzas armadas”.

<sup>19</sup> Corresponde a la expresión “periodistas”. Cfr. Verri Pietro, Op. Cit. p. 28.

El segundo inciso fue adicionado por la Ley 1257 de 2008, artículo 27. Si bien los 4 CG y los PA establecen disposiciones que prevén una especial protección a la mujer, que buscan un especial respeto por sus derechos, como es el caso del deber de las partes de mantener a las mujeres que son prisioneras de guerra en lugares de habitación diversos a los de los hombres<sup>23</sup>, o como especiales márgenes de protección a mujeres embarazadas<sup>24</sup>, no se hace referencia alguna que identifique como crimen de guerra de mayor gravedad el causar la muerte de una mujer; las ampliaciones en los estándares de protección del DIH no se fundamentan en el solo hecho de ser mujeres, sino en su calidad de víctimas potenciales de delitos sexuales, o en su condición de madres<sup>25</sup>. La Corte Constitucional colombiana abordó la especial vulnerabilidad de las mujeres en los escenarios de conflictos armados en sentencia T-496/2008<sup>26</sup>. En el ámbito internacional este supuesto se configuraría no como un delito de homicidio como vía de protección a un individuo aislado, sino de exterminio –crimen de lesa humanidad-, al manifestarse un ánimo del actor de acabar con un grupo poblacional específico, las mujeres.

La constitucionalidad de la expresión “*los combatientes*”<sup>27</sup> del numeral 6º de este tipo penal fue demandada<sup>28</sup> ante la Corte Constitucional, siendo resuelta en sentencia C-291 de 2007 en la que declaró el texto ajustado a la Constitución Política. Afirmó la Corte que el término combatiente, si bien no se aplica como categoría específica en los conflictos no internacionales, sí lo hace en su expresión genérica en punto de la aplicación del principio de distinción<sup>29</sup>. Analizó esta misma providencia el punto del fundamento consuetudinario de la prohibición de causar la muerte de personas protegidas, como aplicación al principio del DIH de distinción.

<sup>20</sup> PA I “ART. 43.-Fuerzas armadas. 1. Las fuerzas armadas de una Parte en conflicto se componen de todas las fuerzas, grupos y unidades armados y organizados, colocados bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados ante esa Parte, aun cuando esta esté representada por un gobierno o por una autoridad no reconocidos por una Parte adversa. Tales fuerzas armadas deberán estar sometidas a un régimen de disciplina interna que haga cumplir, inter alia, las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados. 2. Los miembros de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto (salvo aquellos que formen parte del personal sanitario y religioso a que se refiere el artículo 33 del III Convenio) son combatientes, es decir, tienen derecho a participar directamente en las hostilidades. (...)”.

<sup>21</sup> Verri Pietro, Op. Cit, p. 6 “...persona que ningún Estado considera como su ciudadano, de conformidad con su propia legislación”.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 93. “El significado de este instrumento varía considerablemente según el contexto en que se utilice: derecho internacional público en general (DIP) o derecho internacional humanitario (DIH). En derecho internacional público, el término ha dado lugar a definiciones muy precisas: se aplica a toda persona que huye del país de su nacionalidad, a causa de persecuciones o de amenaza de persecuciones de las que haya sido objeto. Posteriormente, la Convención de la Organización de la Unidad Africana, así como algunas resoluciones de la Asamblea General de las UN, extendieron el estatuto del refugiado a toda persona que haya huido de su país a causa de un conflicto armado o de disturbios interiores. (...) El derecho internacional humanitario, por su parte, no contiene una definición del concepto de refugiado. En el sentido de este derecho, el refugiado es ante todo una persona civil, y el criterio determinante aquí es el de la falta de protección por parte de un Gobierno. Al contrario del DIP, el DIH interpreta ampliamente la noción de refugiado englobando igualmente a las personas desplazadas en el interior de su país a causa de un conflicto armado o de disturbios internos”.

<sup>23</sup> PA I ART. 75.5.-“Las mujeres privadas de la libertad por razones relacionadas con el conflicto armado serán custodiadas en locales separados de los ocupados por los hombres. Su vigilancia inmediata estará a cargo de las mujeres. No obstante, las familias detenidas o internadas serán alojadas, siempre que sea posible, en un mismo lugar como unidad familiar”.

<sup>24</sup> Cfr. Arts. 8.a) y 70.1 PA I. Arts. 5º y 6º PA II.

<sup>25</sup> PA I. Art. 76.

<sup>26</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-496 de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

<sup>27</sup> La noción de combatiente fue analizada en el módulo Aplicación principios del DIH a los tipos penales consagrados en el título II del Código Penal y al artículo 48 del Código Único Disciplinario, primera unidad.

<sup>28</sup> El demandante argumentó que no debía calificarse al sujeto y que esa expresión no se aplica a los conflictos de carácter no internacional por el DIH.

<sup>29</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-291 del 25 de abril de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa: “El término “*combatientes*” en Derecho Internacional Humanitario tiene un sentido genérico, y un sentido específico. En su sentido genérico, el término “*combatientes*” hace referencia a las personas que, por formar parte de las fuerzas armadas y los grupos armados irregulares, o tomar parte en las hostilidades, no gozan de las protecciones contra los ataques asignadas a los civiles. En su sentido específico, el término “*combatientes*” se utiliza únicamente en el ámbito de los conflictos armados internacionales para hacer referencia a un status especial, el “*status de combatiente*”, que implica no solamente el derecho a tomar parte en las hostilidades y la posibilidad de ser considerado como un objetivo militar legítimo, sino también la facultad de enfrentar a otros combatientes o individuos que participan en las hostilidades, y el derecho a recibir trato especial cuando ha sido puesto fuera de combate por rendición, captura o lesión-en particular el status conexo o secundario de “*prisionero de guerra*”.

La tipificación de la conducta denominada “falso positivo” ha sido objeto de amplias discusiones, concretamente en punto de la definición por vía del homicidio agravado por la indefensión de la víctima, o del homicidio en persona protegida, siendo el punto más álgido del debate el que se refiere a la relación de la conducta (por causa o con ocasión) con el conflicto armado<sup>30</sup>. Se encuentran en consecuencia decisiones adoptadas en uno y otro sentido por los funcionarios judiciales<sup>31</sup>.

#### b. El crimen en el ámbito internacional:

El crimen de homicidio intencional es infracción a los CGI (art. 50), II (art. 51), III (art. 130) y IV (art. 147). Esta conducta implica directa violación al principio del DIH de no distinción, que obliga a los actores armados a diferenciar a la población civil de los combatientes y de las personas que participan activamente en las hostilidades y a dirigir los ataques solamente contra los segundos<sup>32</sup>. La prohibición del homicidio es reconocida por la doctrina internacional como una norma de derecho internacional consuetudinario aplicable a conflictos de índole internacional y no internacional<sup>33</sup>.

La conducta de causar la muerte de una persona protegida por el DIH es un crimen de guerra según el artículo 8º del ER. En cuanto al ámbito de conflictos internacionales, el artículo 8. 2. B. i) señala que “matar intencionalmente” a una persona protegida por alguno de los 4 CG es una infracción grave al DIH. El artículo 30 ER define el concepto de intencionalidad, comprendiendo no solamente las conductas realizadas con dolo directo, sea de primero o segundo grado (propósito de incurrir en la conducta), sino también por dolo eventual, lo que se deduce de la expresión “es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos” (se propone causar la consecuencia, o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos). El artículo 8.2. b) vi) ER señala que es violación grave en el ámbito de los conflictos internacionales la conducta de causar la muerte a un “no combatiente”; si bien se trata esta de una persona protegida, la sanción de la conducta está recogida en la normativa internacional por norma especial<sup>34</sup>. El artículo 135 del Código Penal sí recoge en la misma disposición la conducta de causar la muerte de persona protegida, así como del denominado “hors de combat”<sup>35</sup>.

---

*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”. (...) “... observa la Corte que la disposición acusada-el término “combatientes”-se refiere a una de las sub-categorías de las personas fuera de combate, en tanto una de las diversas categorías de “personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario”-las personas que han participado en las hostilidades y ya no lo hacen por haber depuesto las armas por captura, rendición u otra causa similar-, y que necesariamente debe interpretarse en su acepción genérica, explicada en el acápite 3.3.1. de la Sección D precedente. Por otra parte, incluso si se interpretara en su acepción específica, el uso de este término en sí mismo no riñe con el bloque de constitucionalidad, por cuanto su incorporación al tipo penal que se estudia no reduce el ámbito de protección dispensado por la garantía fundamental de la prohibición del homicidio a quienes no participan de las hostilidades en un conflicto interno. Únicamente serían contrarias al bloque de constitucionalidad aquellas disposiciones legales que, al incorporar la noción de “combatiente” al ámbito de la regulación de los conflictos armados internos, disminuyan o reduzcan el campo de aplicabilidad o la efectividad de tal garantías, o impidan que estas se constituyan en medios para la materialización de los referidos principios humanitario (ver apartado ...) y de distinción (ver apartado ...)”.*

<sup>30</sup> Para el análisis de dicha relación Cfr. ibídem y en el Módulo Concepto y Normatividad en DIH y su aplicación al caso colombiano.

<sup>31</sup> En causa de Rad. 2007-00164 el Juzgado Penal del Circuito de Marinilla, Antioquia, profirió sentencia condenatoria por el delito de homicidio en persona protegida a tres soldados del Batallón de Artillería No. 4 del Ejército Nacional, por la muerte de un habitante del municipio de El Peñol, Antioquia, a quien se demostró se le vistió con prendas de uso privativo de las Fuerzas Militares y se le acomodó una escopeta que había sido previamente adquirida por los actores, quienes pretendían obtener un permiso de 5 días por la acción “en combate”; la acusación fue formulada por la Fiscalía 35 Delegada de la Unidad de DDHH y DIH. En proceso que se adelanta actualmente por la muerte de dos jóvenes de la localidad de Soacha, que al parecer corresponde a “falsos positivos”, la Fiscalía formuló imputación el pasado 25 de julio ante el Juez 4º Penal Municipal con funciones de control de garantías a 11 militares por los delitos de homicidio agravado por la indefensión de la víctima, en concurso con desaparición forzada de personas.

<sup>32</sup> *El concepto y reglas que integran el principio distinción se encuentran desarrollados en el módulo Aplicación principios del DIH a los tipos penales consagrados en el título II del Código Penal y al artículo 48 del Código Único Disciplinario, pp. 16 – 45.*

<sup>33</sup> Henckaerts Jean-Marie, Doswald-Beck Louise, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*. Comité Internacional de la Cruz Roja, p. 355.

<sup>34</sup> ER. Art. 8.2.b)vi) “Causar la muerte o lesiones a un combatiente que haya depuesto las armas o que, al no tener medios para defenderse, se haya rendido a discreción” Su ubicación en el literal b) del artículo 8.2 indica que esta conducta no es una grave violación a los CG, sino que encuadra en la categoría de tras violaciones.

<sup>35</sup> Expresión francesa comúnmente utilizada en el DIH para indicar a quien está “fuera de la pelea” (traducción informal).

Para efectos de los conflictos armados de carácter interno el artículo 8.2. c) i) ER se refiere a *"Atentados contra la vida... especialmente el homicidio en todas sus formas..."*. La disposición no hace referencia al elemento de la intencionalidad, lo que implica su aplicación por vía de las normas generales del ER. Ni el ER ni los EC precisan qué se entiende por *"homicidio en todas sus formas"*; esta expresión proviene de la redacción del literal a) del artículo 3º Común, respecto de la cual se afirma que atiende a cualquier vía de ejecución de la conducta, tanto de acción como de omisión, con o sin violencia, con dolo directo, indirecto o eventual, entre otros<sup>36</sup>.

Los EC<sup>37</sup> indican que los elementos de estos crímenes de matar intencionalmente y atentados contra la vida son los siguientes: *"1. Que el autor haya dado muerte<sup>38</sup> a una o más personas" ., "2 Que esa persona o personas hayan estado protegidas en virtud de uno o más de los Convenios de Ginebra de 1949"* o, para los conflictos internos que *"2. Que esa persona o personas hayan estado fuera de combate o hayan sido personas civiles o miembros del personal sanitario o religioso<sup>39</sup> que no tomaban parte activa en las hostilidades"*; y en punto del aspecto subjetivo de la conducta, que el autor *"haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían esa condición"* de la víctima, y *"de las circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado"*.

La jurisprudencia de TPIY<sup>40</sup> han coincidido en afirmar que el contenido de este crimen en el ámbito de conflictos no internacionales no difiere de la redacción prevista para los internacionales, aunque se hayan utilizado términos distintos (homicidio y matar intencionalmente).

Quedan comprendidas también las conductas denominadas "ejecuciones extrajudiciales", o imposición de la pena de muerte sin previa decisión de tribunal competente, a las que se refieren los CGIII y CGIV frente a prisioneros de guerra y civiles; así como las conductas relativas a tratamientos médicos o experimentales que conduzcan a la muerte de la víctima.

Los tribunales *ad hoc* han profundizado en diversas providencias en los elementos que integran el aspecto subjetivo de la conducta. En el caso Delalic el TPIY aceptó que un comportamiento temerario, como traducción del término inglés *"reckless"*, fuera incluido dentro del supuesto de *"wilful killing"* y sustentara así la responsabilidad por el crimen de homicidio. Esta expresión ha sido adoptada por la jurisprudencia como una vía de construcción del dolo eventual (conducta temeraria)<sup>41</sup>. Así, el término *"wilful"* comprende los actos intencionales y temerarios, pero no los imprudentes<sup>42</sup>. Han así mismo afirmado, que se requiere verificar la

<sup>36</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3º de estos Convenios. Ed. Plaza & Janés, Bogotá, 1998, p. 126.

<sup>37</sup> Recuérdese que Los Elementos de los Crímenes fueron introducidos a la legislación interna a través de la Ley 1268 del 31 de diciembre de 2008, por lo que hacen parte directa del ordenamiento jurídico colombiano.

<sup>38</sup> Elementos de los Crímenes. (En adelante EC), Op. Cit. No. 31 *"La expresión "haya dado muerte" es intercambiable con "haya causado la muerte". Esta nota es aplicable a todos los elementos en que se utilice uno de esos conceptos"*.

<sup>39</sup> EC, Op. Cit. No. 56 *"En la expresión "personal religioso" se incluye el personal militar no confesional y no combatiente que realiza una función análoga"*.

<sup>40</sup> Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. (En adelante TPIY-sigla en Español), Sentencia de juzgamiento. La Fiscalía v. Zejnir Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic, Esad Landzo "Celebici case", Caso No. IT-96-21-T, párr. 423: *"Adicionalmente, no debe ser olvidado que el propósito preliminar del artículo 3º común de lo Convenios de Ginebra fue extender las "elementales consideraciones de humanidad" a los conflictos armados internos. Así, como está prohibido matar personas protegidas durante un conflicto armado internacional, también está prohibido matar a aquellos que no toman parte activa en las hostilidades que constituyen un conflicto armado interno. En este espíritu de igualdad de protección no puede haber razón para dar significado a la diferencia de terminología utilizada en el artículo 3º común y en los artículos que se refieren a las "graves violaciones" de los Convenios"*. (Traducción informal).

<sup>41</sup> Tribunal Penal Internacional para Ruanda. (En adelante TPIR-sigla en Español), Sentencia de juzgamiento, La Fiscalía v. Jean Paul Akayesu, párr. 589: *"...para el momento de la muerte el acusado o un subordinado tuvieron la intención de matar o de infligir graves daños al cuerpo en la víctima, sabiendo que esas heridas en el cuerpo probablemente causan la muerte de la víctima, y es temerario (reckless) el resultado o no de muerte"* (traducción informal).

<sup>42</sup> Dörman Knut, Elements of War Crimes, Comité Internacional de la Cruz Roja. (En adelante ICRC), Cambridge University Press, United Kingdom, 2003, p. 43 (Traducción informal).

intención de causar la muerte, o lesiones que deriven en la misma<sup>43</sup>, lo cual puede deducirse de las circunstancias que rodearon la conducta del autor<sup>44</sup>. En cuanto al conocimiento de las circunstancias que determinan la existencia del conflicto, han indicado que no resulta necesaria la identificación de la calidad de internacional o interno del mismo.

En relación con el aspecto de la intervención en el hecho que implica responsabilidad, la jurisprudencia internacional ha precisado que no se requiere que el sujeto haya realizado por sí mismo la conducta de causar la muerte, pudiendo en consecuencia atribuirse responsabilidad por el crimen a quien colaboró en su ejecución<sup>45</sup>.

En relación con las personas protegidas resulta de especial interés el concepto de persona que participa directamente en las hostilidades<sup>46</sup>. Al respecto la CIDH afirmó en el Tercer Informe sobre la situación de los DDHH en Colombia que las hostilidades son:

*“actos que por su índole o finalidad tienen por objeto causar efectivamente daño al personal o material del enemigo (...) En la práctica, una persona civil participa directa o activamente en hostilidades cuando, individualmente o como miembro de un grupo, asume el papel de combatiente. Dichas personas civiles constituyen una amenaza inmediata de daño cuando se preparan, participan y retornan del combate. Como tales, quedan expuestas a ataque directo. Más aún, debido a sus actos hostiles, esas personas civiles pierden los beneficios de los que gozan los civiles pacíficos, de precaución al atacar y contra los efectos de ataques indiscriminados o desproporcionados. Es importante comprender que aun cuando estas personas pierden su inmunidad a ataques directos mientras participan en las hostilidades, retienen sin embargo su calidad de civiles. A diferencia de los combatientes comunes, una vez cesan sus actos hostiles, no pueden ser atacados, aunque pueden ser procesados y castigados por sus actos beligerantes. En contraste, las personas civiles que tan sólo apoyen el esfuerzo militar o de guerra del adversario o de otra forma sólo participen indirectamente en las hostilidades no pueden ser consideradas combatientes por esa única razón. Esto se debe a que la participación indirecta, tal como vender mercaderías a una o varias de las partes en el conflicto, expresar simpatía por la causa de una de las partes o, más claro aún, no haber actuado para prevenir la incursión de una de las partes en contienda, no implica actos de violencia que constituyan una amenaza inmediata de daño actual a la contraparte. Las Nuevas Reglas confirman esta apreciación al señalar que “[c]iviles que apoyan a las Fuerzas Militares (o grupos armados) aportando trabajo, transportando pertrechos, actuando como mensajeros o distribuyendo propaganda no pueden ser objeto de ataque directo individual, pero permanecen sujetos a la legislación doméstica que sancione dar ayuda y apoyo a enemigos domésticos”. Claramente, tampoco puede considerarse que las personas que ejercen su derecho a votar o que aspiren a ser elegidos o sean elegidos para cargos públicos estén cometiendo actos hostiles, directos o indirectos, contra una de las partes en cualquier conflicto armado. Es importante señalar que esa crucial distinción entre participación directa e indirecta en las*

<sup>43</sup> TPIY, Sentencia de juzgamiento. La Fiscalía v. Zejnir Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic, Esad Landzo “Celebici case”, Caso No. IT-96-21-T, párr. 439: “Sobre la base de este análisis, la Cámara de Juzgamiento no tiene duda de que el “necessary intent”, que significa el mens rea, requerido para verificar los crímenes de “wilful killing” y “murder”, como es reconocido por las Convenciones de Ginebra, está presente donde se demuestra la intención de la parte acusada de matar, o infligir serias lesiones en temerario (reckless) desprecio de la vida humana” (Traducción informal).

<sup>44</sup> TPIY, Ibídem, párr. 437: “En la medida en que los diversos sistemas legales utilizan distintas formas de clasificación del elemento mental involucrado en un crimen de homicidio, es claro que algo de esa intención es requerida. Sin embargo, esa intención puede ser inferida de las circunstancias, como una aproximación al hecho desde la perspectiva de la previsibilidad de la muerte como una consecuencia de los actos cometidos por el acusado, o la adopción de excesivo riesgo que demuestre temeridad (recklessness)”. (traducción informal).

<sup>45</sup> TPIY, ibídem, párr. 842: “Así, aún si su explicación de no haber personalmente golpeado al fallecido fuera aceptable, Esad Lanzo no puede absolverse de la responsabilidad por su muerte porque claramente, en últimas, él estaba en la posición de facilitar la comisión de la conducta. Como ha sido previamente discutido, la responsabilidad criminal individual surge donde los actos del acusado contribuyeron a, o tuvieron efecto en la comisión del crimen y esos actos fueron ejecutados con el conocimiento de que asistirían al principal en la comisión de la conducta criminal”. (Traducción informal).

<sup>46</sup> El estudio de la expresión participación directa en las hostilidades se realizó en el módulo Aplicación principios del DIH a los tipos penales consagrados en el título II del Código Penal y al artículo 48 del Código Único Disciplinario, primera unidad.



*hostilidades se aplica no solamente a guerras convencionales, sino también al tipo de guerra de guerrillas que caracteriza las hostilidades en Colombia. Por lo tanto, las partes del conflicto colombiano deben siempre respetar a aquellos civiles pacíficos que no participan o que dejaron de participar en el conflicto armado*<sup>47</sup>.

#### 6.4.2 Lesiones

##### a. Análisis del tipo

- Conducta: Consiste en causar daño a la integridad física o a la salud del sujeto pasivo.

En la medida en que la norma hace referencia expresa a la tipificación del delito de lesiones personales descrito por los artículos 111 a 121 del Código Penal, se está refiriendo a la calificación del delito por vía del resultado, de forma que el tipo penal específico atenderá a la concreta lesión que se haya ocasionado a la víctima. La diferencia que recogerá el mayor contenido del injusto de esta disposición se traduce en un incremento punitivo. Mayor contenido de injusto que se remite a un mayor desvalor de resultado por vía de afectación de otro bien jurídico, cual es la protección a las personas protegidas por la normativa que rige la conducción de las hostilidades.

La afectación a la integridad física o a la salud puede cometerse tanto en el aspecto físico, como en el mental del individuo. El contenido del bien jurídico de la integridad física ha sido entendido por nuestra legislación y por la jurisprudencia como la protección a una entidad triple del ser humano: la física, la fisiológica y la psicológica. Así mismo, el resultado ocasionado a la víctima puede ser de carácter permanente o transitorio, lo cual no tiene discusión en la medida en que son criterios adoptados por el legislador para tipificar el delito en que se verifique en atención al resultado producido a la integridad física del sujeto pasivo. En tal sentido, los análisis y consideraciones atinentes a la clasificación de esos tipos se aplican a este en virtud de la remisión normativa que el mismo artículo 136 efectuó<sup>48</sup>.

El delito puede ser cometido a través de conducta de acción, o de omisión impropia, con fundamento en los supuestos del artículo 25 del Código Penal para la estructura de la posición de garantía, con la incidencia que en el curso de un conflicto armado tiene la protección de bienes jurídicos por parte de los actores armados.

- Tipo subjetivo: Un punto resulta relevante en este aspecto, cual es la tipificación de la conducta por vía dolosa, tanto de dolo directo como eventual, ante la ausencia de manifestación expresa de la sanción por imprudencia.

En cuanto a la aplicación de las circunstancias de agravación del artículo 119 del Código Penal, que son las mismas a imponer al delito de homicidio (C.P., art. 104), encontramos que no se aplican al artículo 136 del Código Penal, en la medida en que dicha disposición se refiere a "*conductas descritas en los artículos anteriores*", que atienden a los tipos de lesiones personales, de forma que la remisión no podría extenderse por analogía.

En conclusión, encontramos que la pena aplicable para el delito del artículo 136 del Código Penal será la de la lesión simple o compleja, pero básica y dolosa, que se haya ocasionado a la víctima, con el agravante dispuesto en dicha disposición.

<sup>47</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Tercer informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Colombia, 1999, párr. 46.

<sup>48</sup> Así, serán aplicables los conceptos de incapacidad para trabajar o enfermedad, de transitoriedad y permanencia de la lesión, de órgano y miembro, de pérdida y perturbación, que han sido desarrollados en detalle por la jurisprudencia y la doctrinas nacionales.

En relación con los posibles concursos, encontramos que para efectos de los que se puedan presentar entre distintos tipos de lesiones, en virtud de los varios resultados producidos a la víctima, sería procedente la aplicación de la norma de unidad punitiva<sup>49</sup>, que acoge un supuesto que es aplicable en la medida en que el artículo 136 trasladó el esquema de identificación de la pena de los delitos de lesiones a esta conducta especial. En cuanto a la posible verificación de otros concursos de tipos, como serían aquellos con el delito de tortura en persona protegida, y con el de tratos inhumanos y degradantes y experimentos biológicos en persona protegida, consideramos que si bien las lesiones de carácter simple podrían ser recogidas por el injusto de estos tipos, no sucedería lo mismo con las lesiones complejas, frente a las cuales se construiría un concurso ideal de tipos.

### b. El crimen en el ámbito internacional

En el ámbito de los conflictos internacionales las siguientes conductas corresponden a crímenes de guerra que podrían encuadrar en el tipo de lesiones del artículo 136 del Código Penal. El artículo 8.2.a)iii) ER establece como grave violación *"el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud"*. El artículo 8.2.b)x) tipifica la conducta de *"Someter a personas que estén en poder de una parte adversa a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón de un tratamiento médico, dental u hospitalario, ni se lleven a cabo en su interés, y que causen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud"*. Como se indicó en relación con el homicidio, el artículo 8.2.a)vi) introduce una conducta específica frente a no combatientes: *"Causar la muerte o lesiones a un combatiente que haya depuesto las armas o que, al no tener medios para defenderse, se haya rendido a discreción"*. Y en relación con los conflictos no internacionales el artículo 8.2.c)i) indica que constituyen grave violación los *"Atentados contra la... integridad corporal, especialmente... las mutilaciones..."*, redacción que proviene del texto del literal a) del artículo 3º Común.

Los EC explican la mutilación como aquella conducta en que se desfigura o causa incapacidad permanente a la víctima, o se extirpa un órgano o se amputa un miembro, causándole la muerte o poniendo en grave peligro su salud física o mental, y siempre que la conducta no haya estado justificada<sup>50</sup> por tratamiento médico, dental u hospitalario realizado en interés de la persona. La doctrina internacional afirma que la mutilación debe ocasionar muerte o seria afectación a la salud física o mental de la víctima, sin justificación alguna en términos de tratamiento médico, dental u hospitalario, o de su propio interés<sup>51</sup>.

La expresión deliberadamente (*"wilful"* en su versión en inglés) supone una actuación dolosa del agente, intencional, que además acoge la modalidad del dolo eventual –como ya se indicó en párrafos anteriores-, más no la imprudencia<sup>52</sup>. Así lo ha entendido la jurisprudencia del TPIY<sup>53</sup>. En este contexto también ha quedado claro por vía tanto de jurisprudencia como doctrinal<sup>54</sup> que esa afectación puede ser de contenido físico o mental, y que puede ser o no permanente.

En la sentencia emitida por la Corte de Apelaciones del caso Celebici, el TPIY precisó que los siguientes hechos implicaron la comisión del crimen de causar graves sufrimientos o serias lesiones al cuerpo o la salud de las víctimas: " "<sup>55</sup>.

<sup>49</sup> "Artículo 117 C.P. Unidad punitiva. Si como consecuencia de la conducta se produjeren varios de los resultados previstos en los artículos anteriores, solo se aplicará la pena correspondiente al de mayor gravedad".

<sup>50</sup> EC Op. Cit. No. 46: "El consentimiento no es una exigente de este crimen. La disposición sobre este crimen prohíbe todo procedimiento médico que no esté indicado por el estado de salud de la persona afectada y que no esté de acuerdo con las normas médicas generalmente aceptadas que se aplicarían en circunstancias médicas análogas a personas que sean nacionales de la parte que realiza el procedimiento y que no estén en modo alguno privadas de su libertad. Esta nota también se aplica al mismo elemento del artículo 8 2) b) x)-2".

<sup>51</sup> Kittichaisaree, Op. Cit., p. 171.

<sup>52</sup> TPIY, Sentencia de Juzgamiento, La Fiscalía v. Zejnir Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic, Esad Landzo "Celebici case", Caso No. IT-96-21-T, párr. 155 (Traducción informal).

<sup>53</sup> TPIY, ibídem, párr. 551 (Traducción informal).

<sup>54</sup> Dörman, Op. Cit., p. 78.

<sup>55</sup> TPIY, Sentencia Corte de Apelaciones, La Fiscalía v. Zdravko Mucic, Hazim Delic y Esad Landzo, Caso Celebici IT-96-21-Abis, párr. 34.1) (Traducción informal).

En relación con el análisis del criterio de seriedad de la afectación requerido por la norma aplicable a los conflictos internacionales los tribunales internacionales han acudido incluso al criterio de incapacidad para trabajar<sup>56</sup>.

El tema de las diferencias entre las conductas de lesiones, tortura y tratos inhumanos será abordado en punto del artículo siguiente.

### 6.4.3 Tortura

#### a. Análisis del tipo

- Conducta: Consiste en infligir dolores o sufrimientos físicos o psíquicos. Es la misma redacción del tipo objetivo del artículo 178 del Código Penal. Estos actos pueden ser efectuados a través de conductas de acción o de omisión.
- Tipo subjetivo: Se trata de un delito doloso, con un elemento subjetivo adicional, que corresponde al específico propósito en la ejecución de la acción, de obtener información, confesión, imponer un castigo, intimidación o coacción que genere discriminación. La Corte Constitucional eliminó la expresión “*graves*” que calificaba los dolores o sufrimientos en la redacción original de la disposición de la Ley 599 de 2000 a través de Sentencia C-148 de 2005, con fundamento en que el concepto de tortura introducido por la Convención Interamericana otorga un mayor margen de protección y por ende debe ser el aplicado para estos efectos, en la medida en que no exige a la conducta el carácter de grave<sup>57</sup>.

#### b. Análisis jurisprudencial

En Sentencia C-351 de 1998 en la que la Corte Constitucional declaró exequible la Ley 409 de 1997 a través de la cual, se aprobó la Convención Interamericana contra la Tortura, afirmó que este delito transgrede el principio fundamental de la dignidad humana, y por ende no se puede aceptar que el sujeto activo solo pueda ser un agente relacionado con las organizaciones del Estado, de forma que en Colombia esta conducta se protege en un margen mayor que a nivel internacional, al incluirse un sujeto activo indeterminado<sup>58</sup>.

#### c. El crimen en el ámbito internacional

A diferencia de lo que sucede con la gran mayoría de los crímenes de guerra, la tortura ya había sido internacionalmente definida antes de la redacción del ER, a través de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos

<sup>56</sup> TPIY, Sentencia de Juzgamiento, La Fiscalía v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic, Esad Landzo “Celebici Case”, Caso No. IT-96-21-T, párr. 510 (Traducción informal).

<sup>57</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-148 del 22 de febrero de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis: “*En efecto en dicho instrumento internacional aprobado mediante la Ley 409 de 1997 [xciii] no solamente se excluye la expresión “graves” para efectos de la definición de lo que se entiende por tortura, sino que se señala claramente que se entenderá como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica. Es decir, que de acuerdo con la Convención Interamericana configura el delito de tortura cualquier acto que en los términos y para los fines allí señalados atente contra la autonomía personal, incluso si el mismo no causa sufrimiento o dolor. (...) Por el contrario la Corte declarará la inexecutable de la expresión “graves” contenida en el artículo 137 de la Ley 599 de 2000 que tipifica el delito de tortura en persona protegida y 178 de la misma ley que tipifica el delito de tortura por cuanto i) con ella se vulnera claramente la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura y consecuentemente el artículo 93 superior y por cuanto ii) el artículo 12 constitucional no hace ninguna distinción sobre la prohibición de la tortura que se fundamenta además en el respeto de la dignidad humana (C.P., art. 1º)*”.

<sup>58</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-351 del 15 de julio de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz.

o Degradantes de 1984, dictada en el seno de la Asamblea General de las NU<sup>59</sup>, la cual definió la conducta en los siguientes términos:

*"1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a estas".*

Si bien otros dos convenios internacionales, la Declaración de la Protección de la Tortura<sup>60</sup>, y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura<sup>61</sup> también introducen definiciones para este crimen, ha sido aceptado por la jurisprudencia que el concepto más representativo y que acoge a los demás es el planteado por la Convención de la ONU; en este sentido los tribunales *ad hoc* han entendido que esta definición integra la costumbre internacional, al punto de aceptarse que el sujeto activo calificado incluye a los miembros de las fuerzas armadas de grupos no estatales que intervienen en conflictos armados de carácter interno<sup>62</sup>. Las diferencias de esta definición con el texto de la norma interna atienden al sujeto activo calificado y a la connotación de gravedad de la conducta.

Pero más allá de las normas, para la doctrina<sup>63</sup> y la jurisprudencia internacional es claro que la tortura es una conducta prohibida no solo por los convenios y tratados entre Estados, sino además y de manera fundamental por la costumbre internacional, al punto de integrar una norma de *ius cogens*<sup>64</sup>. Así, si bien la forma de tortura reconocida por los instrumentos internacionales es aquella realizada con un propósito específico y por sujetos activos calificados, para la doctrina *"la tortura no es solo condenable*

<sup>59</sup> Ratificada por Colombia e introducida a la legislación interna mediante la Ley 170 de 1996.

<sup>60</sup> Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Resolución 3452 (XXX) del 9 de diciembre de 1975, de la Asamblea General de las Naciones Unidas: "ART. 1º-1. A los efectos de la presente Declaración, se entenderá por tortura todo acto por el cual un funcionario público, y otra persona a instigación suya, inflija intencionadamente a una persona penas o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar a esa persona o a otras. No se considerarán tortura las penas o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de la privación ilegítima de la libertad, o sean inherentes o incidentales a esta, en la medida en que estén en consonancia con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos. 2. La tortura configura una forma y agravada y deliberada de trato cruel, inhumano o degradante".

<sup>61</sup> Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura de 1985: "ART. 2º-Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica. No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a estas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo". Ratificada por Colombia e introducida a la legislación interna a través de la Ley 409 de 1997.

<sup>62</sup> TPIY, Sentencia de Juzgamiento, La Fiscalía v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic, Esad Landzo "Celebici case", Caso No. IT-96-21-T, párr 473: "Tradicionalmente, un acto de tortura debe ser cometido por o instancias de, o con el consentimiento o aquiescencia de un oficial público o de una persona que actúa por capacidad oficial. En el contexto del Derecho Internacional Humanitario este requisito debe ser interpretado para incluir oficiales de las partes no estatales del conflicto, para efectos de que la prohibición mantenga significado en situaciones de conflicto armado interno o conflictos internacionales que involucren entidades no estatales". (Traducción informal).

<sup>63</sup> Henckaerts Jean-Marie, Doswald-Beck Louise, Op. Cit., p. 359.

<sup>64</sup> TPIY, Sentencia de Juzgamiento, La Fiscalía v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic, Esad Landzo "Celebici case", Caso No. IT-96-21-T, párr. 452 y 454: "No puede haber duda de que la tortura está prohibida tanto por la norma convencional como por el derecho internacional consuetudinario. (...) Basado en lo

como institución judicial; el acto de tortura es reprobable en sí mismo, quien quiera que sea su autor, y no puede justificarse en ninguna circunstancia”<sup>65</sup>.

Para efectos de los conflictos de carácter internacional el crimen tipificado por el ER obra en el artículo 8.2.a)ii) “La tortura o los tratos inhumanos incluidos los experimentos biológicos”; mientras que ante los conflictos de carácter no internacional, en el artículo 8.2.c)i): “... los tratos crueles y la tortura”. La jurisprudencia internacional no ha encontrado diferencia de tratamiento en las descripciones de los crímenes de tortura aplicables a los conflictos internacionales e internos<sup>66</sup>.

En el documento de EC encontramos los elementos integrantes del crimen de guerra aplicable al conflicto de ámbito internacional y del interno, dentro de los cuales, se establece que el autor haya tenido una finalidad “tal como la de obtener información o una confesión, castigar a la víctima, intimidarla o ejercer coacción sobre ella o por cualquier otra razón basada en discriminación de cualquier tipo”, aspecto del tipo subjetivo que retoma los términos de la definición de la Convención de la ONU. Las únicas diferencias que se encuentran en los EC para estos dos crímenes atienden al carácter del sujeto pasivo, que frente a conflictos internacionales son las personas protegidas por los CG y en los no internacionales son las personas fuera de combate, civiles o miembros de personal sanitario o religioso que no toman parte activa en las hostilidades; además, que la conducta se hubiera cometido en el contexto de un conflicto armado de una u otra índole y hubiera estado relacionado con él.

La definición del ER introducida en punto de los Crímenes de Lesa Humanidad es diversa a la de la Convención, pero consideramos que lo es en un sentido de mayor alcance<sup>67</sup>. El artículo 7.2.e) la define en los siguientes términos: “Por tortura se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas”. Nótese cómo esta definición no incluye un propósito específico y amplió del carácter del sujeto activo, por lo cual consideramos que no se opone a la redacción prevista por la Convención<sup>68</sup>. Y en cuanto a la relación de custodia o control que exige la definición del Crimen de Lesa Humanidad y no el de Guerra del ER, el documento EC nos precisa que toda vez que la víctima debe tratarse de una persona protegida en virtud del DIH, no se requiere la inclusión de este requisito<sup>69</sup>. En síntesis, el ER utiliza dos definiciones distintas para el crimen de tortura, según se trate este de un crimen de lesa humanidad o un crimen de guerra.

Para la jurisprudencia internacional, los elementos del crimen de guerra de tortura son los siguientes<sup>70</sup>: 1) Ocasionar, a través de una acción o una omisión severo dolor o sufrimiento físico o mental; 2) Que ese acto sea intencional; 3) Que se dirija a obtener información o confesión, o a castigar, intimidar, humillar, coaccionar, o discriminar bajo cualquier fundamento a la víctima o a una tercera persona; 4) Que la conducta esté relacionada con un conflicto armado; 5) Y que al menos una de las personas involucradas en el acto de tortura sea un oficial público, o actúe bajo una capacidad no privada de cualquier nivel, por ejemplo de un órgano

---

anterior, se puede afirmar que la prohibición de la tortura es una norma de derecho consuetudinario. Más allá, constituye una norma de *ius cogens*, como ha sido confirmado por el Reporte Especial sobre la Tortura de las Naciones Unidas. Adicionalmente, debe anotarse que la prohibición contenida en los instrumentos internacionales es absolutamente inderogable, bajo cualquier circunstancia”. (Traducción informal).

<sup>65</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 (Protocolo II), Op. Cit., p. 127.

<sup>66</sup> Cfr. TPIY, Sentencia de Juzgamiento, La Fiscalía v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic, Esad Landzo “Celebici case”, Caso No. IT-96-21-T, párr. 443 (Traducción informal).

<sup>67</sup> Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. El artículo 1.2 afirma que la definición de la tortura “se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance”.

<sup>68</sup> Las diferencias en punto de la calidad del sujeto activo y de gravedad de la conducta se mantienen frente a la norma interna.

<sup>69</sup> Cfr. EC, Op. Cit. No. 35.

<sup>70</sup> TPIY, Sentencia de Juzgamiento, La Fiscalía v. Anto Frundzija, Caso No. IT-95-17/1-T, párr. 162. (Traducción informal).

de facto de un Estado o de cualquier otra entidad que ejerza autoridad. El elemento del propósito específico que caracteriza el crimen de tortura ha sido ampliamente tratado en la jurisprudencia internacional, la cual ha afirmado que no se trata de un listado exhaustivo de motivos, sino solamente indicativo y que se extiende al concepto de discriminación y trato humano; pero que aún así, para que se considere la conducta como un crimen de guerra debe tener un contenido de acto no privado, sino relacionado con el conflicto y correspondiente –por vía de autoría o participación- a un actor del mismo, el cual puede ser miembro de las fuerzas armadas del Estado o de un grupo no estatal involucrado en el conflicto<sup>71</sup>.

En relación con la diferencia entre la conducta de causar graves sufrimientos o serias lesiones en el cuerpo o la salud (recogidas en el ordenamiento interno por el delito de lesiones, artículo 135 del Código Penal) y la tortura es relevante la sentencia de juicio del caso Blaskic del TPIY, en que el tribunal afirmó que *“Esta ofensa es un acto intencional o una omisión consistente en causar grandes sufrimientos o serias lesiones en el cuerpo o la salud, incluyendo la salud mental. Esta categoría de ofensas incluyen esos actos que no llenan las condiciones establecidas por la caracterización de la tortura, aunque actos de tortura pueden encuadrar en la definición dada. Un análisis de la expresión “causar intencionalmente grandes sufrimientos o serias lesiones al cuerpo o la salud” indica que esta es una ofensa singular, cuyos elementos están planteados como opciones alternativas”*<sup>72</sup>. En el mismo sentido se pronunció el TPIY en la sentencia del *“Caso Celebici”*<sup>73</sup>; y en la decisión de apelación del mismo caso ante el TPIY<sup>74</sup> el tribunal tipificó como conducta de tortura, entre otros, los siguientes actos: encierro de prisioneros sin agua ni bebidas, golpizas con diversos elementos, serias quemaduras con cuchillos calientes, postura de máscaras de gas; y en relación con dos mujeres, las conductas de violación sexual frente a otras personas también fueron sancionadas por el crimen de tortura<sup>75</sup>. Se ha precisado además en la

<sup>71</sup> Cfr. TPIY, Sentencia de Juzgamiento, La Fiscalía v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic, Esad Landzo “Celebici case”, Caso No. IT-96-21-T, párr. 470, 471 y 473: *“Otro de los elementos críticos del crimen de tortura es la presencia de un propósito prohibido. Como se estableció previamente, la lista de esos propósitos prohibidos en la Convención contra la Tortura se extienden sobre los enumerados en la Declaración contra la Tortura, al adicionar “discriminación de cualquier tipo”. El uso del término “para esos propósitos” no constituye una lista exhaustiva, y debe ser tomada como meramente representativa... Así, en relación con la verificación de este requisito el propósito prohibido debe ser simplemente una parte de la motivación detrás de la conducta y no tiene que ser la predominante, ni el único propósito. Una distinción fundamental en relación con el propósito para el cual se comete la tortura es aquel entre “propósito prohibido” y uno que sea puramente privado. El fundamento detrás de esta distinción es que la prohibición de la tortura no se refiere a conductas privadas, las cuales son ordinariamente sancionadas bajo las leyes nacionales. Particularmente, la violación y otros ataques sexuales han sido comúnmente denominados como “privados”, diferenciando entre su sanción por la vía interna o la internacional. Sin embargo, esa conducta puede coincidir con los propósitos requeridos por la conducta durante un conflicto armado, como puede ser la intimidación, la coerción, el castigo o la discriminación, que pueden ser frecuentemente parte integral del comportamiento, llevando así a la conducta la relevancia de la definición. De acuerdo con lo anterior, solo en casos excepcionales puede entonces ser posible concluir que la comisión de severos dolores o sufrimientos por parte de un oficial público no constituye tortura... sobre la base de que él actuó solamente por motivos de carácter privado (...). Tradicionalmente un acto de tortura debe ser cometido por o instigado por, o con el consentimiento o aquiescencia de un oficial público o de una persona que actúe con capacidad oficial. En el contexto del derecho internacional humanitario este requisito debe ser interpretado para incluir oficiales de partes no estatales en el conflicto, para que la prohibición adquiera significado en los conflictos armados internos y en los conflictos internacionales que involucran entidades no estatales”* (Traducción informal).

<sup>72</sup> TPIY, Sentencia de Juzgamiento, La Fiscalía v. Tihomir Blaskic, Caso IT-95-14-T, párr. 156 (Traducción informal).

<sup>73</sup> TPIY, Sentencia de Juzgamiento, La Fiscalía v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic, Esad Landzo “Celebici case”, Case no. IT-96-21-T, párr. 442: *La Cámara de juicio encuentra que la tortura es el más específico de los crímenes de maltrato constitutivos de “graves violaciones” e implica actos u omisiones, para o en el curso de una investigación, o con el consentimiento o aquiescencia de un oficial, que además son cometidos por un particular y prohibido propósito y causan un nivel severo de dolor o sufrimiento físico o mental. El crimen de causar intencionalmente grandes sufrimientos o lesiones al cuerpo o a la salud se diferencian de la tortura en primera medida sobre la base de que los actos u omisiones no tienen que ser cometidos por un propósito prohibido como se requiere en el crimen de tortura. Finalmente, dentro del marco de las graves violaciones los tratos inhumanos involucran actos de acción y omisión que causan serios sufrimientos o lesiones mentales o físicas y constituyen un serio ataque a la dignidad humana. De acuerdo con ello, todos los actos u omisiones que constituyen tortura o el crimen de causar intencionalmente grandes sufrimientos o serias lesiones al cuerpo o a la salud también constituyen tratos inhumanos. Sin embargo, esta tercera categoría de ofensa no se limita a esos actos ya incorporados en las otras dos, y se extiende más allá, a actos que violan el principio básico del trato humano, particularmente en relación con la dignidad humana”*. (Traducción informal).

<sup>74</sup> TPIY, Sentencia Corte de Apelaciones, La Fiscalía v. Zdravko Mucic, Hazim Delic y Esad Landzo, Caso Celebici IT-96-21-Abis, párr. 34.4 (Traducción informal).

<sup>75</sup> La conducta correspondió a actos de interrogatorio con uso de medios que ponen en peligro la vida y afectan la integridad física y psíquica a dos mujeres a quienes se les pretendía extraer información acerca de sus esposos, de forma que en el curso de los interrogatorios fueron violadas frente a varios guardas, mientras eran apuntadas con armas. *Ibidem*, par. 40.3. (Traducción informal).

jurisprudencia que este crimen, aunque normalmente se comete por vía de acciones, también puede ser evidentemente cometido a través de comportamientos de omisión intencionales<sup>76</sup>.

La doctrina internacional coincide con la jurisprudencia en que el nivel de sufrimiento recogido por el crimen de tortura corresponde al de mayor nivel, y ha planteado como ejemplos de este crimen, entre otros, los interrogatorios bajo peligro para la vida, los ataques sexuales, privación de agua y alimentos, negación de tratamientos médicos requeridos, obligar a observar actos de tortura ocasionados a un tercero, mantener al sujeto desnudo, y la amputación de partes del cuerpo<sup>77</sup>.

En síntesis puede afirmarse que en el ámbito internacional todo acto de tratos inhumanos es sancionable como conducta prohibida por el derecho consuetudinario, pero según la forma de comisión de la acción o la omisión en el caso concreto, el crimen aplicable será el de tortura<sup>78</sup>, el de lesiones, o el de tratos inhumanos, todos violatorios del principio fundamental del DIH del trato humano.

#### 6.4.4 Acceso carnal violento

##### a. Análisis del tipo

- Conducta: Acceso carnal por medio de violencia. Para la integración del concepto esta disposición se remite expresamente a la definición del artículo 122 C.P.

En relación con la violencia como forma de ejecución de la conducta también habrá de aplicarse la interpretación doctrinal y jurisprudencial que atinente a los tipos de los artículos 205 y 206 C.P., en el sentido de entender por tal aquella fuerza que se ejerce sobre la víctima con el propósito de doblegar su voluntad<sup>79</sup>, no quedando por ende recogidas dentro del desvalor del injusto de este tipo complejo acciones que excedan dicha fuerza necesaria para el logro de ese propósito, las cuales serían recogidas por delitos autónomos como la tortura, las lesiones personales, los tratos inhumanos, entre otros, tipos especiales también por supuesto referidos a personas protegidas. Resultará especialmente relevante el concurso de tipos que se verifique entre el acceso carnal en persona protegida y las lesiones consistentes en perturbación psíquica en persona protegida.

##### b. El crimen en el ámbito internacional

La prohibición de violaciones y cualquier otra forma de violencia sexual ha sido aceptada como regla de derecho internacional consuetudinario aplicable a cualquier tipo de conflicto armado<sup>80</sup>. Esta conducta es recogida por el artículo 8.2.b)xxii ER en el acápite de las otras serias violaciones, en el ámbito de los conflictos internacionales, pero con un contenido más amplio que el

<sup>76</sup> TPIY, Sentencia de Juzgamiento, La Fiscalía v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic, Esad Landzo "Celebici case", Caso No. IT-96-21-T, párr. 468: "De las discusiones anteriores se puede observar que los casos más característicos de tortura envuelven actos positivos. Sin embargo, las omisiones también pueden proveer los elementos materiales requeridos, el sufrimiento físico o mental causado en el requerido nivel de severidad, y que el acto u omisión haya sido intencional, lo que implica un acto que, bajo un juicio objetivo, sea deliberado y no accidental.". (Traducción informal).

<sup>77</sup> Cfr. Dörman, Op. Cit., p. 52 a 55 (Traducción informal).

<sup>78</sup> TPIY, Sentencia de Juzgamiento, La Fiscalía v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic, Esad Landzo "Celebici case", Case no. IT-96-21-T, párr. 460 y 468: "La Cámara de Juicio ahora considera que el nivel de severidad del dolor o el sufrimiento requerido, la existencia de un propósito prohibido, y la medida de implicación del oficial, son los requisitos para demostrar el crimen de tortura.(...) Maltrato que no alcance el nivel de severidad necesario para ser característico de la tortura puede constituir otra ofensa". (Traducción informal).

<sup>79</sup> Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso No. 9401, Aprobado acta No.70, M.P. Fernando E. Arboleda Ripoll, Bogotá, 8 de mayo de 1996.

<sup>80</sup> Henckaerts, Jean-Marie, Doswald-Beck, Louise, Op. Cit., p. 369.

del crimen interno de violación, que recogería a su vez el de actos sexuales violentos del artículo 139 C.P.: “xxii) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7º, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra”. En forma paralela, el artículo 8.2.c)vi establece el crimen como otras serias violaciones del DIH en conflictos armados no internacionales con la misma descripción, salvo en lo referente a los Convenios de Ginebra, punto en el cual se remite al artículo 3º Común a los mismos.

Los EC describen cada uno de estos crímenes también de manera uniforme para los conflictos internacionales y los internos. El crimen de violación se expone como la conducta en “Que el autor haya invadido<sup>81</sup> el cuerpo de una persona<sup>82</sup> mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual o del orificio anal o genital de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo”<sup>83</sup>, la cual debe haberse “cometido por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa persona u otra persona aprovechando el entorno coercitivo, o se haya realizado en condiciones en que la persona era incapaz de dar su libre consentimiento”<sup>84</sup>.

El crimen de violación es, además de una infracción a las reglas de la guerra, también un crimen de lesa humanidad, diferenciándose en punto del contexto de la comisión de la conducta.

Las conductas de esclavitud sexual y prostitución forzada, que integran la descripción de este mismo crimen, están previstas en la legislación interna en tipos posteriores. Por el contrario, los crímenes de embarazo forzado<sup>85</sup> y de esterilización forzada<sup>86</sup> no están tipificados dentro de este título de delitos contra personas protegidas por el DIH. No obstante, corresponderían a tratos inhumanos contra persona protegida, y son además formas de comisión del crimen de genocidio<sup>87</sup> por la vía indirecta prevista por el segundo inciso del artículo 101 C.P.<sup>88</sup>.

La jurisprudencia internacional ha afirmado que la conducta de violación es una forma común de tortura en el curso de los conflictos armados, así como un acto de violación a la dignidad personal<sup>89</sup>, que constituye una conducta prohibida por las leyes

<sup>81</sup> Op. Cit. No. 50 de los EC se precisa que “El concepto de invasión se utiliza en sentido amplio, para que resulte neutro en cuanto al género”.

<sup>82</sup> Op. Cit. No. 49 de los EC se precisa, como se indicó en párrafos anteriores, lo siguiente: “Para los efectos de este crimen, el término “personas” puede referirse a personas fallecidas. Se entiende que la víctima no tiene que ser consciente de la existencia de un trato humillante o degradante o de un atentado contra su dignidad. Este elemento tiene en cuenta los aspectos pertinentes de la cultura a que pertenece la víctima”.

<sup>83</sup> Nótese cómo el concepto de acceso señalado por los EC coincide con el del artículo 212 C.P., al recoger las conductas que fueron incluidas a través de esta definición creada por la Ley 599 de 2000 y que antes podían ser objeto de discusión frente a los actos sexuales.

<sup>84</sup> Op. Cit. No. 51 de los EC se precisa: “Se entiende que una persona es incapaz de dar su libre consentimiento si sufre una incapacidad natural, inducida o debida a la edad. Esta nota es también aplicable a los elementos correspondientes del artículo 8 2) b) xxii)-3, 5 y 6”. Se refiere a los crímenes de prostitución forzada, esterilización forzada y violencia sexual.

<sup>85</sup> ER ART. 7º-“f) Por “embarazo forzado” se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo”.

<sup>86</sup> Según los EC, esta conducta consiste en “Que el autor haya privado a una o más personas de la capacidad de reproducción biológica”, y “Que la conducta no haya tenido justificación en un tratamiento médico u hospitalario de la víctima o víctimas ni se haya llevado a cabo con su libre consentimiento”.

<sup>87</sup> Colombia, Código Penal. Art. 101. Nums. 2º y 4º.

<sup>88</sup> El embarazo forzado es un resultado recogido por la agravante del numeral 6º del artículo 211. La esterilización forzada podría recogerse a través de un delito de lesiones personales, si es el caso, o en su defecto de constreñimiento ilegal.

<sup>89</sup> TPIR, Sentencia de Juzgamiento, La Fiscalía v. Jean Paul Akayesu, Caso No. ICTR-96-4-T, párr. 687: “Como la tortura, la violación es usada para propósitos de intimidación, degradación, humillación, discriminación, castigo, control o destrucción de una persona. Como en la tortura, la violación es la trasgresión de la dignidad personal, y la violación de hecho constituye un acto de tortura cuando es inflingida o instigada, o realizada con el consentimiento o aquiescencia de un oficial público, o de cualquier persona que actúe bajo capacidad oficial”. (Traducción informal). En el mismo sentido: TPIY, Sentencia de Juzgamiento, La Fiscalía v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic, Esad Landzo “Celebici case”, Caso No. IT-96-21-T, párr. 479: “Esta Cámara de Juzgamiento está de acuerdo



y por las costumbres de la guerra<sup>90</sup>. Este tema fue tratado también en el acápite correspondiente al delito de tortura en persona protegida.

#### 6.4.5 Actos sexuales violentos

##### a. Análisis del tipo

Realizar acto sexual diverso al acceso carnal, en los términos de la descripción del artículo 122 C.P., mediante violencia. En relación con el elemento de la fuerza que califica la conducta e integra un tipo complejo, se aplica lo referido en punto del delito anterior.

##### b. El crimen en el ámbito internacional

Además de incluirse en la regla No. 93 de DIH referida en relación con la violación, los actos de violencia sexual están previstos por los mismos artículos 8.2.b)xxii y 8.2.c)vi, para los conflictos armados de carácter internacional y los internos, respectivamente.

Según los EC este crimen consiste en la ejecución de actos “de naturaleza sexual contra una o más personas” o que “haya hecho que esa o esas personas realizaran un acto de naturaleza sexual por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el miedo a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas o contra otra o aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de esa o esas personas de dar su libre consentimiento”, requiriéndose además que “la infracción haya tenido una gravedad comparable a la de una infracción grave a los Convenios de Ginebra”. Con este último elemento el Estatuto excluye su competencia sobre conductas que puedan resultar ajustadas a la descripción típica, pero que no revistan la trascendencia requerida para ser asimiladas a una grave infracción a los CG.

La jurisprudencia internacional ha afirmado que constituyen crímenes de guerra no solo los ataques sexuales que implican penetración, sino también todo abuso de índole sexual, serio y que afecta la dignidad e integridad física y moral de la víctima<sup>91</sup>.

#### 6.4.6 Agravantes

##### a. Análisis del tipo

En relación con las circunstancias de agravación del artículo 211 C.P., que fueron recientemente modificadas a través de la Ley 1236 de 2008, encontramos que resultarán de frecuente ocurrencia las que se refieren a la intervención de más de una persona en la conducta, un determinado carácter o posición del autor que le dé autoridad sobre la víctima, sobre una persona en especial posición de vulnerabilidad, o con el propósito de generar temor en la comunidad.

---

con el razonamiento anterior, y no ve razón para apartarse de la conclusión del ICTR en el Juicio contra Akayesu en esta materia. Así, la Cámara de Juzgamiento considera que la violación sexual constituye una invasión física de naturaleza sexual, cometida en una persona bajo circunstancias que son de carácter coercitivo”. (Traducción informal).

<sup>90</sup> TPIY, Sentencia de Juzgamiento, La Fiscalía v. Anto Furundzija, Caso No. IT-95-17/1-T, párr. 171 y 172.

<sup>91</sup> TPIY, Sentencia de Juzgamiento, La Fiscalía v. Anto Frundzija, Case no. IT-95-17/1-T, párr. 186: “Como se anotó arriba, las reglas penales internacionales sancionan no solo la violación sino también cualquier ataque sexual serio que no corresponda a la penetración. Al parecer la prohibición incluye todos los serios abusos de naturaleza sexual inflingidos sobre la integridad física y moral de la persona por medio de coacción, amenaza de fuerza o intimidación, de forma degradante y humillante para la dignidad de la víctima. Como las dos categorías de actos son criminales en la ley internacional, la distinción entre ellas no es de índole material, para los propósitos de la sentencia”. (Traducción informal).

Lo anterior, por cuanto recogen circunstancias que pueden corresponder a la ejecución de la conducta cometida en relación con el conflicto armado en cuyo curso se verifica; otras circunstancias, como la relación de parentesco con la víctima, parecerían atender más a conductas individuales y personales, no relacionadas con el conflicto y que serían sancionadas por la norma no especial.

Es importante anotar que la normativa internacional no utiliza el mecanismo de las circunstancias de agravación; el ER tipifica las conductas de acceso carnal y acto sexual, en los términos en que ya se precisó, pero no prevé especiales circunstancias que incrementen la reacción punitiva del tribunal. En tal sentido, la interpretación de esta disposición tendrá que basarse en los desarrollos doctrinales y jurisprudenciales propios de la normativa interna.

#### 6.4.7 Prostitución forzada

##### a. Análisis del tipo

Obligar, mediante la fuerza, a prestar servicios sexuales. La conducta especial descrita en este delito no reproduce el contenido del tipo objetivo de otra disposición de la parte especial, como sucede con varias de las anteriores normas revisadas. Nótese cómo el artículo 213 atiende a la conducta de inducción a la prostitución, y se limita a los propósitos de lucro y la satisfacción de deseos ajenos, y el 214 sí recoge la conducta efectuada con fuerza, pero también limitada al mismo dolo específico señalado. Por otra parte, la conducta de esclavitud sexual se aborda en el delito de trata de personas, descrito por el artículo 188<sup>3</sup> C.P.

##### b. El crimen en el ámbito internacional

Es norma de derecho internacional consuetudinario, por ende aplicable a los dos ámbitos de conflictos armados, la prohibición de la esclavitud y la trata de esclavos en todas sus formas<sup>92</sup>.

La conducta descrita en este tipo penal es recogida por el ER bajo conceptos distintos, diferenciándose uno y otro en punto del elemento subjetivo adicional que identifica el crimen de guerra de prostitución forzada y no está presente en la esclavitud sexual, consistente en la intención de obtener un provecho económico, o de otra índole con la ejecución de la conducta.

Se describen estos crímenes en los mismos términos para el ámbito del conflicto internacional y del interno, a través de los artículos 8.2.b)xxii y 8.2.c)vi a los que ya se ha hecho referencia, en la medida en que acogen también las conductas de violación, actos sexuales, embarazo forzado y esterilización forzada.

El crimen de guerra de esclavitud sexual es definido por los EC como aquel en que *"el autor haya ejercido uno de los atributos del derecho de propiedad sobre una o más personas, como comprarlas, venderlas, prestarlas o darlas en un trueque, o imponerles algún tipo similar de privación de la libertad, o cualquiera de dichos atributos"*<sup>93</sup>. Y además la conducta requiere que *"el autor haya hecho que esa persona o esas personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual"*. Se reconoce expresamente la posibilidad de verificarse supuestos de coautoría en la comisión de este crimen, dada su entidad<sup>94</sup>.

<sup>92</sup> Henckaerts Jean-Marie, Doswald-Beck Louise, Op. Cit., pp. 373 y ss.

<sup>93</sup> Op. Cit. No. 53 de los EC se precisa: *"Se entiende que ese tipo de privación de libertad podrá, en algunas circunstancias, incluir la exacción de trabajos forzados o reducir de otra manera a una persona a una condición servil, según se define en la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, de 1956. Se entiende además que la conducta descrita en este elemento incluye el tráfico de personas, en particular de mujeres y niños"*.

<sup>94</sup> EC Op. Cit. No. 64.

El crimen de prostitución forzada es explicado en los EC como aquel en que *"el autor haya hecho que una o más personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas o contra otra o aprovechando un entorno coercitivo o la incapacidad de esa o esas personas de dar su libre consentimiento"*. Es además elemento de la conducta el hecho de que *"el autor u otra persona hayan obtenido o esperado obtener ventajas pecuniarias o de otro tipo a cambio de los actos de naturaleza sexual o en relación con ellos"*.

#### 6.4.8 Utilización de medios y métodos de guerra ilícitos<sup>95</sup>

##### a. Análisis del tipo

- Conducta: Utilizar medios o métodos de guerra prohibidos por el DIH.

Los "medios de guerra" consisten en *"armas y sistemas de armas a través de los cuales se ejerce materialmente la violencia contra el adversario"*<sup>96</sup>. Por su parte, las "armas" son los *"Medios que los Estados suministran a sus fuerzas armadas a fin de que, en un conflicto armado, puedan ejercer concretamente la violencia contra el adversario, que en límites justificados por la necesidad militar y no contrarios al honor militar, es lícita en tiempo de guerra"*<sup>97</sup>.

Los "métodos de guerra" corresponden a *"los procedimientos tácticos o estratégicos utilizados, en la conducción de las hostilidades, para vencer al adversario empleando, sobre la base de informaciones que sobre él se obtengan, los efectos de las armas, combinados con el movimiento y la sorpresa"*<sup>98</sup>.

Toda vez que no existe un derecho ilimitado a la elección de los medios y métodos de combate, las partes tienen la obligación de establecer si el uso de uno en concreto está o no prohibido. El principio general se basa en que el único objetivo legítimo de la guerra es debilitar las fuerzas armadas del adversario, y para esos efectos basta con poner fuera de combate el mayor número posible de enemigos; en consecuencia, están prohibidas las armas y los métodos de guerra que causan males superfluos o sufrimientos innecesarios y aquellos que producen efectos indiscriminados o son excesivamente nocivos.

Son ejemplos de medios de guerra (armas) prohibidos las balas *dum dum*, el uso de veneno en los proyectiles, y armas biológicas. Y de métodos de guerra ilícitos la perfidia, el terror, hacer padecer hambre a la población, las represalias contra objetivos no militares, los ataques indiscriminados, los ataques contra el medio ambiente natural y a bienes que contienen fuerzas peligrosas, no dar cuartel, el pillaje, y la toma de rehenes. Algunas de estas conductas fueron, sin embargo, introducidas por el legislador interno a través de tipos penales distintos a este de carácter general, de forma que ante un supuesto fáctico de comisión de una de tales conductas, como por ejemplo la perfidia, se presentaría un concurso aparente de tipos a resolverse a favor de este último en aplicación del principio de especialidad.

En el análisis de la ilicitud de un medio o método de guerra es determinante la verificación del principio de proporcionalidad<sup>99</sup>, de forma que será este postulado el que permitirá resolver qué son sufrimientos o pérdidas innecesarias o males superfluos. Este

<sup>95</sup> Lo concerniente a la temática relacionada con métodos y medios de guerra se abordó en el módulo Aplicación principios del DIH a los tipos penales consagrados en el título II del Código Penal y al artículo 48 del Código Único Disciplinario, en la primera unidad.

<sup>96</sup> Verri Pietro, Op. Cit, p. 62.

<sup>97</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>98</sup> *Ibidem*, p. 63.

<sup>99</sup> Véase el concepto y reglas del principio de proporcionalidad en el módulo Aplicación principios del DIH a los tipos penales consagrados en el título II del Código Penal y al artículo 48 del Código Único Disciplinario.

principio pretende precisamente limitar los daños que pueden causarse en el curso de las operaciones militares y exige que los medios y métodos utilizados no sean desproporcionados en relación con la ventaja militar que se pretende; en este sentido, la revisión de la licitud o ilicitud de un medio o un método de guerra debe realizarse en el contexto de la ventaja militar buscada con el ataque.

La Corte Constitucional, en sentencia de revisión automática de constitucionalidad a la Ley 469 de 1998 por medio de la cual se aprobó la *"Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados"*, de 1980 y sus 4 Protocolos<sup>100</sup> hace referencia al derecho limitado al uso de la fuerza en el curso de las hostilidades y precisa que estas disposiciones tienden a la humanización de la guerra a través de la prohibición de armas que causan destrucción masiva del género humano<sup>101</sup>. En providencia posterior<sup>102</sup>, de revisión de la Ley 525 de 1999, que aprobó la *"Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción"* de 1993, la Corte ahondó sobre la ilegalidad del uso de determinados medios de guerra y afirmó que las armas químicas contrarían el derecho a la paz y la necesidad de limitar la forma de hacer la guerra<sup>103</sup>. En el mismo sentido se manifestó esta alta corporación en sentencia C-991 de 2000 que declaró exequible la Ley 554 de 2000, mediante la cual se aprobó la denominada Convención de Ottawa contra las minas antipersonal<sup>104</sup>; y posteriormente en sentencia C-534 de 2008, a través de la cual, se declaró exequible la Ley 1072 de 2006 que aprobó la enmienda a la Convención sobre armas no convencionales la cual extendió su aplicación a los conflictos no internacionales<sup>105</sup>.

## b. El crimen en el ámbito internacional

En el ámbito internacional, la utilización de medios y métodos de guerra ilícitos corresponde al ámbito de protección de la vertiente del DIH denominada Derecho de La Haya, que precisamente busca limitar los medios y los métodos que pueden ser lícitamente utilizados por las partes en el desarrollo de un conflicto armado, sobre la base del objetivo de la guerra que no es otro que ganar, lo cual se logra debilitando las fuerzas militares del enemigo. En consecuencia, son múltiples las conductas que corresponden a la denominación de medios y métodos de guerra ilícitos. La prohibición de emplear medios y métodos de guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios es una norma de derecho internacional consuetudinario aplicable a conflictos armados internacionales y no internacionales<sup>106</sup>.

Son antecedentes de la regulación de los medios y métodos de guerra la Declaración de San Petersburgo de 1868<sup>107</sup>, a través de la cual, los Estados acuerdan prohibir el uso de determinados proyectiles en tiempo de guerra, la Declaración de La Haya de 1899,

<sup>100</sup> Protocolo I. Sobre fragmentos no localizables, Protocolo II Sobre prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos. Protocolo III Sobre prohibiciones o restricciones del empleo de armas incendiarias. Protocolo Adicional, considerado como IV, sobre armas láser cegadoras.

<sup>101</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-156 del 10 de marzo de 1999, Magistrada Ponente. Martha Victoria Sáchica de Méndez.

<sup>102</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-328 del 22 de marzo de 2000. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>103</sup> *"Las armas químicas tienen efectos indiscriminados y su acción en muchas ocasiones supera la capacidad de control del agresor, de suerte que constituyen armas de destrucción masiva. Nada más alejado de los principios del derecho internacional humanitario, que la utilización de medios de guerra con tales efectos"*.

<sup>104</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-991 del 2 de agosto de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis, declara la exequibilidad de la Ley 554 de 2000 mediante la cual se aprobó la Convención de Ottawa de 1997.

<sup>105</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-534 del 28 de mayo de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>106</sup> Henckaerts, Jean-Marie, Doswald-Beck, Louise, Op. Cit., pp. 265 y ss.

<sup>107</sup> Declaración de San Petersburgo de 1868, con el objeto de prohibir el uso de determinados proyectiles en tiempo de guerra (St. Petersburg) San Petersburgo los días 29 de noviembre - 11 de diciembre de 1868. *"A propuesta del Gabinete Imperial de Rusia, una Comisión militar internacional se ha reunido en San Petersburgo con el objeto de examinar la conveniencia de prohibir el uso de determinados proyectiles en tiempo de guerra entre naciones civilizadas, habiendo fijado esta Comisión, de común acuerdo, los límites técnicos en que deben detenerse las necesidades de la guerra ante las exigencias de la humanidad, los Abajo Firmantes están autorizados, por las órdenes de sus Gobiernos, a declarar lo que sigue: Considerando: Que los progresos de la civilización deben tener por efecto atenuar en cuanto sea posible las calamidades de la guerra; Que la única finalidad legítima que los Estados deben proponerse durante la guerra es el debilitamiento de las fuerzas militares del enemigo; Que, a este fin, basta con poner fuera de combate al mayor número posible de hombres; Que esta finalidad quedaría sobrepasada por el empleo de armas que agravarían inútilmente los sufrimientos de los hombres puestos fuera de combate, o bien harían que su muerte fuese inevitable; Que el empleo de tales armas sería,*

relativa a los gases asfixiantes, la Declaración de La Haya de 1899, que prohíbe el empleo de balas que se hinchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano<sup>108</sup>, y los reglamentos de La Haya de 1899 y 1907. Resulta así mismo relevante, la Convención sobre ciertas armas convencionales y sus protocolos adicionales I, II y III enmendado<sup>109</sup>.

Son armas específicamente prohibidas a través de tratados y convenios internacionales las siguientes: armas biológicas o bacteriológicas<sup>110</sup>, químicas<sup>111</sup>, incendiarias<sup>112</sup>, envenenadas<sup>113</sup>, láser cegadoras<sup>114</sup>, minas antipersonales<sup>115</sup>, balas expansivas o "dum dum"<sup>116</sup>, las balas explosivas<sup>117</sup>, las armas de fragmentos no localizables<sup>118</sup>, las armas trampa<sup>119</sup>, y minas terrestres<sup>120</sup>. En relación con las armas nucleares no existe aún hoy en el derecho internacional una prohibición expresa total ni universal sobre su empleo; sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia internacional han coincidido que su uso tampoco está autorizado. Resulta relevante la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia en la que analizó la aplicación del derecho internacional consuetudinario en torno al uso de armas nucleares, y afirmó que "la amenaza o el empleo de las armas nucleares serían, en general, contrarios a las normas de derecho internacional aplicable en los conflictos armados internacionales y, en particular, a los principios y las normas de derecho internacional humanitario"<sup>121</sup>.

---

a partir de este momento, contrario a las leyes de la humanidad; Las Partes contratantes se comprometen a renunciar mutuamente, en caso de guerra entre ellas, al empleo por sus tropas de tierra o de mar de cualquier proyectil cuyo peso sea inferior a 400 gramos y que sea explosivo, o que esté cargado con materias explosivas o inflamables. Las Partes contratantes invitarán a todos los Estados que no han participado, mediante el envío de delegados, en las deliberaciones de la Comisión militar internacional, reunida en San Petersburgo, para que se unan al presente compromiso. Este compromiso no es obligatorio más que para las Partes contratantes, o para las que se unan a él, en caso de guerra entre dos o varias de ellas; no puede ser aplicado en lo que se refiere a las Partes no contratantes o que no se hayan unido a él. Dejaría igualmente de ser obligatorio a partir del momento en que, en una guerra entre Partes contratantes o que se hayan unido, una Parte no contratante o que no se haya unido, se aliara con uno de los beligerantes. Las Partes contratantes o las que se hayan unido se reservan la facultad de ponerse de acuerdo ulteriormente cada vez que sea formulada una proposición precisa con vistas a los perfeccionamientos que puedan producirse, que la ciencia pudiera introducir en el armamento de las tropas, con el objeto de mantener los principios que han sido establecidos y conciliar las necesidades de la guerra con las leyes de la humanidad. Hecho en San Petersburgo el veintinueve de noviembre - once de diciembre de mil ochocientos sesenta y ocho".

<sup>108</sup> Declaración de La Haya de 1899: "Las Potencias contratantes se prohíben el empleo de balas que se ensanchan o se aplastan fácilmente en el cuerpo humano, tales como las balas de envoltura dura, la cual no cubriese enteramente el núcleo o estuviera provista de incisiones".

<sup>109</sup> Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados de 1980.

<sup>110</sup> Protocolo sobre la prohibición del uso en la guerra, de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos (G.BC), Ginebra 1925. Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción, Washington, 1972.

<sup>111</sup> Convención de 1993 sobre la prohibición de armas químicas y su destrucción.

<sup>112</sup> Protocolo sobre prohibiciones o restricciones al empleo de armas incendiarias, Ginebra 1980: "1. Se entiende por «arma incendiaria» toda arma o munición concebida primordialmente para incendiar objetos o causar quemaduras a las personas mediante la acción de las llamas, del calor o de una combinación de ambos, producidos por reacción química de una sustancia que alcanza el blanco. (a) Las armas incendiarias pueden consistir, por ejemplo, en lanzallamas, «fougasses», proyectiles explosivos, cohetes, granadas, minas, bombas y otros contenedores de sustancias incendiarias. (b) Las armas incendiarias no incluyen: (i) las municiones que puedan tener efectos incendiarios incidentales, tales como municiones iluminantes, trazadoras, productoras de humo o sistemas de señalamiento; (ii) las municiones concebidas para combinar efectos de penetración, explosión o fragmentación con un efecto incendiario adicional, tales como los proyectiles perforantes de blindaje, los proyectiles explosivos de fragmentación, las bombas explosivas y otras municiones análogas de efectos combinados, en las que el efecto incendiario no esté específicamente concebido para causar quemaduras a las personas, sino para ser utilizado contra objetivos militares tales como vehículos blindados, aeronaves e instalaciones o servicios".

<sup>113</sup> Reglamento Anexo IV Convenio de La Haya de 1907. Art. 23.a).

<sup>114</sup> Protocolo Adicional IV a la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados de 1980.

<sup>115</sup> Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción, Convención de Ottawa, Oslo 1997.

<sup>116</sup> Declaración de La Haya de 1899.

<sup>117</sup> Declaración de San Petersburgo de 1868.

<sup>118</sup> Protocolo I Convención sobre ciertas armas convencionales de 1980.

<sup>119</sup> Protocolos II y III Enmendado de la Convención sobre ciertas armas convencionales de 1980 y 1996 respectivamente.

<sup>120</sup> Protocolo II Enmendado de la Convención sobre ciertas armas convencionales de 1996.

<sup>121</sup> Henckaerts Jean-Marie, Doswald-Beck Louise, Op. Cit., p. 285.

El artículo 35 PAI establece como disposiciones fundamentales atinentes a los medios y métodos de guerra el hecho de no ser ilimitado el derecho de las partes a elegirlos, y la prohibición del empleo de armas, proyectiles, materias y métodos de guerra que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios, así como aquellos concebidos para causar o que se sepa que causan daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural. El artículo 36 PAI impone a las partes la obligación de establecer, frente a cualquier arma nueva, o nuevo medio o método de guerra, si su empleo estaría prohibido a partir de los postulados anteriores, o de cualquier otra norma de derecho internacional. El PAII no tiene disposiciones equivalentes a las anteriores que resulten obligatoriamente aplicables a los conflictos armados de carácter no internacional; sin embargo, el Protocolo II Enmendado de la Convención sobre ciertas armas convencionales sí las introdujo y se trata de una normativa aplicable a los conflictos armados no internacionales<sup>122</sup>.

El ER tipifica como crimen de guerra del ámbito de los conflictos internacionales la conducta de *"artículo 8.2.b)xx) Emplear armas, proyectiles, materiales y métodos de guerra que, por su propia naturaleza, causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios o surtan efectos indiscriminados en violación del derecho internacional de los conflictos armados, a condición de que esas armas o esos proyectiles, materiales o métodos de guerra, sean objeto de una prohibición completa y estén incluidos en un anexo del presente Estatuto en virtud de una enmienda aprobada de conformidad con las disposiciones que, sobre el particular, figuran en los artículos 121 y 123"*. Además, prevé como crimen de guerra también en el ámbito de los conflictos internacionales las siguientes conductas de uso de determinadas armas: *"artículo 8.2.b)xvii) Emplear veneno o armas envenenadas; xviii) Emplear gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogo; (...) xix) Emplear balas que se ensanchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano, como balas de camisa dura que no recubra totalmente la parte interior o que tenga incisiones"*. Constituye también un método de guerra ilícito la utilización de los denominados escudos humanos, introducido por el ER en el mismo artículo 8.2.b.xviii) como la conducta de *"Utilizar la presencia de una persona civil u otra persona protegida para poner ciertos puntos, zonas o fuerzas militares a cubierto de operaciones militares"*<sup>123</sup>. De la misma forma, la conducta del saqueo, introducida por el ER como crimen de guerra tanto para efectos de los conflictos armados de carácter internacional como no internacional, en los artículos 8.2.b.xvi) y 8.2.e)v) en los mismos términos: *"Saquear una ciudad o plaza, incluso cuando es tomada por asalto"*. Es importante precisar que las denominadas estratagemas<sup>124</sup> no son métodos de guerra ilícitos<sup>125</sup>.

En cuanto al concepto de causar sufrimientos innecesarios se ha afirmado que es tal el que no tiene un fin militar, y que implica una transgresión al principio de proporcionalidad. La Corte Interamericana de Justicia lo definió como *"un sufrimiento superior al daño inevitable para alcanzar objetivos militares legítimos"*<sup>126</sup>. Los efectos indiscriminados son aquellos que no pueden dirigirse contra un objetivo militar o aquellos cuyos efectos no pueden limitarse al objetivo militar; en términos generales, serán aquellos que no permiten aplicar el principio de distinción.

<sup>122</sup> Protocolo II Enmendado de la Convención sobre ciertas armas convencionales de 1996, ART. 3.3.-Establece la prohibición de *"emplear minas, armas trampa u otros artefactos, concebidos de tal forma o que sean de tal naturaleza, que causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios"*. En el mismo sentido el artículo 3.15. Tanto la Convención como sus protocolos posteriores fueron modificados por la enmienda realizada al artículo 1º de la Convención el 21 de diciembre de 2001 en Ginebra Suiza a través de la cual se extendió el ámbito de aplicación a los conflictos armados de carácter no internacional.

<sup>123</sup> Esta disposición tiene origen en los artículos 23 CG III y 28 del CG IV, y en el artículo 51.7 PA I. Los EC precisan que se requiere que autor tenga el propósito o dolo especial de proteger un objetivo militar de ataque enemigo o facilitar o proteger el desarrollo de una operación militar.

<sup>124</sup> Verri Pietro, Op. Cit., p. 39: *"En el marco de los métodos de combate, las estratagemas están consideradas como lícitas. Son actos cuya finalidad es inducir en error al adversario y hacer que cometa imprudencias, pero que no infringen norma alguna de derecho internacional ni son pérfidos, ya que no apelan a la buena fe del adversario con respecto a la protección prevista en ese derecho. Son ejemplos de estratagemas: el camuflaje, las añagazas, las operaciones simuladas, las informaciones falsas, las sorpresas, las emboscadas, las incursiones. No hay que confundir las estratagemas con los actos de perfidia"*.

<sup>125</sup> Art. 37.3 PAI.

<sup>126</sup> Henckaerts Jean-Marie, Doswald-Beck Louise, Op. Cit., p. 269.

El CICR ha indicado que son ejemplos de armas que causan sufrimientos innecesarios las lanzas o espadas con cabeza en forma de anzuelo, las bayonetas con hojas dentadas, las balas expansivas, las balas explosivas, las armas envenenadas o con sustancias que inflamen las heridas, entre otras<sup>127</sup>. Y como ejemplos de armas de efectos indiscriminados las armas químicas, biológicas, nucleares, minas terrestres antipersonales, el veneno, las bombas racimo y las bombas trampa, entre otras<sup>128</sup>.

#### 6.4.9 Perfidia

##### a. Análisis del tipo

- Conducta: La conducta es compuesta alternativa; corresponde a la simulación de la condición de persona protegida, o la utilización de signos de protección o banderas previstas en tratados internacionales; y en la utilización de uniformes del adversario.
- Tipo subjetivo: En este delito es determinante el elemento subjetivo adicional al dolo previsto por la norma, el cual consiste en el propósito de dañar o atacar al adversario. Como sucede con el normal tratamiento de este elemento del tipo, no se requiere su alcance para entender consumado el delito, pero sí se requiere su presencia en el contenido de intencionalidad del sujeto para que la conducta sea típica.

Se trata de un delito de mera conducta, no de resultado. En consecuencia, se consuma con el uso del uniforme del adversario, o del signo de protección, o con la simulación de ser por ejemplo un civil, o un combatiente herido, o con el uso de la bandera blanca; pero siempre y cuando dicha conducta se haya efectuado con el fin, con el objetivo específico de “dañar o atacar” al adversario.

##### b. El crimen en el ámbito internacional

Es regla del derecho internacional consuetudinario y por ende aplicable a los dos tipos de conflictos la prohibición de matar, herir o capturar a un adversario valiéndose de medios pérfidos<sup>129</sup>.

El artículo 101 del Código Lieber de 1863 prohibía la perfidia; en el mismo sentido el Reglamento anexo al IV Convenio de La Haya de 1907 preveía como acto prohibido el de “ART. 23.-f) Usar indebidamente el pabellón parlamentario, el pabellón nacional o las insignias militares y el uniforme del enemigo, así como los signos distintivos de la Convención de Ginebra”. El artículo 8° PAI establece que son signos distintivos los siguientes: “l) se entiende por signo distintivo la cruz roja, la media luna roja o el león y sol rojos sobre fondo blanco, cuando se utilicen para la protección de unidades y medios de transporte sanitarios y del personal sanitario y religioso, su equipo y material; m) se entiende por señal distintiva todo medio de señalización especificado en el capítulo III del anexo I del presente Protocolo y destinado exclusivamente a la identificación de las unidades y de los medios de transporte sanitarios”. En el artículo 37 dispone la prohibición del método de guerra de perfidia en los siguientes términos: “ART. 37.-Prohibición de la perfidia. 1. Queda prohibido matar, herir o capturar a un adversario valiéndose de medios pérfidos. Constituirán perfidia los actos que, apelando a la buena fe de un adversario con intención de traicionarla, den a entender a este que tiene derecho a protección, o que está obligado a concederla, de conformidad con las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados. Son ejemplos de perfidia los actos siguientes: a) simular la intención de negociar bajo bandera de parlamento o de rendición; b) simular una incapacitación por heridas o enfermedad; c) simular el estatuto de persona

<sup>127</sup> Ibídem, p. 272.

<sup>128</sup> Ibídem, p. 278.

<sup>129</sup> Henckaerts Jean-Marie, Doswald-Beck Louise, Op. Cit., pp. 247 y ss.

civil, no combatiente; y d) simular que se posee un estatuto de protección, mediante el uso de signos, emblemas o uniformes de las Naciones Unidas o de Estados neutrales o de otros Estados que no sean Partes en el conflicto. 2. No están prohibidas las estratagemas. Son estratagemas los actos que tienen por objeto inducir a error a un adversario o hacerle cometer imprudencias, pero que no infringen ninguna norma de derecho internacional aplicable en los conflictos armados, ni son pérfidos ya que no apelan a la buena fe de un adversario con respecto a la protección prevista en ese derecho. Son ejemplos de estratagemas los actos siguientes: el camuflaje, las añagazas, las operaciones simuladas y las informaciones falsas". En el artículo 38 se prohíbe el uso indebido de los signos distintivos, emblemas y señales establecidas en los CG y PA, además de los signos o señales protectoras de bienes culturales y de las NU.

Y el PAII, en su artículo 12 dispone sobre los signos distintivos que "Bajo la dirección de la autoridad competente de que se trate, el signo distintivo de la cruz roja, de la media luna roja o del león y sol rojos sobre fondo blanco será ostentado tanto por el personal sanitario y religioso como por las unidades y los medios de transporte sanitarios. Dicho signo deberá respetarse en toda circunstancia. No deberá ser utilizado indebidamente".

El ER establece la conducta denominada "perfidia" como crimen de guerra en el ámbito de los conflictos internacionales en el artículo 8.2.b)vii) en los siguientes términos: "Utilizar de modo indebido la bandera blanca, la bandera nacional o las insignias militares o el uniforme del enemigo o de las Naciones Unidas, así como los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra, y causar así la muerte o lesiones graves". En punto de los conflictos no internacionales no se introduce el crimen de perfidia en los términos de la norma anterior. Sin embargo, el artículo 8.2.e)ix) establece que es crimen de guerra la conducta de "Matar o herir a traición a un combatiente adversario"; conducta que sin embargo, también está prevista para efectos de los conflictos de carácter internacional en forma independiente al crimen de perfidia<sup>130</sup>.

Los EC exponen que el crimen aplicable a los conflictos internacionales consiste en el uso de una bandera blanca<sup>131</sup>; de la bandera, insignia o uniforme del enemigo o de las NU; o emblema distintivo de los CG de una forma prohibida y que en virtud de dicha conducta haya causado la muerte o lesiones graves a una o más personas. Y en cuanto al aspecto subjetivo de la conducta en particular afirman que el autor debía saber o "haber sabido" que estaba prohibido tal uso del elemento, y debía saber que esa conducta podría causar la muerte o lesiones graves de una o más personas. En relación con el crimen de guerra de herir o matar a traición, aplicable a los conflictos armados no internacionales, los EC explican que consiste en la conducta de ganarse la confianza de uno o más "combatientes"<sup>132</sup> adversarios y hacerles creer que tenían derecho a protección, o que el autor estaba obligado a protegerlos en virtud del DIH, cuando tenía la intención de traicionar esa confianza y en virtud de ello les haya matado o herido, aprovechando tal confianza ganada. Por ende, la víctima tiene que pertenecer a la "parte adversa". Se concluye que en el ámbito internacional, el crimen de perfidia también requiere además del uso indebido de los signos de protección, la producción de un resultado de muerte o lesión para un integrante del ejército adversario; elementos entre los cuales debe obrar un nexo de causalidad. Así, internacionalmente, no cualquier uso indebido de una bandera, signo o emblema que se traduzca en un estatuto de protección constituye el crimen de perfidia.

<sup>130</sup> ER "Art. 8.2.b)xi) Matar o herir a traición a personas pertenecientes a la nación o al ejército enemigo".

<sup>131</sup> El uso prohibido de la bandera blanca consiste en "2. Que el autor haya hecho tal utilización para fingir una intención de negociar cuando no tenía esa intención".

<sup>132</sup> Nótese cómo, aún tratándose de una disposición aplicable a los conflictos armados de carácter no internacional, los EC se refieren al término "combatiente" no a la persona que participa activamente en las hostilidades. Traducción tomada de: [http://www.icc-Código\\_Penal.int/NR/rdonlyres/15157C68-85AE-4226-B41A-C6F6E6E21026/0/Element\\_of\\_Crimes\\_Spanish.pdf](http://www.icc-Código_Penal.int/NR/rdonlyres/15157C68-85AE-4226-B41A-C6F6E6E21026/0/Element_of_Crimes_Spanish.pdf), junio de 2009.



Si bien se indicó la diferencia de tipificación del crimen para efectos de los conflictos armados internacionales y no internacionales, la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* ha reconocido que la conducta de perfidia también es un crimen de guerra en el escenario de conflictos no internacionales<sup>133</sup>.

El CICR ha expuesto como ejemplos de perfidia entre otros los siguientes: simulación de invalidez por herida o enfermedad, simulación de rendición, simulación de negociación con el uso de bandera blanca, simulación de estatuto de protección mediante el uso de emblema, simulación de estatuto de protección de persona civil, uso de uniformes o emblemas de Estados neutrales<sup>134</sup>.

#### 6.4.10 Actos de terrorismo

##### a. Análisis del tipo

- Sujeto activo: Sin referirnos a las consideraciones generales ya planteadas en relación con el sujeto activo de las conductas ubicadas en este título del C.P., sí resulta relevante precisar que la redacción de esta disposición otorga la calidad de autor del delito además del autor material, también al determinador de la conducta (“ordene llevar a cabo”).
- Sujeto pasivo: Será la comunidad contra la cual se dirigen esos actos.
- Conducta: El tipo introduce dos vías de ejecución de la conducta; una de resultado, que implica la realización de ataques indiscriminados o excesivos, represalias, o actos de violencia contra la población civil. Y otra de mera conducta, en la que el delito se consuma con la sola emisión de la orden de llevar a cabo tales conductas y por ende introduce un reproche previo y antecedente a la anterior. En síntesis, la sola orden de cometer la conducta consuma el delito; constituyéndose esta en la forma usual de ejecución del mismo, por cuanto a raíz de la calidad y organización de los actores en el conflicto armado la orden previa será un elemento usualmente presente.
- Elemento subjetivo: El aspecto subjetivo del tipo de terrorismo es el que identifica la conducta; los actos tienen que tener el propósito principal –no exclusivo– de generar terror, estado de zozobra y temor en la población; para efectos de este tipo especial, en la población civil.

La Corte Constitucional abordó la temática de los actos de terrorismo en el marco de los conflictos armados en sentencia C-291 de 2007, en punto del análisis del principio de distinción y afirmó que por esa vía esta conducta prohibida por el *ius cogens* constituye crimen de guerra tanto para los conflictos internacionales como para los no internacionales<sup>135</sup>. En el mismo sentido se

<sup>133</sup> TPIY, Cámara de Apelaciones, La Fiscalía v. Dusko TADIC, párr. 124 y 125: “Es así claro que, haya o no Iraq usado armas químicas contra sus propios nacionales kurdos –un asunto sobre el cual esta Cámara obviamente no puede ni va a expresar ninguna opinión– sin discusión emerge un consenso general en la comunidad internacional en el principio de que el uso de esas armas también está prohibido en conflictos armados internos. La práctica de los Estados muestra que los principios generales de la costumbre internacional han envuelto a los conflictos internos también en las áreas relacionadas con los métodos de guerra justos. En adición a lo indicado atrás, en relación con la prohibición de ataques a civiles en el teatro de operaciones, se puede mencionar la prohibición de perfidia. Así, por ejemplo, en el caso llevado frente a las Cortes nigerianas, la Corte Suprema de Nigeria sostuvo que los rebeldes no deben fingir estatus de civiles mientras están involucrados en operaciones militares”. (Traducción informal).

<sup>134</sup> Henckaerts Jean-Marie, Doswald-Beck Louise, Op. Cit., p. 250.

<sup>135</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-291 del 25 de abril de 2007, M.P. Dr. Manuel José Cepeda: “La segunda sub-regla en la que se manifiesta el principio general de distinción, es la prohibición de cometer actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea la de aterrorizar a la población civil. Esta norma está consagrada en el Protocolo Adicional II -cuyo artículo 13(2) dispone: “Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil”, y además tiene naturaleza consuetudinaria, aplicable tanto a conflictos armados internos como internacionales. Así mismo, esta sub-regla específica tiene el rango autónomo de norma de *ius cogens*. Así lo ha confirmado el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia al explicar que la prohibición de realizar actos dirigidos a generar terror entre la población civil es una especie de la prohibición general de dirigir ataques contra los civiles, que comparte con dicha prohibición general el rango de norma de *ius cogens*. (...) La violación de esta prohibición en conflictos armados internos genera responsabilidad penal bajo el derecho internacional consuetudinario, y ha sido catalogada como un crimen de guerra en los Estatutos del Tribunal Penal Internacional para Ruanda] y de la Corte Especial para Sierra Leona”.

había pronunciado ya en sentencia C-037 de 2004 a través de la cual, se declaró la exequibilidad de la Ley 808 de 2003 mediante la cual se aprobó el Convenio contra el terrorismo de las Naciones Unidas<sup>136</sup>.

## b. El crimen en el ámbito internacional

Diversas resoluciones de organismos internacionales prohíben, reprochan, instan a los Estados a sancionar las conductas terroristas y crean mecanismos para prevenir su realización<sup>137</sup>. Incluso, la prohibición de realizar actos o amenazas de violencia que tengan como finalidad principal aterrorizar a la población civil se reconoce como norma de derecho internacional humanitario<sup>138</sup>. Sin embargo, a la fecha no se cuenta con una definición concertada internacionalmente de la conducta. La Convención de 1937 para la prevención y represión del terrorismo se estableció que son actos de terrorismo los “actos criminales contra un Estado o cuya finalidad sea infundir terror a personas individuales, grupos de personas o al público en general”, sin embargo, esta Convención no entró en vigor.

Los actos de terrorismo constituyen una conducta prohibida por las normas aplicables a los conflictos armados de carácter tanto internacional como no internacional. El artículo 33 CGIV prohíbe los actos de terrorismo. El artículo 51.2 PAI establece que “No serán objeto de ataque la población civil como tal ni personas civiles. Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil”. El artículo 4º PAII establece: “ART. 4º-Garantías fundamentales (...) 2. Sin perjuicio del carácter general de las disposiciones que preceden, están y quedarán prohibidos en todo tiempo y lugar con respecto a las personas a que se refiere el párrafo 1. ... d) los actos de terrorismo... h) las amenazas de realizar los actos mencionados”. Y el artículo 13.2 prohíbe “los actos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil”.

Nótese además cómo es usual que los actos terroristas correspondan a ataques indiscriminados, y por esa vía son conductas prohibidas por el DIH. Son ataques indiscriminados aquellos que no están dirigidos contra un objetivo militar concreto, emplea medios o métodos de combate que no pueden dirigirse contra un objetivo militar concreto, y aquellos cuyos efectos no se pueden limitar según lo establecido por el DIH<sup>139</sup> en aplicación del principio de distinción.

Si bien esta conducta no constituye un crimen autónomo de competencia de la CPI, eso no quiere decir que bajo la óptica de la normativa internacional las conductas que constituyen actos de terrorismo ejecutados en el desarrollo de conflictos armados no correspondan a crímenes de guerra tipificados por el ER. Es decir, si bien no se ha incluido dentro de la lista del artículo 8º ER un crimen de ejecutar actos terroristas, las conductas pueden calificarse como tales sí quedan recogidas por diversos crímenes de guerra tanto del ámbito de los conflictos internacionales como no internacionales. Sería tal el caso por ejemplo de los crímenes de matar intencionalmente; destrucción de bienes; ataques contra la población civil; lanzar ataques a sabiendas de que ocasionará pérdidas incidentales de vidas de civiles; atacar por cualquier medio ciudades, dirigir ataques contra edificios dedicados a religión, educación, cultura, ciencia o de contenido histórico; aldeas, viviendas o edificios; la toma de rehenes, entre otros<sup>140</sup>.

<sup>136</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-037 del 27 de enero de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño. Declara exequible la Ley 808 de 2003 a través de la cual se aprobó el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1999.

<sup>137</sup> La temática conflicto armado y terrorismo fue tratada en el módulo Concepto y normatividad en DIH y su aplicación al caso colombiano. Pp. 67-72.

<sup>138</sup> Henckaerts Jean-Marie, Doswald-Beck Louise, Op. Cit., p. 9.

<sup>139</sup> Cfr. Art. 51.4 PAI.

<sup>140</sup> Gasser Hans-Peter. “Actos de terror, terrorismo y derecho internacional humanitario”, Revista Internacional de la Cruz Roja N° 847, 30-09-2002, en <http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/html/5 TED8G>: “El derecho internacional humanitario prohíbe, sin excepción, la realización de actos terroristas en situaciones de conflicto armado internacional y no internacional. Asimismo, insta a los Estados a prevenir y castigar las violaciones de ese derecho. Los actos de terrorismo pueden ser crímenes de guerra que caen bajo la jurisdicción universal, y la Corte Penal Internacional puede tener competencia para tratar el asunto. Inversamente, la lucha contra el terrorismo y el enjuiciamiento de presuntos responsables de actos terroristas están regidos por el derecho humanitario si tienen lugar durante

En términos generales, los actos que se califican como terroristas normalmente transgreden el principio de proporcionalidad en la conducción de las hostilidades, al acudir a métodos y medios que resultan innecesarios frente a la ventaja militar que se pretende obtener<sup>141</sup>, es decir, corresponden a métodos de guerra ilícitos.

Para la doctrina internacional, si bien la conducta del terrorismo no cuenta con una definición clara y unánime en el escenario internacional, todos saben más o menos qué significa esta noción y se acepta dentro de esa percepción común la presencia de los siguientes elementos: el uso de violencia o amenazas de violencia contra civiles, su vida, integridad y sus bienes, a través de ataques indiscriminados; que suelen efectuarse para alcanzar un objetivo político dentro de un orden constitucional establecido; que forman parte de estrategias de grupos organizados durante considerables períodos de tiempo; que se dirigen contra personas que no tienen influencia directa sobre los resultados pretendidos con el acto, contra población civil<sup>142</sup>.

El CICR ha señalado como ejemplos de actos terroristas entre otros los siguientes: fuego masivo e indiscriminado de artillería; bombardeos sistemáticos en ciudades; agresión, violencia, maltrato y tortura a mujeres y niños; y asesinatos en masa<sup>143</sup>.

En el mismo sentido se encuentra que la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* sancionaron como crímenes de guerra las conductas consistentes en generar terror en la población. Resulta relevante, entre otros, la decisión del caso *Galic*, del TPIY<sup>144</sup>.

#### 6.4.11 Actos de barbarie

##### a. Análisis del tipo

- Sujeto pasivo: Si bien se particularizan las personas que serían objeto de la conducta, todas ellas encuadran en las categorías de persona protegida.
- Conducta: Este tipo introduce las siguientes formas de ejecución de la conducta: realizar actos de no dar cuartel; atacar a persona fuera de combate; abandonar a heridos o enfermos; realizar actos dirigidos a no dejar sobrevivientes; o a rematar a los heridos y enfermos; u otro tipo de actos de barbarie prohibidos en tratados internacionales ratificados por Colombia.

---

*conflicto armado. Ese derecho no es un obstáculo para combatir el terrorismo, y los terroristas sospechosos pueden ser enjuiciados por sus actos de terror. Pero incluso los miembros de las fuerzas armadas o los "combatientes ilegales" de los que se sospeche que han cometido actos de terror son personas protegidas por los Convenios de Ginebra y tienen derecho a garantías judiciales si deben comparecer ante un tribunal".*

<sup>141</sup> *Ibidem*: "El derecho internacional humanitario aborda el problema desde dos perspectivas. En primer lugar, el derecho a emplear la fuerza y cometer actos de violencia está limitado a las fuerzas armadas de cada parte en un conflicto armado. Solo los miembros de esas fuerzas tienen el "privilegio" de usar la fuerza contra otra fuerza armada, aunque su derecho a elegir los medios y los métodos para hacer la guerra no es ilimitado. Por otro lado, sólo los miembros de las fuerzas armadas y los objetivos militares pueden ser objeto de actos de violencia. En segundo lugar, otras categorías de personas –en particular la población civil– y los bienes de carácter civil, especialmente la infraestructura civil, no son objetivos legítimos de los ataques militares. Como disponen los Convenios de Ginebra, están "protegidos" y nunca deben ser objeto de ataques. El derecho internacional humanitario nunca autoriza el uso irrestricto de cualquier forma imaginable de violencia contra la parte adversaria en un conflicto. Desde tiempo inmemorial, las normas internacionales han establecido una distinción entre los medios y métodos legítimos de hacer la guerra y los que no lo son, como el empleo de armas químicas o la matanza de civiles que no participan en las hostilidades. El recurso a medios y métodos ilícitos infringe el orden jurídico y, en circunstancias agravantes, puede ser enjuiciado como un crimen según el derecho nacional o como un crimen de guerra. Por consiguiente, aunque les está permitido cometer actos de violencia, los miembros de las fuerzas armadas pueden ser acusados de violaciones de las normas que protegen a las personas civiles o los bienes de carácter civil. Dicho de otro modo, tanto los oficiales como los simples soldados pueden (o deben) ser juzgados a nivel nacional o internacional y sancionados por los actos terroristas que se demuestre que hayan cometido".

<sup>142</sup> *Ibidem*.

<sup>143</sup> Henckaerts Jean-Marie, Doswald-beck Louise, Op. Cit., p. 12.

<sup>144</sup> TPIY, Sentencia de juzgamiento. La Fiscalía v. Stanislav Galic, Caso No. IT-98-29-T, párr. 763 y 764: "...el General Galic ha sido encontrado culpable del acto ilegal de cometer crímenes de terror sobre civiles..." "La mayoría de la Cámara de Juicio también tomó en consideración el sufrimiento físico y psicológico infligido a las víctimas. Sarajevo no fue una ciudad en que se presentaran ocasionalmente y al azar actos de violencia contra los civiles, o en la que las condiciones de vida fueran simplemente difíciles. Fue un angustiante ambiente en el que, como mínimo cientos de hombres, mujeres, niños y personas mayores fueron asesinadas, y miles fueron heridos y generalmente aterrorizados". (Traducción informal).

De la redacción de la norma es importante anotar que la definición de no dar cuartel corresponde al mismo concepto atinente a no dejar sobrevivientes. Y el ataque a persona fuera de combate corresponde al acto realizado sobre una persona protegida (no combatiente o persona que no participa directamente en las hostilidades), que puede recogerse por vía de causar su muerte, o lesiones, o actos de tortura. Lo mismo sucede en punto de la conducta de rematar heridos o enfermos, por cuanto estos, en la medida en que se encuentren en incapacidad de participar activamente en las hostilidades, corresponden a personas protegidas, mientras que en caso de sí estarlo son un objetivo legítimo.

Es elemento normativo del tipo, además, el correspondiente a otros actos de barbarie prohibidos en tratados internacionales ratificados por Colombia, expresión que podrá ser complementada incluso con normas posteriores, atinentes a convenios internacionales que se suscriban y ratifiquen en el futuro.

#### **b. El crimen en el ámbito internacional**

Este tipo penal compendia varias conductas prohibidas por el DIH, recogidas a su vez en distintos crímenes de guerra previstos por el ER.

La conducta de “no dar cuartel” como acto prohibido en el DIH es una de las más antiguas conductas de la guerra y así mismo se constituye en norma del derecho internacional consuetudinario aplicable tanto en conflictos internacionales como internos. Como disposición normativa tiene en sus antecedentes en el Código Lieber<sup>145</sup> y en el Reglamento anexo a la IV Convención de La Haya de 1907, en su artículo 23.d).

El artículo 40 del PAI define la conducta de “Cuartel” en los siguientes términos: “*Queda prohibido ordenar que no haya supervivientes, amenazar con ello al adversario o conducir las hostilidades en función de tal decisión*”. De lo anterior se concluye que estas dos expresiones, no dar cuartel, y ordenar que no queden supervivientes, son equivalentes para el DIH. En el mismo sentido, el artículo 4.1 PAII, referente a las garantías fundamentales, prohíbe dar la orden de que no haya supervivientes.

Esta conducta de no dar cuartel, u ordenar que no queden supervivientes, está prevista como crimen de guerra en el ER en los artículos 8.2.b)xii) y 8.2.e)x), tanto para los conflictos internacionales como para los no internacionales.

Los EC establecen que esta conducta consiste en “1. *Que el autor haya dado una orden o hecho una declaración en el sentido de que no hubiese supervivientes. 2. Que la orden o la declaración se haya dado o hecho para amenazar a un adversario o para proceder a las hostilidades de manera que no quedasen supervivientes. 3. Que el autor estuviera en situación de mando o control efectivo respecto de las fuerzas subordinadas a las que haya dirigido la orden o la declaración...*”. Los anteriores elementos son textualmente coincidentes para los EC de las dos disposiciones citadas, tanto la aplicada a conflictos de carácter internacional, como interno. De ello se deduce que para el perfeccionamiento del crimen no se requiere que se ejecute el acto de no dejar supervivientes; basta que quien tiene la capacidad de mando dé la orden; y basta también que lo haga para amenazar al adversario, no necesariamente para que en efecto sus subordinados cumplan la instrucción.

En relación con la conducta prevista en el tipo interno de “atacar a persona fuera de combate” se encuentra que esta corresponde a una categoría de personas protegidas. Esta conducta también estaba recogida por el artículo 71 del Código Lieber y por el artículo 23 del Reglamento de La Haya de 1907. El artículo 41 PAI introduce la denominada “*salvaguardia del enemigo fuera de combate*”, que consiste en la prohibición de ataques a personas puestas fuera de combate, las cuales son definidas como aquellas que: a) Están en poder de una parte adversa; b) Expresan claramente su intención de rendirse; c) Están inconscientes o

<sup>145</sup> Código Lieber de 1863, Art. 60.

incapacitadas de cualquier forma por herida o enfermedad y en consecuencia es incapaz de defenderse. Se requiere por supuesto que en virtud de alguna de estas condiciones esa persona se abstenga de cualquier acto hostil y no trate de evadirse<sup>146</sup>. En el ámbito de los conflictos armados no internacionales esta prohibición se fundamenta en el artículo 3° Común, que incluye los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio contra *“personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate”*; así como en el artículo 4° PAII ya mencionado.

En el ER el crimen de guerra aplicable a los conflictos de carácter internacional establecido en el artículo 8.2.b)vi) *“causar la muerte o lesiones a un combatiente que haya depuesto las armas o que, al no tener medios para defenderse, se haya rendido a discreción”*. Correspondería a esta modalidad de conducta de la norma interna. En el escenario de los conflictos no internacionales el artículo 8.2.c)i) prevé ese tipo de protección a los sujetos pasivos indicados en la norma interna en los siguientes términos: *“c) En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3° común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa: i) Atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura...”*.

En relación con la conducta de abandonar heridos y enfermos se tiene que el PAII establece en su artículo 7° que serán respetados y protegidos los heridos, enfermos y náufragos aunque hubieren tomado parte en las hostilidades, y se les prestará la asistencia necesaria en el lapso de tiempo exigido por sus circunstancias sin discriminación alguna distinta a su condición médica. El artículo 8 PAI define los términos *“heridos y enfermos”* así: *“a) se entiende por heridos y enfermos las personas, sean militares o civiles, que debido a un traumatismo, una enfermedad u otros trastornos o incapacidades de orden físico o mental, tengan necesidad de asistencia o cuidados médicos y que se abstengan de todo acto de hostilidad. Esos términos son también aplicables a las parturientas, a los recién nacidos y a otras personas que puedan estar necesitadas de asistencia o cuidados médicos inmediatos, como los inválidos y las mujeres encinta, y que se abstengan de todo acto de hostilidad”*.

#### 6.4.12 Tratos inhumanos

##### a. Análisis del tipo

Consiste en infligir tratos, o realizar prácticas inhumanas o degradantes, causar grandes sufrimientos, practicar experimentos biológicos, o someter a cualquier acto médico que no esté indicado ni conforme con las normas médicas generalmente reconocidas.

Al haberse eliminado el carácter de *“grave”* a los actos que configuraban en la norma original de la Ley 599 de 2000 el delito de tortura, la conducta prevista en este tipo solo podrá diferenciarse de aquella en virtud del elemento subjetivo del tipo.

##### b. El crimen en el ámbito internacional

El ER sanciona la conducta de realizar tratamientos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, dentro del mismo literal de la tortura para el ámbito de los conflictos armados internacionales; mientras que para efectos de los conflictos no internacionales incluye en el literal i) además de la tortura los tratos crueles, y en el ii) los *“ultrajes contra la dignidad, en particular los tratos humillantes y degradantes”*.

<sup>146</sup> PA II, Art. 41.2.

Los tratos inhumanos del artículo 8.2.a)ii) son explicados por los EC como “grandes dolores o sufrimientos físicos o mentales”; y los experimentos biológicos como la conducta que “haya puesto en grave peligro la salud física o mental o la integridad” del sujeto y que “no se haya realizado con fines terapéuticos, no estuviera justificado por razones médicas ni se haya llevado a cabo en interés de la persona o personas”. Según los EC del artículo 8.2.a)iii) referente a crimen de guerra consistente en “causar deliberadamente grandes sufrimientos” estos son aquellos que ocasionan “grandes dolores o sufrimientos físicos o mentales” o atentan “gravemente contra la integridad física o la salud”. Los EC explican frente al artículo 8.2.c)i) aplicable a los conflictos de carácter interno que el crimen de guerra de tratos crueles requiere, entre otros, que “el autor haya infligido graves dolores o sufrimientos físicos o mentales a una o más personas”.

La jurisprudencia del TPIY ha establecido que los elementos de la conducta de tratos inhumanos puede ser cometida por acción o por omisión, de forma intencional, e implica causar serios sufrimientos o daños mentales o físicos, o un serio ataque a la integridad física o mental o a la salud, conducta que es contraria al principio fundamental del trato humano y constituye un particular ataque a la dignidad humana<sup>147</sup>. Fueron encuadradas en este crimen de tratos inhumanos por el TPIY las conductas de obligar a un padre a golpear a su hijo y forzar a dos hermanos a realizar actos de felación entre sí y ante otras personas<sup>148</sup>; también se ha afirmado que es acto inhumano obligar a cavar trincheras en la frontera y a realizar trabajos forzados. En cuanto a difíciles condiciones de confinamiento en virtud de un acto de detención se ha afirmado que estas no constituyen tratos inhumanos si atienden a la situación general de privación de libertad para todos en la zona<sup>149</sup>. El TPIY, en la decisión de juicio del caso Blaskic al analizar la conducta de tratos inhumanos frente a las lesiones y la tortura concluyó que el asunto debe resolverse en punto de las especificidades del caso en revisión, por cuanto los actos pueden coincidir<sup>150</sup>. En el denominado “Caso Celebici” el tribunal afirmó que ante una conducta que encuadre tanto en la descripción de causar intencionalmente grandes sufrimientos y lesiones en el cuerpo y en la salud, como en la de tratos inhumanos, debe preferirse la adecuación en el segundo de los crímenes señalados<sup>151</sup>. Y como se refirió en páginas anteriores, la jurisprudencia internacional ha diferenciado esta conducta y la de tortura en punto del elemento subjetivo propio de la tortura, así como en la gravedad de los actos inflingidos a la víctima, la cual alcanza mayor entidad en dicho crimen.

Resulta así mismo relevante el hecho de que tanto la doctrina como la jurisprudencia internacional<sup>152</sup> aceptan que no solo personas vivas, sino también sus cadáveres sean sujetos pasivos de la conducta de tratos inhumanos; sería el caso de quien expone

<sup>147</sup> TPIY, Sentencia Corte de Apelaciones, La Fiscalía v. Zdravko MUCIC, Hazim DELIC y Esad LANDZO, “Caso Celebici” IT-96-21-Abis, párr. 34.6. (Traducción informal).

<sup>148</sup> *Ibidem*.

<sup>149</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 (Protocolo II), Op. Cit., p. 145: “La obligación del detenedor sigue siendo absoluta, pero su contenido varía en función de las condiciones de existencia de la región. En efecto, el país puede ser tan vasto que imperen en él condiciones totalmente diferentes según los lugares. La forma de subsistencia de la población civil constituye un barómetro para evaluar la cantidad de víveres y agua potable que deben recibir las personas privadas de la libertad”.

<sup>150</sup> TPIY, Sentencia de juzgamiento, la Fiscalía v. Tihomir Blaskic, caso IT-95-14-T, párr. 155: “La Cámara de Juicio concluyó que la categoría de “tratamiento inhumano” incluye no solo actos como tortura y causar intencionalmente graves sufrimientos o lesiones al cuerpo o a la salud, sino también se extiende a otros actos que contravienen el principio fundamental del trato humano, en particular los que constituyen un ataque a la dignidad humana. En el análisis final, al decidir si una conducta constituye un trato inhumano es una cuestión de hecho que debe ser resuelta frente a todas las circunstancias del caso en revisión”. (Traducción informal).

<sup>151</sup> TPIY, Sentencia de juzgamiento. La Fiscalía v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic, Esad Landzo “Celebici case”, Caso No. IT-96-21-T, párr. 558: “Dado que en el contexto del artículo 3º Común del Estatuto, el trato cruel incluye el mismo significado del trato inhumano, en el contexto del artículo 2º esta alegación de condiciones inhumanas es apropiadamente tipificada como tratamiento cruel. Sin embargo, a la luz de la discusión de estos crímenes, la Cámara de Juzgamiento es de la posición de que aunque es posible categorizar las condiciones inhumanas dentro de la ofensa de causar intencionalmente grandes sufrimientos o serias lesiones al cuerpo o a la salud bajo el artículo 2º, es más apropiado ubicarla en el crimen de tratos inhumanos”. (Traducción informal).

<sup>152</sup> TPIY, Sentencia de Juzgamiento, La Fiscalía v. Dusko Tadic, Caso No. IT-94-1-T, párr. 748: “Esta Cámara de Juicio anota que ciertos actos contra cuerpos muertos han sido castigados como crímenes de guerra, relacionados con actos de canibalismo y mutilación e impedir el entierro de los cuerpos, como previsiones de las leyes y costumbres de la guerra relacionadas con el mal trato de un cuerpo. También aprecia que la víctima del “acto inhumano”, en el sentido ordinario de la palabra, no es necesariamente un miembro vivo de la humanidad, de forma que la Cámara se suscribe a la visión presentada por la Fiscalía de que ciertos actos contra cuerpos fallecidos en efecto ofenden nociones religiosas y filosóficas de respeto del ser humano sobre su muerte”. (Traducción informal).

el cuerpo de forma deshonrosa o cercena partes del mismo e impide su entierro<sup>153</sup>. Sin embargo, es de anotar que en los EC no se hace la aclaración de que el sujeto pasivo de la conducta puede ser el cuerpo de una persona fallecida en relación con el crimen de tratos inhumanos; mientras que sí lo precisa en relación con dos crímenes en concreto, el crimen de atentados contra la dignidad personal previsto para efectos de los conflictos armados no internacionales en el artículo 8.2.c) iii<sup>154</sup>, y de violación del artículo 8.2.b)xxii tipificado en el escenario de conflictos de carácter internacional.

### 6.4.13 Actos de discriminación racial

#### a. Análisis del tipo

El tipo describe dos formas de comisión de la conducta. Una consiste en la realización de prácticas de segregación racial; la otra en la ejecución de tratos inhumanos o degradantes basados en distinciones de carácter desfavorable que impliquen afectación a la dignidad personal.

En relación con el artículo 146 C.P. resulta coincidente la conducta de infligir tratos o prácticas inhumanas o degradantes a persona protegida; sin embargo, la disposición del artículo 147 será un tipo penal especial, en la medida en que dicha conducta se realiza en este caso con un sentido o carácter discriminatorio, de diferenciación que implica afectación al principio de dignidad humana.

#### b. El crimen en el ámbito internacional

Las conductas que implican segregación racial son recogidas por el ordenamiento internacional por el crimen de lesa humanidad de Apartheid: *"ART. 7º-Crímenes de Lesa Humanidad. 1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: (...) j) El crimen de apartheid (...) h) Por "el crimen de apartheid" se entenderán los actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1 cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen (...)"*.

El DIH no admite prácticas que diferencien el tratamiento entre las personas protegidas. Es norma del DIH la prohibición de *"hacer distinciones de índole desfavorable basadas en la raza, el color, el sexo, la lengua, la religión o las creencias, las opiniones políticas o de otro género, el origen nacional o social, la fortuna, el nacimiento u otra condición, o cualquier otro criterio análogo"*<sup>155</sup>. El principio de trato humano prohíbe los malos tratos y los actos que afecten la dignidad de las personas en el escenario de un conflicto armado. En diversas disposiciones se hace énfasis en la prohibición de establecer distinciones disímiles a las que implican mayores márgenes de protección por razones como la edad, la calidad de madres, la calidad de enfermos o heridos, entre otros. El artículo 3º Común a los CG, el artículo 16 CGIII, el artículo 13 CGIV, los artículos 9.1, 69.1, 70.1 y 75.1 PAI, y los artículos 2.1, 4.1, 18.2 PAII prohíben hacer distinciones de índole desfavorable en el trato de dado a las personas protegidas.

<sup>153</sup> Kittichaisaree, Kriangsak, Op. Cit., p. 146.

<sup>154</sup> EC Op. Cit. No. 57, obrante a punto 1 del Crimen de Guerra de Atentados contra la Dignidad Personal: "57. Para los efectos de este crimen, el término "personas" puede incluir personas fallecidas. Se entiende que la víctima no tiene que ser personalmente consciente de la existencia de la humillación o degradación u otra violación. Este elemento tiene en cuenta los aspectos pertinentes de la cultura a que pertenece la víctima.

<sup>155</sup> Henckaerts Jean-Marie, Doswald-Beck Louise, Op. Cit., pp. 352 y ss.

En el ER no se encuentra un crimen de guerra que concretamente sancione la conducta de realizar tratos desfavorables; sin embargo, la conducta descrita por el tipo penal interno en comento quedaría recogida en los siguientes crímenes de guerra aplicables a los conflictos internacionales: artículo 8.2.a)ii) tratos inhumanos, y artículo 8.2.b)xxi atentados contra la dignidad. Y los siguientes aplicables a los conflictos no internacionales: artículo 8.2.c)i) tratos crueles y tortura, y artículo 8.2.c)ii) ultrajes contra la dignidad personal.

#### 6.4.14 Toma de rehenes

##### a. Análisis del tipo

Consiste en privar de la libertad a una persona, condicionando dicha privación o su seguridad personal a la satisfacción de exigencias formuladas a terceros. O realizar la privación de la libertad para utilizar al sujeto como defensa.

En materia de concursos de tipos el más evidente es el que se presenta con el delito de secuestro extorsivo, sin ser menos complejo el de la desaparición forzada. La principal diferencia con los tipos de los artículos 169 y 165 C.P. atiende al elemento contextual de la conducta referente a su ejecución con ocasión y en desarrollo del conflicto armado. En relación con el delito de desaparición forzada, además, en que su esencia es la no solicitud de nada a nadie a cambio de la libertad de la víctima, por cuanto el propósito es precisamente no dar a conocer su paradero. La zona gris más compleja se presenta cuando el actor de la privación de la libertad es miembro de una parte del conflicto y se solicita la misma o a su familia una suma de dinero a cambio de su libertad o de su integridad, por cuanto podría entenderse que la financiación de las hostilidades es el vínculo que une la conducta con el conflicto, más aun cuando el tipo penal no diferencia el tipo de exigencia que ha de requerirse, ni a quién. Sin embargo, la comprensión de la visión internacional del crimen de guerra al que corresponde la toma de rehenes parece indicar que el tipo de exigencias que supone el mismo son de aquellas que forman parte del propósito de la guerra y atienden a la obtención de una ventaja militar a través del acto de privación de la libertad, y no solamente a un recurso para el mantenimiento de las hostilidades.

En sentencia C-291 de 2007 la Corte Constitucional declaró inexecutable la expresión "*a la otra parte*" que circunscribía el acto de formulación de la exigencia solamente al adversario en el conflicto armado. En la providencia la Corte abordó el origen internacional de esta conducta prohibida, afirmando que se trata de una norma de carácter tanto convencional como consuetudinario, y que forma parte del *ius cogens*. Concluye la decisión en este aspecto señalando que la expresión objeto de demanda sí resulta violatoria de la Constitución Política, por cuanto restringe sin fundamento la protección y aplicación del DIH, toda vez ni en los instrumentos internacionales, ni en el ER y los EC se encuentra el requisito de que la exigencia sea requerida a la otra parte y por el contrario se incluyen como posibles destinatarios de la misma a personas naturales o jurídicas, grupos de personas, Estados y organizaciones internacionales. Otra decisión jurisprudencial relevante en punto del delito de toma de rehenes es la sentencia C- 405 del 4 de mayo de 2004, M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández, a través de la cual se realizó la revisión automática de constitucionalidad de la Ley 837 de 2003, mediante la cual se aprobó la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes de la ONU. En ella la Corte realizó una revisión detallada de las normas internacionales que han reprochado, prohibido y planteado medidas para prevenir la comisión de esta conducta.

##### b. El crimen en el ámbito internacional

La prohibición de la toma de rehenes es una norma de derecho internacional consuetudinario, aplicable a los conflictos internacionales y no internacionales<sup>156</sup>. Por otra parte, diversos instrumentos y decisiones de organismos internacionales han reprochado la conducta de la toma de rehenes. En el seno de las Naciones Unidas se pueden mencionar, entre otras, la Resolución

<sup>156</sup> *Ibidem*, pp. 381 y ss.



61/172 de 2006 de la Asamblea General; la Resolución 638 de 1989 del Consejo de Seguridad; la Resolución 1998/73 de la Comisión de Derechos Humanos. Y en el escenario de la OEA la Resolución 1944 XXXIII-0/03 de 2003. Resulta de especial importancia la Resolución 34/146 del 17 de diciembre de 1979 de la Asamblea General de la ONU, a través de la cual se adoptó la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, la cual entró en vigencia el 3 de junio de 1983 y que forma parte de la legislación interna a través de la Ley 837 de 2003. Su artículo 1º introdujo una primera definición normativa de la esta conducta en los siguientes términos: *"Toda persona que se apodere de otra (que en adelante se denominará "rehén") o la detenga, y amenace con matarla, herirla o mantenerla detenida a fin de obligar a un tercero, a saber, un Estado, una organización internacional intergubernamental, una persona natural o jurídica o un grupo de personas, a una acción u omisión como condición explícita o implícita para la liberación del rehén comete el delito de toma de rehenes en el sentido de la presente convención"*. Sin embargo, el marco de aplicación de la convención se limita a conductas cuya comisión involucre a más de un Estado (art. 13) y precisa se excluye cuando la toma de rehenes se efectúa en el escenario de un conflicto armado, ya sea internacional o no internacional (art. 12).

Los artículos 34 y 147 CGIV prohíben la toma de rehenes y la incluyen como una infracción grave al mismo. El artículo 3º Común a los CG en el numeral 1.b) prohíbe la toma de rehenes contra personas que no participen directamente en las hostilidades. El artículo 75.2.c) PAII prohíbe en todo tiempo y lugar la conducta de toma de rehenes, sea realizada por agentes civiles o militares. El artículo 4º PAI en que se establecen las garantías fundamentales que integran el principio de trato humano se dispone en el numeral 2.c) que se prohíbe la toma de rehenes contra las personas que no participan directamente en las hostilidades, o que dejaron de participar en ellas. Y el artículo 4.2.c) PAII introduce la prohibición de tomar rehenes como una garantía fundamental derivada directamente del principio de trato humano.

En el ER la conducta de toma de rehenes está prevista como crimen de guerra en el ámbito de los conflictos internacionales en el artículo 8.2.a) viii, y en de los internos en el artículo 8.2.c) iii.

La conducta es explicada por los EC en la misma forma para los dos escenarios de conflicto y adoptando en gran medida la definición de la Convención de las NU, como la captura, detención o retención en calidad de rehén a una o más personas, requiriéndose además que *"el autor haya tenido la intención de obligar a un Estado, a una organización internacional, a una persona natural o jurídica o a un grupo de personas a que actuaran o se abstuvieran de actuar como condición expresa o tácita de la seguridad o la puesta en libertad de esa persona o personas"*. Se trata por ende de un elemento subjetivo especial que identifica la conducta de toma de rehenes de otros tipos de privación ilegal de la libertad. Por supuesto, el sujeto pasivo ha de ser una persona protegida, y el autor debía ser consciente de las circunstancias de hecho que establecían dicha condición.

En cuanto al crimen de uso de personas protegidas como escudos humanos, que implica utilizar su presencia para protegerse de operaciones militares en determinados puntos o regiones, se tiene que es una conducta prohibida en forma expresa por los instrumentos aplicables a los conflictos armados internacionales<sup>157</sup>, lo que lleva a que en forma coincidente el ER la tipifique en el artículo 8.2.b)xxiii)<sup>158</sup> para esos escenarios. En cuanto a los conflictos de carácter interno, en la medida en que no se estableció una disposición específica que la identifique, se recoge a través del crimen de toma de rehenes, como sucede en el ámbito interno por expresa disposición del legislador.

En cuanto a la jurisprudencia internacional resulta relevante la exposición que de este crimen se realiza en el caso Blaskic del TPIY, en la que se hace énfasis en el aspecto subjetivo específico de este crimen que atiende a la obtención de una ventaja o concesión

<sup>157</sup> PA I. Art. 23, CG III, Art. 28, CG IV, Art. 51.7.

<sup>158</sup> "Art. 8.2.b)xxiii) Utilizar la presencia de una persona civil u otra persona protegida para poner ciertos puntos, zonas o fuerzas militares a cubierto de operaciones militares".

en el ámbito del conflicto: *"Dentro del significado del artículo 2º del Estatuto, rehenes civiles son personas ilegalmente privadas de la libertad, usualmente en forma arbitraria y en ocasiones bajo la amenaza de muerte. Sin embargo, como lo aseveró la Defensa, la detención puede ser legal en ciertas circunstancias, entre otras, para proteger civiles o cuando razones de seguridad lo impulsan. La acusación debe establecer que, para el momento de la supuesta detención, el censurable acto alegado fue perpetrado para obtener una concesión o ganar una ventaja. Los elementos de la ofensa son similares a aquellos del artículo 3(b) de las Convenciones de Ginebra acogidas bajo el artículo 3º del Estatuto"*<sup>159</sup>. En la sentencia de primera instancia del TPIY contra Kordic y Cerkez<sup>160</sup> la Cámara precisa que el Fiscal enunció como elementos que identifican el crimen de toma de rehenes los siguientes: i) Civiles arrestados, detenidos o de otra forma tomados como rehenes; ii) Intencionalmente utilizados para obtener alguna ventaja o asegurar algún compromiso de una parte del conflicto, o de otra persona o grupos de personas; y iii) Una amenaza contra su vida y libertad si dicha ventaja o compromiso no se alcanza. Se afirma que si bien la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes no se aplica en situaciones de conflicto armado, la definición que incluyó resulta relevante para la comprensión del crimen. Así, encuentra la Cámara de Primera Instancia que *"un individuo comete la ofensa de tomar civiles como rehenes cuando amenaza a personas civiles, que son detenidas ilegalmente, con tratos inhumanos o muerte, como medio para alcanzar el logro de una condición"*<sup>161</sup>. En relación con esta sentencia resulta así mismo relevante el hecho de la atribución de responsabilidad por el crimen de toma de rehenes a los procesados bajo dos supuestos fácticos distintos, uno que atiende a la conducta cometida contra personas que se encontraban privadas de la libertad en centros de detención, y otra contra civiles que eran tomados de los pueblos para que sirvieran como escudos humanos y se pudieran así evitar ataques concretos del enemigo<sup>162</sup>.

En relación con la doctrina internacional encontramos que el CICR en los Comentarios al PAI precisó en relación con el artículo 75.2.c) que los rehenes son personas detenidas para obtener ciertas ventajas<sup>163</sup> en el marco del conflicto armado.

#### 6.4.15 Detención ilegal y privación del debido proceso

##### a. Análisis del tipo

Sujeto pasivo: Indeterminado; pueden por ende ser víctimas de esta conducta tanto personas que participan activamente en las hostilidades como las que no lo hacen, combatientes y población civil, así como cualquier categoría de personas especialmente protegidas.

Conducta: Privar de la libertad a una persona y sustraerla de su derecho a ser juzgada de manera *"legítima e imparcial"*, expresión tomada directamente de las normas internacionales que identifican esta conducta como acto prohibido y la tipifican como crimen de guerra, en el escenario de los conflictos armados internos, como se verá a continuación.

##### b. El crimen en el ámbito internacional

Dos normas de derecho internacional consuetudinario son recogidas por el tipo interno objeto de revisión. La regla que prohíbe la privación ilegal de la libertad, y la que establece que nadie puede ser juzgado ni condenado sino en virtud de un proceso equitativo que ofrezca todas las garantías judiciales esenciales<sup>164</sup>.

<sup>159</sup> TPIY, Sentencia de Juzgamiento, La Fiscalía v. Tihomir Blaskic, Caso No. IT-95-14-T, párr. 158 (Traducción informal).

<sup>160</sup> TPIY, Sentencia de Juzgamiento, La Fiscalía v. Dario Kordic y Mario Cerkez, Caso No. IT-95-14/2-T, párr. 305 y siguientes (Traducción informal).

<sup>161</sup> *Ibidem*, párr. 314.

<sup>162</sup> *Ibidem*, párr. 677.

<sup>163</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 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) Tomo II. Ed. Plaza & Janés, Bogotá, 2001, p. 1224.

<sup>164</sup> Henckaerts Jean-Marie, Doswald-Beck Louise, Op. Cit., pp. 392 y ss.

Los CG establecen las razones y los procedimientos a través de los cuales se puede privar de la libertad a las personas protegidas por su ámbito respectivo. Tanto la privación ilegal como el juicio sin las debidas garantías son conductas prohibidas por los CG, por el artículo 3º Común, y por los PA, como se precisará en los párrafos siguientes.

Corresponde a un crimen de guerra en los conflictos armados internacionales que atiene a una Grave Infracción a los 4 CG, según el artículo 8.2.a)vi: *"El hecho de privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a otra persona protegida de sus derechos a ser juzgado legítima e imparcialmente.."*. En el ámbito de los conflictos de carácter no internacional, el artículo 8.2.c)iv también introduce esta conducta como una violación grave al artículo 3º Común a los 4 CG: *"Las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio ante un tribunal regularmente constituido, con todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables"*. La diferencia en punto de la redacción del crimen en el ámbito del conflicto internacional frente a la del interno proviene de las normas de los GC y los PA, y es explicada por el CICR en punto de la dificultad de encontrar que la parte insurrecta de un conflicto no internacional pueda constituir un tribunal en forma legítima, de manera que la redacción tomada del artículo 84 CGIII resultaba más amplia y adecuada para este tipo de conflictos<sup>165</sup>.

Los EC establecen que la conducta de *"denegación de un juicio justo"* aplicable a los conflictos internacionales consiste en *"Que el autor haya privado a una o más personas de un juicio justo e imparcial al denegarles las garantías judiciales que se definen, en particular, en los Convenios de Ginebra III y IV de 1949"*. Frente al crimen de guerra de *"condenar o ejecutar sin garantías judiciales"* propio de los conflictos no internacionales los EC señalan que atiene a la condena o ejecución de persona fuera de combate, o civil, o miembro de personal sanitario o religioso que no tomara parte activa en las hostilidades, sin que haya habido un juicio previo ante un tribunal, o lo hubiere habido pero ante tribunal no regularmente constituido, lo que implica que no ofreciera las garantías esenciales de independencia e imparcialidad o las garantías judiciales indispensables así reconocidas de conformidad con el derecho internacional.

Las garantías judiciales previstas por los 4CG y los PA son las siguientes:

- Derecho a un juicio adelantado por un tribunal independiente, imparcial y constituido con arreglo a la ley<sup>166</sup>.
- Derecho a información sin demora sobre los detalles de la infracción que se le atribuye, o el motivo de la infracción<sup>167</sup>.
- El derecho de ser asistido por un defensor calificado y contar con los medios de defensa necesarios, como es la traducción requerida<sup>168</sup>.
- Derecho a que se citen e interroguen testigos<sup>169</sup>.
- Derecho a la responsabilidad penal individual<sup>170</sup>.
- Derecho a la aplicación del principio de legalidad y favorabilidad<sup>171</sup>.
- Derecho a estar presente en el juicio<sup>172</sup>.
- Derecho a no declarar contra sí mismo<sup>173</sup>.
- Derecho a conocer la posibilidad de interponer recursos y a interponerlos<sup>174</sup>.

<sup>165</sup> EComité Internacional de la Cruz Roja. Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 (Protocolo II), Op. Cit., p. 161.

<sup>166</sup> CG III. Art. 84, CG IV. Art. 66, PA I Art. 75.4, PA II. Art. 6.2.

<sup>167</sup> CG III. Art.104, CG IV. Art.71, PA I. Art. 75.4.a), PA II. Art. 6º.

<sup>168</sup> CG III. Art. 99, CG III. Art. 105, CG IV. Art. 72, PA I. Art. 75.4.a), PA II. Art. 6.2.a).

<sup>169</sup> CG III. Art. 105, CG IV. Art. 72, PA I. Art. 75.4.g).

<sup>170</sup> PA I. Art. 75.4.b), PA II. Art. 6.2b).

<sup>171</sup> CG III. Art. 99, CG IV. Art. 67, CG II. Arts. 74.4.c), 99, 6.2c).

<sup>172</sup> PA I. Art. 75.4.e), PA II. Art. 6.2.d).

<sup>173</sup> PA I. Art. 75.4.f), PA II. Art. 6.2.e).

<sup>174</sup> CG III. Art. 106, CG IV. Art. 73, PA I. Art. 75.4.j), PA II. Art. 6.3.

- Derecho a no ejecución de pena de muerte a quien fuera menor de 18 años al momento de ejecución de la conducta<sup>175</sup>.
- Derecho a la presunción de inocencia<sup>176</sup>.
- Derecho a no ser juzgados dos veces por el mismo hecho<sup>177</sup>.
- Derecho al pronunciamiento público de la sentencia<sup>178</sup>.
- Derecho a que se deduzca del tiempo de la condena el correspondiente a la detención preventiva<sup>179</sup>.

Como puede observarse, algunas de las anteriores garantías están previstas en los PA, pero no en los CG; es el caso de la presunción de inocencia<sup>180</sup>, del derecho a no declararse culpable<sup>181</sup>, a estar presente en el juicio<sup>182</sup>, o a presumirse inocente hasta tanto no sea condenado<sup>183</sup>. Para estos efectos la expresión “*en particular*” a que se refieren los EC frente al crimen propio de conflictos internacionales permite también la obligatoria aplicación los derechos establecidos por los PA, de forma que constituye crimen de guerra en el ámbito de los conflictos internacionales la violación de cualquiera de las garantías anteriormente indicadas.

En la medida en que la normativa aplicable a las situaciones de conflictos armados de carácter interno es solamente la establecida en el artículo 3º Común a los CG y el PAII, debe tenerse en cuenta que son las garantías establecidas en dichas disposiciones las aplicables al concepto de juicio justo en el ámbito de los conflictos no internacionales, para efectos de la integración del crimen de guerra correspondiente.

En este sentido, el artículo 3º Común en su literal d) establece que constituyen conducta prohibida “*las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados*”. Disposición que fuera desarrollada por el artículo 6º PAII referente a las diligencias penales, en el cual se afirma que la declaración de culpabilidad solamente podrá ser proferida por un tribunal que ofrezca las garantías esenciales de independencia e imparcialidad, *en particular*<sup>184</sup> las siguientes: Información sin demora de los detalles de la infracción atribuida; derecho de defensa a través de los medios necesarios; responsabilidad penal individual; principio de legalidad y favorabilidad; presunción de inocencia; presencia en el juicio; derecho a no declarar contra sí mismo; información sobre recursos a interponer contra la sentencia.

Los conceptos de independencia e imparcialidad del tribunal no son desarrollados por las normas de DIH, pero sí han sido objeto de análisis por parte de los órganos internacionales de protección a los DDHH, como es el caso de la Comisión y la Corte Interamericana de DDHH, así como por la doctrina internacional. La jurisprudencia tanto interamericana como europea de las Cortes de protección de los DDHH, han señalado que la independencia atiende a la autonomía del tribunal frente a las demás ramas del poder, especialmente la ejecutiva y que la imparcialidad requiere ausencia de posturas preconcebidas frente al caso o que favorezcan a una u otra parte<sup>185</sup>. El CICR se refiere al derecho de todo ciudadano a un “*proceso reglamentario*”, el cual solo

<sup>175</sup> CG IV. Art. 68, PA I. Art. 75, PA II. Art. 6.4.

<sup>176</sup> PA I. Art. 75.4.d), PA II. Art. 6.2.d).

<sup>177</sup> CG III. Art. 86, CG IV. Art. 117, PA I. Art. 75.4.h).

<sup>178</sup> CG III. Art. 107, PA I. Art. 75.4.i).

<sup>179</sup> CG III Art. 103, CG IV Art. 69.

<sup>180</sup> PA I Art. 75.4.d) y PA II Art. 6.2.d).

<sup>181</sup> Nótese cómo en las disposiciones de los 4 CG no se introduce esta garantía; el artículo 99 CGIII afirma que no podrá ejercerse presión moral ni física contra el prisionero para lograr su confesión.

<sup>182</sup> PA I Art. 75.4.e), PA II Art. 6.2.d).

<sup>183</sup> PA I Art. 75.4.d), PA II Art. 6.2.d).

<sup>184</sup> Expresión que denota la indicación de una lista no exhaustiva de garantías, sino solamente orientativa, permitiéndose la inclusión de los estándares de derechos del procesado.

<sup>185</sup> Cfr. Henckaerts Jean-Marie, Doswald-Beck Louise, Op. Cit., p. 405.

es efectivo si es dictado por un tribunal que ofrezca las garantías de independencia e imparcialidad, indicadas con anterioridad, las cuales se reitera no son una lista exhaustiva<sup>186</sup>.

#### 6.4.16 Constreñimiento a apoyo bélico

##### a. Análisis del tipo

Sujeto pasivo: Si bien se trata de las personas protegidas, para efectos de esta conducta resulta relevante recordar que dentro de dicha categoría se encuentran las personas que dejaron de participar activamente en las hostilidades, por captura, rendición, herida o enfermedad; los no combatientes. Ellos tampoco pueden ser utilizados para servir a las fuerzas de la parte bajo cuyo poder se encuentran, no solamente los civiles.

Conducta: Constreñir a servir de cualquier forma en las fuerzas armadas de la parte adversa. El constreñimiento supone un vencimiento de la voluntad que lleva al sujeto a efectuar lo pretendido por el agente, que en este caso es que sirva al adversario *de cualquier forma*.

De lo anterior se deduce que la prestación exigida no tiene que implicar tomar las armas, y puede consistir en la entrega de información, en actos de vigilancia, en suministro de provisiones, entre otros.

##### b. El crimen en el ámbito internacional

Esta conducta es recogida por el artículo 23 del Reglamento Anexo al Convenio de La Haya de 1907<sup>187</sup>, y se trata de una violación grave a los CG en virtud de los artículos 130 CGIII y 147 CGIV.

El artículo 8.2.a)v) ER tipifica el crimen de obligar a un prisionero de guerra o a otra persona protegida a servir en las fuerzas del poder hostil, como grave violación a los 4CG y por ende aplicable a los conflictos armados de carácter internacional. Los EC establecen que la conducta descrita en esta disposición consiste en obligar a una o más personas, *"mediante hechos o amenazas, a participar en operaciones bélicas dirigidas contra el país o las fuerzas armadas de esa persona o personas, o a servir en las fuerzas de una potencia enemiga"*. Resulta similar la descripción del crimen de guerra ubicado en el acápite de otras serias violaciones a las leyes y costumbres aplicables en los conflictos armados de carácter internacional prevista en el artículo 8.2.b)xv) ER en los siguientes términos: *"Obligar a los nacionales de la parte enemiga a participar en operaciones bélicas dirigidas contra su propio país, aunque hubieran estado a su servicio antes del inicio de la guerra"*; al punto que la descripción de la conducta en los EC atiende al mismo contenido del crimen anterior<sup>188</sup>. Para el ámbito de los conflictos armados no internacionales esta conducta no se prevé en el ER como un crimen de guerra específico; sin embargo, se encuentra que se trata de una infracción al principio de distinción y concretamente de la protección general a las personas civiles contra los peligros procedentes de las operaciones militares del artículo 13.1 PAII, de forma que la comisión de esta conducta podría tipificarse en el artículo 8.2.c)i y ii), en la medida en que la situación en que se pone a la persona protegida implica en forma evidente un atentado contra su vida e integridad, e incluso contra su propia dignidad.

<sup>186</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 (Protocolo II), Op. Cit., p. 162.

<sup>187</sup> "ART. 23.-Además de las prohibiciones establecidas por Convenciones especiales, es particularmente prohibido: (...) Es igualmente prohibido a un beligerante compeler a los nacionales del adversario a tomar parte en las operaciones de la guerra dirigidas contra su país, aun en el caso de que ellos hayan estado a su servicio antes de comenzar la guerra".

<sup>188</sup> "1. Que el autor haya obligado a una o más personas, mediante hechos o amenazas, a participar en operaciones bélicas contra su propio país o sus propias fuerzas".

El CICR afirma que obligar a una persona a servir en las fuerzas armadas de una potencia enemiga es una forma de trabajo forzado prohibida por el DIH<sup>189</sup>.

#### 6.4.17 Despojo en el campo de batalla

##### a. Análisis del tipo

Sujeto pasivo: la norma se refiere a dos tipos de sujetos que serían víctimas del despojo, los cadáveres y las personas protegidas. Una persona protegida es elemento normativo que ya ha sido expuesto en punto de los tipos penales anteriores, y que para efectos de este título del Código Penal debe integrarse con el contenido del párrafo del artículo 135.

Conducta: Consiste en el despojo, que significa “Presa, botín del vencedor”<sup>190</sup>. Si bien el nomen iuris del tipo hace referencia a una circunstancia modal de ejecución de la conducta, que atiende a que la misma se desarrolle “en el campo de batalla”, el tipo objetivo de la norma no la introduce, y toda vez que el título de los tipos penales solo tiene un carácter adicional de interpretación pero no integra la descripción de la conducta, no resulta evidente la posibilidad de limitarla a dicho escenario de ejecución.

El término “efectos” se refiere a artículos de comercio<sup>191</sup>, es decir, bienes que tienen un contenido o valor comercial.

En cuanto a los posibles concursos de tipos se tiene un caso evidente frente a la redacción del artículo 154 C.P. en que se sanciona la conducta de destrucción y apropiación de bienes protegidos; sin embargo, tal disposición hace expresa referencia la comisión de la conducta en exceso de la ventaja militar prevista, lo que no es introducido por el artículo 151 en comento. Además de ello, se tiene que el artículo 154 C.P. es una norma penal subsidiaria expresa, que atiende a la fórmula del delito sancionado con pena mayor; sin embargo, realizada esta comparación se tiene que el límite mínimo de la pena es mayor en el artículo 154, pero el máximo es el mismo, de forma que por esta vía sería dicha disposición la norma aplicable. Y finalmente, existe una diferencia entre los dos tipos en punto del objeto material de la conducta, en la medida en que en este delito se trata de bien de persona protegida, mientras que en el 154 de bien protegido, atendiendo al listado indicado en el párrafo respectivo. La norma que corresponda al supuesto fáctico objeto de análisis deberá atender entonces a las especificidades del tipo objetivo de cada una de estas dos disposiciones.

##### b. El crimen en el ámbito internacional

Esta conducta corresponde a los actos denominados “expoliación”<sup>192</sup> o “pillaje”<sup>193</sup> en el ámbito internacional, que corresponden a violaciones del Derecho Internacional Humanitario<sup>194</sup>. Otra expresión que podría recoger esta conducta interna es la del “saqueo”. Se trata de las distintas formas de apropiación de la propiedad individual en el conflicto armado<sup>195</sup>. En consecuencia, los Estados tienen la obligación de establecer mecanismos de protección y para impedir que personas fallecidas sean objeto de despojo.

<sup>189</sup> Henckaerts Jean-Marie, Doswald-Beck Louise, Op. Cit., p. 380.

<sup>190</sup> [http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=despojo](http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=despojo).

<sup>191</sup> [http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=efectos](http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=efectos)

<sup>192</sup> Verri Pietro, Op. Cit., p. 41: “Despojo, no necesariamente violento, de bienes muebles pertenecientes a heridos, enfermos, náufragos, prisioneros de guerra, restos mortales en el campo de batalla. La expoliación está prohibida”.

<sup>193</sup> *Ibidem*, p. 86: “Apropiación sistemática y violenta de bienes muebles de propiedad pública o privada, efectuada por los miembros de las fuerzas armadas en perjuicio del Estado adversario, los heridos, los enfermos, los náufragos o los prisioneros de guerra. El pillaje está considerado como crimen de guerra”.

<sup>194</sup> CG I Art. 15, CG II Art. 18, CG III Art. 18, CG IV Art. 16 y 33, PA II Arts. 4° y 8°.

<sup>195</sup> TPIY, Sentencia de Juzgamiento, La Fiscalía v. Zejnir Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic, Esad Landzo “Celebici case”, Caso No. IT-96-21-T, párr. 591: “En este contexto debe observarse que la ofensa de la apropiación ilegal de propiedad pública o privada en un conflicto armado ha variado entre los términos “pillaje”, “saqueo” y “expoliación”. Así, el Artículo 47 del Convenio de La Haya y el artículo 33 del IV Convenio de Ginebra en sus términos de la prohibición del acto de

El ER tipifica el crimen de guerra de “saquear” en los artículo 8.2.b)xvi) y 8.2.e)v) que textualmente se refieren a la conducta de “*Saquear una ciudad o una plaza, incluso cuando es tomada por asalto*”. Los EC establecen que esta conducta consiste en aquella en que el autor se apropia de un bien con la intención de privar del mismo a su propietario sin su consentimiento, y de apropiarse de él para su uso privado o personal. Precisan además que la expresión “*uso privado o personal*” excluye la ilegalidad de la conducta efectuada por razones militares<sup>196</sup>. En el ámbito de los conflictos de carácter no internacional también podría encuadrar la conducta en el crimen de guerra de “*artículo 8.2.d)xii) Destruir o confiscar bienes de un adversario, a menos que las necesidades del conflicto lo hagan imperativo*”, en la medida en que dicho adversario haya fallecido o corresponda a una persona que no participa ya activamente de las hostilidades.

No obstante lo anterior, la conducta descrita por la norma interna tiene un contenido individual, mientras que el crimen de saqueo tiene un contexto de carácter general o colectivo, como también lo tiene el crimen previsto por el artículo 8.2.a) iv) consistente en “*La destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares, y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente*”. El elemento contextual<sup>197</sup> de los crímenes de guerra impediría de por sí que constituyera crimen de guerra de competencia de la CPI la ejecución de una conducta singular, de carácter individual.

#### 6.4.18 Omisión de medidas de socorro y asistencia humanitaria

##### a. Análisis del tipo

- Tipo de omisión propia
- Conducta: Omitir prestar medidas de socorro y asistencia humanitarias a favor de personas protegidas, estando en la obligación de hacerlo.

El aspecto más relevante de la norma es el elemento normativo atinente a la obligación de prestar esas medidas de socorro y asistencia humanitaria. Como se verá, las normas internacionales imponen este deber a las partes del conflicto; los deberes de velar por la seguridad y el mantenimiento de las condiciones humanas de vida de los ciudadanos otorgarían el deber a las instituciones estatales.

##### b. El crimen en el ámbito internacional

Las normas del DIH instan a las partes a permitir la prestación de las labores de socorro y asistencia y a asegurar a la población civil la posibilidad de vivir de la forma más normal posible durante el curso de las hostilidades.

La expresión “*socorro*” atiende a la prestación de las necesidades referentes especialmente a alimentos, ropa, medicamentos, elementos para sus necesidades religiosas, de estudio o asueto. El CGIII establece que es deber de las potencias protectoras dar curso a la entrega de los paquetes de socorro, sean individuales o colectivos, y en su artículo 72 precisa los principios que

---

“*pillaje*”, la Carta de Núremberg, la Ley No. 10 del Consejo de Control y el Estatuto de la Corte Penal Internacional, todos hacen referencia al crimen de guerra de “*saqueo de propiedad pública y privada*”. Mientras puede anotarse que el concepto de pillaje en el sentido tradicional implica un elemento de violencia, no necesariamente presente en la ofensa de saqueo, no es necesario para estos propósitos determinar si bajo la actual ley internacional esos términos son enteramente sinónimos. La Corte de Juzgamiento alcanza esta conclusión sobre la base del punto de vista de que el último término, como incorporado en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, debe ser entendido para comprender todas las formas de apropiación ilegal de propiedad en el conflicto armado de la cual se responde individualmente bajo la ley criminal internacional, incluso por los actos tradicionalmente denominados “*pillaje*” (Traducción informal).

<sup>196</sup> EC Op, Cit. No. 61.

<sup>197</sup> ER “ART. 8.1.-La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes”.

han de aplicarse para el envío de socorros. En el ámbito de los conflictos armados de carácter internacional las labores tanto de socorro como de asistencia o apoyo humanitario corresponden a las potencias protectoras, y en su defecto a los organismos que las mismas designen para ello<sup>198</sup>. Lo anterior, sin perjuicio de las actividades propias del Comité Internacional de la Cruz Roja<sup>199</sup>. En relación con la población civil el PAI trata en los artículos 68 y siguientes lo atinente al socorro que les corresponde, siendo tales bienes como ropa de vestir y de cama, alojamientos de urgencia y demás suministros esenciales para su supervivencia en un territorio ocupado, así como objetos para el culto<sup>200</sup>. Se establece además en el artículo 70 PAI que las partes deberán facilitar la pronta entrega de los envíos de socorro a la población civil y que la colaboración que se ofrezca para estos efectos no se tomará como injerencia en el conflicto. En los términos del artículo 81 PAI es su deber además permitir al CICR y a sus diversas organizaciones cumplir las labores humanitarias que les corresponden. En materia de conflictos armados de carácter no internacional el PAII establece que las sociedades de socorro *podrán* prestar su colaboración para atender las labores de socorro y humanitarias requeridas en el territorio de la Alta Parte Contratante, y en el artículo 18 se dispone que incluso la población civil *podrá* ofrecerse para realizar labores específicas de atención de enfermos y heridos.

El ER tipifica como crimen de guerra en el ámbito de los conflictos internacionales, por la vía de un método de guerra ilícito, la conducta de "artículo 8.2.b)xxv) *Hacer padecer intencionalmente hambre a la población civil como método de hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar intencionalmente los suministros de socorro de conformidad con los Convenios de Ginebra*". El ER no introdujo una disposición paralela aplicable a los conflictos no internacionales. Los EC precisan frente a este crimen que se requiere que el autor haya privado a personas civiles de "objetos indispensables para su supervivencia" y que lo haya hecho con la "intención de hacer padecer hambre a personas civiles como método de guerra", de lo que se deduce que el contenido del crimen en mención atiende solamente al aspecto del socorro o asistencia humanitaria referente a la alimentación, lo que es más limitado que la descripción del tipo interno.

Varios países han introducido, como Colombia, la conducta de omitir cumplir con estos deberes humanitarios en su legislación interna como delitos específicos que se aplicarían también a conflictos de carácter no internacional<sup>201</sup>.

#### 6.4.19 Obstaculización de tareas sanitarias y humanitarias

##### a. Análisis del tipo

Consiste en obstaculizar o impedir al personal médico, sanitario o de socorro, o a la población civil, la realización de tareas sanitarias y humanitarias.

El uso de violencia contra personas o bienes en el curso de la ejecución de la conducta implica la imposición de un agravante en la pena, configurándose un tipo complejo, que recogería no solo la conducta de obstaculización de la tarea, sino además la afectación al bien o persona protegido, conductas estas que son tipificadas a través de delitos autónomos por la legislación interna. Sin embargo, encontramos que esa violencia que quedaría recogida por el segundo inciso de esta disposición sería aquella que implicaría afectaciones a la integridad física de la persona, pero no el homicidio, delito que en consecuencia concursaría idealmente con el artículo 153.

<sup>198</sup> CG IV Art. 10.

<sup>199</sup> CG I Art. 9° CG II Art. 9°, CG III Art. 123, CG IV Art. 10.

<sup>200</sup> PA I Art. 69.

<sup>201</sup> Cfr. Henckaerts Jean-Marie, Doswald-Beck Louise, Op. Cit., p. 220.



La deferencia de la conducta descrita por este tipo, frente a la del artículo 152 C.P. consiste en que en este se obstaculiza la prestación del socorro o la asistencia por parte de terceros, que pueden ser otros Estados, u organizaciones autorizadas, como el CICR, mientras que en aquel es el autor quien no cumple su deber de suministrar esos bienes necesarios para la supervivencia. Se trata por ende del cumplimiento de dos obligaciones distintas, una de dejar hacer y la otra de cumplir con su propio deber.

### b. El crimen en el ámbito internacional

El artículo 23 CGIV exige a los Estados autorizar el libre paso de envíos de medicamentos y material sanitario destinado a la población civil; así como de víveres indispensables, ropa y elementos necesarios para menores y mujeres en estado de embarazo. Esta obligación es introducida también por el artículo 70 PAI. Varios manuales militares de países del mundo introducen a sus fuerzas militares la obligación de facilitar el acceso de la ayuda humanitaria dirigida a los civiles<sup>202</sup>.

Como se indicó en relación con el tipo penal anterior, el único comportamiento que está recogido por el ER como crimen de guerra que puede corresponder a la descripción típica de este delito es el previsto por el artículo 8.2.b)xxv aplicable a los conflictos armados de carácter internacional.

Por otra parte, debe precisarse que en lo que atiene a la conducta descrita por el segundo inciso de la disposición, el ataque a elementos y bienes para la prestación de servicios sanitarios sí constituye un crimen de guerra, aunque el mismo no requiere el propósito de impedir la prestación de dichas tareas; basta con la destrucción del bien, no tiene que ser dicha conducta un medio para la obstaculización de la prestación del servicio. Pero esta conducta autónoma es recogida también por la normativa interna a través del artículo 155, de forma que será objeto de análisis en punto de dicha disposición. Resulta relevante destacar que en la normativa internacional aplicable tanto a los conflictos internacionales como a los internos incluso se tipifica como crimen de guerra la sola ejecución de ataques contra dichos bienes, aunque los mismos no resulten destruidos, conductas que se constituyen infracciones al principio de proporcionalidad<sup>203</sup>.

En relación con esta conducta el CICR ha establecido como regla de derecho internacional consuetudinario la siguiente: "*Norma 55. Las partes en conflicto permitirán y facilitarán, a reserva de su derecho de control, el paso rápido y sin trabas de toda ayuda humanitaria destinada a las personas civiles necesitadas que tenga carácter imparcial y se preste sin distinción desfavorable alguna*"<sup>204</sup>, concluyendo que "*la práctica de los Estados establece esta regla como una norma de derecho internacional consuetudinario aplicable tanto en conflictos armados internacionales como en los no internacionales*". Debe, sin embargo, precisarse que el hecho de que se introduzca una obligación por vía del derecho internacional consuetudinario implica su vigencia independientemente de la existencia de una norma consensuada expresa, pero no se traduce en la tipificación de la conducta como crimen de carácter internacional; para el efecto el límite es lo estipulado por el ER, que como se indicó, solo la recoge como crimen de guerra en el ámbito de los conflictos internacionales. No obstante ello, es también posible que este supuesto de hecho sea tipificado como crimen de genocidio, o de lesa humanidad de exterminio, a través de la modalidad de generar o imponer al grupo condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción<sup>205</sup>.

<sup>202</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 216.

<sup>203</sup> ER: Art. 8.2.b)iii) "Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o bienes civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados". "Art. 8.2.c)iii) Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles u objetos civiles con arreglo al derecho de los conflictos armados".

<sup>204</sup> Henckaerts Jean-Marie, Doswald-Beck Louise, Op. Cit., p. 216.

<sup>205</sup> ER. Arts. 6.c), 7.2.b).

#### 6.4.20 Destrucción y apropiación de bienes protegidos

##### a. Análisis del tipo

- Sujeto pasivo: Será el propietario de los bienes objeto de destrucción o apropiación.
- Conducta: Se trata de un tipo penal de conducta compuesta alternativa, consistente en destruir o apropiarse de los bienes. El objeto material corresponde a bienes protegidos, siendo tales los enunciados por el propio legislador en el párrafo de la norma.

Se introdujo una calificación a la forma de ejecución de la conducta, que atiende a que la misma tiene que ser cometida por medios ilegales o excesivos en relación con la *"ventaja militar concreta prevista"*. Se deduce atipicidad objetiva si no se verifican dichas circunstancias.

Se trata de conductas que implican resultados materialmente perceptibles, lo que se traduce en la aceptación de la sanción de la misma por vía de tentativa.

Esta conducta, además de coincidir en algunos aspectos con la descrita por el artículo 151 C.P., también incluye parte de la prevista por el artículo 156 C.P., concretamente en relación con la modalidad de destrucción de los bienes culturales y lugares de culto, que son recogidos por el numeral 2º del delito en comento. No sucede lo mismo con el artículo 157, por cuanto en dicha disposición se sanciona el solo ataque de los bienes que contienen fuerzas peligrosas, sin que se requieran los resultados de destrucción o apropiación requeridos por esta norma.

##### b. El crimen en el ámbito internacional

La protección a los bienes que no corresponden a objetivos militares se deriva directamente el principio de distinción. Se configura así una regla de derecho internacional consuetudinario enunciada por el CICR en los siguientes términos *"Norma 7. Las partes en conflicto deberán hacer en todo momento la distinción entre bienes de carácter civil y objetivos militares. Los ataques solo podrán dirigirse contra objetivos militares. Los bienes de carácter civil no deben ser atacados"*<sup>206</sup>.

Esta prohibición está contenida en el artículo 48 PAI y artículo 52.2 PAI, disposición en la que se define el concepto de objetivo militar<sup>207</sup> como aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyen eficazmente a la acción militar, o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca una ventaja militar definida. El PAI no cuenta con una disposición que distinga entre bienes civiles y objetivos militares; sin embargo, se afirma que dicha protección encuadraría en el contenido del artículo 13.1 sobre los peligros procedentes de las operaciones militares. En punto de las armas incendiarias la disposición existe en virtud del Protocolo III de la Convención sobre ciertas armas convencionales<sup>208</sup>, y en relación con los bienes culturales el artículo 6.a) del Segundo Protocolo de la Convención de La Haya introduce también la distinción señalada.

<sup>206</sup> Henckaerts Jean-Marie, Doswald-Beck Louise, Op. Cit., p. 29.

<sup>207</sup> El concepto de objetivo militar se encuentra tratado en el módulo Aplicación principios del DIH a los tipos penales consagrados en el título II del Código Penal y al artículo 48 del Código Único Disciplinario pp. 39-45.

<sup>208</sup> Convención de Ginebra sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que pueden considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados (CCW) de 1980. Protocolo II Enmendado de 1986 y Protocolo III de 1980, Art. 2.1: "Protección de las personas civiles y los bienes de carácter civil. 1. Queda prohibido en todas las circunstancias atacar con armas incendiarias a la población civil como tal, a personas civiles o a bienes de carácter civil".

El ER introduce en el artículo 8.2.b)ii) como crimen de guerra la conducta de *"Dirigir intencionalmente ataques contra bienes civiles, es decir, bienes que no son objetivos militares"*. Y en el artículo 8.2.a)iv) *"La destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares, y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente"*. En relación con los conflictos armados de carácter interno no se tipificaron conductas homogéneas a las anteriores; se introdujeron crímenes de guerra de ataque y destrucción de bienes con especiales categorías de protección, como son los culturales y los sanitarios; así como los bienes del adversario salvo por necesidad militar, y el saqueo de pueblos y ciudades, todas conductas sancionadas también en el escenario de los conflictos internacionales.

La jurisprudencia internacional ha explicado la entidad requerida de la conducta para ser considerada crimen de guerra en punto de las circunstancias específicas de la misma, pudiendo incluso bastar la destrucción de un solo bien si este es por ejemplo un hospital<sup>209</sup>.

Para efectos de la descripción de este crimen resulta determinante el concepto de *"necesidad militar"*, el cual atiende a las medidas necesarias para conseguir las *"metas de la guerra... constituye la justificación de todo recurso a la violencia, dentro de los límites establecidos por el principio general de proporcionalidad... indica una necesidad estipulada en normas de derecho internacional que induce a actuar, tanto en el marco mismo de las mismas normas como por excepciones a estas..."*<sup>210</sup>. Así, la necesidad militar solamente comprende aquello que resulta lícito al amparo de las leyes de la guerra<sup>211</sup>. En síntesis, podría afirmarse que la necesidad militar es aquello que atiende al objetivo de la guerra –ganar a través del debilitamiento de las fuerzas enemigas–, pero que debe, sin embargo, mantenerse en permanente equilibrio con el principio de humanidad, en aras de respetar los postulados y reglas de la guerra. Y por ende, como afirma el CICR, *"un ataque que afecte bienes de carácter civil no será ilícito siempre y cuando se dirija contra un objetivo militar y los daños causados incidentalmente a los bienes civiles no sean excesivos"*<sup>212</sup>.

Si bien no se refiere la norma específicamente a la conducta de destruir bienes de carácter civil, resulta relevante también mencionar el crimen de guerra consistente en *"Atacar o bombardear, por cualquier medio, ciudades, aldeas, viviendas o edificios que no estén defendidos y que no sean objetivos militares"*<sup>213</sup> el cual solo se prevé para efectos de los conflictos armados internacionales.

Como se ha comentado ya en párrafos anteriores, resulta relevante destacar que el ordenamiento penal internacional sanciona la sola conducta de dirigir un ataque contra este tipo de bienes, la cual recoge una fase anterior a la ejecución del comportamiento descrito por el tipo penal interno<sup>214</sup>; e incluso sanciona el comportamiento cuando se ejecuta no por dolo directo, sino también eventual (*a sabiendas*)<sup>215</sup>. Lo anterior, sin embargo, es aplicable solamente para efectos de los conflictos armados de carácter internacional, por cuanto en lo atinente a los conflictos no internacionales no están previstas normas equivalentes que protejan los bienes civiles, aunque sí a las personas.

<sup>209</sup> TPIY, Sentencia de Juzgamiento, La Fiscalía v. Tihomir Blaskic, Caso No. IT-95-14-T, párr: 157 *"Para un poder de ocupación está prohibido destruir la propiedad mueble e inmueble, excepto cuando dicha destrucción sea absolutamente necesaria para las operaciones militares. Para constituir una grave violación, la destrucción injustificada por necesidad militar debe ser extensiva, ilegal y gratuita. La noción "extensiva" es evaluada de acuerdo con los hechos del caso –un acto singular, tal como la destrucción de un hospital, puede ser suficiente para caracterizar la ofensa bajo este cargo"*. (Traducción informal).

<sup>210</sup> Verri Pietro, Op. Cit., pp. 69 y 70.

<sup>211</sup> Dörmann, Op. Cit., p. 81 (traducción informal).

<sup>212</sup> Henckaerts Jean-Marie, Doswald-Beck Louise, Op. Cit., p. 33.

<sup>213</sup> ER Art. 8.2.b)v).

<sup>214</sup> ER *"Art. 8.2.b)ii). Dirigir intencionalmente ataques contra bienes civiles, es decir, bienes que no son objetivos militares. (...) ix) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y los lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, siempre que no sean objetivos militares"*. *"Art. 8.2.c) iv) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y otros lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, a condición de que no sean objetivos militares"*.

<sup>215</sup> Cfr. ER. Art. 8.2.b)iv).

La jurisprudencia internacional ha precisado que el crimen requiere el elemento de intencionalidad, el cual se verifica no solamente cuando se sabía que del ataque se derivaría la destrucción de propiedad civil, sino además cuando no podía no saberse que de ejecutarlo resultarían afectados ese tipo de bienes<sup>216</sup>.

#### 6.4.21 Destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario

##### a. Análisis del tipo

- Conducta: Atacar o destruir concretas categorías de bienes protegidos. Es importante destacar que se trata de un tipo penal compuesto alternativo, que se consume con la ejecución de una o la otra conducta.
- Objeto material: Los siguientes tipos de bienes: ambulancias o bienes de transporte sanitario, hospitales, depósitos de elementos de socorro, convoyes sanitarios, bienes destinados a la asistencia y socorro de personas protegidas, zonas sanitarias y desmilitarizadas o bienes de carácter sanitario debidamente señalados con los signos convencionales de la Cruz Roja o de la Media Luna Roja.

La tipicidad de la conducta requiere la verificación del elemento de la ausencia de justificación basada en "*imperiosas necesidades militares*" o la ausencia de "*medidas de protección adecuadas y oportunas*". De lo que se deduce que el ataque o destrucción de esos bienes se puede efectuar pero solo bajo imperiosas necesidades militares, o se puede ocasionar solo si previamente se tomaron las medidas de protección adecuadas y oportunas. El contenido de estas expresiones tendrá que buscarse en la normativa, doctrina y jurisprudencia internacional.

Se precisa finalmente que esta conducta sanciona el ataque y destrucción de bienes especialmente protegidos, cuales son aquellos de contenido sanitario. Pero también, se incluye el ataque y destrucción de zonas desmilitarizadas, lo que corresponde en el ámbito internacional a una conducta diversa.

##### b. El crimen en el ámbito internacional

Las normas internacionales prevén la protección de estos bienes en la misma disposición de aquellos destinados al culto, el arte y monumentos históricos, bienes estos que son recogidos en la legislación interna por un tipo independiente que se revisará en el siguiente acápite en lo que no coincida con lo que se indicará a continuación. Es decir, las normas de protección que resguardan los bienes especialmente protegidos se enuncian en conjunto, razón por la cual las referencias que se expondrán a continuación los incluye a todos.

La prohibición de atacar bienes de carácter sanitario que se dediquen a su función natural se fundamenta en el principio de distinción y corresponde a una norma de derecho consuetudinario<sup>217</sup>, aplicable tanto a conflictos armados internacionales como no internacionales; lo anterior, independientemente de encontrarse también recogida en normas convencionales y constituir crímenes de guerra a la luz del ER, como se verá a continuación.

<sup>216</sup> TPIY, Sentencia de Juzgamiento, La Fiscalía v. Tihomir Blaskic, Caso No. IT-95-14-T, párr. 180 y 183.

<sup>217</sup> Normas 28, 29 y 30 de derecho internacional consuetudinario recopiladas y enunciadas por el CICR se refieren a la protección de unidades y medios de transporte destinados exclusivamente a tareas sanitarias, salvo que se utilicen al margen de dicha labor, para cometer actos perjudiciales para el enemigo, caso en el cual perderán la protección. La Norma 30 establece que se prohíben los ataques directos a bienes sanitarios que ostenten los signos distintivos estipulados en los CG. Cfr. Henckaerts Jean-Marie, Doswald-Beck Louise, Op. Cit., pp. 103 a 116.

Esta disposición internacional tiene como antecedente los artículos 27<sup>218</sup> y 56<sup>219</sup> del Convenio de La Haya de 1907 que disponen que en acciones de sitio y bombardeos se tomarán las medidas necesarias para proteger edificios destinados al culto, el arte, la ciencia, la beneficencia, monumentos históricos, y hospitales, mientras estos no estén destinados a fines militares; tratamiento que recibirán aun cuando dichos bienes pertenezcan al Estado.

En los CG y los PA las siguientes disposiciones otorgan protección a las unidades y establecimientos sanitarios: Artículos 19 a 23, 36, 39, 40 a 44 CGI, y 22, 23, 34, 42 a 44 del CGII, artículos 18, 19 y 22 CGIV; y en los PA en los artículos 12, 24 a 27 PAI y artículo 11 PAII. En cuanto a los medios de transporte sanitario, su protección está prevista en los artículos 35 CGI, 21 CGIV, 21 PAI y 11 PAII. Así mismo, en el artículo 3º Común la exigencia de recoger a heridos y enfermos supone protección a los bienes de carácter sanitario, tanto unidades como medios de transporte, los cuales resultan necesarios para cumplir con dicho mandato.

El artículo 8º del PAI define los conceptos de unidades sanitarias, establecimientos sanitarios y organizados con tales fines, transporte, vehículo y aeronave sanitaria<sup>220</sup>, ampliando su contenido al introducir las unidades sanitarias civiles, además de las militares; estos conceptos se entienden aplicables a los conflictos armados no internacionales, ante la ausencia de norma correspondiente en dicho ámbito<sup>221</sup>. De acuerdo con tales definiciones, en relación con la norma interna se tendría que son unidades sanitarias los hospitales de campaña o fijos, los depósitos de elementos de socorro –en cuanto tengan contenido sanitario–, los bienes destinados a la asistencia y socorro de las personas protegidas, las zonas sanitarias y los bienes e instalaciones de carácter sanitario; mientras que serán medios de transporte sanitario las ambulancias, y los convoyes sanitarios, entre otros.

El artículo 11 PAII establece que la protección otorgada por las normas internacionales a estos bienes solamente podrá cesar cuando los mismos sean utilizados con el fin de realizar actos hostiles al margen de sus funciones humanitarias y solo mientras dure tal situación, caso en el cual como medida de protección procederá una advertencia y la concesión de un plazo razonable previo al ataque<sup>222</sup>.

<sup>218</sup> Convenio de La Haya de 1907: "ART. 27.-En los sitios y bombardeos se tomarán todas las medidas necesarias para favorecer, en cuanto sea posible, los edificios destinados al culto, a las artes, a las ciencias, a la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y los lugares en donde estén asilados los enfermos y heridos, a condición de que no se destinen para fines militares. Los sitiados están en la obligación de señalar esos edificios o lugares de asilo con signos visibles especiales que se harán conocer de antemano al sitiador".

<sup>219</sup> Convenio de La Haya de 1907: "ART. 56.-Los bienes de las comunidades, los de establecimientos consagrados a los cultos, a la caridad, a la instrucción, a las artes y a las ciencias, aun cuando pertenezcan al Estado, serán tratados como propiedad privada. Se prohíbe y debe perseguirse toda ocupación, destrucción, deterioro intencional de tales edificios, de monumentos históricos y de obras artísticas y científicas".

<sup>220</sup> PA I: "ART. 8º- (...)

e) se entiende por unidades sanitarias los establecimientos y otras formaciones, militares o civiles, organizados con fines sanitarios, a saber: la búsqueda, recogida, transporte, diagnóstico o tratamiento (incluidos los primeros auxilios) de los heridos, enfermos y náufragos, así como la prevención de las enfermedades. La expresión comprende, entre otros, los hospitales y otras unidades similares, los centros de transfusión de sangre, los centros e institutos de medicina preventiva y los depósitos de material sanitario, así como los almacenes de material sanitario y de productos farmacéuticos de esas unidades. Las unidades sanitarias pueden ser fijas o móviles, permanentes o temporales;

f) se entiende por transporte sanitario el transporte por tierra, por agua o por aire de los heridos, enfermos y náufragos, del personal sanitario o religioso o del equipo y material sanitarios protegidos por los Convenios y por el presente Protocolo;

g) se entiende por medio de transporte sanitario todo medio de transporte, militar o civil, permanente o temporal, destinado exclusivamente al transporte sanitario, bajo la dirección de una autoridad competente de una Parte en conflicto;

h) se entiende por vehículo sanitario todo medio de transporte sanitario por tierra;

i) se entiende por buque y embarcación sanitarios todo medio de transporte sanitario por agua;

j) se entiende por aeronave sanitaria todo medio de transporte sanitario por aire;

k) son permanentes el personal sanitario, las unidades sanitarias y los medios de transporte sanitarios que se destinan exclusivamente a fines sanitarios por un período indeterminado. Son temporales el personal sanitario, las unidades sanitarias y los medios de transporte sanitarios que se dedican exclusivamente a fines sanitarios por períodos limitados y durante la totalidad de dichos períodos. Mientras no se especifique otra cosa, las expresiones personal sanitario, unidad sanitaria y medio de transporte sanitario abarcan el personal, las unidades y los medios de transporte sanitarios tanto permanentes como temporales...".

<sup>221</sup> Cfr. Henckaerts Jean-Marie, Doswald-Beck Louise, Op. Cit., p. 106.

<sup>222</sup> Esta disposición resulta relevante en relación con el elemento "medidas de protección adecuadas y oportunas" a que se refiere la norma interna.

El artículo 8.2.b)ix) del ER introduce como crimen de guerra en los conflictos de carácter internacional la conducta de *"Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y los lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, siempre que no sean objetivos militares"*, así como la de *"xxiv) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y medios de transporte sanitarios, y contra personal que utilice los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional"*. Estas conductas atienden al lanzamiento del ataque, de manera que ni siquiera requieren la destrucción del bien, y además de las unidades y medios de transporte sanitario también incluye lo que el legislador nacional denominó *"zonas sanitarias"*. Retomando la redacción de la norma del Convenio de La Haya de 1907, el ER establece una excepción a la ilegalidad de la conducta en el hecho de que esos bienes sean objetivos militares. En punto de los conflictos de carácter no internacional el artículo 8.2.e)ii) prevé la conducta de *"Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y medios de transporte sanitarios y contra el personal que utilicen los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional"*.

Los EC indican, frente al crimen aplicable a conflictos de índole internacional de atacar bienes protegidos, que se requiere que el autor haya lanzado un ataque dirigido contra uno o más edificios dedicados a religión, instrucción, arte, ciencia, beneficencia, monumentos históricos, hospitales o lugares en que se agrupen heridos y enfermos; y que esos bienes no sean objetivos militares. Resulta relevante la precisión realizada por los EC frente a esta disposición en el sentido en que la presencia en el lugar de personas protegidas por los CG o de *"fuerzas de policía mantenidas con el único fin de preservar el orden público no convierte a la localidad, por ese solo hecho, en un objetivo militar"*<sup>223</sup>. En relación con el crimen de atacar bienes o personas que utilicen los emblemas distintivos de los CG establecen los EC que se requiere que *"el autor haya atacado a una o más personas, edificios, unidades o medios de transporte sanitario u otros bienes que utilizaban de conformidad con el derecho internacional un emblema distintivo u otro método de identificación que indicaba que gozaban de protección con arreglo a los Convenios de Ginebra"*. Finalmente, en punto del crimen de guerra de dirigir ataques contra bienes o personas protegidas que utilicen los emblemas distintivos de los CG aplicable a conflictos internos, señalan los EC que se requiere el ataque a personas, edificios, unidades, medios de transporte sanitarios y otros bienes que usaban emblema distintivo u otro método de identificación de acuerdo con los CG.

En cuanto al concepto de la expresión *"ataque"*, el PAI establece en su artículo 49.1 que se entienden por tales *"los actos de violencia contra el adversario, sean ofensivos o defensivos"*. Este concepto puede utilizarse en punto de todas las disposiciones internacionales que comprenden dicha conducta.

En relación con el requisito de señalización del bien con los signos convencionales ha afirmado el CICR que toda vez que dichos signos tienen un fin de identificación, pero no constituyen la protección, la ausencia de tal signo no elimina la prohibición de ejecutar la conducta<sup>224</sup>.

En relación con el concepto de *"actos perjudiciales para el enemigo"* utilizado por los CG y los PA, la doctrina del CICR ha afirmado que aunque no se encuentra definido, se entiende que son ejemplos de tales el hecho de que el personal vaya armado, o que la unidad esté custodiada, o usar la unidad para albergar combatientes sanos, para almacenar armas, o como puesto de observación militar<sup>225</sup>.

La norma interna hace referencia a los depósitos de elementos de socorro, dentro de los cuales se pueden incluir tanto unidades sanitarias, como se indicó, como bienes de contenido de socorro no sanitario, como pueden ser los alimentos. En tal caso, la

<sup>223</sup> EC. Op. Cit. No. 45.

<sup>224</sup> Cfr, Henckaerts Jean-Marie, Doswald-Beck Louise, Op. Cit., p. 107.

<sup>225</sup> Ibidem, p. 109.

conducta se refiere, en el ámbito internacional, a la protección de bienes utilizados para las acciones de socorro humanitario, que corresponde tanto a una norma de derecho internacional consuetudinario<sup>226</sup> como convencional. En cuanto a las disposiciones internacionales referentes se tienen aquellas que prohíben hacer padecer hambre a la población civil como método de guerra, así como las que prohíben impedir deliberadamente la prestación de socorro humanitario, disposiciones a las que se hace referencia en los acápite correspondientes a los artículos 160 y 153 C.P. respectivamente.

En relación con la conducta de atacar “zonas desmilitarizadas”<sup>227</sup> se tiene que se encuentra prohibida por el artículo 60 del PAI. En los términos de esta disposición, la existencia de estas zonas –a diferencia de las no defendidas- requiere un acuerdo expreso entre las partes; y se necesita además que el territorio cumpla con determinadas condiciones, cuales son la evacuación de combatientes, armas y material, el no uso hostil de instalaciones o establecimientos militares fijos, la no comisión de actos de hostilidad y la cesación de toda actividad relacionada con el esfuerzo militar. Dado que el ER no establece como crimen de guerra específico el ataque a zonas desmilitarizadas, como sí lo hace en relación con las localidades no defendidas para efectos de los conflictos internacionales<sup>228</sup>, la conducta quedaría recogida por las disposiciones que impiden el ataque a personas civiles y bienes que no sean objetivo militar, es decir, el artículo 8.2.b)i), ii) y iv), y el artículo 8.2.c)i) para conflictos no internacionales.

#### 6.4.22 Destrucción o utilización ilícita de bienes culturales y de lugares de culto

##### a. Análisis del tipo

- Conducta: Atacar y destruir específicas categorías de bienes protegidos, o utilizarlos en apoyo del esfuerzo militar. Nótese que si bien se trata, como el anterior, de un tipo penal compuesto alternativo, las conductas que consuman el delito son las de atacar y destruir, y la de utilizar. La conexión que establece la “y” es de carácter no disyuntivo sino acumulativo, no basta el ataque, se requiere además la destrucción. Es en conclusión, atípica la conducta de lanzar el ataque contra los bienes señalados por el tipo, si este no se concreta en su destrucción.
- Objeto material: Monumentos históricos, obras de arte, instalaciones educativas o lugares de culto. Los anteriores bienes se encuentran calificados por el hecho de que constituyan el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos. La ausencia de esa categoría se traducirá en la atipicidad de la conducta por vía de esta disposición. El contenido de esta expresión será analizado en el acápite correspondiente a la conducta en el ámbito internacional.

Se aplica la misma fórmula utilizada para el tipo anterior en relación con la atipicidad de la conducta en caso de que la misma haya sido realizada con fundamento en imperiosas necesidades militares y habiendo tomado las medidas de protección adecuadas y oportunas.

La conducta descrita en esta disposición es también recogida por el artículo 154 C.P. en punto de los bienes culturales y lugares destinados al culto y frente a la modalidad de la destrucción del bien; sin embargo, dicha norma no requiere que los bienes constituyan el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos, con lo cual dispone un margen de protección más amplio; sin embargo, se trata de un tipo de carácter subsidiario expreso, lo que se traduce en que si la misma conducta es recogida por otro tipo penal que imponga una sanción mayor será aquella la aplicable. La comparación de las penas de estos dos tipos indica que el máximo es el mismo, mientras que el mínimo mayor en el 154 C.P., a partir de lo cual sería esta la norma aplicable, aun cuando el 156 C.P. puede resultar especial frente a esa categoría de bienes protegidos.

<sup>226</sup> *Ibidem*, p. 121.

<sup>227</sup> El concepto de zona desmilitarizada es distinto al de ciudad o localidad no defendida. En relación con este último Cfr. Art. 59 PA I, Comité Internacional de la Cruz Roja. Comentario del 8 de junio de 1977 (Protocolo I) Tomo II, Ob. Cit., p. 973 y siguientes. Dörmann, Ob. Cit., pp. 177 y ss.

<sup>228</sup> ER Art. 8.2.b)v).

La sentencia C-291 de 2007 declaró inexecutable la expresión “*debidamente señalados con los signos convencionales*” que atendía a la identificación que debían tener los bienes para tenerse como objeto material del delito; para el efecto argumentó que “*La protección de los bienes culturales y religiosos no depende de su identificación con un emblema distintivo. Aunque la Convención de La Haya de 1954 dispone en sus artículos 6° y 16 que los bienes culturales de especial importancia podrán ser identificados con un emblema allí establecido, esta posibilidad no constituye bajo ningún punto de vista una obligación, y el uso del emblema no condiciona la aplicación plena de las salvaguardas convencionales y consuetudinarias provistas por el Derecho Internacional Humanitario*”<sup>229</sup>. Resulta también relevante la Sentencia C-467 de la Corte Constitucional, a través de la cual se declaró la exequibilidad de la Ley 340 de 1996, que introdujo a la legislación interna el Convenio de La Haya de 1954<sup>230</sup>.

### b. El crimen en el ámbito internacional

El deber de las partes de respetar los bienes culturales es una norma de derecho internacional consuetudinario aplicable tanto a los conflictos internacionales como a los no internacionales<sup>231</sup> que se basa en el principio de distinción.

El origen de esta disposición es el mismo Convenio de La Haya de 1907, al que se hizo referencia frente al tipo penal anterior, que otorga protección a los bienes de carácter sanitario, lugares históricos, culturales y dedicados al arte o a la ciencia. Posteriormente, el Convenio de La Haya de 1954<sup>232</sup>, estableció una protección general a la propiedad cultural en el ámbito de los conflictos armados, incluyendo los no internacionales –que no eran recogidos por la Convención de 1907–, y planteando como excepción “*imperiosas necesidades militares*”<sup>233</sup>; este concepto fue posteriormente definido en el artículo 6° del Segundo Protocolo a la Convención de La Haya de 1999, bajo el cumplimiento de los siguientes requisitos: que ese bien cultural haya sido transformado en objetivo militar, y que no exista otra alternativa posible para obtener la ventaja militar que dará el ataque contra ese objetivo; y además que la orden provenga de un cierto nivel de mando y que cuando las circunstancias lo permitan se dé un aviso previo, con la debida antelación y por medios eficaces; además de lo anterior, el artículo 17 establece otras medidas específicas de precaución para el ataque requeridas para considerarlo lícito.

Esta protección es recogida en términos distintos por los PA en los artículos 53 PAI y 16 PAII, que sin perjuicio de las disposiciones del Convenio de La Haya prohíben todo acto hostil contra los monumentos históricos, obras de arte o lugares de culto que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos, incluida su utilización en apoyo del esfuerzo militar; se precisa que estos textos no incluyeron la denominada derogación por necesidad militar imperiosa.

<sup>229</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-291 del 25 de abril de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>230</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-467 del 25 de septiembre de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>231</sup> Henckaerts Jean-Marie, Doswald-Beck Louise, Op. Cit., p. 141.

<sup>232</sup> ONU, Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado de 1954.

<sup>233</sup> Hladik Jan. The 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict and the notion of military necessity. En: <http://www.icrc.org/Web/feng/siteeng0.nsf/htmlall/57JQ39>: “*Una de las discusiones más extensas y controversiales durante la revisión de la Convención de la Haya para la protección de la propiedad cultural en eventos de conflictos armados (del 14 de mayo de 1954 –en adelante “la Convención”) fue el significado de la noción de “necesidad militar”. La Convención se refiere a este concepto dos veces; primero, en relación con la protección general a la propiedad cultural, usa el término “imperativa necesidad militar” (Art. 4, parágrafo 2) y segundo, con respecto a la propiedad cultural bajo especial protección hace referencia a la “inevitable necesidad militar” (art. 11, par. 2°). La referencia a la “imperativa necesidad militar” del artículo 4°, parágrafo 2° de la Convención permite al Estado Parte usar propiedad cultural y sus zonas inmediatamente aledañas para propósitos militares y conducir las hostilidades contra dicha propiedad “donde la necesidad militar imperiosamente requiera dicha autorización”. A la luz de estas no muy estrictas condiciones, la cobertura de la posibilidad de invocar esta autorización es extensa. Unesco no tiene información, sin embargo, sobre esta práctica de los Estados. La noción de “inevitable necesidad militar” del artículo 11, parágrafo 2° tiene condiciones más estrictas para su aplicación a propiedad cultural especialmente protegida. En particular, la inmunidad puede ser retirada “solo en casos excepcionales de inevitable necesidad militar” y “solo por el tiempo que esa necesidad continúe”; es luego previsto que esa necesidad solo puede ser establecida por el más alto nivel al mando. En este momento, seis lugares culturales están garantizados bajo esa especial protección de la Convención de 1954. Ellos están registrados en el Registro Internacional de Propiedad Cultural, bajo una protección especial (art. 8°, par. 6° de la Convención)”. (Traducción informal).*



El ER tipifica el crimen de guerra para aplicación en conflictos internacionales en el artículo 8.2.b)ix) ya referido, en el que se protegen los lugares de culto, de contenido histórico, artístico y científico, y además los bienes destinados a labores sanitarias. A diferencia del antecedente del Convenio de La Haya de 1954, el ER introdujo como excepción a la protección de estos bienes que los mismos correspondan a objetivos militares, y adicionó en el listado aquellos bienes dedicados a la educación<sup>234</sup>. Para el ámbito de los conflictos no internacionales la conducta está recogida en el ER por el artículo 8.2.e)iv) del siguiente texto: *"Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y otros lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, a condición de que no sean objetivos militares"*. La disposición interna adoptó en este aspecto la redacción de la Convención de La Haya de 1954, no la del ER, al introducir el concepto de *"imperiosa necesidad militar"*. Nótese además que en el ámbito internacional es crimen el solo lanzamiento del ataque contra este tipo de bienes, sin que se requiera que los mismos resulten destruidos, lo que no sucede en el tipo penal nacional.

En punto de los EC nos remitimos a los comentarios introducidos en punto del análisis del artículo 8.2.b)ix), que protege tanto esta categoría de bienes, como los de carácter sanitario. En relación con el artículo 8.2.e)iv) los EC señalan que la conducta consiste en que el autor haya lanzado un ataque dirigido contra uno o más edificios dedicados a los fines señalados en la norma, con la intención de hacerlo. Y se precisa que la presencia de personas protegidas o de cuerpos de policía para el mantenimiento del orden público no convierte la localidad en un objetivo militar<sup>235</sup>.

#### 6.4.23 Ataque contra obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas

##### a. Análisis del tipo

- Conducta: Atacar una categoría de bienes especialmente protegidos. Redacción por vía de mera conducta.

Agravante basada en la producción de un resultado, ocasionar pérdidas o daños, bienes o elementos importantes para la subsistencia de la población civil.

Objeto material: Presas, diques, centrales de energía eléctrica, nucleares u otras obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas. Se trata de un listado enunciativo a partir de ejemplos, pero no restrictivo; cubre cualquier obra o instalación que contenga fuerzas peligrosas.

Como en los artículos anteriores, se introduce la excepción o vía de atipicidad de la conducta consistente en la justificación basada en imperiosas necesidades militares.

En relación con esta disposición se aplica el mismo comentario en punto de la relación de especialidad que ostenta frente al artículo 154 C.P., en cuyo numeral 5º se introducen como objeto material las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas. En relación con este tipo no encontramos, sin embargo, la dificultad prevista frente al anterior en punto del tipo subsidiario, por cuanto el artículo 157 tiene una pena mayor al 154, resultando así acorde con su calidad de tipo especial. Será en consecuencia este el tipo aplicable cuando la conducta se trate de atacar y destruir esta clase de bienes protegidos.

<sup>234</sup> En punto de la importancia de estos bienes ahora protegidos por el derecho internacional, en Sentencia de juzgamiento del TPIY, La Fiscalía v. Dario Kordic y Mario Cerkez, párr. 360, el Tribunal afirmó, traducción informal: "La Cámara de Juicio nota que las instituciones educativas son indudablemente propiedades inmuebles de gran importancia para la herencia cultural de la población (en el sentido del art. 1º de la Convención de La Haya de 1954) en ellos hay sin excepción centros de aprendizaje, arte y ciencia, con sus valiosas colecciones de libros y trabajos de arte y ciencia. La Cámara de Juicio también nota un tratado internacional que requiere respeto y protección para estar de acuerdo con instituciones educativas en tiempo de paz y también en tiempo de guerra". (Traducción informal).

<sup>235</sup> EC. Op. Cit. No. 60.

En relación con el 2º inciso de la norma resulta también relevante anotar que las conductas de atacar, inutilizar, dañar, retener y apoderarse de bienes o elementos indispensables para la supervivencia están recogidas en forma autónoma por el artículo 160 C.P. con una pena inferior a esta. Encontramos que en caso de que tal resultado se logre mediante la liberación de fuerzas peligrosas la conducta a aplicar sería la del 2º inciso del artículo 157, por ser norma especial por la vía de la forma de ejecución, frente al 160 C.P.

La Corte Constitucional, en sentencia C-291 de 2007, declaró inexecutable la expresión “*debidamente señalados con los signos convencionales*” que calificaban los bienes en la redacción de la norma original. Afirmó en este sentido la Corte, como en el caso de los bienes culturales, que se trataba esta de una exigencia que no obraba en la normativa internacional correspondiente y con la cual el tipo interno resultaba más restrictivo que la protección otorgada por la legislación internacional<sup>236</sup>.

#### b. El crimen en el ámbito internacional

El artículo 56 del PAI, de manera coincidente con el artículo 15 PAII, disponen la protección a las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas indicando que son tales las presas, los diques y las centrales nucleares de energía eléctrica y que no serán objeto de ataque ni siquiera si encuadran en la categoría de objetivo militar, cuando dicho ataque pueda producir la liberación de las fuerzas que contienen y causar pérdidas importantes en la población civil. El PAI establece, a diferencia del II, supuestos específicos de suspensión de la protección<sup>237</sup>; prohíbe además, las represalias contra tales bienes, determina que las Partes se esforzarán por no ubicar objetivos militares en las cercanías de los mismos, instándolas además a demarcarlas con los signos distintivos correspondientes; además, señala que tampoco podrán ser atacados los objetivos militares aledaños a dichos bienes cuando de tal acción se pueda derivar la liberación de esas fuerzas y causar pérdidas importantes a la población civil<sup>238</sup>.

El PAI introduce en la categoría de otras infracciones graves el lanzamiento de ataques contra este tipo de bienes, cuando se realiza a sabiendas de que causará afectación a la población civil<sup>239</sup>. En cuanto al signo indicativo de este tipo de bienes protegidos los Estados seleccionaron el de los tres círculos color naranja<sup>240</sup>; se recuerda, sin embargo, que tal señalamiento o identificación es facultativa y que la protección no depende de la misma, razón por la cual la decisión de la Corte Constitucional colombiana resulta ajustada a las prescripciones internacionales. Nótese cómo, la lista de bienes que corresponden a esta protección especial sí es exhaustiva en la normativa internacional, mientras que no lo es en la interna. Es así como otro tipo de bienes que pueden contener fuerzas peligrosas, como sería el caso de fábricas que producen gases tóxicos, o destinados a extracción y almacenamiento de productos petrolíferos no quedan incluidos en las normas internacionales, pero sí en el tipo penal nacional. No obstante lo anterior, algunas de esas conductas podrían ser recogidas por las disposiciones que prohíben la afectación al medio ambiente natural. Y al margen de ello, estos bienes son de carácter civil y están en consecuencia amparados por dicha protección.

A pesar de lo anterior, la violación de esta prohibición no corresponde a ningún crimen de guerra especial previstos por el ER. Sin embargo, la conducta puede ser recogida por diversos crímenes. En la medida en que atiene a la utilización de métodos de guerra ilícitos, dada la enorme posibilidad de ocasionar sufrimientos y daños excesivos a través de la destrucción de este tipo de bienes, quedaría recogida por la disposición que tipifica como crimen de guerra la violación al principio de proporcionalidad, a la que se hizo ya referencia con anterioridad, que se sanciona solamente en el ámbito de los conflictos armados de carácter

<sup>236</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-291 del 25 de abril de 2007, M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>237</sup> PA I Art. 56.2.

<sup>238</sup> Se plantea como ejemplo un puente ubicado al costado de una planta de energía nuclear, que se convierta en un objetivo militar importante, pero cuya destrucción acarree la liberación de dicha fuerza peligrosa, caso en el cual ese objetivo militar, el puente, no podría ser atacado. Cfr. Comité Internacional de la Cruz Roja, Comentario del 8 de junio de 1977 (Protocolo I) Tomo II, p. 937.

<sup>239</sup> PA I Art. 85.3.c).

<sup>240</sup> PA I Art. 56.7.

internacional a través del artículo 8.2.b)iv): “Lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar general concreta y directa de conjunto que se prevea”. También podría configurar el crimen de destrucción a gran escala, ilícita y arbitraria de bienes no justificada por necesidades militares del artículo 8.2.a)iv); en el de dirigir intencionalmente ataques contra bienes civiles del artículo 8.2.b)ii); en el crimen de emplear métodos de guerra que por su naturaleza causen daños superfluos, sufrimientos innecesarios o efectos indiscriminados, previsto en el artículo 8.2.b)xx); en el de dirigir intencionalmente ataques contra la población civil, establecido para conflictos de carácter interno en el artículo 8.2.e)i).

#### 6.4.24 Represalias

##### a. Análisis del tipo

- Conducta: Hacer objeto de represalia o hacer objeto de acto de hostilidad a personas o bienes protegidos.

La descripción del tipo parece identificar el concepto de “represalia” con el de acto de hostilidad a personas o bienes protegidos, cuando son expresiones que atienden a contenidos no necesariamente coincidentes.

La “represalia” en el ámbito de un conflicto armado corresponde a “medidas excepcionales y, en sí, ilícitas, a las que recurre un beligerante para obligar a su adversario a que respete el derecho de los conflictos armados... se prohíbe ejercer represalias contra heridos, enfermos y náufragos, el personal sanitario o religioso, las unidades sanitarias, los transportes y el material sanitario, los prisioneros de guerra, la población civil y las personas civiles, los bienes de carácter civil, los bienes culturales, los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, el medio ambiente natural, las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas y los edificios y el material utilizados con fines de protección civil. Por consiguiente, con tal de que se respete la condición de la proporcionalidad, se siguen, implícitamente, admitiendo las represalias contra los combatientes y los objetivos militares”<sup>241</sup>. Las represalias son una forma de hacer respetar el derecho por la fuerza, respondiendo a la conducta previa ilícita del adversario mediante otra acción de violencia. Sin bien, las represalias pueden constituir actos lícitos en el escenario de los conflictos armados, como se verá a continuación, la norma interna no estableció ninguna excepción a la tipicidad de la conducta.

##### b. El crimen en el ámbito internacional

La conducta de las represalias contra las personas y bienes protegidos por cada CG está prohibida por los artículos 46 CGI, 47 CGII, 33CGIV. En los términos de esta última disposición se tiene que la represalia es el acto mediante el cual se castiga a una persona protegida por una infracción que esta no ha cometido. Igualmente, el artículo 20 PAI prohíbe los actos de represalias contra las personas y bienes protegidos por dicho ordenamiento. En cuanto al PAII el artículo 4.2 establece las conductas prohibidas contra la población civil, en las que sin mencionar las represalias, quedarían recogidos dichos actos por los diferentes supuestos de la disposición; así, en la medida en que las personas protegidas por el PAII no participen activamente de las hostilidades estarán protegidas de todo ataque y por ende de cualquier acto de represalia, pero en cuanto lo hagan dicha protección será suspendida durante el tiempo en que ello suceda.

Resulta relevante precisar que el CICR ha incluido la prohibición de las represalias contra personas y bienes protegidos como normas que integran el derecho internacional consuetudinario, concretamente en las reglas No. 146 y 147<sup>242</sup>.

<sup>241</sup> Verri Pietro, Op. Cit., p. 96.

<sup>242</sup> Henckaerts Jean-Marie, Doswald-Beck Louise, Op. Cit., pp. 586 y ss.

El ER no definió ningún crimen de guerra que consistiera específicamente en un acto de represalias; sin embargo, dichas conductas encuadrarían en aquellas que para los escenarios de conflictos internacionales y no internacionales sancionan los ataques y afectación a personas y bienes protegidos en sus categorías general y especiales.

#### 6.4.25 Deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil

##### a. Análisis del tipo

- Conducta: Deportar, expulsar trasladar o desplazar a la población civil.

La única justificación que introduce la redacción del tipo es la de carácter militar; las normas internacionales correspondientes atienden a dos circunstancias distintas, una la necesidad militar, y otra la seguridad de la población.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha ocupado a profundidad de la problemática del desplazamiento forzado de población en Colombia, destacando que son diversos los derechos que se afectan a los ciudadanos que se ven compelidos a dejar su lugar de residencia para evitar las consecuencias de la violencia, conducta que es claramente reprochada por la normativa internacional tanto del ámbito de protección de los DDHH como del DIH<sup>243</sup>. Y a través de varias sentencias de tutela esta corporación ha ahondado en la necesidad de protección de estos derechos de los ciudadanos en medio del conflicto<sup>244</sup>.

##### b. El crimen en el ámbito internacional

Esta conducta es en términos generales sancionada en el ámbito internacional tanto como un crimen de guerra, como también por la vía de los crímenes de lesa humanidad<sup>245</sup>.

La conducta de deportación en masa o individual está prohibida por el artículo 49 CGIV<sup>246</sup>, salvo cuando deba realizarse por razones de seguridad de la población o imperiosas necesidades militares, caso en el cual se deberán tomar las medidas necesarias para que esas personas sean acogidas en condiciones satisfactorias. En el mismo sentido el artículo 17 PAII y el artículo 85.4.a) PAII, que establece como infracción grave los actos de deportación y traslado de la población, dentro o fuera del territorio; el artículo 54 PAII prohíbe atacar los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil como medio para hacerlos padecer hambre o lograr su desplazamiento.

El ER sanciona este crimen de guerra bajo la categoría de grave violación a los CG a través del artículo 8.2.a)vii) *“La deportación o el traslado ilegal o confinamiento ilegales”*; y como otras violaciones graves a través del artículo 8.2.b)viii) *“El traslado, directa o indirectamente, por la Potencia ocupante de parte de su población civil al territorio que ocupa o la deportación o el traslado de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio”*. El artículo 49 CGIV prohíbe los traslados y las deportaciones, y reglamenta posibilidad excepcional de ejecución de esta conducta en el ámbito de los conflictos internacionales. Y en relación con los conflictos de carácter no internacional se tipifica como otras violaciones graves, a través

<sup>243</sup> Cfr. Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-232 del 4 de abril de 2002, M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>244</sup> Cfr. Colombia, .Constitucional. Sentencias T-085/99 M.P. Jaime Araújo Rentería, T-1635 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández, T-419 de 2003, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-025 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-188 de 2007, M.P. Álvaro Tafur Galvis, T-572 de 2008, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, entre otras.

<sup>245</sup> ER ART. 7.d): Deportación o traslado forzoso de población. *“d) Por “deportación o traslado forzoso de población” se entenderá el desplazamiento de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional”*.

<sup>246</sup> Si bien el artículo 3º Común a los CG no hace referencia expresa al desplazamiento forzado, sí prohíbe los tratos inhumanos y degradantes.

del artículo 8.2.e)viii) "Ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate o por razones militares imperativas"; conducta que encuentra su prohibición correspondiente en el artículo 17 PAII.

Los EC establecen que el crimen que constituye grave violación aplicable a los conflictos de carácter internacional consiste en la deportación o traslado de una o más personas protegidas por los CG a otro Estado o a otro lugar; y que el crimen que corresponde a otra violación atiende a la conducta de trasladar directa o indirectamente parte de la población al territorio de la parte ocupada por el autor; o la deportación o traslado de toda o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera del mismo. Y en relación con el crimen propio de los conflictos no internacionales los EC indican que corresponde a la conducta de ordenar el desplazamiento de la población civil, sin que dicha orden se encuentre justificada por la seguridad de los civiles de que se trate o por las necesidades militares; establecen además los EC que el autor debe haber estado en "situación" de causar ese desplazamiento a través de su orden; es decir, que haya tenido la posibilidad de ejecutar la conducta.

Si bien la definición del crimen en el ámbito de los conflictos internacionales no introduce el elemento de la posibilidad excepcional de ejecución de la conducta, como lo hace la norma aplicable a los conflictos no internacionales, el CGIV sí permite que ese comportamiento sea efectuado, en las dos mismas circunstancias señaladas por el artículo 8.2.e)viii), cuales son la seguridad de la población y las razones militares. No será por ende una violación a los CG la realización de la conducta en tales circunstancias.

Esa posibilidad excepcional que otorgan las normas internacionales para efectuar esa conducta está limitada al tiempo estrictamente necesario para lograr esos objetivos militares o de seguridad.

La posibilidad de ejecutar el crimen indirectamente, introducida por el artículo 8.2.b)viii), supone supuestos en que el actor facilita o induce, sin realizar actos efectivos de fuerza o intimidación<sup>247</sup>.

La jurisprudencia internacional se ha ocupado de esta excepción a la conducta ilícita afirmando que la libertad de movilidad de los civiles durante los conflictos armados debe permanecer intacta y la posibilidad de efectuar desplazamientos es tanto relativa como restringida<sup>248</sup>.

Las expresiones deportación, traslado y desplazamiento son utilizadas en forma equivalente por la doctrina internacional<sup>249</sup>. Explica, así mismo, la doctrina del CICR que la excepción bajo la cual se autoriza la comisión de la conducta solo es admisible por dos razones concretas, la seguridad de la población civil y las razones militares imperiosas, atendiendo estas a las circunstancias específicas del caso reducidas al máximo, de las cuales se excluyen los motivos políticos<sup>250</sup>.

<sup>247</sup> Cfr. Dörmann, Op. Cit, p. 211 (Traducción informal).

<sup>248</sup> TPIY, Sentencia de Juzgamiento, La Fiscalía v. Zejnir Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic, Esad Landzo "Celebici case", Caso No. IT-96-21-T, párr. 565: "La protección de los civiles de daños durante el conflicto armado es un propósito fundamental del derecho internacional humanitario. Sin embargo, la libertad de movilidad de los civiles "enemigos" durante el conflicto armado puede restringirse, o incluso suprimirse temporalmente, si las circunstancias lo exigen. Así, no hay un derecho absoluto en los Convenios de Ginebra para la libertad de movimiento. Sin embargo, esto no significa que haya una suspensión general de este derecho durante el conflicto armado. Por el contrario, la regulación que se refiere a los civiles en el territorio de una parte en un conflicto armado está basada en el concepto de que la libertad individual de los civiles debe permanecer intacta. El derecho en cuestión es entonces un derecho relativo, que debe ser restringido". (Traducción informal).

<sup>249</sup> Cfr. Verri, Op. Cit, p. 33: "Deportaciones. Están prohibidos, sea cual fuere el motivo, las deportaciones y los traslados forzados masivos o individuales, de personas protegidas fuera del territorio ocupado hacia el territorio de la Potencia ocupante o en el de cualquier otro Estado, ocupado o no. Estas deportaciones y estos traslados son crímenes de guerra".

<sup>250</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 (Protocolo II), Op. Cit., p. 276.

#### 6.4.26 Atentados a la subsistencia y devastación

##### a. Análisis del tipo

- Conducta: Atacar, inutilizar, dañar, retener, apoderarse de una categoría específica de bienes especialmente protegidos.
- Objeto material: Bienes o elementos indispensables para la subsistencia de la población civil. No se introduce listado alguno, ni siquiera con sentido ejemplificativo.

No se introdujo excepción alguna a la prohibición de ejecución de la conducta; se trata de una protección absoluta.

La redacción corresponde a un delito sin elemento subjetivo adicional y de mera conducta, no de resultado; en tal sentido, basta con la realización de los comportamientos descritos en el tipo objetivo, con cualquier propósito, y sin que se requiera como elemento del tipo que las víctimas resulten afectadas en su vida o integridad física o mental.

##### b. El crimen en el ámbito internacional

La prohibición de efectuar esta conducta queda recogida por el artículo 3º Común a través de la obligación de garantizar un trato humano a las personas que no participan en las hostilidades. El PAI en su artículo 54 establece la protección de los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, prohibiendo *“hacer padecer hambre a las personas civiles”*, así como *“atacar, destruir, sustraer o inutilizar los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, tales como los artículos alimenticios y las zonas agrícolas que los producen, las cosechas, el ganado, las instalaciones y reservas de agua potable y las obras de riego”*. Y señala como excepciones a la ilicitud de dichos comportamientos que los bienes se utilicen exclusivamente como medio de subsistencia para los miembros de las fuerzas armadas, o en apoyo directo a una acción militar, con la condición de que el resultado no sea dejar desprovista de víveres y agua a la población civil al punto de que tenga que padecer hambre o desplazarse. El artículo 14 PAII introduce las mismas prohibiciones previstas para los conflictos armados internacionales, aunque sin prever las excepciones a la ilicitud de la conducta que se indicaran en el párrafo anterior. La lista de los bienes señalados en las normas indicadas atiende solamente a ejemplos de los mismos.

En cuanto al carácter de crimen de guerra de esta conducta tenemos que el artículo 8.2.b)xxv) la prevé para efectos de los conflictos de carácter internacional en los siguientes términos: *“Hacer padecer intencionalmente hambre a la población civil como método de hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar intencionalmente los suministros de socorro de conformidad con los Convenios de Ginebra”*. Los EC señalan que son elementos de esta conducta que *“el autor haya privado a personas civiles de objetos indispensables para su supervivencia”* y que haya *“tenido la intención de hacer padecer hambre a personas civiles como método de guerra”*. En los trabajos preparatorios al ER los delegados entendieron que este crimen incluye no solamente la privación de alimentos o de agua, sino de todo elemento necesario para la supervivencia, como pueden ser las cobijas en zonas de bajas temperaturas<sup>251</sup>; en efecto, el término *“starvation”* de la redacción en inglés tiene una comprensión más amplia que la de padecer hambre, e incluye el sometimiento a condiciones que hacen inviable la vida. No fue introducida una norma de equivalente contenido para efectos de los conflictos armados de carácter no internacional, de forma que la conducta tendría que ser recogida por vía de los atentados contra la vida de las personas que no participen activamente en las hostilidades, artículo 8.2.c)i); o de la conducta de dirigir intencionalmente ataques contra la población civil, artículo 8.2.e)i).

<sup>251</sup> Dörmann, Op. Cit., p. 363 (traducción informal).

El CICR ha señalado que el concepto de "hambre" señalado en los PA atiende a una situación generalizada<sup>252</sup> y ha planteado como ejemplos la contaminación de reservas de agua y la destrucción de cosechas, indicando que por "*bienes indispensables para la supervivencia*" debe entenderse aquellos que debido a su valor de subsistencia tienen un interés vital para la población. Ha precisado que en caso de que esos bienes sean utilizados por el adversario con fines militares pueden ser atacados, siempre y cuando esa acción no conlleve el riesgo de hacer pasar hambre a la población civil<sup>253</sup>.

#### 6.4.27 Omisión de medidas de protección a la población civil

##### a. Análisis del tipo:

- Conducta: Omitir la adopción de medidas para la protección de la población civil.

Tratándose de un tipo de omisión propia debe resolverse el punto de quién tiene la obligación de prestar esas medidas de protección. En el escenario del derecho de los conflictos armados los destinatarios de las obligaciones corresponden a los combatientes, o a las partes enfrentadas en las hostilidades.

##### b. El crimen en el ámbito internacional

Esta conducta no constituye un crimen de guerra específico en la normativa internacional. Sin embargo, la conducta de omitir la adopción de medidas de protección puede ser un medio para la comisión de crímenes contra la población civil y a las personas protegidas en general, lo que se traduciría en la tipificación de la conducta de causar la muerte, cometer atentados contra la dignidad personal, hacer padecer hambre a la población civil (en el ámbito de conflictos internacionales); o atentados contra la vida y la integridad, tratos crueles, atentados contra la dignidad (en conflictos no internacionales).

#### 6.4.28 Reclutamiento ilícito

##### a. Análisis del tipo

- Conducta: Reclutar y obligar a participar directa o indirectamente en las hostilidades a menores de 18 años. El error de tipo se trataría bajo las normas generales del C.P.

A través de la Ley 548 de 23 de diciembre de 1999 el Estado colombiano prohibió que los menores de 18 años fueran incorporados a las filas, aunque manifestaran su voluntad de hacerlo y la de sus padres. Por otra parte, Colombia suscribió y ratificó el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados de las NU, suscrito en Nueva York el 25 de mayo de 2000, el cual fuera incorporado a la legislación interna a través de la Ley 833 de 2003, en el que la edad de los menores que no serían enlistados en las fuerzas armadas para efectos de los conflictos armados es de 18 años<sup>254</sup>. La Corte Constitucional revisó la exequibilidad de esta ley a través de sentencia C-172 del 2 de marzo de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño, destacando la importancia del contenido del Protocolo.

<sup>252</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja. Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 (Protocolo II), Op. Cit., p. 248.

<sup>253</sup> *Ibidem*, pp. 252 y 253.

<sup>254</sup> "ART. 1º- Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para que ningún miembro de sus fuerzas armadas menor de 18 años participe directamente en hostilidades".

ART. 2º- Los Estados Partes velarán por que no se reclute obligatoriamente en sus fuerzas armadas a ningún menor de 18 años". "ART. 3º-1. Los Estados Partes elevarán la edad mínima para el reclutamiento voluntario de personas en sus fuerzas armadas nacionales por encima de la fijada en el párrafo 3 del artículo 38 de la Convención sobre los Derechos del Niño, teniendo en cuenta los principios formulados en dicho artículo, y reconociendo que en virtud de esa Convención los menores de 18 años tienen derecho a una protección especial...".

### b. El crimen en el ámbito internacional

El artículo 8.3 PAI prohíbe el reclutamiento de menores de 15 años en las fuerzas o grupos armados, así como su participación en las hostilidades, y establece que dicha garantía se mantendrá aun cuando esos menores hayan participado directamente en las hostilidades y hayan sido capturados. Y el artículo 77.2 del mismo ordenamiento dispone que las Partes en conflicto *"tomarán todas las medidas posibles para que los niños menores de quince años no participen activamente en las hostilidades, especialmente absteniéndose de reclutarlos para sus fuerzas armadas"*. En el mismo sentido el artículo 4.3.c) PAII. Prescripción también formulada por la Declaración de los Derechos del Niño de las UN de 1989 y por el Convenio sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil (1999).

El ER prevé como crimen de guerra aplicable a los dos tipos de conflictos el reclutamiento de menores de 15 años, en los artículo 8.2.c)xxvi) y 8.2.e) viii) bajo el texto coincidente de *"Reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades"*. Los EC señalan que la conducta consiste en el reclutamiento o alistamiento de una o más personas menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o su utilización para participar activamente en las hostilidades, y que el autor *"haya sabido o debiera haber sabido que se trataba de menores de 15 años"*.

El CICR ha expresado que el principio de no reclutamiento no solamente recoge las conductas que contrarían la voluntad del menor, sino que además incluyen aquellos supuestos de aceptación de reclutamiento voluntario de los mismos<sup>255</sup>. Sin embargo, el Protocolo Facultativo de 2000, al cual se hizo referencia en el aparte anterior, admitió que los Estados partes aceptaran el reclutamiento voluntario de menores de 18 años, bajo ciertas circunstancias<sup>256</sup>.

#### 6.4.29 Exacción o contribuciones arbitrarias

##### a. Análisis del tipo

- Conducta: Imponer contribuciones calificadas como arbitrarias.

Serían arbitrarias aquellas contribuciones que no atiendan a los requisitos, fundamentos y procedimientos establecidos por la ley para la creación de cargas impositivas a los ciudadanos.

##### b. El crimen en el ámbito internacional

Esta disposición resulta acorde con el principio de normalidad, que requiere el mantenimiento de las condiciones de vida más normales posibles para la ciudadanía en medio del conflicto. La normativa internacional no establece esta prohibición y el ER no introdujo esta conducta como crimen de guerra para ninguno de los dos tipos de conflicto armado.

<sup>255</sup> Cfr. Dörmann, Op. Cit., p. 377 (traducción informal).

<sup>256</sup> "ART. 3º-(...) 3. Los Estados Partes que permitan el reclutamiento voluntario en sus fuerzas armadas nacionales de menores de 18 años establecerán medidas de salvaguardia que garanticen, como mínimo, que: a) Ese reclutamiento es auténticamente voluntario; b) Ese reclutamiento se realiza con el consentimiento informado de los padres o de las personas que tengan su custodia legal; c) Esos menores están plenamente informados de los deberes que supone ese servicio Militar; d) Presentan pruebas fiables de su edad antes de ser aceptados en el servicio militar nacional".



### 6.4.30 Destrucción del medio ambiente

#### a. Análisis del tipo

- Conducta: Emplear métodos o medios concebidos para causar daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural.

El tipo no introduce ninguna excepción a la ilicitud de la conducta, de forma que todo uso de dichos métodos o medios encuadra en la descripción del tipo objetivo.

La Corte Constitucional se ocupó de esta conducta al analizar el crimen de guerra de realizar ataques indiscriminados contra personas y bienes protegidos, afirmando que este atiende a una de las reglas del principio de distinción, y que por ende se trata de una disposición de *ius cogens* que tiene plena aplicación por vía de la costumbre internacional, tanto en el ámbito de los conflictos internacionales como en aquellos de carácter no internacional<sup>257</sup>.

#### b. El crimen en el ámbito internacional

En el ámbito internacional esta conducta corresponde a un medio de guerra ilícito, dada la falta de proporcionalidad que implicará entre la acción y la ventaja militar pretendida y por ende a una conducta prohibida por el DIH.

El CICR introdujo como norma de derecho internacional consuetudinario la regla de prohibición de ataque o destrucción al medio ambiente natural, salvo que este se constituya en objetivo militar, así como el lanzamiento de ataques a objetivos militares de los que se pueda prever que causarán daños incidentales al medio ambiente natural y sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista. Como otra regla la de emplear los medios y métodos de guerra atendiendo la necesidad de proteger y preservar el medio ambiente natural. Y como la regla No. 45 la prohibición de *“empleo de métodos o medios de guerra concebidos para causar, o de los cuales quepa prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural. La destrucción del medio ambiente natural no puede usarse como arma”*. Estas prohibiciones se fundamentan en el principio de distinción. La prohibición de destruir bienes innecesariamente es aplicable a los dos tipos de conflicto armado<sup>258</sup>.

El artículo 147 CGIV establece que es infracción grave la destrucción no justificada por necesidad militar y realizada a gran escala en forma arbitraria e ilícita. El artículo 35.3 PAI señala que se prohíbe el empleo de métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente. El 55 PAI establece que en *“la realización de la guerra se velará por la protección del medio ambiente natural contra daños extensos, duraderos y graves. Esta protección incluye la prohibición de emplear métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar o de los que quepa prever que causen tales daños al medio ambiente natural, comprometiendo así la salud o la supervivencia de la población. Quedan prohibidos los ataques contra el medio ambiente natural como represalias”*. La diferencia entre estas dos disposiciones es que el artículo 35 aborda la prohibición en punto de los medios y métodos de guerra, mientras que el 55 atiende a la supervivencia de la población, de lo cual resulta evidente, el origen de la norma interna en el artículo 35 PAI. El artículo 2.4 del Protocolo III de la Convención sobre ciertas armas convencionales que prohíbe el ataque con armas incendiarias a los bosques y cubiertas vegetales, salvo que se constituyan en objetivos militares.

<sup>257</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-291 del 25 de abril de 1997, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>258</sup> Henckaerts Jean-Marie, Doswald-Beck Louise, Op. Cit., pp. 159 y ss.

En el seno de las Naciones Unidas se suscribió la Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles a través de la Resolución 31/72 del 10 de diciembre de 1976 en cuyo artículo 1.1 los Estados se comprometen a *"no utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles que tengan efectos vastos, duraderos o graves, como medios para producir destrucciones, daños o perjuicios a otro Estado Parte"*, en una redacción que a diferencia de la del artículo 35 PAI utiliza una "o" en lugar de una "y", indicando que basta con que el daño cumpla una de las características para que la conducta se catalogue como prohibida.

El ER recoge esta conducta a través del crimen de guerra aplicable a los conflictos internacionales en que se sanciona la violación al principio de proporcionalidad, señalado en el artículo 8.2.b)iv) *"Lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar general concreta y directa de conjunto que se prevea"*<sup>259</sup>.

El CICR destaca que la prohibición del PAI es absoluta, de forma que no es posible argumentar la justificación en la necesidad militar si el daño que se ocasiona al medio ambiente es de carácter extenso, duradero y grave<sup>260</sup>. Para ello, se prohíben todos los medios y métodos de guerra concebidos para causar o de los que se pueda prever que causarán daños graves al medio ambiente natural, así sea en forma incidental<sup>261</sup>. La norma interna atiende también a este margen de aplicación de la prohibición. Ha precisado además, la doctrina del CICR que por medio ambiente natural debe entenderse la acepción más amplia de la expresión, abarcando por ende el medio biológico en el que vive la población, y de esta misma forma las zonas agrícolas, el agua potable, el ganado, los bosques, las cubiertas vegetales, la fauna, la flora e incluso elementos de carácter climático<sup>262</sup>. Y que estas reglas no son vías de protección a la población civil, sino por vía directa, de protección al medio ambiente natural como tal.

## 6.5 Ejercicios de la Unidad 1

### 6.5.1 Caso

Se expone a su consideración el caso correspondiente a los hechos sucedidos en la población de Bojayá; a continuación se transcriben los mismos en forma textual de una decisión judicial; sin embargo, deben ser enriquecidos con la información conocida por ustedes a través de otras fuentes. El propósito del caso es realizar un ejercicio de adecuación típica de esos hechos a la luz de las conductas delictivas del título II del C.P. y con el contenido que a las mismas les proporcionan las fuentes del derecho penal internacional; para estos efectos se formulan unas preguntas concretas que orientan dicho análisis, aunque no lo restringen.

*"1. Aproximadamente a las 8 de la mañana del 1° de mayo del 2002, un grupo del denominado bloque Élmer Cárdenas de las autodefensas unidas de Colombia, AUC, irrumpió en la población de Bellavista, Bojayá (Chocó) y, con material de guerra, la emprendió contra una célula del llamado bloque José María Córdoba de las fuerzas armadas revolucionarias de Colombia, FARC, que hacía presencia en la región.*

<sup>259</sup> Los EC. Op. Cit. No. 36 explican en qué consiste la expresión "ventaja militar concreta y directa de conjunto": "...se refiere a una ventaja militar que fuera previsible por el autor en el momento correspondiente. Tal ventaja puede, temporal o geográficamente, estar o no relacionada con el objeto del ataque. El hecho de que en el contexto de este crimen se admita la posibilidad de lesiones o daños incidentales legales no justifica en modo alguno una violación del derecho aplicable en los conflictos armados. No se hace referencia a las justificaciones de la guerra ni a otras normas relativas al jus ad bellum. La norma recoge el requisito de proporcionalidad inherente a la determinación de la legalidad de una actividad militar en el contexto de un conflicto armado".

<sup>260</sup> Henckaerts Jean-Marie, Doswald-Beck Louise, Op. Cit., pp. 174 y ss.

<sup>261</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja. Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 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) Tomo I, p. 574.

<sup>262</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja. Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 (Protocolo I) Tomo II, Op. Cit., p. 924.

*Algunos “paramilitares” y el grueso de la población (hombres, mujeres, ancianos, niños) decidieron refugiarse en la iglesia. A la mañana siguiente, los ilegales de las FARC ganaron terreno y lanzaron varias pipetas de gas acondicionadas como explosivos, causando la muerte a 119 personas, heridas a otras 114 y la destrucción del templo y de los sistemas sanitarios artesanales”<sup>263</sup>.*

Puede complementar los hechos con la información judicial y de prensa que conozca o puede encontrar sobre el caso “Bojayá”.

De la lectura del caso anterior responda las siguientes preguntas:

1. Establezca si los hechos se enmarcan en un escenario de conflicto armado interno.
2. A la luz del DIH señale qué tipo de personas se encuentran involucradas en los hechos.
3. Determine en qué tipos del C.P. colombiano encuadran los hechos relatados. Precise quiénes son sus autores.
4. Establezca qué crímenes de guerras de competencia de la CPI se cometieron en el curso de los hechos relatados.
5. Analice el tipo de bien al que corresponde la iglesia en el curso de los hechos relatados.

### 6.5.2. Ejercicios

A continuación se formulan preguntas concretas sobre aspectos tratados en este módulo, que atienden a temas usualmente problemáticos en la materia.

1. Establezca el marco conceptual de los crímenes de guerra.
2. Analice cuáles son los criterios diferenciales de los delitos que constituyen violaciones a los DDHH y de las infracciones al DIH.
3. Indique qué criterios pueden aplicarse para establecer la relación entre la conducta y el conflicto.
4. Explique, a la luz de la normativa, la jurisprudencia y la doctrina internacional, la categoría de persona protegida denominada “persona que participa activamente en las hostilidades” y establezca cuál es el margen de protección que se le otorga en un escenario de conflicto armado.
5. Analice, con fundamento en las normas internacionales, los criterios de diferenciación que pueden ser utilizados para distinguir entre un delito de secuestro extorsivo y un delito de toma de rehenes en que el sujeto activo es miembro de un grupo armado organizado.
6. Precise a través de qué criterios se puede establecer si una conducta corresponde al delito de tortura en persona protegida, de lesiones en persona protegida o de tratos inhumanos en persona protegida.
7. ¿Qué hace que un medio o método de guerra sea prohibido? Indique tres ejemplos de cada uno.
8. Analice si las armas nucleares son medios de guerra ilícitos, sustente su respuesta.
9. Exponga cuál es el margen de protección que el C.P. colombiano otorga al medio ambiente a través del título II y en qué se diferencia este del establecido en la normativa internacional y concretamente en el ER.
10. Analice si la denominada “Operación Jaque” correspondió a un acto de perfidia o a una estratagema, las razones y las consecuencias de la postura.

<sup>263</sup> Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso No. 27362, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón, Aprobado: Acta No 109, 27 de junio de 2007. La Corte inadmite la demanda de casación.

## 7. UNIDAD 2

### *Infracciones al derecho internacional humanitario en el derecho disciplinario colombiano*

#### 7.1 OBJETIVO GENERAL

Analizar las faltas disciplinarias que consagran infracciones al DIH, como mecanismo para establecer justicia disciplinaria.

#### 7.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Identificar las faltas disciplinarias que sancionan graves infracciones al DIH.
- Realizar un análisis comparativo de las faltas disciplinarias y los delitos que tipifican graves infracciones al DIH.
- Comparar las líneas jurisprudenciales que interpretan la aplicación del DIH por parte del régimen disciplinario.

#### 7.3 Infracciones al Derecho Internacional Humanitario

El DIH es una rama del derecho internacional público centrado en la protección de la persona frente a la guerra y se encuentra inmerso en el derecho de La Haya que determina los derechos y deberes de los beligerantes en la conducción de operaciones, así como en la elección de los medios para ocasionar daños y en los cuatro Convenios de Ginebra celebrados en el año 1949, junto con sus tratados complementarios en los Protocolos Adicionales de 1979, que buscan esencialmente la protección de las víctimas.

Los derechos de La Haya y Ginebra se unieron en la aprobación, el día 8 de junio de 1979, de dos Protocolos adicionales a los cuatro Convenios de 1949 con el fin de actualizar las disposiciones previstas para la protección de víctimas y la conducción de hostilidades, buscando así un fin común.

Entre los aspectos comunes visibles en los cuatro convenios, encontramos que su aplicación no implica necesariamente que se haya producido una declaratoria de guerra, sino la sola existencia de un conflicto entre las partes aun cuando no se reconozca tal situación por alguna de ellas; implica la adopción de reglas fundamentales mínimas a aplicar dentro de los conflictos de carácter no internacional como materialización del *ius cogens*, al prever que los acuerdos entre las partes en conflicto no pueden afectar la condición de personas protegidas, cuyos derechos son irrenunciables.

Las conductas previstas en el ámbito internacional, como violatorias del DIH, se pueden identificar teniendo en cuenta la calidad de persona no participante en el conflicto armado; de persona privada de la libertad; la aplicación del debido proceso legal; el deber de protección y asistencia a heridos, enfermos y náufragos, el personal sanitario y religioso; la protección de los bienes y el uso adecuado de signos y emblemas correspondientes a organismos humanitarios.

##### 7.3.1 Protección a las personas que no participan en el conflicto armado

- Atentados contra la vida: El atentado contra la vida de quienes se hayan al margen del fragor de las hostilidades, constituye la primera infracción y se encuentra previsto como tal en el inciso a del artículo 4.2 del Protocolo II y en el Estatuto de la Corte Penal Internacional<sup>264</sup>, al proscribir el homicidio en todas sus formas, incluido a los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y a quienes hayan quedado fuera de combate por enfermedad, heridas, detención o cualquier

<sup>264</sup> El artículo 8.2 del estatuto en mención, determina tal proceder como un crimen de guerra.

causa; así mismo, el artículo cuarto del Protocolo II y el 8.e.x. del Estatuto de Roma, señalan que la prohibición de ordenar que no haya sobrevivientes, previsión conocida como “norma de cuartel”, constituye una regla básica del comportamiento de los combatientes, con inspiración en el derecho de La Haya, para garantizar un trato humanitario a heridos y enfermos y sus garantías judiciales, las cuales serían inaplicables frente a órdenes de exterminación.

- Atentados contra la integridad personal: Constituyen otra violación al DIH según estipulación en el artículo 3º común, en el artículo 4.2.a- del Protocolo II y en los artículos 8.2.c.i y ii del Estatuto de la Corte Penal Internacional al consagrarlos como crímenes de guerra, y se materializan en actos de violencia como mutilaciones, tratos crueles y tortura, así como los ultrajes contra la dignidad personal, reflejados en tratos humillantes y degradantes.
- Tortura: La tortura se encuentra prohibida tanto por el DIH como por el artículo 7º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 5º de la Convención Americana, es definida por el Estatuto de la Corte Penal Internacional, como la causación intencional de dolor o sufrimiento grave, físico o mental a una persona<sup>265</sup>.

El Estatuto aludido presenta como elementos del crimen de guerra de tortura, que el autor haya infligido graves dolores o sufrimientos físicos o mentales a una o más personas fuera de combate, civiles o miembros del personal sanitario o religioso que no tomaban parte activa en las hostilidades, con fines de obtener información o confesión como castigo, intimidación o coacción o por cualquier otra razón basada en discriminación de cualquier tipo, siendo el autor consciente de las circunstancias de hecho que establecían esa condición y que la conducta tuviera lugar en el contexto de conflicto armado de índole no internacional y relacionada con él.

Por su parte, el artículo 1.1 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, establece como criterios para determinar la ocurrencia de tal proceder por la severidad del dolor o sufrimiento, la existencia de una de las finalidades prohibidas ya mencionadas en el Estatuto de Roma y que el sujeto activo de la conducta fuera un servidor público.

- Violencia sexual: Los actos de violencia sexual dentro del marco de las hostilidades constituyen una infracción grave al DIH, siendo clasificada como forma de tortura y tratamiento cruel, tanto por el tribunal para la ex Yugoslavia como para el Tribunal de Rwanda, al igual que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

El DIH prohíbe en el artículo 27 de la IV Convención de Ginebra y en el artículo 4(2) del Protocolo II actos como la violación, la prostitución forzada y todo atentado contra el pudor; además el Protocolo II prohíbe en su artículo 4º (1) implícitamente el asalto sexual, cuando indica que a todas las personas que no participen o que hayan dejado de participar en las hostilidades tienen derecho a que se les respete su persona y honor.

Así las cosas, existe una clara prohibición frente a la comisión de actos de índole sexual dentro del desarrollo de las hostilidades sin que sus disposiciones definan qué debe entenderse por violencia sexual, por lo que ha de acudirse a la definición ofrecida por el Tribunal de Rwanda, caso Jean Paul Akayesu<sup>266</sup>, según la cual, la violación sexual es una invasión física de naturaleza sexual, que se realiza contra una persona en circunstancias coercitivas, y para que constituyan tortura, deben contar con los elementos previstos por la Convención para la Tortura<sup>267</sup>.

<sup>265</sup> Estatuto de la Corte Penal Internacional. Artículo 7.2.e.

<sup>266</sup> Tribunal Penal Internacional para Rwanda, Prosecutor c. Jean-Paul Akayesu, Case N° ICTR-96-4-T, Trial Chamber I, September 2, 1998.

<sup>267</sup> Artículo 1.1.

Para el ER, constituye además un crimen de guerra el embarazo forzoso<sup>268</sup>, al tenor de los siguientes elementos:

- Que el autor haya confinado a una o más mujeres que hayan quedado embarazadas por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otra infracción grave al derecho internacional.
- Que la conducta haya tenido lugar en el contexto del conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.
- Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Tipifica además la esterilización forzada cuando<sup>269</sup>:

- El autor haya privado a una o más persona de la capacidad de reproducción biológica.
- La conducta no haya tenido justificación en un tratamiento médico u hospitalario de la víctima ni se haya llevado a cabo con su libre consentimiento y haya tenido lugar en el contexto del conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.
- El autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.
- Tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes: son rechazados por el derecho humanitario, definiéndose el término “trato inhumano contra persona protegida” por el Tribunal para la ex Yugoslavia en el caso Dario Kordic y Mario Cerkez como “todo acto u omisión intencional que, juzgado objetivamente, se realiza de forma deliberada y que causa serio daño mental, o corporal, o sufrimiento físico”<sup>270</sup>. Como tratamiento inhumano, se entiende aquel tratamiento intencional que no se adecua al principio fundamental de humanidad<sup>271</sup>.
- Toma de rehenes:<sup>272</sup> Aunque no se define la conducta como tal, entendiéndose como personas privadas de la libertad, por quienes se exige una condición expresa o tácita respecto de su seguridad o libertad.

Por la naturaleza misma de las hostilidades, los combatientes pueden ser privados de la libertad por su contrincante, y deben denominarse, dentro del marco de un conflicto de carácter no internacional, como “personas privadas de la libertad”, quienes tienen derecho a un trato humanitario, así como a la protección de su vida y de su integridad al ser puestas fuera de combate<sup>273</sup>.

Elementos previstos por el Estatuto de la Corte Penal Internacional para su reconocimiento:

- Que el autor haya capturado o retenido como rehén a una o más personas.
- Que el autor haya amenazado con matar o herir y seguir con la detención de la persona.
- Que el autor haya tenido la intención de obligar al Estado o a una organización o persona natural o jurídica para que actúen o se abstengan, como una condición expresa o tácita para la seguridad o libertad de esa persona.
- Que la persona esté fuera de combate o se trate de civiles, personal religioso o sanitario.
- Que el autor sea consciente de las circunstancias de hecho que establecían esa condición.
- Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de conflicto armado de índole no internacional y relacionada con él.
- Que el autor sea consciente de las circunstancias de hecho que establecían la existencia del conflicto armado.

<sup>268</sup> ER, Artículo 8 2 e)vi)-4.

<sup>269</sup> ER, Artículo 8 2 e)vi)-5.

<sup>270</sup> Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, caso Kordic y Cerkez. Sentencia del 26 de febrero de 2001, párr. 256.

<sup>271</sup> Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, caso Celebi. Sentencia del 16 de noviembre de 1998, párr. 543.

<sup>272</sup> Inciso b del párrafo 1 del artículo 3° común a los convenios de Ginebra; artículo 4.2. © del Protocolo II; artículo 8.2.c.iii, Estatuto de la Corte Penal Internacional.

<sup>273</sup> Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, hoja informativa N°. 2.

- Castigos colectivos: El DIH prohíbe los castigos colectivos a quienes no participan en las hostilidades según el artículo 4.2.b del Protocolo II, haciendo referencia al menosprecio irrespetando los parámetros mínimos de humanidad.
- Actos de terrorismo: Igualmente, el DIH rechaza los actos de terrorismo, definidos como aquellas conductas cuyo propósito es crear miedo mediante la utilización de diversas formas de violencia contra la población civil<sup>274</sup>.
- Esclavitud y trata de personas: Se encuentran expresamente prohibidas en el artículo 4.2 (f) del Protocolo II, recogiendo el contenido del artículo 8.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual es inderogable a la luz del artículo 4.2 de ese Pacto y 27.2 de la Convención Americana, considerado como un crimen de guerra en el ER, artículo 8.2) e) vi.
- Pillaje: Definido como la apropiación de un bien en el contexto de un conflicto armado sin el consentimiento del propietario, bien sea organizado o como resultado de actos individuales de indisciplina, se encuentra prohibido sin importar la categoría de bienes, públicos o privados, por el artículo 4.2.g del Protocolo II y por el artículo 8.e.v) del ER bajo la denominación del saqueo de una ciudad o plaza, inclusive al ser tomada por asalto.
- Desplazamiento forzado de la población civil: La prohibición del desplazamiento forzado de la población civil es un factor importante para salvaguardarla de los efectos del conflicto, sin embargo, el artículo 3º común no lo menciona, sino que se engloba dentro de los tratos inhumanos y degradantes, estableciéndose excepciones por razones de seguridad o razones militares imperiosas, tomándose todas las medidas posibles para que la población civil sea acogida en condiciones satisfactorias de alojamiento, salubridad, higiene, seguridad y alimentación<sup>275</sup>.
- Infracciones contra los derechos de los niños: Las niñas, niños y adolescentes, al ser considerados como particularmente vulnerables y requerir por ello un trato privilegiado, gozan de protección al amparo del artículo 4.3 del Protocolo II, al igual que en la Declaración de los Derechos del Niño, quienes en toda circunstancia, deben ser los primeros en recibir atención y socorro, evitándose su participación en el conflicto a quienes sean menores de quince años<sup>276</sup> y procurándose la reunión de las familias separadas a causa del mismo<sup>277</sup>.

### 7.3.2 Protección a las personas privadas de la libertad

Las personas privadas de la libertad, según los artículos 4º y 5º del Protocolo II, tienen derecho a que se les respeten sus garantías de humanidad mínimas; a facilitárseles atención médica; a recibir alimentos y agua potable, así como a gozar de medidas de salubridad e higiene; a recibir socorros individuales y colectivos; a practicar su religión y laborar en condiciones dignas en caso que deban hacerlo.

El desconocimiento al debido proceso legal se considera una infracción al DIH, por cuanto el artículo 3.1.d) común a los Convenios de Ginebra prohíbe las condenas y ejecuciones realizadas sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con las garantías judiciales desarrolladas por el artículo 6º del protocolo II, elevándose a la categoría de crimen de guerra en los conflictos armados internos por el artículo 8.2.c.iv del ER, cuando se cometa contra personas fuera de combate, civiles o personal religioso o sanitario.

### 7.3.3 Protección y asistencia a heridos y enfermos

Las infracciones relacionadas con la protección a heridos y enfermos tiene como punto de partida el contenido del artículo 3º común, desarrollado en el artículo 7º del Protocolo II: “recoger y asistir a heridos y enfermos”.

<sup>274</sup> Valencia Villa, Alejandro. *Derecho Humanitario Para Colombia*, Defensoría del Pueblo, Bogotá, 1994, p. 248.

<sup>275</sup> PA II, artículo 17, apartados a y b).

<sup>276</sup> PA II, artículo 4º, apartado c).

<sup>277</sup> PA II, artículo 4º, apartado b).

#### 7.3.4 Protección al personal sanitario y religioso

Constituyen infracciones al deber de protección del personal sanitario y religioso, su falta de respeto y protección, el no proporcionárseles los medios necesarios para desarrollar su labor, obligándoseles a realizar tareas incompatibles con su labor humanitaria.

#### 7.3.5 Protección a bienes civiles

Con relación a los bienes, se prohíben conductas atentatorias contra las unidades y medios de transporte sanitario, definidos por el artículo 8° del Protocolo I, así como la protección de los bienes civiles, entre los que se cuentan aquellos indispensables para la supervivencia de la población, al igual que los bienes que contienen fuerzas peligrosas, los bienes culturales y los dedicados al culto.

#### 7.3.6 Uso debido de signos o emblemas de organizaciones humanitarias

También constituye infracción, la utilización indebida del signo distintivo de la Cruz Roja, la cual se inspira en el principio general del DIH de limitación al prohibir ciertos medios y métodos de combate de las partes para engañar la buena fe del adversario, produciéndose su herida o captura.

A pesar de ello no se prohíben las estratagemas, que consisten en actos que buscan inducir al error al adversario o hacerle cometer imprudencias, por ejemplo las operaciones simuladas o informaciones falsas.

### 7.4 El Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Disciplinario Colombiano

#### 7.4.1 Contexto normativo

En Colombia, el DIH se aplica con base en el artículo tercero común a los convenios de Ginebra de 1949, al igual que en el Protocolo II, teniendo como finalidad prever la protección de las víctimas en conflictos armados de carácter no internacional.

Por su parte, el Derecho Disciplinario, aparece como una modalidad de derecho punitivo o sancionador, cuya potestad le corresponde al Estado, que debe ejercerse orientado por los principios del Estado social y democrático que prevé nuestra Carta Política, con el fin de buscar la efectividad, por parte de quienes agencian la administración pública, de los principios de eficacia, eficiencia, transparencia, moralidad, armonía, disciplina y buena marcha, para el logro de los fines previstos en el artículo 2° Superior, a través del ejercicio de las funciones públicas.

Las normas que se han expedido, en materia disciplinaria, no contienen una descripción taxativa de las conductas infractoras del DIH, pues el Código Disciplinario Único o Ley 734 de febrero 5 de 2002 tipifica como falta desde la inobservancia de los deberes contenidos en tales disposiciones – falta grave o leve-, como la incursión en conductas que constituyen “violación grave” – falta gravísima-, hasta la realización objetiva de una descripción consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo o abusando del mismo<sup>278</sup>.

<sup>278</sup> Mejía Ossman, Jaime. *Régimen Disciplinario*. Ley 734 de 05 de febrero de 2002. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, D.C. Colombia. 2007. pp. 97-100. Artículo 48, numerales 1° y 7°.



Por lo tanto, el estatuto disciplinario general prevé como obligación de todo servidor público el cumplimiento de los deberes contenidos en los tratados del DIH, constituyendo su inobservancia o incumplimiento una falta disciplinaria a la luz de su artículo 23<sup>279</sup>. Por lo anterior se hace necesario, en razón del principio de integración normativa, la remisión por parte del juez disciplinario a lo previsto en los instrumentos internacionales respecto al tema materia de estudio<sup>280</sup>.

Como quiera que los miembros de la Fuerza Pública, dada su misión constitucional, se convierten en destinatarios naturales del DIH, se estima procedente analizar los estatutos que establecen su régimen disciplinario, comenzando por el Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares<sup>281</sup>, el cual, en materia de faltas, ordena la remisión a lo previsto en la Ley 734 de febrero 5 de 2002, al estatuir en su artículo 12 el principio de especialidad, según el cual, *"en desarrollo de los postulados constitucionales, al personal militar le serán aplicables las faltas y sanciones de que trata este régimen disciplinario propio, así como las faltas aplicables a los demás servidores públicos que sean procedentes"*.

La descripción de conductas referentes a las infracciones al DIH, presenta similitud con las contenidas en el Código Disciplinario Único, toda vez que el reglamento militar prevé también como falta gravísima la realización objetiva de una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo (art. 58, num. 30), así como la incursión en cualquiera de las faltas contenidas en los numerales 4° al 16 de la Ley 734 de 2002, incluyéndose así el numeral 7°, es decir, las graves violaciones al DIH.

Por su parte, la Ley 1015 de febrero 7 de 2006, que comprende el Régimen Disciplinario para la Policía Nacional, indica en su artículo 21, referente al principio de especialidad, que *"en desarrollo de los postulados constitucionales, al personal policial le serán aplicables las faltas y sanciones de que trata este régimen disciplinario propio, así como las faltas aplicables a los demás servidores públicos que sean procedentes"*.

En cuanto a la tipicidad, de conductas relacionadas con las infracciones al DIH, encontramos que el régimen policial establece como falta disciplinaria gravísima, la realización de una conducta descrita en la ley como delito, a título de dolo<sup>282</sup>, cuando se cometa con ocasión o como consecuencia del cargo o función, y como falta grave o leve, el incumplimiento de deberes contemplados en los tratados públicos ratificados por el gobierno colombiano<sup>283</sup>.

En Colombia gozan de vigencia diversos acuerdos internacionales que restringen el uso de armas o medios de guerra y que protegen a determinadas personas o bienes dentro del contexto del conflicto no internacional, siendo el de mayor aplicabilidad el artículo 3° común a los Convenios de Ginebra de 1949, así como el Protocolo II adicional a los convenios, anotando que las restricciones allí contenidas suponen el mínimo de obligatoriedad para sus protagonistas, pues muchas de sus disposiciones hacen parte del derecho consuetudinario, convirtiéndose en normas generales para todos los Estados y de imperativo cumplimiento en nuestro ordenamiento al incorporarse al derecho interno en virtud de lo dispuesto en el numeral 2° artículo 214 constitucional.

Habrà de concluirse entonces la imperiosa necesidad, por parte del operador de la justicia disciplinaria, de acudir al contenido de los instrumentos propios dentro del DIH, acotándose que el acta final y los convenios suscritos por la Conferencia Diplomática de Ginebra el día 12 de agosto de 1949, comenzaron su vigencia en Colombia a partir del año 1960 con la expedición de la Ley 5ª del 26 de agosto.

<sup>279</sup> Ibidem, p. 65. Código Disciplinario Único. ART. 23.-“(…) Constituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve incumplimiento de deberes (...).

<sup>280</sup> Ibidem. p. 45. Colombia, Congreso de la República. Ley 734 de 05 de febrero de 2002. Artículo 21.

<sup>281</sup> Ibidem. Colombia, Congreso de la República. Ley 836 de julio 16 de 2003.

<sup>282</sup> Ibidem. p. 468. Colombia, Congreso de la República. Ley 1015 de febrero 7 de 2006, artículo 34, numeral 9°.

<sup>283</sup> Colombia, Congreso de la República. Ley 734 de febrero 5 de 2002. Artículo 34, numeral 1°.

Referente a los Protocolos Adicionales, el primero de ellos comenzó a regir en Colombia el 1º de marzo de 1994 por la Comisión Especial Legislativa y el segundo, inicia su vigencia el 15 de febrero de 1996 con la promulgación de la Ley 171 de 1994.

Debe expresarse que la norma disciplinaria colombiana, avalada jurisprudencialmente<sup>284</sup>, ha permitido la inclusión, bajo la categoría de falta, de conductas descritas como conductas punibles en la codificación penal, siempre que el hecho investigado corresponda a una conducta objetivamente descrita por la ley como delito, considerada legalmente como punible sancionable a título de dolo, cometida en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo, siendo necesaria, respecto al tema materia de estudio, la remisión a las conductas previstas en el título II del Código Penal colombiano, denominado “Delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH”.

#### 7.4.2 Infracciones al Derecho Internacional Humanitario que constituyen faltas disciplinarias en el ordenamiento jurídico colombiano

El DIH hace parte del orden jurídico interno colombiano a través del bloque de constitucionalidad<sup>285</sup>, razón por la cual, el legislador, al expedir el Código Disciplinario Único, ha previsto el desconocimiento de tales normas esenciales de humanidad como faltas en la que puede incurrir un servidor público, y las ha calificado como leve o grave, cuando se trata del incumplimiento de deberes contemplados en el numeral 1º del artículo 34 ídem y como gravísima, en materia de violaciones graves, a la luz del numeral 7º del artículo 48 de la citada ley<sup>286</sup>, por lo tanto, en relación con los artículos mencionados, para estimar como típica una conducta dentro del ámbito disciplinario, bastaría con analizar en primer lugar si su agente ostentaba la calidad de servidor público para la fecha en que sucedieron los hechos materia de investigación y si la conducta se adecua a las descripciones plasmadas en los instrumentos internacionales referidos en el primer aparte del presente estudio, recordando que el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 comenzó su vigencia en Colombia con la expedición de la Ley 171 de 16 de diciembre de 1994. Sin embargo, según pronunciamiento jurisprudencial que veremos en el aparte siguiente, cuando se haga referencia a una conducta que constituya una infracción al derecho internacional humanitario, como quiera que se trata de una norma disciplinaria en blanco, necesariamente habrá de acudir para efectos de complementariedad del tipo, en procura del principio de legalidad, al concepto de crimen de guerra, de acuerdo con el contenido del artículo 8º del Estatuto de Roma, de donde se desprenden como elementos, respecto de conductas perpetradas contra persona protegida o población civil:

1. Que el autor materialice la conducta, por ejemplo, que produzca muerte a una o varias personas con estatuto de protección.
2. Que la conducta haya tenido lugar dentro del contexto de un conflicto armado.
3. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de su consumación.

Por otra parte, el numeral 1º del mismo artículo 48 *ibidem*, señala como falta gravísima, la realización objetiva de una descripción típica consagrada en la ley como delito que sea sancionable a título de dolo, cuando su comisión se produzca con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo, aspecto este que permite el análisis de las conductas previstas como punibles y que guardan relación con las disposiciones consagradas en los instrumentos internacionales aplicables en Colombia en el evento de los conflictos de carácter no internacional.

<sup>284</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-720 de 23 de agosto de 2006. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>285</sup> Derecho Internacional Humanitario y bloque de constitucionalidad véase el módulo Concepto y normatividad en DIH y su aplicación al caso colombiano.

<sup>286</sup> Mejía Ossman, Jaime. *Régimen Disciplinario. Ley 734 de febrero 5 de 2002. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, D.C. Colombia. 2007. pp. 65-100. Ley 734 de febrero 5 de 2002. ART. 34-“Deberes. Son deberes de todo servidor público: 1. Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de Derecho Internacional Humanitario (...). ART. 48.-Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes:... Incurrir en graves violaciones al derecho internacional humanitario”.*

La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-720 de 6 de mayo de 2004 siendo magistrada ponente la doctora Clara Inés Vargas Hernández, ha establecido que para que una conducta descrita como delito obtenga la categoría de falta disciplinaria a la luz del Código Disciplinario Único, debe describirse objetivamente por la ley como delito; ser sancionable a título de dolo y cometida en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo, permitiendo la remisión al título II del Código Penal colombiano, para determinar en primer lugar, si la conducta a investigar se encuentra allí descrita objetivamente como delito sancionable a título de dolo, y posteriormente “establecer dentro del proceso a su cargo si la misma conducta fue cometida con dolo o culpa”<sup>287</sup>, aplicando la teoría de los *numerus apertus*, según la cual, en materia disciplinaria, toda conducta dolosa tiene a su par una culposa, cuando la estructura del tipo no excluya esta posibilidad, pues “ en principio, a toda modalidad dolosa de una falta disciplinaria le corresponderá una de carácter culposo, salvo que sea imposible admitir que el hecho se cometió culposamente como cuando en el tipo se utilizan expresiones tales como “ a sabiendas”, “de mala fe”, con la intención de”, etc.”, siendo el fallador la persona encargada de establecer los tipos que admiten o no modalidad culposa<sup>288</sup>.

Consideramos que para efectos de adecuación típica disciplinaria frente a la comisión de una falta disciplinaria inmersa en el artículo 48 de la Ley 734 de febrero 5 de 2002, calificada bien como violación grave del derecho internacional humanitario – numeral 7º -, o bien como la realización objetiva de una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo –numeral 1º-, el juez disciplinario tendrá que analizar, en primer lugar, si los ingredientes objetivos o subjetivos de la conducta en estudio se ajustan a los parámetros previstos en el artículo 8º del Estatuto de Roma o a las conductas previstas en el título II del actual Código Penal.

Subsidiariamente, en caso de no existir elementos que indiquen la diferencia entre uno u otro numeral, estimamos la necesidad de dar aplicación al artículo 21 del Código Disciplinario Único, según el cual, en lo no previsto en dicha norma, teniendo en cuenta el tema central del presente estudio, se aplicarán los tratados internacionales sobre derechos humanos y lo dispuesto en el Código Penal, dando prevalencia el citado artículo al numeral 7º del artículo 48 de la Ley 734 de 5 de febrero de 2002 sobre el Código Penal.

Ahora bien, de acuerdo con los instrumentos internacionales, en relación a las personas no participantes en las hostilidades, la principal conducta violatoria del derecho internacional humanitario es, sin duda, el atentado a la vida<sup>289</sup>.

El artículo 135 del Código Penal colombiano introdujo tal prohibición con el nomen iuris de “Homicidio en persona protegida”, atribuible a quien “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”.

El artículo señalado define qué personas gozan de la calidad de protegida por el DIH, así:

- Los integrantes de la población civil.
- Las personas que no participan en hostilidades y los civiles en poder de la parte adversa.
- Los heridos, enfermos o náufragos puestos fuera de combate.
- El personal sanitario o religioso.
- Los periodistas en misión o corresponsales de guerra acreditados.
- Los combatientes que hayan depuesto las armas por captura, rendición u otra causa análoga.

<sup>287</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-720 de veintitrés (23) de agosto de 2006. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>288</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-155 de cinco (5) de marzo de 2002. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>289</sup> Inciso a del artículo 4.2 del Protocolo II y en el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

- Quienes antes del comienzo de las hostilidades fueren considerados como apátridas o refugiados.
- 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.

Figuran además las lesiones contra la integridad física o a la salud de las personas cobijadas con el estatuto de protección<sup>290</sup>.

**Los atentados contra la integridad personal** constituyen otra violación al Derecho Internacional Humanitario<sup>291</sup>, y su reproche se haya previsto en el artículo 137 del Código Penal, contra quien, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, inflija a una persona dolores o sufrimientos, físicos o síquicos, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, de castigarla por un acto por ella cometido o que se sospeche que ha cometido, o de intimidarla o coaccionarla por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación.

En cuanto a los actos de violencia sexual, la normatividad penal colombiana en su artículo 138 ha tipificado el acceso carnal violento en persona protegida, así como acceso carnal por medio de violencia en persona protegida con ocasión y en desarrollo de conflicto armado.

Incluye también los **actos sexuales violentos diversos al acceso carnal** en persona protegida y la prostitución forzada o esclavitud sexual mediante el uso de la fuerza y con ocasión y en desarrollo del conflicto armado<sup>292</sup>.

Con relación a los **tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes**, los artículos 136, 146 y 147 del Código Penal colombiano tipifican las lesiones y los tratos inhumanos o degradantes por razones discriminatorias.

Respecto a la **toma de rehenes**, el artículo 148 del Código Penal la describe cuando, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, se priva a una persona de su libertad condicionando esta o su seguridad a la satisfacción de exigencias formuladas a la otra parte, o la utiliza como defensa.

Los **actos de terrorismo** se encuentran tipificados en el artículo 144 del Código Penal como ataques indiscriminados o excesivos hacia la población civil, cuya finalidad principal sea aterrorizarla, diferenciándose de los **actos de barbarie**, artículo 145 ídem, consistentes en los actos de no dar cuartel; atacar a persona fuera de combate; abandonar a heridos o enfermos; o realizar actos dirigidos a no dejar sobrevivientes; a rematar a los heridos y enfermos u otro tipo de actos prohibidos en tratados internacionales ratificados por Colombia.

Conductas violatorias del DIH como **el pillaje o el saqueo**, podrían verse incluidas en nuestro Código Penal, artículo 151, como el **despojo en el campo de batalla** contra quien o quienes, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, despojen de sus efectos a un cadáver o a persona protegida.

Respecto a los **derechos de los niños dentro del marco de las hostilidades**, se describe como punible en el artículo 162, el reclutamiento ilícito contra quien, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, reclute menores de dieciocho (18) años o los obligue a participar directa o indirectamente en las acciones armadas.

<sup>290</sup> Colombia, Congreso de la República. Ley 599 de julio 24 de 2000. Artículo 136.

<sup>291</sup> PA II. Artículo 3° común, artículo 4.2.a.- y Estatuto de la Corte Penal Internacional. Artículos 8.2.c.i y ii.

<sup>292</sup> Colombia, Código Penal. Artículos 139 y 141.

**El desconocimiento al debido proceso legal**, figura en nuestro ámbito jurídico penal en el artículo 149, como la detención ilegal y privación del debido proceso contra quien, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, prive ilegalmente de su libertad a una persona y la sustraiga de su derecho a ser juzgada de manera legítima e imparcial.

También obra en el artículo 159 del Código Penal la **deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil**, cuando con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, y sin que medie justificación militar, se deporte, expulse, traslade o desplace forzosamente de su sitio de asentamiento a la población civil.

Respecto a la **protección a heridos y enfermos**, se reprocha en el artículo 161 del Código Penal la omisión de medidas de protección a la población civil contra quien, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, estando obligado a hacerlo, omita la adopción de medidas para la protección de la población civil.

En cuanto al **deber de protección de personal sanitario y religioso**, en Colombia se penaliza la obstaculización de tareas sanitarias y humanitarias, contra el que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, obstaculice o impida al personal médico, sanitario o de socorro o a la población civil la realización de las tareas sanitarias y humanitarias que de acuerdo con las normas del Derecho Internacional Humanitario pueden y deben realizarse<sup>293</sup>.

La **utilización indebida del signo distintivo de la Cruz Roja**, se penaliza en el artículo 143 del Código Penal bajo la denominación de perfidia, cuyo sujeto activo es quien, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado y con el propósito de dañar o atacar al adversario, simule la condición de persona protegida o utilice indebidamente signos de protección como la Cruz Roja o la Media Luna Roja, la bandera de las Naciones Unidas o de otros organismos intergubernamentales, la bandera blanca de parlamento o de rendición, banderas o uniformes de países neutrales o de destacamentos militares o policiales de las Naciones Unidas.

En cuanto a los bienes, la norma penal colombiana consagra las siguientes conductas punitivas en relación con el DIH: la destrucción y apropiación de bienes protegidos con ocasión y en desarrollo de conflicto armado (art. 154), definiéndolos así:

- Los de carácter civil que no sean objetivos militares.
- Los culturales y los lugares destinados al culto.
- Los indispensables para la supervivencia de la población civil.
- Los elementos que integran el medio ambiente natural.
- Las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas.

El Código Penal reprime igualmente la **destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario**, sin justificación alguna basada en imperiosas necesidades militares, y sin que haya tomado previamente las medidas de protección adecuadas y oportunas, atacando o destruyendo ambulancias o medios de transporte sanitarios, hospitales de campaña o fijos, depósitos de elementos de socorro, convoyes sanitarios, bienes destinados a la asistencia y socorro de las personas protegidas, zonas sanitarias y desmilitarizadas, o bienes e instalaciones de carácter sanitario debidamente señalados con los signos convencionales de la Cruz Roja o de la Media Luna Roja (art. 155).

Reprocha, igualmente, la **destrucción o utilización ilícita de bienes culturales y de lugares de culto**, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, como monumentos históricos, obras de arte, instalaciones educativas o lugares de culto, que

<sup>293</sup> Colombia, Congreso de la República. Ley 599 de julio 24 de 2000. Artículo 153.

constituyan el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos, sin justificación alguna basada en imperiosas necesidades militares y sin que previamente haya tomado las medidas de protección adecuadas y oportunas (art. 156), así como el **ataque contra obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas** como presas, diques, centrales de energía eléctrica, nucleares u otras, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado (art. 157).

### 7.4.3 Alcance jurisprudencial

En relación con la aplicación del DIH en Colombia, la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-225 de 1995<sup>294</sup>, ha establecido su imperatividad y obligatoriedad, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 93 y 214, numeral 2º de la Carta Política, según los cuales, las normas internacionales de carácter humanitario, no solamente se incorporan automáticamente a nuestro derecho interno, sino que prevalecen sobre el mismo al formar parte del bloque de constitucionalidad<sup>295</sup>.

A criterio de la alta corporación, las disposiciones internacionales humanitarias no vulneran la soberanía nacional, ni corresponden a un reconocimiento de beligerancia de los grupos al margen de la ley, ni mucho menos legitima la guerra, sino que tienen por finalidad que las partes enfrentadas en un conflicto armado limiten los medios legítimos de combate para proteger a la persona humana, lo que exige políticas gubernamentales de respeto a sus derechos.

Así mismo, la Corte Constitucional, aclara que la ausencia de reglas específicas en el Protocolo II con relación a la protección a la población civil o a la dirección de las hostilidades no significa, la autorización de métodos que contraríen su espíritu, siendo así aplicables las normas de otros instrumentos aplicables a conflictos de carácter no internacional y recuerda que su naturaleza proviene del *ius cogens*, el cual automáticamente se incorpora al derecho interno colombiano, por lo que se aplica a los miembros de la Fuerza Pública y a los grupos armados irregulares quienes fungen como destinatarios naturales de esas normas<sup>296</sup>. Dice esa alta corporación:

*"(...) No es pues legítimo que un actor armado irregular, o una fuerza armada estatal, consideren que no tienen que respetar en un conflicto armado las normas mínimas de humanidad, por no haber suscrito estos actores los convenios internacionales respectivos, puesto que la fuerza normativa del derecho internacional humanitario deriva de la universal aceptación de sus contenidos normativos por los pueblos civilizados y de la evidencia de los valores de humanidad que estos instrumentos internacionales recogen. Todos los actores armados, estatales o no estatales, están entonces obligados a respetar estas normas que consagran aquellos principios mínimos de humanidad que no pueden ser derogados ni siquiera en las peores situaciones de conflicto armado".*

La Corte, por lo tanto, indica que los integrantes de los grupos armados irregulares, así como los funcionarios del Estado, en especial los miembros de la Fuerza Pública, son destinatarios naturales de las normas humanitarias y por lo tanto están obligados

<sup>294</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-225 de 26 de mayo de 1995. M.P: Alejandro Martínez Caballero.

<sup>295</sup> "El único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario es que éstos forman con el resto del texto constitucional un "bloque de constitucionalidad", cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas, con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción. Como es obvio, la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores". Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-225 de 18 de mayo de 1995. M.P: Alejandro Martínez Caballero.

<sup>296</sup> Aunque la Corte Constitucional colombiana afirma que la mayoría de las normas del DIH tienen carácter de *ius cogens*, en la doctrina especializada este tema no es pacífico. Para ver diferentes posturas sobre la composición del *ius cogens* consultar: Nieto, Rafael, "Derecho imperativo internacional, derecho internacional humanitario y bloque de constitucionalidad", en *Derecho internacional contemporáneo: lo público, lo privado, los derechos humanos*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2006.

a respetar, en todo tiempo y todo lugar, las reglas del DIH, dada su obligatoriedad en el ordenamiento jurídico colombiano, ya que ellas buscan preservar la esencia de los derechos humanos cuyo desconocimiento no puede ser excusable frente a conductas execrables como las torturas, tratos indignos y crueles, desconocimiento del debido proceso, entre otras.

Las normas humanitarias prevén una proyección de aplicación tal, que pueden servir de modelo para regular situaciones de disturbios internos, dado que su obligatoriedad es de carácter permanente y constante y exigen respeto por los derechos fundamentales, no solo durante la vigencia de los estados de excepción, sino en toda situación que amerite su aplicación con el fin de proteger la dignidad de la persona humana<sup>297</sup>.

Sin embargo, es necesario tener presente que ninguna de las normas convencionales del DIH, aplicables a los conflictos internos como son el artículo 3° común a los cuatro Convenios de Ginebra al igual que el Protocolo II Adicional, presentan una regulación detallada en aspectos como medios legítimos de combate y la forma de conducción de las hostilidades, por lo que serían las reglas previstas en el derecho de la guerra las que se destinen para regular los conflictos armados internos y proteger verdaderamente a las eventuales víctimas.

En materia disciplinaria, relacionada con el DIH, el Máximo Tribunal Constitucional<sup>298</sup>, ha sostenido que las normas que lo integran reconocen los derechos inherentes a la dignidad de la persona, cuyo desconocimiento compromete su responsabilidad individual, no solamente en el campo disciplinario y penal local, sino en la órbita penal internacional.

A la voz de la Corte Constitucional, es imperioso que los Estados consagren y materialicen esos derechos en su legislación interna, con drásticas consecuencias que disuadan la comisión de infracciones al DIH, pues si bien, las disposiciones en materia de derechos humanos y DIH no requieren una positivización para su reconocimiento, su efectividad sí amerita un desarrollo legislativo previo mediante la consignación de prohibiciones, catalogando los comportamientos como delitos o faltas disciplinarias.

Por lo tanto, al examinar las conductas que en materia de DIH contemplan el numeral 1° del artículo 34 y los numerales 1° y 7° del artículo 48 de la Ley 734 de 5 de febrero de 2002, se observa una voluntad legislativa de explorar la armonía entre las disposiciones propias del derecho interno con el internacional dentro del escenario propio de las hostilidades, con el fin de salvaguardar la observancia de las obligaciones arrojadas al Estado Colombiano frente a la Comunidad Internacional y propender por la búsqueda de mecanismos que permitan su efectividad.

En cuanto al numeral primero del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, la Corte Constitucional estudió y avaló su exequibilidad, al proferir en la Sentencia C-720 de 6 de mayo de 2004, en donde la doctora Clara Inés Vargas Hernández pone de manifiesto que para que una conducta descrita como delito obtenga la categoría de falta disciplinaria a la luz del Código Disciplinario Único, debe describirse objetivamente por la ley como delito; ser sancionable a título de dolo y cometida en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo, lo cual le exige al “juez disciplinario”, respecto a infracciones del DIH, la remisión al título II del Código Penal colombiano, para que constate si la conducta a investigar se encuentra allí descrita objetivamente como delito sancionable a título de dolo, y posteriormente “establecer dentro del proceso a su cargo si la misma conducta fue cometida con dolo o culpa”<sup>299</sup>, abriendo de paso la posibilidad de aplicar la teoría de los *numerus apertus*, según la cual, en materia disciplinaria, toda conducta dolosa tiene a su par una culposa.

<sup>297</sup> En esta sentencia la Corte amplió el ámbito de aplicación del Protocolo Adicional II. Sin embargo, no puede perderse de vista que esta ampliación no puede ser tal magnitud que desvirtúe la naturaleza y finalidad del DIH, esto es la regulación de situaciones de violencia que puedan ser caracterizadas como conflictos armados.

<sup>298</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-1076 de cinco (5) de diciembre dos mil dos (2002). M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>299</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-720 de veintitrés (23) de agosto de 2006. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Respecto al numeral 7º del artículo en mención, se pronunció la alta corporación constitucional<sup>300</sup> anotando que tal disposición, para interpretar el concepto de “graves infracciones al DIH”, debe remitirse al concepto de crimen de guerra previsto en el Estatuto de Roma, que incluye conductas como el homicidio en persona protegida; el acceso carnal violento en persona protegida; la toma de rehenes; la perfidia; los actos de barbarie; el despojo en el campo de batalla; los actos de terrorismo; la destrucción y apropiación de bienes protegidos; la utilización de medios y métodos ilícitos de combate; el reclutamiento ilícito, entre otras, lo cual permite ajustarse a los estatutos internacionales en esta materia.

De acuerdo con los planteamientos jurisprudenciales que preceden, concluimos que los preceptos que integran el DIH tienen un carácter axiológico; corresponden a una escala de valores que en esencia permiten su imperatividad universal más allá de su positivización.

En materia disciplinaria, estimamos que bastaría, en principio, la remisión al derecho convencional y consuetudinario para predicarse la posible ocurrencia de una conducta constitutiva de falta contra el DIH, pues dado su carácter axiológico, no hace necesaria la positivización para el reconocimiento de su existencia, el cual debe partir de la dignidad humana como fundamento en cualquier Estado social de derecho.

No obstante, dejamos constancia expresa que el artículo 224 Constitucional, establece, que para la validez de los tratados internacionales se requiere su aprobación por el Congreso, previendo como única excepción para tal trámite, la aplicación provisional de tratados de naturaleza económica y comercial, en el ámbito dispuesto por los organismos internacionales, por lo que deberá ser enviado inmediatamente inicie su aplicación provisional al Congreso para su aprobación, sin observarse en el texto, alusión alguna respecto de la aplicabilidad de los convenios relacionados con la materia internacional en estudio.

Consideramos que para garantizar la eficiente aplicación del DIH, se hace necesaria la instauración de un sistema estatal que posibilite la imposición de penas y sanciones como consecuencia de las conductas infractoras en las que pueda incurrir su destinatario. Así, su efectividad se materializará a través de legislaciones que establezcan de forma clara e inequívoca, las conductas estimadas como graves en relación con las infracciones a tales disposiciones, así como las consecuencias para quienes incurran en ellas.

Por lo tanto, en nuestro ámbito, respecto a la calificación de conductas violatorias del DIH, es imperativa su tipificación a efectos de lograr su aplicación material en el *ius puniendi* del Estado, sin que se le pueda oponer la trasgresión al principio de legalidad.

En materia penal, en cuanto a la descripción de conductas reprochables, se tiene que las mismas, en la mayoría de los casos, se encuentran perfectamente definidas, cosa que en materia disciplinaria no ocurre por cuanto, con la aplicación de los tipos abiertos o en blanco, las descripciones tienen que complementarse con otras disposiciones, labor que corresponde al juez disciplinario, a fin de señalar de manera inequívoca, expresa y clara la conducta objeto de reproche, para que quien esté siendo objeto de una investigación, conozca en qué consistió su incorrecto proceder<sup>301</sup>. Es imprescindible para el competente, al adecuar típicamente las conductas previstas en el numeral 1º del artículo 34 del Código Disciplinario Único, contar con las obligaciones señaladas en las convenciones internacionales y con relación al numeral 7º del artículo 48 *ídem*, referirse al concepto de crimen de guerra y a las infracciones consideradas como “graves” por las normas que recogen el DIH.

<sup>300</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-014 de veinte (20) de enero dos mil cuatro (2004). M.P. Jaime Córdoba Triviño.

<sup>301</sup> Mejía Ossman, Jaime. *Régimen Disciplinario. Ley 734* de febrero 5 de 2002. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, D.C. Colombia. 2007. p. 39. “(...) El concepto de violación que se dispone se señale en la decisión de cargos, habrá de distinguir cuál de estas categorías recoge la conducta acusada, por cuanto ha de tenerse en cuenta que existen tipos disciplinarios en blanco, que su señalamiento impone, armonizarlos con la disposición que lo complementa (...).Villero Pallares, Jesualdo. Revista Procurando 37 de octubre de 2005. P. 295”.



Estimamos, de la misma manera, que al juez disciplinario no le estaría vedado acudir a los criterios orientadores que puedan surgir en el derecho internacional, *verbi gracia*: los elementos previstos por el Estatuto de la Corte Penal Internacional para reconocer la comisión de crímenes de guerra, o las definiciones que frente a ciertas conductas se hayan proferido dentro de las sentencias dictadas en los tribunales para la ex Yugoslavia o Rwanda, como manifestación del derecho internacional consuetudinario.

#### 7.4.4 Comparación entre las infracciones al Derecho Internacional Humanitario contenidas en los instrumentos internacionales y las conductas tipificadas como falta disciplinaria en la normatividad colombiana

El DIH, al ser parte del derecho interno en Colombia, exige la implementación de herramientas que hagan posible su materialización y aplicación efectiva entre las cuáles se encuentra la imposición de consecuencias de carácter penal o disciplinario ante la comisión de conductas que devienen en inobservancia de las garantías mínimas de humanidad, dentro del estadio del conflicto de carácter no internacional.

Así, ajustándose a los parámetros convencionales en esta materia, el Código Disciplinario Único ha establecido el incumplimiento de los deberes allí previstos como falta grave o leve<sup>302</sup>, y sus graves infracciones como falta gravísima, de acuerdo con el numeral séptimo del artículo 48; mientras que el numeral primero del artículo mencionado, eleva a la categoría de falta gravísima la realización objetiva de una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando su comisión se produzca con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo, conlleva a la remisión, respecto de las infracciones al DIH, a las conductas señaladas en el título II del Código Penal colombiano.

Concluimos entonces que la tipicidad, en materia disciplinaria, ajusta comportamientos a las conductas previstas internacionalmente como infracciones al DIH. Sin embargo, analizaremos si los comportamientos punibles internos coinciden con las descripciones contenidas en las normas aplicables en la materia de estudio.

##### a. Similitudes

Frente a la persona protegida, además de reprocharse en Colombia su homicidio, la legislación colombiana tipificó como punible además las lesiones contra su integridad física o a salud<sup>303</sup>.

**Los atentados contra la integridad personal**, descritos en el artículo 137 del Código Penal, se ajustan a los lineamientos internacionales, cuando con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, se infligen a una persona dolores o sufrimientos, físicos o síquicos, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, de castigarla por un acto por ella cometido o que se sospeche que ha cometido, o de intimidarla o coaccionarla por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación, tipificación que comprende los elementos previstos por el Estatuto de la Corte Penal Internacional para identificar el crimen de guerra de tortura<sup>304</sup>.

También el ordenamiento colombiano incluye como conducta punible en el artículo 159 la **deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil**, cuando con ocasión y en desarrollo de conflicto armado y sin que medie justificación militar, de su sitio de asentamiento a la población civil, notándose similitud con los requisitos establecidos por el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra.

<sup>302</sup> Mejía Ossman, Jaime. *Régimen Disciplinario*. Ley 734 de febrero 5 de 2002. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, D.C. Colombia. 2007. Ley 734 de 2002. P. 65. ART. 34.-"Deberes. Son deberes de todo servidor público: 1. Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de Derecho Internacional Humanitario (...)"

<sup>303</sup> Ley 599 de julio 24 de 2000. Artículo 136.

<sup>304</sup> Código Penal. Artículo 82) c) i) 4).

La **utilización indebida del signo distintivo de la Cruz Roja**, adquiere en el artículo 143 la denominación de “perfidia”, cuando, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado y con el propósito de dañar o atacar al adversario, se simula la condición de persona protegida o utilizan indebidamente signos de protección como la Cruz Roja o la Media Luna Roja, la bandera de las Naciones Unidas o de otros organismos Intergubernamentales, la bandera blanca de parlamento o de rendición, banderas o uniformes de países neutrales o de destacamentos militares o policiales de las Naciones Unidas u otros signos de protección teniendo como fundamento los tratados internacionales ratificados por Colombia.

## b. Diferencias

Para iniciar el análisis comparativo respecto de las diferencias que pueden surgir entre los instrumentos de carácter internacional y el orden jurídico interno, específicamente en materia disciplinaria, tomamos como punto de partida la vigencia misma de la acción y de la sanción.

El artículo 28 de la Carta Política señala en su inciso 2º la proscripción en Colombia de penas y medidas de seguridad imprescriptibles, haciéndose extensivo el término “penas”, a aquellas consecuencias derivadas del *ius puniendi* del Estado con relación a comportamientos previstos en la ley como conductas reprochables, dentro del ámbito penal o disciplinario, de donde se infiere que tanto las consecuencias como la acción que las generan, cuentan con esa misma característica de limitación temporal para su ejercicio e imposición.

Siguiendo dicho lineamiento, el artículo 30 de la Ley 734 de febrero 5 de 2002, dispuso de un término de prescripción de cinco (5) años para el ejercicio de la potestad disciplinaria, el cual se amplía a doce (12) frente a ciertas conductas entre las cuales figuran las graves violaciones al DIH, según lo previsto en el numeral 7º del artículo 48 *idem* y adopta en el artículo 32 un término de 5 años para la ejecución de la sanción impuesta.

Precisamente el argumento jurisprudencial frente a la figura de la prescripción, tiene que ver con el derecho que tiene quien está siendo investigado, a que se le defina su situación jurídica, para evitar quedar *sub iudice*, en forma indefinida, a una incriminación y por ende a la imposición de una sanción; entiende la alta corporación que si la acción disciplinaria busca amparar aspectos como el buen nombre, eficiencia y moralidad de la función pública, tal objetivo se materializa cuando cumple la misión de sancionar a un infractor del régimen disciplinario oportunamente, y no dejando los procesos en permanente suspenso.

Sin embargo, instrumentos internacionales han previsto como imprescriptibles crímenes denominados “de guerra y lesa humanidad”, verbi gracia: el artículo 29 del Estatuto de Roma, respecto de los delitos conocidos por la Corte Penal Internacional; el artículo 1º de la Convención que trata de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, celebrada el 26 de noviembre de 1968, la cual no ha sido ratificada aún por Colombia, notándose así una incompatibilidad entre la intención del constituyente de fijar un límite a la vigencia de la acción, en este caso en materia disciplinaria, y entre la tendencia hacia la imprescriptibilidad de la acción internacional para castigar conductas relacionadas con los derechos humanos y el DIH.

Teniendo como base que las descripciones contenidas en la ley penal pueden ser incluidas en el régimen disciplinario como faltas, a continuación analizaremos algunas de las conductas previstas en dicho estatuto, comparándolas con los tipos obrantes en la normatividad internacional.

Acerca de la **toma de rehenes**, sostiene la alta magistratura constitucional<sup>305</sup> que, si bien Colombia hace parte de la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes y que dicha Convención fue ratificada mediante Ley 837 de 2003, y sujeta a revisión previa

<sup>305</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-291 de veinticinco (25) de abril dos mil siete (2007). M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

de la Corte Constitucional, no ha sido incorporada formalmente al bloque de constitucionalidad mediante un pronunciamiento expreso por parte de esa corporación, no obstante, la conducta en mención, ha sido incluida como conducta punible en normas de *ius cogens* que vinculan al Estado colombiano como parte del bloque de constitucionalidad.

Así las cosas, con base en la definición consuetudinaria del crimen internacional de toma de rehenes, así como en la definición de los elementos de tal punible por parte del Estatuto de la Corte Penal Internacional, no puede preverse para la constitución del delito que las exigencias para liberar o preservar la seguridad del rehén se dirijan a la otra parte del conflicto armado no internacional, sino que debe extenderse a sujetos distintos a dicha parte, como a un Estado, una organización internacional, una persona natural o jurídica, o un grupo de personas.

Con relación al tipificación de la **tortura en persona protegida**, se condicionaba inicialmente la gravedad de los sufrimientos o dolores a los que se sometiera a la persona para predicarse la realización de la conducta, con relación a lo cual, la Corte Constitucional hace alusión mediante pronunciamiento jurisprudencial<sup>306</sup>, a la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura, así como al artículo 93 superior y el principio *pro homine*, al anotar que el instrumento internacional en comento no solamente excluye la expresión “graves” para la definición de lo que se entiende por tortura, sino que se refiere a la aplicación a una persona de métodos tendientes a anular su personalidad o disminuir su capacidad física o mental, aún sin provocar dolor físico o angustia psíquica.

En ese orden de ideas, en la medida en que el artículo 137 de la Ley 599 de julio 24 de 2000, el legislador al regular la tortura en persona protegida, incluyó en la definición la expresión “graves” para calificar los dolores o sufrimientos físicos o psíquicos como elementos de su tipificación, incurrió en un desconocimiento de la convención mencionada, así como del artículo 93 superior.

Advierte además, que el alcance otorgado por el constituyente al artículo 12 de la Carta Política, “*corresponde a la consagración de un derecho que no admite restricciones que lo conviertan en relativo y que a la prohibición que consagra la norma superior citada, -dirigida en este sentido a cualquier persona sea agente estatal o particular- el reconocimiento y protección al principio fundamental de dignidad humana como fuente de todos los derechos*”.

En lo pertinente al **reclutamiento ilícito**, previsto en el artículo 162 de la Ley 599 de julio 24 de 2000, se pronuncia la Corte<sup>307</sup> para señalar que el legislador, al regular una materia, lo hace de manera parcial, en la medida que no cubre a todos los destinatarios que deberían quedar incluidos en la regulación o porque deja de regular algún supuesto que por mandato constitucional tendría que formar parte de la disciplina legal de la materia.

Advierte que la conducta prohibida por las normas internacionales referente a la **utilización de niños con ocasión de un conflicto armado**, esto es, la participación directa o indirecta de los menores en hostilidades o en acciones armadas, aún de manera voluntaria, encaja en las hipótesis previstas en los preceptos punibles, puesto que en la práctica, la admisión de menores en grupos armados ilegales los expone a esa utilización y configura por lo tanto un delito y por ende, no puede considerarse que el legislador haya omitido un deber de rango superior.

Respecto a las conductas previstas en los artículos 156 y 157 de la Ley 599 de julio 24 de 2000, consistentes en **ataques contra bienes culturales y obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas como presas, diques, centrales de energía eléctrica, nucleares u otras obras**, la Corte Constitucional<sup>308</sup> declaró como inexecutable el condicionamiento del legislador

<sup>306</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-148 de veintidós (22) de febrero dos mil cinco (2005). M.P. Álvaro Tafur Galvis.

<sup>307</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-249 de dieciséis (16) de abril dos mil nueve (2009). M.P. Mauricio González Cuervo.

<sup>308</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-291 de veinticinco (25) de abril dos mil siete (2007). M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

consistente en la debida señalización de estos lugares con signos convencionales, por cuanto tal requisito no se encuentra contemplado en las normas convencionales y consuetudinarias de DIH que los protegen, por lo que, la imposición del requisito de señalización “*restringe el alcance de las salvaguardas internacionales aplicables*”, y excluiría del campo de protección a los bienes en mención, cuando no se encuentren señalizados, contrariando el principio de distinción y los artículos 93, 94 y 214 de la Carta Política.

Respecto a los **derechos de los niños**, si bien la Carta Política es su artículo 44 los consagra, en materia punitiva solo se contempla el reclutamiento de menores de 18 años según el artículo 162 de la Ley 599 de julio 24 de 2000, sin que se reprochen conductas como la omisión para ayudarles o socorrerles dentro del contexto del conflicto armado, tal y como lo ordena el numeral 4.3 del Protocolo II el cual prevé que “los niños son particularmente vulnerables y requieren un trato privilegiado en relación con la población civil”.

No obstante, es de resaltar que de acuerdo con el artículo 4º, literal c del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, la prohibición respecto al reclutamiento de menores recae respecto de aquellos que no hayan cumplido los quince (15) años, en tanto que nuestra legislación reprocha tal proceder cuando el sujeto pasivo es menor de los dieciocho años de edad, buscando así proteger a los individuos que aún no han superado las etapas de la niñez y adolescencia.

El legislador al expedir la Ley 599 de julio 24 de 2000, fijó para la comisión del punible de **Tortura**, que dolores o sufrimientos infligidos a la persona protegida fueran de naturaleza grave, condicionamiento que no hace parte de los estándares internacionales en referencia a tan execrable proceder, siendo necesaria la intervención de la alta corporación constitucional<sup>309</sup>, de declarar el término “grave” en inexequible, a fin de que las garantías humanitarias frente a esta conducta no se vieran restringidas.

Notamos así mismo una clara prohibición legal frente a la comisión de **actos de índole sexual** dentro del desarrollo de las hostilidades, aún sin que exista una ilustración convencional respecto de lo que debe entenderse por violencia sexual, por lo que consideramos que el juez disciplinario puede acudir a la definición ofrecida por el Tribunal de Rwanda, caso Jean Paul Akayesu<sup>310</sup>, según la cual la violación sexual es una invasión física de naturaleza sexual que se realiza contra una persona en circunstancias coercitivas y para que constituyan tortura deben contar con los elementos previstos por la Convención para la Tortura<sup>311</sup>.

En Colombia se ha penalizado en el artículo 138 de la Ley 599 de julio 24 de 2002, el **acceso carnal por medio de violencia en persona protegida** con ocasión y en desarrollo de conflicto armado; también los **actos sexuales violentos diversos al acceso carnal en persona protegida** y **la prostitución forzada o esclavitud sexual** mediante el uso de la fuerza y con ocasión y en desarrollo del conflicto armado<sup>312</sup>.

Concluimos que en Colombia, el punible no se asimila a la tortura como se ha previsto internacionalmente, sino que ha adquirido una identidad propia; además, no se tipifican conductas como el embarazo forzoso sino que se concibe como una circunstancia de agravación, según lo dispuesto en el artículo 211 ídem, así como tampoco la esterilización forzada dentro del aparte referido a las personas protegidas.

En lo que se refiere a los **tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes**, los artículos 136, 146 y 147 de la Ley 599 de julio 24 de 2000, tipifican las lesiones, tratos inhumanos o degradantes por razones discriminatorias, pero no se establece en

<sup>309</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-148 de veintidós (22) de febrero dos mil cinco (2005). M.P. Álvaro Tafur Galvis.

<sup>310</sup> Tribunal Penal Internacional para Rwanda, Prosecurator c. Jean-Paul Akayesu, Case N° ICTR-96-4-T, Trial Chamber I, September 2, 1998.

<sup>311</sup> Artículo 1.1.

<sup>312</sup> Colombia, Código Penal. Artículos 139 y 141.

esas descripciones, los elementos previstos por el Estatuto de la Corte Penal Internacional, los cuales pueden constituir elementos orientadores para el ejercicio de adecuación por parte del juez penal o disciplinario.

Por otra parte, no se encuentran tipificados como delitos en el Código Penal Colombiano los **castigos colectivos**, sino que en su lugar aparecen las **represalias** (C.P., art. 158). La norma no hace referencia al término “Colectivo” como ingrediente subjetivo.

Respecto de los **actos de barbarie**, previstos en el artículo 145 de la Ley 599 de julio 24 de 2000, consistentes en los actos de no dar cuartel; atacar a persona fuera de combate; abandonar a heridos o enfermos o actos dirigidos a no dejar sobrevivientes o a rematar a los heridos y enfermos, observamos que la legislación colombiana reunió en un tipo varias de las conductas violatorias del DIH.

Igualmente, observamos que dentro del capítulo único del título II del Código Penal, no se menciona la **esclavitud o la trata de personas** dentro del contexto del conflicto armado no internacional, como punibles contra personas protegidas por el DIH, sin embargo, aquello no implica que tales prácticas cuando se cometan por parte de funcionarios públicos, no puedan ser materia de sanción disciplinaria, pues recordemos que el espíritu legislativo en la expedición de la Ley 734 de febrero 5 de 2002, buscaba la ampliación del margen de tipicidad, al hacer mención, en forma general y como tipo abierto y en blanco, a las violaciones del DIH, tipicidad que necesariamente debía completarse en la forma como se ha venido expresando.

Notamos que internacionalmente el **“pillaje”** es una conducta que se realiza respecto de bienes protegidos, al proscribir conductas como el saqueo sobre ciudades y plazas, mientras que en nuestro medio punitivo aparece el despojo, previsto en el artículo 151 de la Ley 599 de julio 24 de 2000, el cual se comete con relación a los bienes que pertenecen a las personas protegidas o a cadáveres.

No encontramos tipificación penal respecto de las conductas relacionadas con las **personas privadas de la libertad con ocasión del conflicto** y con el **respeto de sus garantías mínimas**.

El desconocimiento al **debido proceso legal**, se tipifica en nuestro ámbito jurídico en el artículo 149 de la Ley 599 de julio 24 de 2000, como detención ilegal y privación del debido proceso contra quien, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, prive ilegalmente de su libertad a una persona y la sustraiga de su derecho a ser juzgada de manera legítima e imparcial, pero no se tipifican las ejecuciones, omisión que encuentra coherencia con la proscripción constitucional y legal de la pena capital en Colombia.

Respecto a la **protección a heridos y enfermos**, nuestro estatuto penal castiga en su artículo 161 la omisión de medidas de protección a la población civil, sin hacer mención a los heridos, enfermos y en términos generales a quienes hagan parte del estatuto de protección del DIH.

En cuanto al **deber de protección de personal sanitario y religioso**, se observa que en Colombia se tipifica la obstaculización de tareas sanitarias y humanitarias, teniéndose en cuenta así la labor, más no la categoría del personal que las realiza.

A manera de conclusión, podemos apreciar un gran interés en la legislación colombiana, como lo hemos venido repitiendo, por ajustar sus disposiciones a los parámetros que internacionalmente se han elevado en relación con las garantías mínimas de carácter humanitario que deben observarse dentro del escenario del conflicto armado de índole no internacional, sin que la misma implique restricciones en materia disciplinaria, por cuanto a través de los tipos abiertos o en blanco, y de la constitución de descripciones punibles dolosas en faltas gravísimas dolosas o culposas, se hace posible la remisión a las normas de carácter convencional e interno, que guardan relación estrecha con el DIH.

## 7.5 Ejercicios de la unidad 2

### 7.5.1 Caso

A continuación, se presenta un caso para su lectura y análisis, a fin de solventar las preguntas correspondientes, en relación con el tema en estudio.

El Comandante de una Unidad Táctica decide realizar una acción cívico militar en su unidad, la cual se encuentra ubicada en el perímetro urbano de la ciudad capital de un departamento colombiano, para la cual convoca a diferentes líderes comunitarios para fortalecer lazos de cooperación.

Dentro del desarrollo de la actividad, el comandante recibe una llamada según la cual, un grupo de milicias urbanas de las Farc se encuentra en la terraza de un edificio aledaño a la unidad, y al parecer se dispone a lanzar granadas contra la guarnición, y evidentemente cae una granada en el lugar la cual no explota por fallas mecánicas, por lo que el comandante, ubica a los visitantes y civiles en la sede social de la unidad y ordena a los centinelas y demás militares abrir fuego contra la terraza del edificio, además algunos de los militares irrumpen al inmueble, ocasionándose un cruce de disparos que genera la muerte de varios milicianos y heridas a los habitantes del último piso del edificio, uno de los cuales muere posteriormente.

De acuerdo al caso planteado, sírvase resolver los interrogantes que a continuación se plantean:

1. Identifique las violaciones al DIH en el caso planteado tanto por los milicianos, como por los militares ¿Por qué?
2. ¿Considera que el comandante emitió una orden proporcional o no al ataque perpetrado por las Farc? ¿Por qué?
3. ¿Considera que la ubicación de la guarnición militar dentro del perímetro urbano, constituyó una infracción al DIH de naturaleza grave? ¿Por qué?
4. ¿Considera que la muerte del habitante del edificio, en las circunstancias anotadas, constituye una infracción al DIH de naturaleza grave? ¿Por qué?
5. ¿Al comandante de la unidad militar podría atribuírsele alguna falta disciplinaria por omitir deberes consagrados en los tratados de DIH o por incurrir en graves violaciones a este? ¿Cuál? Explique las razones.

### 7.5.2 Ejercicios

LA continuación se plantean algunos aspectos problemáticos de la materia, a fin de colocarlos a consideración de su interpretación jurídica:

1. Entratándose de faltas producto de violaciones a los Derechos Humanos o infracciones al DIH, ¿opera la prescripción para iniciar la respectiva investigación disciplinaria?
2. ¿Es procedente disponer la reapertura de una indagación preliminar o una investigación formal debidamente archivada, cuando surjan pruebas sobrevinientes que no se conocían y por lo mismo no fueron consideradas al momento de adoptar tal decisión?
3. ¿Cuáles son los requisitos para que la Procuraduría pueda asumir el poder preferente para investigar las faltas disciplinarias por las faltas descritas en este módulo?

## 8. *Bibliografía del módulo*

Comité Internacional de la Cruz Roja, Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 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) Tomos I y II. Ed. Plaza & Janés, Bogotá, 2001.

Comité Internacional de la Cruz Roja, Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3° de estos Convenios. Ed. Plaza & Janés, Bogotá, 1998.

Dörman Knut, *Elements of War Crimes*, ICRC, Cambridge University Press, United Kingdom, 2003.

Gasser Hans-Peter, Actos de terror, "terrorismo" y derecho internacional humanitario, en *Revista Internacional de la Cruz Roja* N° 847, 30-09-2002, En: <http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/html/5TED8G>.

Henckaerts Jean-Marie, DOSWALD-BECK Louise, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*. Comité Internacional de la Cruz Roja.

Hernández Mondragón Mauricio. *Derecho Internacional Humanitario. Su aplicación en Colombia*. Biblioteca Básica Derechos Humanos; Presidencia de la República, Consejería Presidencial para los Derechos Humanos, Bogotá, 1992.

Hladik Jan. The 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict and the notion of military necessity. En: <http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/57JQ39>.

Kittichaisaree, Kriangsak, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2001.

Mejía Ossman, Jaime. *Régimen Disciplinario*. Ley 734 de 05 de febrero de 2002. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, D.C. Colombia. 2007.

Olásolo Alonso Héctor, *Ataques contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados*. Especial referencia al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y a la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2007.

Swinarski Christophe, *Principales nociones e institutos del Derecho Internacional Humanitario como sistema de protección de la persona humana*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1991.

Valencia Villa, Alejandro. *Derecho Humanitario Para Colombia*, Defensoría del Pueblo, Bogotá, 1994.

Verri Pietro, *Diccionario de derecho internacional de los conflictos armados*, Comité Internacional de la Cruz Roja, Tercer Mundo Editores, Bogotá, 1999.

- **Disposiciones internacionales:**

I Convenio de Ginebra del 12 de agosto 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña.

II Convenio de Ginebra del 12 de agosto 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar.

III Convenio de Ginebra del 12 de agosto 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra.

IV Convenio de Ginebra del 12 de agosto 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.

Protocolo I 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).

Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacionales (Protocolo II).

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Declaración de San Petesburgo de 1868.

Declaración de La Haya de 1899 relativa a los gases asfixiantes.

Declaración de La Haya de 1899 que prohíbe el empleo de balas que se hinchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano.

Reglamento de La Haya de 1899.

Reglamento de La Haya de 1907.

Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados de 1980. Y sus Protocolos Adicionales: Protocolo I Sobre fragmentos no localizables. Protocolo II Sobre prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos. Protocolo III Sobre prohibiciones o restricciones del empleo de armas incendiarias. IV Protocolo Adicional a la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados de 1980.

Convención de 1993 sobre la prohibición de armas químicas y su destrucción.

Declaración sobre la Protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Resolución 3452 (XXX) del 9 de diciembre de 1975, de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción, Ottawa, 1997.

Protocolo sobre la prohibición del uso en la guerra, de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos (G.BC), Ginebra 1925.

Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción, Washington, 1972.

Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985.



Código de Lieber de 1863.

Convención de las Naciones Unidas para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado de 1954.

- **Normatividad interna**

Ley 734 de febrero 5 de 2002.

Ley 1015 de febrero 7 de 2006.

- **Jurisprudencia**

Corte Constitucional, Sentencia C-574 del 28 de octubre de 1992, M.P. Ciro Angarita Muñoz.

Corte Constitucional, Sentencia C-225 de 26 de mayo de 1995, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, Sentencia C-291 del 25 de abril de 1997, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional, Sentencia C-467 del 25 de septiembre de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, Sentencia C-351 del 15 de julio de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional, Sentencia T-085 de 1999, M.P. Jaime Araújo Rentería.

Corte Constitucional, Sentencia C-156 del 10 de marzo de 1999, M.P. Martha Victoria Sáchica de Méndez.

Corte Constitucional, Sentencia C-328 del 22 de marzo de 2000. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, Sentencia T-1635 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández.

Corte Constitucional, Sentencia C-991 del 2 de agosto de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional, Sentencia C-578 del 30 de julio de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional, Sentencia C-232 del 4 de abril de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional, Sentencia C-1076 de 5 de diciembre de 2002, Magistrada Ponente Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional, Sentencia T-419 de 2003, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional, Sentencia C-172 del 2 de marzo de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional, Sentencia C-014 de 20 de enero de 2004, Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional, Sentencia T-025 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional, Sentencia C-148 del 22 de febrero de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional. Sentencia C-720 de 23 de agosto de 2006, Magistrada Ponente Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional, Sentencia C-291 de 25 de abril 2007, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional, Sentencia T-188 de 2007, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional, Sentencia T-572 de 2008, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional, Sentencia C-249 de 16 de abril de 2009, Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo.

TPIY Sentencia de juzgamiento. La Fiscalía v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic, Esad Landzo "Celebici case", Caso No. IT-96-21-T.

TPIY, Sentencia Corte de Apelaciones, La Fiscalía v. Zdravko Mucic, Hazim Delic y Esad Landzo, Caso Celebici IT-96-21-Abis.

TPIY, Sentencia de Juzgamiento, La Fiscalía v. Anto Frundzija, Caso No. IT-95-17/1-T.

TPIY, Sentencia de Juzgamiento, La Fiscalía v. Thiomir Blaskic, Caso IT-95-14-T.

TPIY, Sentencia de Juzgamiento, La Fiscalía v. Dusko Tadic, Caso No. IT-94-1-T.

TPIY, Sentencia de Juzgamiento, La Fiscalía v. Dario Kordic y Mario Cerkez, Caso No. IT-95-14/2-T.

TPIY, La Fiscalía v. Stanislav GALIC, Caso No. IT-98-29-T.

TPIR Sentencia de Juzgamiento, La Fiscalía v. Jean Paul Akayesu.

TPIR, Prosecutor c. Jean-Paul Akayesu, Case N° ICTR-96-4-T, Trial Chamber I, September 2, 1998.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Tercer informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Colombia, 1999.

# Derecho de las víctimas en caso de violaciones a los DDHH e infracciones al DIH



Libertad y Orden

**Vicepresidencia**  
República de Colombia



**Koninkrijk  
der Nederlanden**



UNIVERSIDAD DEL ROSARIO  
Acreditación institucional de alta calidad  
Ministerio de Educación Nacional



**ideamérica**

Instituto para la Democracia, el Desarrollo  
y los Derechos Humanos en América Latina.



# Contenido

	PÁG.	
1.	PRESENTACIÓN	199
2.	SINOPSIS LABORAL Y PROFESIONAL DE LOS AUTORES	199
3.	JUSTIFICACIÓN	200
4.	OBJETIVOS GENERALES DEL MÓDULO	201
5.	OBJETIVOS ESPECÍFICOS DEL MÓDULO	201
6.	UNIDAD 1: CONCEPTO Y DESARROLLO DE LA CATEGORÍA DE VÍCTIMA	202
6.1.	Objetivo general de la unidad	202
6.2.	Objetivos específicos de la unidad	202
6.3	CONCEPTUALIZACIÓN SOBRE EL DERECHO DE LAS VÍCTIMAS	202
6.3.1	Acerca de la palabra “víctima”	202
6.3.2	Las definiciones de víctima	204
6.3.2.1	Las víctimas de la guerra desde los protocolos de Ginebra y los protocolos adicionales para la protección de víctimas	205
6.3.2.2	Consideraciones nacionales acerca de las víctimas que determinan su definición en el caso colombiano	206
6.3.3	¿Hay una ontología de las víctimas?	209
6.4	LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS EN LOS PROCESOS DE JUSTICIA TRANSICIONAL	210
6.4.1	Presentación	210
6.4.2	Los derechos de las víctimas en los procesos de justicia transicional. Instrumentos normativos internacionales	211
6.4.3	Los derechos de las víctimas en los procesos de justicia transicional. Instrumentos normativos nacionales	222
6.4	CASO: EL DIEZMADO PARTIDO POLÍTICO PPDS DE URGALIA	223
7	UNIDAD 2: PRINCIPIOS GENERALES APLICABLES A LAS VÍCTIMAS DE VIOLACIONES A LOS DDHH Y AL DIH	224
7.1	Objetivo general de la Unidad	224
7.2	Objetivos específicos de la Unidad	224
7.3	DIRECTRICES BÁSICAS SOBRE EL DERECHO DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLACIONES DE DDHH Y DERECHO DE LAS VÍCTIMAS A OBTENER REPARACIONES; ESTÁNDARES INTERNACIONALES Y NACIONALES EN MATERIA DE JUSTICIA, VERDAD Y REPARACIÓN	224
7.3.1	Introducción	224
7.3.2	Estructura general de las directrices y principios internacionales en materia de derechos de las víctimas	225
7.3.2.1	Obligación de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de DDHH y DIH	226
7.3.2.2	Alcance de la obligación	227
7.3.2.3	Adoptar disposiciones legislativas y administrativas y otras medidas apropiadas para impedir las violaciones (Deberes de prevención)	227

7.3.2.4	Investigar las violaciones de forma eficaz, rápida, completa e imparcial y, en su caso, adoptar medidas contra los presuntos responsables de conformidad con el derecho interno e internacional (Derecho a la justicia. La adjudicación de sanciones a los responsables)	228
7.3.2.5	Derecho a la verdad	229
7.3.3	Definición de víctima en el ámbito internacional: regional y universal	230
7.3.4	Concepto de víctima en el sistema interamericano	231
7.3.5	Derecho a la reparación de los daños sufridos	231
7.3.6	Estándares internacionales en materia de reparación	231
7.3.7	Formas de reparación a las víctimas	232
7.4	DIRECTRICES BÁSICAS SOBRE EL DERECHO DE LAS VÍCTIMAS DE INFRACCIONES AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO	233
7.4.1	El DIH	233
7.4.2	Condición de víctima en el marco internacional humanitario	233
7.4.3	CASO: LA SEÑORA DE RODRÍGUEZ	237
7.4.4.	Principios aplicables a las víctimas en el marco del derecho internacional humanitario	237
7.4.4.1	Neutralidad: “la asistencia humanitaria nunca es una injerencia en el conflicto”	237
7.4.4.2	Normalidad: “las personas protegidas deben poder llevar la vida más normal posible”	239
7.4.4.3	Protección: Como premisa fundamental del Derecho Internacional Humanitario, la población civil y los bienes de carácter civil gozan de especial protección en el desarrollo de las hostilidades	242
7.4.4.3.1	Distinción	243
7.4.4.3.2	Principio de limitación	245
7.4.4.3.3	Principio de proporcionalidad	245
7.4.5	Víctimas de infracciones al derecho internacional humanitario	246
7.4.5.1	Derechos de las víctimas de infracciones al Derecho Internacional Humanitario	246
7.4.5.2	Garantías fundamentales de las víctimas de infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario	247
7.4.6	Condición de víctima de infracciones al derecho internacional humanitario en la Corte Penal Internacional	248
7.4.6.1	Derechos reconocidos a la víctimas por la Corte Penal Internacional	250
7.4.6.1.1	Protección	250
7.4.6.1.2	Reparación	250
7.4.6.1.3	Intervención de las víctimas en las etapas del sistema acusatorio	251
8.	UNIDAD 3: LAS MUJERES, LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y ADOLESCENTES	252
8.1	Objetivo general de la unidad	252
8.2	Objetivos específicos de la unidad	252
8.3	Introducción	252
8.3.1	Aspectos jurídicos de inclusión de la mujer, niños, niñas y adolescentes	252
8.3.1.1	El principio de la igualdad, la discriminación positiva y las acciones afirmativas	253
8.3.1.2	El riesgo y vulnerabilidad	253
8.3.2	Las mujeres víctimas de violaciones a los DDHH	254
8.3.3	Los menores, víctimas de violaciones a los DDHH	255
8.3.3.1	Factores de riesgo de vulneración de los derechos de los menores	256
8.3.3.2	El procedimiento cuando el menor es la víctima	257
8.3.3.3	Explotación sexual de los menores	257
8.3.3.4	Niños y niñas trabajadores	258
8.3.4	Normatividad básica protectora de la niñez y mujeres	259
8.3.4.1	En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos	259

8.3.4.1.1	Organización Internacional del Trabajo. OIT	260
8.3.4.2	En el sistema regional	260
8.3.4.2.1	Organización de Estados Americanos	260
8.3.4.2.2	En el derecho interno	261
8.3.5	Menores y mujeres víctimas de los delitos de lesa humanidad	261
8.3.5.1	La víctima de delitos de lesa humanidad en la Corte Penal Internacional	262
8.4	MUJERES, NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS DE INFRACCIONES AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO	263
8.4.1	Mujeres en el marco del derecho internacional humanitario	263
8.4.1.1	Instrumentos de protección	266
8.4.1.1.1	Instrumentos Internacionales	266
	EJERCICIO	267
8.4.1.1.2	Ordenamiento jurídico interno	268
8.4.1.1.3	Violencia sexual en contexto de conflicto armado	268
	EJERCICIO	270
8.4.1.1.4	Violencia sexual como arma de guerra	270
8.4.2	NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO	270
8.4.2.1	INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN	271
8.4.2.2	Marco jurídico interno	271
8.4.2.3	Ordenamiento jurídico interno	274
8.4.2.4	NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN CONFLICTO ARMADO	276
	Ejercicio 1	276
8.4.2.5	Niñas, niños y adolescentes víctimas de infracciones al derecho internacional humanitario	278
8.4.2.5.1	Desplazamiento forzado	278
8.4.2.6	Regulamiento forzado	278
	Ejercicio 2	280
8.4.2.7	Desvinculación del conflicto	280
	Ejercicio 3	283
9.	UNIDAD 4: LA VÍCTIMA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO	284
9.1	Objetivo general de la unidad	284
9.2	Objetivos específicos de la unidad	284
9.3	LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO	284
9.3.1	Introducción	284
9.3.2	Victimología	284
9.3.3	Concepto normativo de víctima:	285
9.3.4	Jurisprudencia constitucional sobre los derechos de las víctimas	286
9.3.5	Derechos de las víctimas en la Ley 906 de 2004	287
9.3.6	Intervención de las víctimas en las distintas etapas procesales	289
9.3.6.1	Sobre la víctima y sus facultades probatorias en el nuevo sistema penal	291
9.3.6.2	Sobre las víctimas y su facultad para solicitar medidas de aseguramiento y de protección	292
9.3.6.3	Sobre las víctimas y la aplicación del principio de oportunidad	293
9.3.6.4	Las víctimas frente a la solicitud de preclusión y de archivo	293
9.3.6.5	Sobre la víctima y su posibilidad de intervenir en la definición de la teoría del caso y en la formulación de la acusación en la etapa del juicio	293

9.3.7	La víctima y los preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado	294
9.4	LA VÍCTIMA EN EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE JUSTICIA Y PAZ. EL CONCEPTO DE VÍCTIMA EN LA LEY 975 DE 2005	294
9.4.1	Introducción	294
9.4.2	De la legislación precedente y sus falencias	295
9.4.3	Ley 975 de 2005: en búsqueda del anhelado pero delicado equilibrio entre la justicia y la paz	296
9.4.4	El concepto de víctima en la ley de justicia y paz	297
9.4.4.1	¿Quiénes son víctimas en el ámbito de la ley de justicia y paz?	297
9.4.4.2	De la característica de los daños	299
9.4.5	Derechos de las víctimas en el marco de la ley de justicia y paz	300
9.4.5.1	Derecho a la justicia	301
9.4.5.2	Derecho a la verdad	303
9.4.5.3	Derecho a la reparación	304
9.4.6	Conclusiones	306
9.5	CASO: MARTHA, LA “DOMÉSTICA” DE LA GUERRILLA	307
9.6	LA VÍCTIMA EN EL PROCESO DISCIPLINARIO	308
9.6.1	Introducción	308
9.6.1.1	Aspectos relevantes de participación de la víctima en el proceso disciplinario	308
9.6.1.2	La víctima en el derecho disciplinario excepción de la jurisprudencia	309
9.6.1.3	La víctima en el proceso disciplinario	309
9.6.1.4	La cláusula constitucional de responsabilidad disciplinaria	310
9.6.1.4.1	La responsabilidad es del servidor o servidora público en las faltas disciplinarias graves o gravísimas por violaciones a los derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario	311
9.6.1.5	El procedimiento disciplinario	311
9.6.1.6	El proceso disciplinario	313
9.6.1.6.1	La representación de la víctima en el proceso disciplinario	314
9.6.1.7	Competencias funcionales en materia disciplinaria por violación a los DDHH e infracciones al DIH	315
9.6.1.7.1	Al grupo de asesores en derechos humanos del despacho del Procurador	316
9.6.1.7.2	Al Procurador General de la Nación	316
9.6.1.7.3	A la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales	317
9.6.1.8	Revocatoria de los fallos disciplinarios por violaciones graves o gravísimas a los DDHH e infracciones graves al DIH	317
9.6.1.9	Catalogo de faltas gravísimas de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario en el proceso disciplinario	318
9.6.2.	Caso “Los Sindicalistas”	323
10	BIBLIOGRAFÍA GENERAL DEL MÓDULO	324



## **1. PRESENTACIÓN**

Este documento hace parte del proyecto “Identificación, elaboración y evaluación de módulos para capacitación en materia de investigación, juzgamiento y sanción de casos de violaciones a los DDHH e infracciones al derecho internacional humanitario” perteneciente al programa presidencial de DDHH y DIH –PLCI- y auspiciado por la Embajada Real de los Países Bajos. Su reproducción total o parcial requiere autorización escrita del PLCI y de la UT Universidad del Rosario-Ideamérica.

## **2. SINOPSIS LABORAL Y PROFESIONAL DE LOS AUTORES**

### **KELLY CHAIB DE MARES**

Abogada de la Universidad Gran Colombia – Seccional Armenia. Especialista en Derecho Constitucional Penal y Justicia Militar de la Universidad Militar Nueva Granada. Candidata a Magíster en Seguridad y Defensa Nacionales de la Escuela Superior de Guerra. Promotora de Derechos Humanos con la Defensoría del Pueblo. Asesora en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario del Ejército Nacional.

### **JUAN CARLOS FORERO RAMÍREZ**

Abogado de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, especializado en Derecho Penal y Procesal Penal. Magíster en Derecho Penal de las Universidades Pompeu Fabra y Central de Barcelona, España. Director del Postgrado de Derecho Penal de la Universidad del Rosario. Profesor de Derecho Penal de la Universidad de los Andes. Director del Consultorio Jurídico de la Universidad del Rosario. Ex docente del Instituto del Ministerio Público y Procuraduría General de la Nación. Conjuez de la Corte Suprema de Justicia. Miembro de la Comisión constitucional de seguimiento del sistema penal acusatorio. Autor de diversos trabajos científicos dentro de los que se destacan "El delito de omisión en el Nuevo Código Penal" y "Aproximación al estudio del principio de oportunidad”.

### **SORAYA PÉREZ**

Abogada de la Universidad Externado de Colombia. Magíster en Derecho Público y Magíster en Análisis de Conflictos Políticos Económicos e Internacionales Contemporáneos, de la misma Universidad, donde es profesora titular de Derecho Constitucional e Instituciones Políticas. Ex-asesora de la Defensoría del Pueblo y Consultora de la Universidad del Rosario en derechos humanos. Autora de varios artículos en derechos humanos como, “El pluralismo étnico y cultural en el Estado Constitucional Colombiano” y “La mujer y el Estado un campo de reclamaciones”.

### **VÍCTOR QUINCHE RAMÍREZ**

Filósofo Universidad del Rosario. Estudiante de Maestría en Filosofía Universidad Javeriana. Profesor Emérito, Universidad del Rosario. Director Académico del Programa de Filosofía de la Universidad El Bosque. Director de la Línea de Investigación Arte e Instituciones del Grupo Fhicis, Universidad El Bosque. Miembro de la Asociación Colombiana de Filosofía Social y del Derecho. Ha publicado artículos en revistas indexadas, especialmente en teoría del derecho y teoría del arte.

### **MAURICIO VANEGAS MOYANO**

Abogado de la Universidad del Rosario. Especialista en Derecho Penal Universidad Paris II (Panthéon-Assas, Francia). Master en Derecho penal y Ciencias Penales de la Universidad Paris II (Panthéon- Assas, Francia). Profesor Universitario en pregrado y postgrado de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Coordinador del Área Penal de la Facultad de Jurisprudencia de la

Universidad del Rosario. Coautor de los Módulos “Tipología comparativa de las principales violaciones a los Derechos Humanos”, “Identificación de los presuntos autores y partícipes por violaciones a los DDHH e infracciones al DIH” y “Metodología del manejo investigativo de las violaciones a los DDHH e infracciones al DIH”, componentes de la primera parte de la Formación especializada en investigación, juzgamiento y sanción de violaciones graves a los Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario del Programa Presidencial de Derechos Humanos y DIH.

### **ANTONIO VARÓN MEJÍA**

Abogado de la Universidad del Rosario. Postgrado en Derecho Comunitario, Universidad Paris II, Panthéon-Assas Francia. Docente investigador de tiempo completo de la Universidad del Rosario, y profesor de las materias de Derecho Internacional Público y Teoría del Derecho Internacional. Director de la Línea de DIDH y DIH del Grupo de DDHH de la Universidad del Rosario.

### **COLABORADORES Y AGRADECIMIENTOS**

Agradecimientos especiales al profesor Jairo Sánchez y al estudiante José Manuel Marín por su colaboración en la escritura y revisión de la unidad 1 de este documento respectivamente. Así mismo, a Pamela Alarcón Arias, estudiante de Derecho de la Universidad de los Andes.

### **3. JUSTIFICACIÓN**

Este libro es una herramienta diseñada para fortalecer los procesos de formación de los operadores judiciales que tengan relación directa con las víctimas de violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, en desarrollo de sus funciones de investigación, juzgamiento y sanción de violaciones e infracciones. El conocimiento de los aspectos definitorios, de la normativa y principios internacionales y nacionales, así como la identificación y conceptualización de los diversos tipos de víctimas y su concepción en la normativa, es asunto especialmente relevante en Colombia, país azotado por décadas por una violencia generalizada y que proviene de múltiples y complejos actores. Los actores jurídicos y los operadores reales son momentos necesarios en el largo camino de establecer posibilidades reales que conduzcan a una paz estable y duradera. Esta difícil tarea atraviesa los procesos de reparación, establecimiento de la verdad, administración de justicia y beneficio de la memoria que servirán para restaurar a las numerosas víctimas del largo conflicto colombiano en sus derechos. La labor inicial de recomposición del tejido social tiene en los operadores jurídicos de todos los niveles a los actores centrales del proceso. Es por esto que es tan necesario contar con nuevas y numerosas herramientas para que la relación con las víctimas no se “enfrie” y siga siendo por bastante tiempo uno de los ejes centrales de la agenda jurídica colombiana. Este libro es parte de estos esfuerzos.

La estructura general del escrito se ocupa de los niveles más relevantes en la concepción, determinación de alcance e interpretación de los aspectos normativos nacionales e internacionales con respecto a las víctimas; parte de una presentación del marco general: la definición de víctima y una descripción de la normativa y principios nacionales e internacionales. Posteriormente, estudia con rigor las directrices básicas en violaciones a los DDHH y al DIH que deben conocer los operadores jurídicos. Establece a continuación, los lineamientos conceptuales y jurídicos del tratamiento de un grupo especial de víctimas que merecen la mayor atención: los niños, las niñas y los adolescentes, así como las mujeres, grupos estos especialmente vulnerables y afectados por la generalizada violencia. Finalmente, el libro se ocupa de los aspectos normativos nacionales y de algunos aspectos procedimentales en lo que tiene que ver con las víctimas en el Código Penal, en la Ley 975 y en el proceso disciplinario.

De esta manera, se ofrece un panorama amplio e incluyente que recoge los momentos centrales en el tratamiento de las víctimas en el sistema jurídico nacional e internacional, y se ofrecen herramientas conceptuales que pueden estar a la base de la toma de decisiones.

#### 4. OBJETIVOS GENERALES DEL MÓDULO

- Presentar y profundizar en el estudio de las víctimas en los niveles más relevantes de la normativa y principios internacionales y nacionales.
- Identificar, explicar y analizar los principios y la interpretación de los alcances de la normativa internacional en relación con el tratamiento de las víctimas en el caso colombiano.

#### 5. OBJETIVOS ESPECÍFICOS DEL MÓDULO

- Analizar la definición de víctima, a partir de tres perspectivas de lectura: la internacional de la ONU, la nacional de la Ley 975 y la lectura de la CNRR, complementadas con generalidades introductorias acerca de las víctimas en el derecho penal nacional.
- Estudiar la definición de víctima desde el punto de vista normativo y también moral, y determinar los principios y normativas que la rigen.
- Estudiar las directrices internacionales básicas sobre el derecho de las víctimas en materia de DDHH y DIH, y definir los derechos de las víctimas y las correspondientes obligaciones del Estado en contexto de conflicto armado y específicamente de infracciones al Derecho Internacional Humanitario.
- Identificar y analizar la importancia y avances que en materia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, DIDH, se ha alcanzado en la protección a mujeres, niños, niñas y adolescentes, cuando son víctimas de violaciones a los derechos humanos.
- Analizar el concepto de víctima dentro de la dinámica del derecho penal colombiano, la Ley 975 de 2005 y el derecho disciplinario.

## 6. UNIDAD 1

### Concepto y desarrollo de la categoría de víctima

#### 6.1. Objetivos generales de la unidad

- Analizar la definición de víctima, a partir de tres perspectivas de lectura: la internacional de la ONU, la nacional de la Ley 975 y la lectura de la CNRR, complementadas con generalidades introductorias acerca de las víctimas en el derecho penal nacional.
- Estudiar la definición de víctima desde el punto de vista normativo y también moral, y determinar los principios y normativas que la rigen.

#### 6.2. Objetivos específicos de la unidad

Al finalizar la unidad, con respecto a la víctima, los y las participantes estarán en capacidad de:

- Reconstruir, describir y analizar las distintas definiciones que se presentan en el texto.
- Resaltar sus características comunes y sus divergencias.
- Indicar los aspectos centrales de la definición de víctima que son relevantes en el derecho.
- Relacionar la definición de víctima con su núcleo central: la violación de los derechos.
- Describir la ontología de las víctimas.
- Presentar en términos descriptivos, los aspectos más generales de la normativa y principios para el tratamiento de las víctimas.

### 6.3 CONCEPTUALIZACIÓN SOBRE EL DERECHO DE LAS VÍCTIMAS

#### 6.3.1 Acerca de la palabra “víctima”

El marcado interés por las víctimas en el ámbito jurídico y moral internacional inicia en la segunda mitad del siglo XX como resultado de los hechos de las guerras mundiales, así como de la constatación de una serie de acciones de graves violaciones a derechos humanos en países del tercer mundo y en los países de la cortina de hierro. Sus notables repercusiones en los últimos 30 años en el derecho internacional, las legislaciones nacionales y la tomas de decisiones judiciales a nivel global, hacen parte de una historia larga de la relación entre el derecho, las políticas criminales y las víctimas. Parte fundamental en la lucha por hacer visibles, activamente dotadas de derechos y constituir las en agentes dentro de los procesos, se debe a los esfuerzos de los judíos luego de la segunda guerra por conservar la memoria, hacer pública su indignación y colaborar en los procesos de establecimiento de las verdades históricas y del juzgamiento a los criminales de guerra.

El concepto de víctima<sup>1</sup> se ha ido formando en esta historia a partir del papel activo o pasivo de la víctima en los procesos. Hace 900 años la noción de víctima era central para el inicio de los procesos: correspondía a ella denunciar y participar activamente en la persecución y castigo de quien había cometido el daño. La relocalización de la función víctima en el proceso dependió de una modificación en la historia del delito, que ahora se consideraba como delito contra el Rey y luego contra la sociedad; esto

<sup>1</sup> El aspecto meramente etimológico de la palabra víctima en este contexto no nos sirve de nada: víctima originalmente mienta a un animal que se sacrifica en una celebración o ceremonia. Cfr. Al respecto, Klein, Ernest *A Comprehensive Etymological Dictionary of the English Language*, Elsevier, Amsterdam, 1966, p. 1708. Lo que es interesante es la modificación de este uso vetusto al sentido de ser humano sobre el que recae un daño que no ha buscado.

condujo a una disminución de la relevancia de la víctima en el proceso. El resultado: tanto el derecho, como la teoría acerca del derecho, dirigieron sus esfuerzos a estudiar y a perseguir al criminal como nuevo actor central, que fue considerado como el eje de los esfuerzos. El resultado de una teoría centrada en el criminal y una práctica del derecho centrada en combatirlo, fue el silenciamiento de las víctimas, en efecto, correspondía al Estado la persecución del criminal, resarcir el mal hecho al cuerpo social era suficiente como compensación al sufrimiento de las víctimas<sup>2</sup>.

Actualmente, estamos en un momento diferente en la consideración del papel activo de las víctimas en los procesos, esto, en desarrollo de una paulatina relocalización de la víctima, que es datable a partir de los años 70 en Europa<sup>3</sup>. Forma parte de un cambio de rumbo en la concepción de las políticas de persecución al crimen y de la concepción misma que el derecho tiene del delito, de su relación con la sociedad y la forma de combatirlo. Esta modificación ha sido sustancial en el ámbito internacional y ha incidido en la preocupación reciente por las víctimas y por su incorporación activa en los procesos y la necesidad de la visibilización de sus problemas. En efecto, para el caso colombiano.

*Desde el ámbito internacional se ha contado en los últimos años con los desarrollos de una nueva generación de parámetros y controles que corresponden a la globalización del movimiento por los derechos humanos. Las Convenciones, declaraciones y pactos que han dado cuerpo al derecho internacional de los derechos humanos desde 1948, se incorporaron como columna vertebral del Estado social de derecho con el impulso de la Constitución Política aprobada en 1991, pero en los últimos años nuevos instrumentos se incorporan para fortalecer la carta de derechos de todos y en especial de las víctimas. Entre esos instrumentos ha sido resaltado el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional como instancia anti impunidad frente a crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra<sup>4</sup>.*

El caso de la definición de víctima es un caso peculiar; la palabra misma no posee una sola forma de ser definida. De hecho, en un mismo espacio geográfico se proponen variaciones a la definición de víctima, este es el caso de Colombia, país en el que, dadas las peculiares características políticas, económicas y sociales del largo conflicto que constituye su historia republicana, la definición de víctima presenta varias lecturas posibles.

Esto se debe a que la palabra víctima es una de esas palabras que se modifica de acuerdo con la lectura o punto de vista que uno tenga con respecto a ella. Es diferente, de manera radical, por ejemplo, de la palabra “sofá” o “conejo”, que son sustantivos que indican en la dirección de su definición.

La palabra víctima se aplica de varias maneras a diferentes tipos de seres; “víctima” es una palabra que tiene un núcleo de significación estable (ser afectado por, definición propia de la dogmática) y una periferia de lecturas posibles. Esto es lo que explica que tengamos pequeñas pero significativas variaciones en la definición entre la Ley 975 de 2005; la modelación efectuada por la corte en sentencia C-370 de 2006, y complementada por la lectura de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación. A lo largo de este libro, estas definiciones serán tratadas en diferentes contextos, especialmente en relación con el DIH y con las doctrinas internacionales en la materia, en la unidad 2, en la que se muestra que en el ámbito internacional se presenta una evolución y desarrollo de la definición a partir de la incorporación de principios, definiciones, acuerdos, etc., y en relación con el proceso penal colombiano, nuevamente será tratado el problema de la víctima y su definición en la unidad 4. En este capítulo ofrecemos una panorámica del asunto.

<sup>2</sup> Una revisión del papel de las víctimas hecha con base en bibliografía relativamente reciente en Young, Alan, Victims of Crime Research Series: The Role of the Victim in the Criminal Process: Literature Review -- 1989 to 1999, Canada Department of Justice, Ottawa, 2001, y Kirchengast, Tyrone, The Victim in Criminal Law and Justice, Palgrave MacMillan, Hampshire, 2006.

<sup>3</sup> Kirchengast, Tyrone, The Victim in Criminal Law and Justice, Palgrave MacMillan, Hampshire, 2006, especialmente el capítulo VII: “Emergence of the Victims Rights Movement”, pp. 159-185.

<sup>4</sup> González Posso, Camilo y González Ferfán, “Los complejos debates de la ley de víctimas”, En: KAS Papers, nov. 2008, (Nº 2), p. 2.

Seguramente las pequeñas pero significativas variaciones presentes en las definiciones, se deben a que la palabra víctima no es moralmente neutra; por el contrario, se trata de uno de esos términos que está "cargado" moralmente, es uno de esos casos en el derecho en el que no se puede mantener la diferencia entre derecho y justicia (Kelsen<sup>5</sup>), porque la sola mención de la palabra lleva consigo la adopción del punto de vista moral: no se puede ser neutro en presencia de una víctima, el juicio moral acompaña siempre nuestras palabras cuando nos referimos a las víctimas, máxime cuando se trata de graves violaciones de los derechos.

### 6.3.2 Las definiciones de víctima

Como se ha indicado, hay diferentes énfasis en la definición de víctima, aunque todos están fuertemente vinculados por un núcleo de significación estable: ser afectado por (o, haber recibido un daño sin haberlo buscado), y es conveniente conocer las modalidades en que se presenta la definición, para sacar una conclusión al respecto. A continuación se cita una definición relevante, que debe conocer el operador u operadora jurídico<sup>6</sup>:

- a) ONU: Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder adoptada por la Asamblea General en su Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985.

#### *Las víctimas de delitos*

1. *Se entenderá por "víctimas" las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder.*
2. *Podrá considerarse "víctima" a una persona, con arreglo a la presente Declaración, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. En la expresión "víctima" se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.*
3. *Las disposiciones de la presente Declaración serán aplicables a todas las personas sin distinción alguna, ya sea de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, nacionalidad, opinión política o de otra índole, creencias o prácticas culturales, situación económica, nacimiento o situación familiar, origen étnico o social, o impedimento físico.*

En consecuencia, se establece una definición general internacional del estatus jurídico-político de "víctima". Sin embargo, en esta y otras disposiciones de los documentos internacionales de protección de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario se considera la plena autonomía de los diferentes Estados para establecer unos lineamientos generales y específicos del significado de "víctima" que sin oponerse a estos principios internacionales generales, aporte a los procesos de restablecimiento de los derechos vulnerados en cada caso. Esto explica también las variaciones en la definición a las que se ha hecho mención.

<sup>5</sup> Al respecto cfr. Bernd Schünemann, "The Role of Victim Within the Criminal Justice System: A Three-Tiered Concept", *Buffalo Criminal Law Review*, 1999, (Vol. 3, N° 33), pp. 35 ss.

<sup>6</sup> A lo largo del módulo se hará mención a textos relevantes en la normatividad nacional e internacional en escenarios específicos. Por el momento se señalan algunos de los más relevantes: Los convenios III y IV de Ginebra y sus correspondientes protocolos adicionales, la Declaración de Naciones Unidas sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas, la Resolución 7/12 de Desapariciones Forzadas de Naciones Unidas, la Declaración de los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abuso del Poder de Naciones Unidas, el nuevo Código de Procedimiento Penal (que contempla algunas de las medidas internacionales expuestas en los anteriores documentos) y la Ley 975 de Justicia y Paz entre otros.

### 6.3.2.1 Las víctimas de la guerra desde los protocolos de Ginebra y los protocolos adicionales para la protección de víctimas

Es este un aspecto central, al que se volverá posteriormente en este módulo, en las unidades 2 y 3, pero que se debe introducir ahora, ya que los Convenios III y IV de Ginebra protegen expresamente los derechos de los prisioneros de guerra y la protección a personas civiles en tiempos de guerra, respectivamente. Procuran evitar la vulneración de los derechos fundamentales de estas poblaciones y establecer un rango de victimización tanto para personal militar fuera del servicio como para el personal civil.

De este modo se pretende proteger a las posibles víctimas del maltrato del que pueden ser objeto en contextos de guerra y se contempla su protección de flagelos explícitos como la tortura, la privación de la libertad, la vulneración de la dignidad humana entre otros.

En este sentido en el artículo III del protocolo IV de Ginebra se contempla lo siguiente:

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

Así mismo, se protege a las potenciales víctimas de diferentes flagelos prohibiendo las siguientes conductas:

*"...los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios..." "la toma de rehenes" "los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes" "las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados" y "Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos"*

En el protocolo adicional a los convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de conflictos armados sin carácter internacional se entiende que las víctimas potenciales son seres humanos susceptibles de castigos colectivos, de ser tomados como rehenes, de actos de terrorismo, de atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, de la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor; de la esclavitud y la trata de esclavos en todas sus formas; del pillaje y de las amenazas de realizar los actos mencionados. De este modo, se procura proteger este tipo de vulneraciones a los derechos fundamentales de los individuos en los conflictos internos, prohibiendo acciones que propicien este tipo de conductas que victimizan a la población civil en un conflicto armado.

Como se ha mencionado anteriormente, estas consideraciones generales en el Derecho Internacional protegen a los individuos de la afectación de sus derechos fundamentales, lo que incluye un amplio rango de acciones que atentan contra la dignidad humana, las libertades y los derechos fundamentales de primera, segunda y tercera generación. En este sentido, se define como víctima a: **toda persona cuyos derechos y libertades se vean afectados, vulnerados o suprimidos por la acción de otro individuo o conjunto de individuos, en el contexto de un conflicto armado.** En tal caso, las disposiciones legales internacionales impulsan a los Estados pactantes a trabajar por el restablecimiento de los derechos y/o libertades afectados.

### 6.3.2.2 Consideraciones nacionales acerca de las víctimas que determinan su definición en el caso colombiano

La Ley 975 ha retomado los lineamientos generales presentes en la definición de la ONU citada *supra*; define a la víctima en el artículo 5° así:

*ART. 5°-Definición de víctima. Para los efectos de la presente ley se entiende por víctima la persona que individual o colectivamente haya sufrido daños directos tales como lesiones transitorias o permanentes que ocasionen algún tipo de discapacidad física, psíquica y/o sensorial (visual y/o auditiva), sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo de sus derechos fundamentales. Los daños deberán ser consecuencia de acciones que hayan transgredido la legislación penal, realizadas por grupos armados organizados al margen de la ley.*

*También se tendrá por víctima al cónyuge, compañero o compañera permanente, y familiar en primer grado de consanguinidad, primero civil de la víctima directa, cuando a esta se le hubiere dado muerte o estuviere desaparecida.*

*La condición de víctima se adquiere con independencia de que se identifique, aprehenda procese o condene al autor de la conducta punible y sin consideración a la relación familiar existente entre el autor y la víctima.*

*Igualmente se considerarán como víctimas a los miembros de la Fuerza Pública que hayan sufrido lesiones transitorias o permanentes que ocasionen algún tipo de discapacidad física, psíquica y/o sensorial (visual o auditiva), o menoscabo de sus derechos fundamentales, como consecuencia de las acciones de algún integrante o miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley.*

*Así mismo, se tendrán como víctimas al cónyuge, compañero o compañera permanente y familiares en primer grado de consanguinidad, de los miembros de la fuerza pública que hayan perdido la vida en desarrollo de actos del servicio, en relación con el mismo, o fuera de él, como consecuencia de los actos ejecutados por algún integrante o miembros de los grupos organizados al margen de la ley.*

*(NOTA LA CC: Incisos segundo y quinto del artículo, declarados EXEQUIBLES, en el entendido de que la presunción allí establecida no excluye como víctima a otros familiares que hubieren sufrido un daño como consecuencia de cualquier otra conducta violatoria de la ley penal cometida por miembros de grupos armados al margen de la ley).*

Esta definición adopta las posturas de la legislación y de los principios internacionales promulgada por la ONU; trae consigo, a la vez, algunas características específicas del contexto colombiano como: -especifica la identidad del vulnerador de los derechos: se trata de "grupos armados organizados al margen de la ley"; -indica que la condición de víctima se adquiere independientemente de si se ha identificado o aprehendido al autor de la conducta punible; -identifica como víctima a los miembros de la Fuerza Pública, es decir, a los combatientes, y se hace extensivo este criterio a sus familiares.

En esta línea, toda víctima es tal, por cuanto sus derechos han sido vulnerados, y han recibido un "daño directo" de modo que, en la lógica de la Ley 975 de 2005, inspirada en estándares internacionales, como se verá posteriormente, es una obligación del Estado procurar la restitución de derechos de orden constitucional tales como: el derecho a la justicia, el derecho a la verdad y el derecho a la reparación<sup>7</sup>. Esta ley venía precedida por una serie de leyes previas en procura de solucionar la situación de conflicto

<sup>7</sup> Artículos 6°, 7° y 8°.



en Colombia y que, en ocasiones, contenían definiciones de víctimas, como se verá en la unidad 4 de este libro, especialmente en el apartado 4.2.

También se estipula en el artículo 37 de la ley en mención que las víctimas tendrán derecho a recibir en todo el procedimiento un trato humano digno, a la protección de su intimidad y garantía de su seguridad, la de sus familiares y testigos a favor, cuando quiera que resulten amenazadas, a una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del delito, a ser oídas y que se les facilite el aporte de pruebas, a recibir información pertinente para la protección de sus intereses y conocer la verdad de los hechos en las circunstancias del delito del cual han sido víctimas, a ser informadas sobre la decisión definitiva relativa a la persecución penal y a interponer los recursos cuando a ello hubiere lugar, a ser asistidas durante el juicio por un abogado de confianza o por la procuraduría judicial y a recibir asistencia integral para su recuperación. Todos estos aspectos serán tratados específicamente en diversas partes de este manual.

La CNRR ha asumido la definición de la ONU, refiriéndola directamente al caso colombiano. Reitera los elementos comunes a las definiciones citadas y las demás particularidades a que haremos mención, y hace énfasis en la violación de derechos como elemento central determinante del daño que se haya causado:

*La CNRR considera como víctimas a todas aquellas personas o grupos de personas que, en razón o con ocasión del conflicto armado interno que vive el país desde 1964 hayan sufrido daños individuales o colectivos ocasionados por actos u omisiones que violan los derechos consagrados en normas de la Constitución Política de Colombia, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Penal Internacional, y que constituyan una infracción a la ley penal nacional. En opinión de la Comisión, el reconocimiento de todas las víctimas del conflicto armado contemporáneo constituye en sí mismo un acto de reparación<sup>8</sup>.*

La CNRR se apercebe en esta definición de elementos específicos del caso colombiano y además vincula directamente la legislación nacional con los principios y acuerdos internacionales: en primer lugar, determina temporalmente el tipo específico de víctima en Colombia en lo que los sociólogos han denominado la "segunda oleada" de la violencia en nuestro país<sup>9</sup> (1964); luego indica que la calidad de víctima es individual o colectiva, rasgo fundamental en las definiciones –en general, se emplea el término en singular por convención, pero es un hecho que no hay casi nunca una sola víctima individual, el dolor y los padecimientos en los seres humanos afectan siempre a un individuo y también a sus cercanos–; remite ahora a un listado extenso de derechos: no solo los consagrados en la Constitución colombiana, sino también el DIDH, el DIH y el Derecho Penal Internacional relacionándolos con la normativa nacional. Esta es una definición integradora y suficientemente extensa para cubrir a la amplia gama de seres humanos y sujetos de derecho que son víctimas o que son susceptibles de convertirse en víctimas.

Finalmente, un asunto debe aun resaltarse: es el caso del Código de Procedimiento Penal que presenta una conceptualización de las víctimas que resulta útil y operativa y que complementa las definiciones registradas en la normatividad nacional de la Ley 975 de Justicia y paz. Este aspecto se profundizará en la parte final de este manual, en el apartado 3.1; entretanto, se invita a observar algunas de las precisiones al concepto de víctima que presenta el código y que serán desarrolladas posteriormente:

*Se entiende por víctimas, para efectos de este código, las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño directo como consecuencia del injusto.*

<sup>8</sup> Citado en Camilo González Posso y Leonardo González Ferafán "Los complejos debates de la ley de víctimas", En: *KAS Papers*, N° 2, nov. 2008, Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung, p. 4.

<sup>9</sup> Por ejemplo, Sánchez, Gonzalo, "Raíces históricas de la amnistía o las etapas de la guerra en Colombia", En: *Ensayos de historia social y política del siglo XX*, El Ancora, Bogotá, 1985.

*La condición de víctima se tiene con independencia de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al autor del injusto e independientemente de la existencia de una relación familiar con este*<sup>10</sup>.

Igualmente, existe una correspondencia entre las medidas de resarcimiento y atención y protección a víctimas que presentan las normativas nacionales en el sentido de otorgar importancia a los procedimientos que lleven a restablecer los derechos y libertades vulnerados y generar un ambiente de imparcialidad y transparencia en la administración de justicia.

Observemos los siguientes artículos:

*“La Fiscalía General de la Nación adoptará las medidas necesarias para la atención de las víctimas, la garantía de su seguridad personal y familiar, y la protección frente a toda publicidad que implique un ataque indebido a su vida privada o dignidad.*

*Las medidas de atención y protección a las víctimas no podrán redundar en perjuicio de los derechos del imputado o de un juicio justo e imparcial, ni serán incompatibles con estos*<sup>11</sup>.

*“Las víctimas, en garantía de su seguridad y el respeto a su intimidad, podrán por conducto del fiscal solicitar al juez de control de garantías las medidas indispensables para su atención y protección.*

*Igual solicitud podrán formular las víctimas, por sí mismas o por medio de su abogado, durante el juicio oral y el incidente de reparación integral*<sup>12</sup>.

*“Los derechos reconocidos serán comunicados por el fiscal a la víctima desde el momento mismo en que esta intervenga.*

*Igualmente se le informará sobre las facultades y derechos que puede ejercer por los perjuicios causados con el injusto, y de la disponibilidad que tiene de formular una pretensión indemnizatoria en el proceso por conducto del fiscal, o de manera directa en el incidente de reparación integral*<sup>13</sup>.

Como se observa, el Código de Procedimiento Penal contempla una definición de víctima que no riñe con las definiciones ofrecidas anteriormente y presenta unas instancias de resarcimiento de los daños y de protección de la dignidad de las víctimas cuando estas se hayan inmersas en un proceso en el cual las entidades del Estado cuentan con alguna cuota de participación.

En conclusión y resumiendo: el cuerpo conceptual y jurídico que soporta las diversas nociones existentes de víctima es coherente y complementario. Desde la normatividad internacional pasando por la normatividad transicional nacional (ley de justicia y paz) hasta la ley ordinaria nacional (Nuevo Código de Procedimiento Penal) se presentan elementos comunes:

1. La definición de víctima como el sujeto de vulneración, supresión y/o violación de libertades y derechos reconocidos por todas las instancias.
2. El establecimiento de la necesidad de resarcimiento, reparación y/o restablecimiento del derecho afectado.

<sup>10</sup> Colombia, Congreso de la República, Ley 906 de 2004, (Diario Oficial No. 45.658 de 1° de septiembre de 2004), capítulo V, artículo 132, p. 32. (en adelante CPP).

<sup>11</sup> CPP, Artículo 133. Atención y protección inmediata a las víctimas.

<sup>12</sup> CPP, Artículo 134. Medidas de atención y protección a las víctimas.

<sup>13</sup> CPP, Artículo 135. Garantía de comunicación a las víctimas.

3. El tratamiento inclusivo de la víctima y su protección y atención oportuna por parte del organismo competente en cada caso.
4. La consideración extendida de la categoría de víctima a los familiares y o afectados directa y/o indirectamente por el acto que atropella una libertad o derecho fundamental (con excepción del Nuevo Código de Procedimiento Penal).

De este modo, el derecho de las víctimas está configurado de manera heterogénea pero coherente con los principios de la declaración de los derechos humanos, los convenios de protección del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario y desde luego, responde alternativamente a las generalidades internacionales como a las demandantes y particulares necesidades nacionales.

### 6.3.3 ¿Hay una ontología de las víctimas?

Una víctima, como hemos visto en los intereses que son relevantes para este escrito, es un ser humano un grupo de seres humanos o uno de sus cercanos (miembros de la familia o cercanos de alguna manera) sobre quien (o quienes) ha recaído un daño como consecuencia de la vulneración de al menos uno de sus derechos y que tiene el derecho a que se haga justicia en su caso, a ser reparado y a que se conozca la verdad de lo acontecido.

Esta definición, que hace referencia a las definiciones anteriormente listadas y resume sus contenidos nos sirve para preguntar: ¿es esta una condición ontológica? Esto es: ¿una persona utiliza para definirse a sí misma, o es definida por otras como “víctima” de la misma manera como se define a alguien como “blanco”, “indígena”, “mujer”, “niño”? NO: el “ser víctima” no es parte de la naturaleza de un ser humano; es una **condición** en la que alguien se encuentra o a la que ha sido llevado por los victimarios.

Una víctima es cualquier ser humano puesto en condiciones de: haberse violado sus derechos y haber sufrido daño como resultado de esta violación. Una vez puesto en esta situación de víctima, es tan fuerte el hecho, que pasa a convertirse casi que en una segunda naturaleza y esto es lo que nos autoriza a decir de alguien que “es” una víctima, cuando ontológicamente deberíamos decir “ha caído en la condición de víctima”.

Estando en esta condición, frente al derecho violado, manifestamos formas de resarcimiento del derecho, mediadas por las declaraciones internacionales y por las normas nacionales: se trata de la reparación, el derecho a la verdad, a la justicia, que se entienden como todo derecho, esto es, en relación con una obligación que le es concomitante. Esto es: sabemos que a todo derecho le es parejo una obligación; si tengo derecho a mi sueldo, tengo el deber de trabajar para ganarlo, por poner un ejemplo trivial. En el caso de la víctima, si tiene el derecho a la reparación, al conocimiento de la verdad (y por lo tanto a la memoria que se acepta con ella), a alguien o a algo le corresponde la obligación que le es relativa al derecho. El Estado y algunas instancias internacionales han asumido esta responsabilidad.

Ahora bien, como la condición “ontológica” es anómala (no es algo que uno por naturaleza “sea”<sup>14</sup>, sino algo que “ha sucedido”) por lo tanto, la definición debe comportarse de distinta manera a la definición de un “ser” cualquiera.

---

<sup>14</sup> Un caso límite es el del genocidio, ejemplarizado de manera cruel por la persecución a los judíos en la segunda guerra mundial y repetido contra varios grupos a lo largo del siglo XX y XXI. El miembro de un grupo perseguido a los ojos del victimario no “es” un ser humano igual al que lo asesina o tortura. Sabemos que los torturadores y asesinos de todas las especies primero le quitan lo humano a la víctima y la convierten en una “cosa” a la que asesinan no como asesinarían a “uno de los suyos”, sino a “algo”. En el hampa colombiana, por ejemplo, se cosifica a la víctima incluso en su cadáver, que recibe nombres crueles que lo deshumanizan de manera radical (se le llama “muñeco”, por ejemplo, y matar a alguien se llama “hacer una vuelta” y toda una serie de términos de cosifican a una persona y le permiten al verdugo o asesino no asumir su crimen como crimen real contra una persona sino como una conducta normal con una cosa). Por otra parte, está el caso de quien tortura o asesina a una víctima o a un grupo sin experimentar ningún tipo de molestia en hacerlo: es el caso límite del mal radical o de la banalización del mal –cuando uno se refiere al dolor de las víctimas sin experimentar ningún tipo de sentimiento-. Un miembro de una etnia víctima de genocidio, parecería “ser una víctima” por el solo hecho de “ser miembro de...” (una etnia, un partido político, etc.). En estos casos la normativa internacional y todos los esfuerzos en justicia transicional tienden a hacer una especie de “corrección” o “restitución ontológica”, les intenta devolver el ser-humanos a aquellos que han sido despojados de su ontología humana. Para esto se establecen el deber de recordar, de reparar, de restituir.

Es por esto, que no se trata de describir a una víctima en su esencia (que no la tiene, porque es una condición) y en sus diferencias específicas con otros seres humanos (porque es un ser humano igual a los otros, pero en otra circunstancia) como se usa en las definiciones tradicionales... por el contrario, es altamente probable que, dada esta "anomalía ontológica", deban asumirse como parte de la definición elementos morales que generalmente no forman parte de un catálogo definitorio. Los derechos de las víctimas pueden ser, entonces, considerados parte de su definición. Puede proponerse, en consecuencia, para finalizar, una definición que reorganice los elementos que hemos visto en las definiciones institucionalizadas anteriores y que sea:

Una víctima es un ser humano o un grupo de seres humanos que deben ser reparados, porque sobre el o ellos ha recaído un daño resultante de una violación a sus derechos que es de tal magnitud, que es necesario que se aclare y establezca la verdad sobre la violación del o los derechos y que se haga justicia con respecto a los victimarios.

Esta definición contiene los mismos elementos de las definiciones vistas; simplemente los reorganiza en términos morales porque la única ontología propia de las víctimas es la de ser seres humanos que deben ser resarcidos moralmente en principio y luego en todas las demás formas.

## 6.4 LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS EN LOS PROCESOS DE JUSTICIA TRANSICIONAL

### 6.4.1 Presentación

El cuerpo normativo nacional e internacional que define los alcances del concepto de víctima en los diferentes ámbitos de aplicaciones y escenarios bélicos es extenso y detallado en cuanto a la protección, divulgación y promoción de las libertades y de los derechos fundamentales con los que cuenta cada ser humano, por el hecho de ser un ser humano (Carta de la Declaración Universal de los Derechos Humanos). Así mismo, es un compendio de principios y declaraciones, prolífico en prohibiciones, regulaciones y contenciones de los actos, individuales o colectivos, que violenten los derechos a los que se ha hecho referencia.

El cuerpo normativo internacional desarrollado con pretensiones universales tanto por la ONU como por el Sistema Interamericano, desglosa los tipos de violaciones e infracciones que atentan contra la humanidad, creando la obligación de prevenir, desde el derecho internacional, la afectación de las poblaciones vulnerables y/o susceptibles de ser víctimas de atropellos que vulneren sus libertades y derechos. Del mismo modo, el cuerpo normativo penal transicional colombiano (ley de justicia paz) y la normativa penal ordinaria colombiana (Nuevo Código de Procedimiento Penal) contempla los principios de protección de las libertades y derechos de la población en general, estableciendo especificidades derivadas de las exigencias propias del contexto colombiano.

A continuación se presentan algunos de los instrumentos normativos nacionales e internacionales de mayor importancia que definen y conceptualizan, en cada caso, a la "víctima" de tratos contrarios a las diversas normativas y que, a su vez, protegen regulan, prohíben, proscriben, condenan y penalizan las acciones que atropellen las libertades, derechos y principios en los distintos escenarios de paz y conflicto armado, a través de 3 grandes ámbitos de aplicación del derecho internacional a saber: El derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional.

6.4.2 Los derechos de las víctimas en los procesos de justicia transicional.  
Instrumentos normativos internacionales

Normativa Internacional	Contenido	Ámbito de aplicación	Observaciones
<b>Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (Convenio III)</b>	Presenta los lineamientos generales para proteger a las víctimas de la guerra. El artículo 3° contempla que cualquier persona que civil o militar que haya depuesto armas, haya quedado indefensa por cualquier motivo o este en detención tendrá que ser tratada con humanidad y sin distinción de ninguna clase. Contempla la prohibición de las siguientes acciones: los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios, la toma de rehenes, los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes, las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados. El artículo 4° caracteriza lo que es un prisionero de guerra y la protección que conlleva esta condición.	Guerra, va dirigido particularmente a los prisioneros de guerra.	Ámbito del derecho Internacional de los Derechos Humanos.
<b>Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV)</b>	Presenta los lineamientos generales para proteger a la población civil en tiempo de guerra. El artículo 3° comparte los criterios expuestos en los artículos 3° y 4° del convenio IV.	Guerra. Va dirigido particularmente a los civiles.	Ámbito del derecho Internacional de los Derechos Humanos.
<b>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)</b>	Adhiere a los principios fundamentales de los protocolos III y IV. Añade la prohibición de las siguientes acciones en contra de las personas que han sido capturadas por el adversario en un conflicto armado: las mutilaciones físicas, los experimentos médicos o científicos, las extracciones de tejidos u órganos para trasplantes, entre otras disposiciones. Enfatiza sobre el papel de los Estados en la protección de unidades especiales de ayuda y atención humanitaria a víctimas.	Guerra. Va dirigido a los prisioneros de guerra y población en general.	Ámbito del derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Normativa Internacional	Contenido	Ámbito de aplicación	Observaciones
<p><b>Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional</b></p>	<p>Adhiere a los principios fundamentales de los protocolos III y IV. Refuerza la protección de heridos y náufragos y la protección expresa a la población civil en los artículos 13 a 18 de capítulo IV.</p>	<p>Se aplica a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo I del protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo.</p>	<p>Ámbito del derecho Internacional de los Derechos Humanos.</p>
<p><b>Artículos comunes de los Convenios de Ginebra</b></p>	<p>Establece el principio de distinción entre combatiente y no combatiente lo que determina que toda acción bélica dirigida a un no combatiente implica una infracción al presente instrumento. Así mismo establece la imposibilidad de suspender la aplicación de las reglas de DIH en todo momento y determina la obligación de los Estados de perseguir, juzgar y sancionar a los responsables de graves violaciones a los Convenios.</p>	<p>Conflictos Armados Internos e Internacionales.</p>	<p>Los artículos comunes son considerados <i>jus cogens</i>.</p>

Normativa Internacional	Contenido	Ámbito de aplicación	Observaciones
<p><b>Resolución 7/12 sobre desapariciones forzadas o involuntarias del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas.</b></p>	<p>Refuerza la protección de las víctimas de desapariciones forzadas o involuntarias e insta a los Estados a que: promuevan y apliquen la declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, que impidan que se produzcan desapariciones forzadas, entre otras cosas, garantizando que toda persona privada de libertad permanezca únicamente en lugares de detención oficialmente reconocidos y controlados, garantizando el acceso a todos los lugares de detención a las autoridades e instituciones a quienes hayan reconocido competencia en ese ámbito, manteniendo registros y/o constancias oficiales, accesibles y actualizados de los detenidos y velando porque estos sean puestos a disposición de una autoridad judicial con prontitud después de la detención. Entre otras disposiciones esenciales consignadas en los numerales 4° y 5° del documento.</p>	<p>A todas las víctimas de desapariciones forzadas o involuntarias.</p>	<p>Ámbito del derecho Internacional de los Derechos Humanos.</p>
<p><b>Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones a las normas internacionales de Derechos humanos a interponer recursos u obtener reparaciones.</b></p>	<p>En numeral 8° define a la víctima. Entiende por "víctima" a la persona que individual o colectivamente, como resultado de actos u omisiones que violan las normas internacionales de los Derechos Humanos o el Derecho Internacional Humanitario, haya sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales. Se podrá considerar también "Víctimas" a los miembros de la familia que, al intervenir para asistir a la víctima o impedir que se produzcan otras violaciones, hayan sufrido daños físicos, mentales o económicos. Profundiza en los derechos de las víctimas a interponer recursos y obtener reparaciones en el caso de una violación al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Los capítulos VII a X ilustran los derechos de las víctimas (a la justicia, reparación y resarcimiento), los rubros y las formas de llevar a cabo el restablecimiento de los derechos vulnerados y las condiciones para su efectivo restablecimiento.</p>	<p>A víctimas de violaciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario.</p>	<p>Ámbito del derecho Internacional de los Derechos Humanos.</p>

Normativa Internacional	Contenido	Ámbito de aplicación	Observaciones
<p><b>Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad</b></p>	<p>Tomando el mismo concepto de víctima expresado en los protocolos III y IV profundiza en determinar los ámbitos de imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad. Sin importar la fecha de la ejecución de estos crímenes no prescriben. Se insta a los Estados que ratifican la convención a observar las normas de imprescriptibilidad que dispone la misma.</p>	<p>Víctimas de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad.</p>	<p>Concerniente a crímenes de guerra, lesa humanidad y genocidio. Ámbito del DIH</p>
<p><b>Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio</b></p>	<p>Reafirma que el genocidio en tiempo de paz o guerra es un delito de Derecho Internacional que las partes se comprometen a prevenir. Entiende por genocidio los siguientes actos: Matanza de miembros del grupo, lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo, sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial, medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo y el traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo. Se castigarán los siguientes delitos: el genocidio, la asociación para cometer genocidio, la instigación directa y pública a cometer genocidio, la tentativa de genocidio, la complicidad en el genocidio.</p>	<p>Afecta a los perpetradores de genocidio y protege a las víctimas de este flagelo.</p>	<p>Concerniente a crímenes de guerra, lesa humanidad y genocidio. Ámbito del DIH.</p>
<p><b>Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad</b></p>	<p>Se establecen algunos principios básicos para regular la identificación, detención y extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de lesa humanidad. Se presentan algunos de ellos:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas.</li> <li>2. Todo Estado tiene el derecho de juzgar a sus propios nacionales por crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad.</li> <li>3. Los Estados cooperarán bilateral y multilateralmente para reprimir y prevenir los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad y tomarán todas las medidas internas e internacionales necesarias a ese fin.</li> </ol>	<p>Crímenes de guerra y de lesa humanidad.</p>	<p>Concerniente a crímenes de guerra, lesa humanidad y genocidio. Ámbito del DIH.</p>



Normativa Internacional	Contenido	Ámbito de aplicación	Observaciones
<p><b>Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad</b></p>	<p>4. Los Estados se prestarán mutua ayuda a los efectos de la identificación, detención y enjuiciamiento de los presuntos autores de tales crímenes, y, en caso de ser éstos declarados culpables, de su castigo.</p> <p>5. Las personas contra las que existan pruebas de culpabilidad en la comisión de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad serán enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas, por lo general en los países donde se hayan cometido esos crímenes. A este respecto, los Estados cooperarán entre sí en todo lo relativo a la extradición de esas personas.</p> <p>6. Los Estados cooperarán mutuamente en la compilación de informaciones y documentos relativos a la investigación a fin de facilitar el enjuiciamiento de las personas a que se refiere el párrafo 5 supra e intercambiarán tales informaciones.</p> <p>7. De conformidad con el artículo 1° de la Declaración sobre el Asilo Territorial, de 14 de diciembre de 1967, los Estados no concederán asilo a ninguna persona respecto de la cual existan motivos fundados para considerar que ha cometido un crimen contra la paz, un crimen de guerra o un crimen de lesa humanidad.</p> <p>8. Los Estados no adoptarán disposiciones legislativas ni tomarán medidas de otra índole que puedan menoscabar las obligaciones internacionales que hayan contraído con respecto a la identificación, la detención, la extradición y el castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad.</p> <p>9. Al cooperar para facilitar la identificación, la detención, la extradición y, en caso de ser reconocidas culpables, el castigo de las personas contra las que existan pruebas de culpabilidad en la ejecución de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad, los Estados se ceñirán a las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas y a la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.</p>	<p>Crímenes de guerra y de lesa humanidad.</p>	<p>Concerniente a crímenes de guerra, lesa humanidad y genocidio. Ámbito del DIH.</p>

Normativa Internacional	Contenido	Ámbito de aplicación	Observaciones
<p><b>Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión</b></p>	<p>Se establecen consideraciones generales de trato digno y humano a toda persona sometida a detención o prisión. A continuación se presentan algunos de los principios aquí consagrados:</p> <p>Principio 1: toda persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.</p> <p>Principio 2: El arresto, la detención o la prisión solo se llevarán a cabo en estricto cumplimiento de la ley y por funcionarios competentes o personas autorizadas para ese fin.</p> <p>Principio 3: No se restringirá o menoscabará ninguno de los derechos humanos de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres so pretexto de que el presente Conjunto de Principios no reconoce esos derechos o los reconoce en menor grado.</p> <p>Principio 4: Toda forma de detención o prisión y todas las medidas que afectan a los derechos humanos de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión deberán ser ordenadas por un juez u otra autoridad, o quedar sujetas a la fiscalización efectiva de un juez u otra autoridad.</p> <p>Principio 6: Ninguna persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será sometida a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. No podrá invocarse circunstancia alguna como justificación de la tortura o de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.</p>	<p>Toda persona sometida a cualquier forma de detención o prisión.</p>	<p>Ámbito de los Derechos Humanos en la administración de justicia.</p>

Normativa Internacional	Contenido	Ámbito de aplicación	Observaciones
<p><b>Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes</b></p>	<p>Se establecen consideraciones generales de prohibición de actos de tortura, tratos crueles inhumanos o degradantes.</p> <p>A continuación se presentan algunas de las normas aquí consagradas:</p> <p>Ningún Estado permitirá o tolerará tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. No podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.</p> <p>Artículo 4°</p> <p>Todo Estado tomará, de conformidad con las disposiciones de la presente Declaración, medidas efectivas para impedir que se practiquen dentro de su jurisdicción torturas u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.</p> <p>Artículo 5°</p> <p>En el adiestramiento de la policía y otros funcionarios públicos responsables de las personas privadas de su libertad, se asegurará que se tenga plenamente en cuenta la prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Esta prohibición se incluirá así mismo, en su caso, en las normas o instrucciones generales que se publiquen en relación con los deberes y funciones de cualquier encargado de la custodia o trato de dichas personas.</p> <p>Artículo 6°</p> <p>Todo Estado examinará periódicamente los métodos de interrogatorio y las disposiciones para la custodia y trato de las personas privadas de su libertad en su territorio, a fin de prevenir todo caso de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.</p> <p>Artículo 7°</p> <p>Todo Estado asegurará que todos los actos de tortura definidos en el artículo 1° constituyen delitos conforme a la legislación penal. Lo mismo se aplicará a los actos que constituyen participación, complicidad, incitación o tentativa de cometer tortura.</p>	<p>Todas las víctimas de tortura, malos tratos, penas crueles inhumanas o degradantes.</p>	<p>Ámbito de los Derechos Humanos en la administración de justicia.</p>

Normativa Internacional	Contenido	Ámbito de aplicación	Observaciones
<p><b>Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas</b></p>	<p>Se establecen consideraciones generales de prohibición de actos de tortura, tratos crueles inhumanos o degradantes. A continuación se presentan algunas de las normas aquí consagradas:</p> <p>Ningún Estado permitirá o tolerará tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. No podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.</p> <p>Artículo 4° Todo Estado tomará, de conformidad con las disposiciones de la presente Declaración, medidas efectivas para impedir que se practiquen dentro de su jurisdicción torturas u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.</p> <p>Artículo 5° En el adiestramiento de la policía y otros funcionarios públicos responsables de las personas privadas de su libertad, se asegurará que se tenga plenamente en cuenta la prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Esta prohibición se incluirá así mismo, en su caso, en las normas o instrucciones generales que se publiquen en relación con los deberes y funciones de cualquier encargado de la custodia o trato de dichas personas.</p> <p>Artículo 6° Todo Estado examinará periódicamente los métodos de interrogatorio y las disposiciones para la custodia y trato de las personas privadas de su libertad en su territorio, a fin de prevenir todo caso de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.</p> <p>Artículo 7° Todo Estado asegurará que todos los actos de tortura definidos en el artículo 1° constituyen delitos conforme a la legislación penal. Lo mismo se aplicará a los actos que constituyen participación, complicidad, incitación o tentativa de cometer tortura.</p>	<p>Todas las víctimas de desapariciones forzadas.</p>	<p>Ámbito de los Derechos Humanos en la administración de justicia.</p>

Normativa Internacional	Contenido	Ámbito de aplicación	Observaciones
<p><b>Convención Internacional para la protección de todas las personas contra la desaparición forzada</b></p>	<p>En este instrumento se observa el desaparecimiento forzado como la negativa de reconocer la privación de la libertad o el ocultamiento de toda persona, siendo víctima no solo quien es desaparecido sino aquellas personas que se encuentran en su búsqueda. Así mismo determina la responsabilidad del Estado aún por hechos de terceros que le sean atribuibles, determinando la obligación del Estado a juzgar a los responsables de desapariciones.</p>	<p>Se aplica en todo momento a aquellas personas que se encuentren en cualquier forma de privación de la libertad o de las que se oculte su paradero.</p>	<p>Derecho Internacional de los Derechos Humanos sistema universal.</p>
<p><b>Conjunto de Principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad. E/CN.4/2005/102/Add.1 Comisión de Derechos Humanos</b></p>	<p>Determina que la inexistencia de responsabilidad por parte de autores de violaciones de derechos humanos y derecho internacional humanitario o la ausencia de penas apropiadas o de reparación es una nueva violación a los derechos de las víctimas. Así mismo determina la existencia del derecho a la verdad en cabeza de los pueblos, el derecho a saber respecto de las víctimas y familiares de víctimas y la obligación del Estado de administrar justicia y establecer mecanismos para acceder a una reparación adecuada. Finalmente prohíbe la amnistía respecto de los autores de delitos graves conforme al derecho internacional, aún en el marco de procesos de justicia transicional.</p>	<p>Instrumento aplicable en todo momento para investigar, juzgar, sancionar y reparar violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario.</p>	<p>Derecho Internacional de los Derechos Humanos sistema universal.</p>
<p><b>Estatuto de la Corte Penal Internacional</b></p>	<p>Persigue 4 crímenes: genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión. Se enmarca como un mecanismo dirigido a evitar la impunidad de estos crímenes por imposibilidad de los estrados nacionales de perseguirlos. No establece en principio la existencia de genocidio político y determina la responsabilidad de los superiores militares a causa de los diferentes crímenes.</p>	<p>Su aplicación es subsidiaria al derecho interno de los Estados, así mismo establece en su artículo 124 un régimen de transición de 7 años para perseguir los crímenes de guerra.</p>	<p>Derecho Internacional de los Derechos Humanos sistema universal.</p>

Normativa Internacional	Contenido	Ámbito de aplicación	Observaciones
<b>Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes</b>	De acuerdo al instrumento solo existe tortura cuando el autor del acto sea funcionario público o persona en ejercicio de funciones públicas; por su instigación o con su consentimiento o aquiescencia, no pudiendo haber tortura por parte de particulares. Así mismo será víctima aquel a quien se infrinjan dolores físicos o mentales con el objeto de obtener información o confesión, castigarle o por cualquier razón discriminatoria.	Se aplica en todo momento.	Derecho Internacional de los Derechos Humanos sistema universal.
<b>Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura</b>	Define de manera similar la tortura al sistema universal y establece que serán responsables los funcionarios públicos que lleven a cabo el acto o aquellos particulares que actúen instigados por los funcionarios para cometer el crimen.	Se aplica en todo momento.	Derecho Internacional de los Derechos Humanos sistema interamericano.
<b>Convención sobre el Estatuto de los Refugiados</b>	Define refugiado como toda persona perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, perteneciente a determinado grupo social u opiniones políticas que se encuentra fuera del territorio del Estado del cual sea nacional o en el cual resida y no pueda regresar a este por temores fundados. Dentro del instrumento se establece la obligación de dar un trato igualitario y sin discriminación a aquellas personas en condición de refugiados que se encuentren dentro del territorio de un Estado parte del estatuto, permitiendo acceso a la justicia, derecho de asociación así como todos los derechos que posee un nacional del Estado en que se encuentra salvo los derechos políticos.	Se aplica en todo momento siempre y cuando la persona no cese su condición de refugiado.	Derecho Internacional de los Derechos Humanos sistema universal.

Normativa Internacional	Contenido	Ámbito de aplicación	Observaciones
<p><b>Principios rectores de los desplazamientos internos – Informe Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los desplazados internos a la Comisión de Derechos Humanos en 1998; Informe E/CN.4/1998/Add.2.</b></p>	<p>Entiende por desplazados internos las personas que se han visto forzadas a huir de su residencia habitual ya sea para evitar efectos del conflicto armado, situaciones de violencia generalizada, violaciones de derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas y que no han cruzado frontera estatal internacionalmente reconocida. Dentro del instrumento se establece especial protección a mujeres, niños, madres cabeza de familia o en estado de embarazo, personas con discapacidad y adultos mayores, sin perjuicio de los derechos que recaen sobre cualquier desplazado; así mismo se establece un catálogo de derechos que les beneficia de acuerdo a su condición para no participar dentro de hostilidades de ocurrir el desplazamiento en el marco de un conflicto armado.</p>	<p>Se aplicará en todo caso en que no exista traspaso de fronteras internacionales.</p>	<p>Derecho Internacional de los Derechos Humanos sistema universal.</p>
<p><b>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. AG Res. 60/147 del 16 de diciembre de 2005.</b></p>	<p>Este instrumento establece el derecho de toda víctima de una violación manifiesta a las normas de derecho internacional a disponer de recursos y de acceder a la justicia. Así mismo desarrolla el concepto de reparación adecuada observando que la reparación debe ser proporcional al daño y se concederá a las víctimas de acciones u omisiones atribuibles al Estado. De acuerdo a estos principios una reparación adecuada debe constar al menos de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y medidas de no repetición. La omisión estatal así mismo contempla los casos en que no se acceda a la verdad, justicia y reparación como consecuencia de ausencia de una adecuada persecución, investigación, juicio y sanción de responsables de violaciones a las normas de derecho internacional.</p>	<p>Aplican en todo caso que exista una víctima de violaciones manifiestas al derecho internacional.</p>	<p>Estos principios son considerados <i>jus cogens</i>.</p>

6.4.3 *Los derechos de las víctimas en los procesos de justicia transicional. Instrumentos normativos nacionales*

Normativa Internacional	Contenido	Ámbito de aplicación	Observaciones
<b>Ley 975 de justicia y paz</b>	<p>La ley de justicia y paz es el marco jurídico que regula el actual procesos de desmovilización y reinserción consagrado en la Ley 975 de 2005 y sus decretos reglamentarios. Tiene por objeto:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>-Facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de los miembros de Grupos Armados Organizados al Margen de la Ley (GAOML)</li> <li>-Garantizar los derechos de las víctimas a la Verdad, a la justicia y a la reparación Integral en la búsqueda de la paz y la reconciliación nacional.</li> <li>-Facilitar los acuerdos humanitarios.</li> </ul> <p>Contempla además lo siguiente:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>-Los derechos de las víctimas (verdad, justicia, reparación integral, restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición)</li> <li>-Mecanismos de reparación de las víctimas.</li> <li>-Descripción de la ruta jurídica penal de la ley de justicia y paz.</li> <li>-Modos en que se ejercen los derechos de las víctimas.</li> <li>-Representación y documentación que deben entregar las víctimas.</li> <li>-Elementos de protección de la vida e integridad personal de las víctimas y sus familiares.</li> <li>-Instituciones del Estado que actúan en el proceso.</li> </ul>	<p>Carácter nacional. Aplica para los desmovilizados individuales y colectivos de las GAOML y víctimas de las GAOML.</p>	<p>Ámbito de las Justicia Penal Transicional Colombiana.</p>
<b>Nuevo Código de Procedimiento Penal. 2005.</b>	<p>Habla de los procedimientos penales generales. En el capítulo V contempla la protección y atención a las víctimas de tratos injustos que afecten las libertades y derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política de la República de Colombia.</p>	<p>Carácter nacional. Aplica a las víctimas de cualquier trato injusto que haya afectado las libertades y derechos fundamentales contemplados en la Constitución Política de la República de Colombia.</p>	<p>Ámbito de la Justicia Penal Ordinaria.</p>



### 6.5 CASO: EL DIEZMADO PARTIDO POLÍTICO PPDS DE URGALIA

LEn Aganda, una provincia del sur del Estado de Urgalia, se fundó un partido político de izquierda, conformado especialmente por miembros de un grupo alzado en armas. El nuevo partido político democrático social (PPDS) participó en diversos comicios electorales, logrando 4 escaños en el legislativo, y muchos otros cargos políticos de elección popular regionales.

Un año después, 2 de sus senadores, al igual que varios miembros del partido político, fueron asesinados. Algunos militantes del partido fueron objeto de atentados, que si bien no terminaron con sus vidas, les generaron profundas secuelas psicológicas y físicas. Otros más, decidieron exiliarse no solo por las amenazas que recibieron, sino adicionalmente, por la situación en la cual terminaron sus compañeros de partido. Todo lo anterior confluyó en la desaparición del partido político PPDS.

Con base en lo anterior, un grupo de defensa de los derechos humanos, resolvió poner esta situación en conocimiento de las instituciones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Dentro del proceso, diversas personas e instituciones se hicieron parte, para que les fuera reconocida su calidad de víctimas. Dentro de estas, se encuentran las siguientes:

- La ONG que inició el proceso. Considera que toda la sociedad en conjunto fue víctima y que ellos son sus legítimos representantes.
- El partido político PPDS. Asegura que fue víctima al perder su personalidad jurídica y su finalidad social.
- Los padres de los senadores asesinados.
- Los hijos, nietos y tíos de los senadores asesinados.
- Las personas que decidieron exiliarse, al igual que sus familiares en cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil.
- Las personas que sufrieron secuelas físicas y psicológicas.
- El Estado de Urgalia.
- La provincia del sur de Aganda.

Con base en los criterios para identificar quiénes son víctimas en casos de violación de derechos humanos, que están presentes en las definiciones y con base en su conocimiento de las normas nacionales e internacionales descritas en los cuadros de este capítulo, justifique y argumente cuáles de las anteriores personas o entidades, pueden ser entendidas como víctimas y en qué sentido.

## 7. UNIDAD 2

### *Principios generales aplicables a las víctimas de violaciones a los DDHH y al DIH*

#### 7.1. Objetivo general de la unidad

- Estudiar las directrices internacionales básicas sobre el derecho de las víctimas en materia de DDHH y DIH, y definir los derechos de las víctimas y las correspondientes obligaciones del Estado en contexto de conflicto armado y específicamente de infracciones al Derecho Internacional Humanitario.

#### 7.2. Objetivos específicos de la unidad

- Determinar y presentar los estándares internacionales en materia de reparación desde la perspectiva de la Corte Interamericana de DDHH y el sistema de Naciones Unidas.
- Analizar los principios internacionales que estructuran el derecho de las víctimas a saber, justicia y reparación.
- Establecer la condición de víctima en el Derecho Internacional Humanitario.
- Determinar los principios del Derecho Internacional Humanitario aplicables a las víctimas en contextos de conflicto armado.
- Precisar los derechos de las víctimas de infracciones al Derecho Internacional Humanitario.

#### 7.3 DIRECTRICES BÁSICAS SOBRE EL DERECHO DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLACIONES DE DDHH Y DERECHO DE LAS VÍCTIMAS A OBTENER REPARACIONES; ESTÁNDARES INTERNACIONALES Y NACIONALES EN MATERIA DE JUSTICIA, VERDAD Y REPARACIÓN

##### 7.3.1 Introducción

Paulatinamente, la comunidad internacional se ha dirigido hacia la promoción y protección de los derechos de las víctimas como una forma de reivindicar su protagonismo en los procesos, internos e internacionales, a través de una serie de herramientas normativas que tienden cada vez más a proteger sus derechos de manera que los procesos en los cuales se encuentran implicadas detentan una mayor legitimidad y justicia, al permitirles interponer recursos y obtener reparaciones, siendo consecuentes con su sufrimiento, el de los supervivientes y las generaciones futuras<sup>16</sup>.

Los instrumentos internacionales en los cuales se empezó a tener en cuenta a la víctima como sujeto fundamental dentro del proceso jurídico fueron: -la Resolución (77) 27, adoptada por el Comité de Ministros de Europa del 28 de septiembre de 1977, con respecto a la aplicación de criterios concernientes a las indemnizaciones a las víctimas; -la Convención Europea de 24 de noviembre de 1983 sobre compensación a las víctimas de delitos violentos; y -la Recomendación (87) 21 del Consejo de Europa de 1987 sobre asistencia a las víctimas y prevención de la victimización entre otras.

En los últimos años, tanto el sistema interamericano como el europeo de protección de DDHH han venido desarrollando una jurisprudencia muy prolífica en cuanto a la determinación y alcances del concepto de víctimas, en materia de derechos y a su papel dentro del proceso penal o internacional. Incluso la nueva reforma reglamentaria de la CIDH consideró la participación de

<sup>16</sup> Organización de Naciones Unidas, Asamblea General Resolución 60/147 aprobada por 16 de diciembre de 2005, "Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de DDHH y de violaciones graves del DIH a interponer recursos y obtener reparaciones", 2005, p. 1.

las presuntas víctimas dentro del proceso internacional a través de la notificación de la demanda a ellas y a sus representantes (nuevo art. 36)<sup>17</sup>.

En materia de instrumentos internacionales -de derecho blando gran medida-, el cuerpo normativo más importante del orden internacional para la protección a las víctimas es conocido como los **Principios Joinet**, o conjunto de principios para la protección y promoción de los DDHH, para la lucha contra la impunidad, del año 1997, que tiene como fundamento la declaración y Plan de Acción de Viena de 1993. Sin embargo, en la actualidad la Asamblea General de Naciones Unidas, ha establecido mediante Resolución 60/147 de 16 de diciembre de 2005 los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de DDHH y de violaciones graves del DIH, a interponer recursos y obtener reparaciones, que recoge y especifica los principios ya establecidos en 1997.

El presente capítulo busca desarrollar de manera general los principios y directrices internacionales en materia de derecho a la verdad, justicia y reparación, los cuales serán analizados a la luz de los desarrollos jurisprudenciales que han realizado la Corte Interamericana de DDHH (en adelante CIDH) y la Corte Europea de DDHH (en adelante CEDH) al respecto.

### 7.3.2 Estructura general de las directrices y principios internacionales en materia de derechos de las víctimas

Las directrices generales en materia de derechos de las víctimas de conformidad con la Resolución 60/147 de 2005, se manifiestan en dos temáticas o ejes; uno general, que está relacionado con las directrices esenciales en materia de obligaciones internacionales y responsabilidad internacional del Estado, y un eje concerniente al tratamiento que se debe dar a las víctimas con ocasión de la violación de obligaciones internacionales en materia de DDHH y DIH:



<sup>17</sup> Corte Interamericana de DDHH, "Exposición de motivos de la reforma reglamentaria", 2008, [http://www.corteidh.or.cr/motivos\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/motivos_esp.pdf), pp. 3-5.

### 7.3.2.1 Obligación de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de DDHH y DIH

La obligación de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de DDHH y DIH, según lo previsto en los respectivos ordenamientos jurídicos, se desprende de:

- Los tratados en los que un Estado sea parte;
- El derecho internacional consuetudinario;
- El derecho interno de cada Estado.

Esta disposición determina un espectro amplio de lo que se puede entender por obligación internacional, dentro del cual se encuentran normas consuetudinarias, tratados internacionales obligaciones internacionales contraída en virtud de actos unilaterales<sup>18</sup>, y sentencias o fallos de organismos internacionales cuya competencia ha sido aceptada por el Estado.

En definitiva, la procedencia de la obligación internacional no interfiere en cuanto al carácter de la responsabilidad endilgable al Estado, es decir, la responsabilidad y sus efectos jurídicos son los mismos, sin importar si el incumplimiento proviene de la violación a una disposición concerniente a un tratado bilateral, multilateral, una costumbre internacional o a una sentencia de un tribunal internacional.

No obstante, el carácter imperativo de la obligación transgredida sí puede influir en las consecuencias derivadas para el Estado responsable, ya que, el alcance de las obligaciones surgidas con ocasión de la violación de una de estas disposiciones puede ser más amplio, obligando al Estado infractor, no solamente a reparar y cesar la conducta generadora de la violación, sino incluso, a no reconocer como lícita la conducta desatada y a no prestar ayuda o asistencia para el mantenimiento de la misma<sup>19</sup>, sin perjuicio de cualquier otra consecuencia aplicable, derivada del derecho internacional.

Algunas normas de DDHH y DIH tienen el carácter de normas imperativas de derecho internacional general o normas *ius cogens* dentro de las cuales se encuentran la proscripción de los actos de agresión y genocidio y los principios y normas relativos a los derechos fundamentales de la persona humana incluida la protección contra la esclavitud y la discriminación racial<sup>20</sup>.

En cuanto a la apelación al derecho interno como origen de las obligaciones de respeto y aplicación de normas internacionales, es necesario entenderla como una medida de salvaguarda del principio consistente en que ningún Estado puede alegar la conformidad de su comportamiento con las prescripciones de su derecho interno para impedir que se califique de ilícito su comportamiento según el derecho internacional. En ese sentido, se propende a que los Estados establezcan en su derecho interno las normas internacionales de DDHH y DIH con el fin de evitar incumplimientos injustificados de sus obligaciones internacionales, cuyas consecuencias puedan significar desmedro con los derechos concedidos internacionalmente a las víctimas. De esta forma se invita a los Estados que aun no han modificado su legislación a hacerlo de manera que su derecho interno sea compatible con el derecho internacional de la siguiente manera:

- Incorporando las normas internacionales de DDHH y el DIH a su derecho interno o aplicándolas de otro modo en su ordenamiento jurídico interno;

<sup>18</sup> Naciones Unidas, Asamblea General, "Proyecto de responsabilidad Internacional de los Estados", 2001, p.117.

<sup>19</sup> Naciones Unidas, Asamblea General, "Proyecto de responsabilidad Internacional de los Estados", 2001, pp. 309-310-

<sup>20</sup> Al respecto ver sentencias de la CIJ, Barcelona Traction Light and Power, 1970, pp. 3, 32 párrafo 34, asunto East Timor (Portugal v. Australia), 1995, pp. 90, 102 párrafo, 29, Asunto Legalidad del uso de Armas Nucleares, 1996, pp. 226, 258 párrafo 83 y Aplicación de la Convención para la Prevención del Crimen de Genocidio, Objeciones preliminares, 1996, pp. 595, 615 párrafos, 31 y 32.

- Adoptando procedimientos legislativos y administrativos apropiados y eficaces y otras medidas apropiadas que den un acceso equitativo, efectivo y rápido a la justicia;
- Disponiendo para las víctimas los recursos suficientes, eficaces, rápidos y apropiados que se definen más abajo, incluida la reparación, y
- Asegurando que su derecho interno proporcione como mínimo el mismo grado de protección a las víctimas que el que imponen sus obligaciones internacionales.

En lo atinente al sistema interamericano de protección de DDHH existe la obligación convencional de adoptar disposiciones de derecho interno acordes con la Convención (art. 2º) lo cual implica para los Estados la obligación de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos en el instrumento y el restablecimiento o reparación del derecho conculcado por la violación de los DDHH.

### 7.3.2.2 Alcance de la obligación

La obligación de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de DDHH y el DIH, según lo previsto en los respectivos ordenamientos jurídicos comprende, entre otros, el deber de:

- a) Adoptar disposiciones legislativas y administrativas y otras medidas apropiadas para impedir las violaciones;
- b) Investigar las violaciones de forma eficaz, rápida, completa e imparcial y, en su caso, adoptar medidas contra los presuntos responsables de conformidad con el derecho interno e internacional;
- c) Dar a quienes afirman ser víctimas de una violación de sus DDHH o del derecho humanitario un acceso equitativo y efectivo a la justicia, como se describe más adelante, con independencia de quién resulte ser en definitiva el responsable de la violación;
- y
- d) Proporcionar a las víctimas recursos eficaces, incluso reparación, como se describe más adelante.

Aquí se pueden evidenciar las obligaciones mínimas cuyo incumplimiento vincula la responsabilidad internacional del Estado en materia de víctimas, las cuales también fueron acogidas por el sistema interamericano de DDHH en forma de derechos a la verdad (como derecho a una investigación seria con identificación de los responsables), a la justicia (como derecho a la adjudicación de sanciones pertinentes a los responsables) a la reparación y deberes de prevención.

### 7.3.2.3 Adoptar disposiciones legislativas y administrativas y otras medidas apropiadas para impedir las violaciones (Deberes de prevención)

CSi bien esta obligación implica la adopción de medidas administrativas o legislativas en el plano interno, no se agota con la simple emisión de leyes, decretos o actos administrativos; se trata de la creación y desarrollo de acciones específicas dentro del contexto estatal para prevenir la ocurrencia de futuras violaciones y garantizar el goce efectivo de los derechos consignados en la CADH<sup>21</sup>.

Así, la CIDH, en virtud del artículo 25.1 de la Convención y en aplicación del principio de efectividad de los medios procesales de garantía de los derechos, determinó que la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la CADH constituye una trasgresión de la misma por el Estado parte en el cual semejante actuación tenga lugar. En ese sentido no basta con que el recurso esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1998. Serie C, No. 4 Párrafo 175.

<sup>22</sup> Garantías judiciales en estados de emergencia. Opinión Constructiva OC-09 de octubre 6 de 1987, párrafo 24.

#### 7.3.2.4 Investigar las violaciones de forma eficaz, rápida, completa e imparcial y, en su caso, adoptar medidas contra los presuntos responsables de conformidad con el derecho interno e internacional (Derecho a la justicia. La adjudicación de sanciones a los responsables)

Este derecho está constituido por las obligaciones internacionales que tiene el Estado de investigar las violaciones de DDHH y DIH y tomar las medidas adecuadas para detener a los autores, en aras de que sean juzgados y condenados a penas apropiadas.

La iniciativa de perseguir y judicializar a los presuntos autores de las violaciones debe partir del Estado, permitiendo en todos los casos, que las víctimas puedan tomar la iniciativa por sí mismas, en ausencia de poderes públicos<sup>23</sup>. En ese mismo sentido la CIDH ha considerado que la investigación es deber del Estado y no de los familiares de la víctima, ya que "debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad"<sup>24</sup>.

En cuanto al derecho a la justicia dentro del sistema interamericano, la asunción de medidas para perseguir y castigar a los autores de violaciones a los DDHH, adoptó un estándar importante en cuanto a la obligación del Estado de investigar y sancionar a los responsables de los hechos mediante la obligación para los Estados de abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía, la prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad, como impedimentos internos que perpetúan la impunidad. Al respecto la CIDH consideró que el Estado debía remover todos los obstáculos y mecanismos de hecho y derecho que mantenían la impunidad y otorgar las garantías de seguridad suficientes a las autoridades judiciales, fiscales, testigos, operadores de justicia y familiares (...) y utilizar todas las medidas a su alcance para diligenciar el proceso<sup>25</sup>.

Este planteamiento concerniente a la remoción de los obstáculos que dificultan el ejercicio del derecho a la justicia, se ve también en la aplicación del principio de continuidad del Estado establecido como principio de derecho internacional y consignado en el Proyecto de Responsabilidad Internacional de los Estados<sup>26</sup>, a partir del cual la CIDH consideró que "la responsabilidad subsiste con independencia de los cambios de gobierno en el transcurso del tiempo y, concretamente, entre el momento en que se comete el hecho ilícito internacional que genera la responsabilidad y aquel en que ella es declarada"<sup>27</sup>.

Así las cosas, la responsabilidad internacional del Estado se extiende en el tiempo, en la medida en que las obligaciones derivadas del hecho internacionalmente ilícito, no hayan sido cumplidas por el Estado (aplicación del principio de derecho intemporal); es el caso de la obligación de investigar del Estado que no cesa hasta cuando se recupere el cuerpo de la víctima de desaparición forzada, es decir, que mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida. (...) el derecho de los familiares de la víctima a conocer cuál fue el destino de este, en su caso, dónde se encuentran sus restos, representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance"<sup>28</sup>, que subsiste hasta cuando no aparezca la víctima.

La concreción del derecho a la justicia se manifiesta en la obligación de los Estados de garantizar un recurso judicial efectivo, conforme a lo previsto en el derecho internacional.

<sup>23</sup> Organización de Naciones Unidas, Resolución A/CONF. 157/23 párrafo 91, "Principios Joint", principio 18.

<sup>24</sup> Velásquez Rodríguez contra Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1998. Serie C, No. 4 párrafo 177; Caso Godínez Cruz contra Honduras. Sentencia de enero 20 de 1989. Serie C No. 5, párrafo 188.

<sup>25</sup> Caso Myrna Mack Chang contra Guatemala. Sentencia de noviembre 25 de 2003. Serie C No. 101. Párrafo 277.

<sup>26</sup> Naciones Unidas, Asamblea General, "Proyecto de responsabilidad Internacional de los Estados", 2001, p. 101.

<sup>27</sup> Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1998. Serie C, No. 4, párrafo 181; Caso Godínez Cruz contra Honduras. Sentencia de enero 20 de 1989. Serie C No. 5, párrafo 194.

<sup>28</sup> Caso Godínez Cruz contra Honduras. Sentencia de enero 20 de 1989. Serie C No. 5, párrafo 191.

Otros recursos de que debe disponer la víctima son el acceso a órganos administrativos y de otra índole, así como a mecanismos, modalidades y procedimientos utilizados conforme al derecho interno. Las obligaciones resultantes del derecho internacional para asegurar el derecho al acceso a la justicia y a un procedimiento justo e imparcial deberán reflejarse en el derecho interno. A tal efecto, los Estados deben (Asamblea General Res. 60/147 de 2005).

- Dar a conocer, por conducto de mecanismos públicos y privados, información sobre todos los recursos disponibles contra las violaciones manifiestas de las normas internacionales de DDHH y las violaciones graves del DIH;
- Adoptar medidas para minimizar los inconvenientes a las víctimas y sus representantes, proteger su intimidad contra injerencias ilegítimas, según proceda, y protegerlas de actos de intimidación y represalia, así como a sus familiares y testigos, antes, durante y después del procedimiento judicial, administrativo o de otro tipo que afecte a los intereses de las víctimas;
- Facilitar asistencia apropiada a las víctimas que tratan de acceder a la justicia;
- Utilizar todos los medios jurídicos, diplomáticos y consulares apropiados para que las víctimas puedan ejercer su derecho a interponer recursos por violaciones manifiestas de las normas internacionales de DDHH o por violaciones graves del DIH. (Asamblea General Res. 60/147 de 2005).

Además del acceso individual a la justicia, los Estados han de procurar establecer procedimientos para que grupos de víctimas puedan presentar demandas de reparación y obtener reparación, según proceda.

Los recursos adecuados, efectivos y rápidos contra las violaciones manifiestas de las normas internacionales de DDHH o las violaciones graves del DIH han de comprender todos los procedimientos internacionales disponibles y apropiados a los que tenga derecho una persona y no deberían redundar en detrimento de ningún otro recurso interno. (Asamblea General Res. 60/147 de 2005).

### 7.3.2.5 Derecho a la verdad

El derecho a la verdad, estrechamente vinculado con el derecho a la justicia implica, como lo veíamos anteriormente, el deber de investigar de manera eficaz, rápida, completa e imparcial, con el fin de restablecer a la víctima en sus derechos en caso de ser posible e impedir que los particulares o grupos de ellos actúen con impunidad.

En cuanto al esclarecimiento de la verdad la obligación de los Estados de satisfacer el derecho de las víctimas a obtener el esclarecimiento de los hechos y de las responsabilidades se da a través de la investigación y el juzgamiento de los responsables, de conformidad con los artículos 8º y 25 de la Convención. No obstante, el logro del esclarecimiento de la verdad histórica mediante la puesta en marcha de comisiones de la verdad o similares no libera a los Estados de la obligación de establecer la verdad desde los procesos judiciales.

Así, la CIDH consideró pertinente precisar que la “verdad histórica” contenida en los informes de las citadas Comisiones no puede sustituir la obligación del Estado de lograr la verdad a través de los procesos judiciales. La CIDH ha considerado que la investigación no puede ser simplemente formal, pues “debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa”<sup>29</sup>.

Independientemente de toda acción de justicia, las familias de las víctimas tienen derecho a conocer la verdad en lo que concierne a la suerte que les fue reservada a sus parientes, que en el caso de desaparición forzada o de secuestro de niños o niñas es de carácter imprescriptible.

<sup>29</sup> Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1998. Serie C, No. 4 Párrafo 177; Caso Godínez Cruz contra Honduras. Sentencia de enero 20 de 1989. Serie C No. 5, párrafo 188.

También existe la obligación de los Estados de investigar y, si hay pruebas suficientes, enjuiciar a las personas presuntamente responsables de las violaciones y, si se las declara culpables, la obligación de castigarlas, y cooperar mutuamente con los órganos judiciales internacionales competentes a investigar tales violaciones y enjuiciar a los responsables (art. 4°).

El mismo instrumento invita a los Estados a incorporar, dentro de su derecho interno, las disposiciones apropiadas relativas a la jurisdicción universal, que permiten la persecución y judicialización de presuntos criminales internacionales sin perjuicio de que el crimen hubiese sido cometido en territorio de ese Estado o que el criminal fuese nacional del mismo.

Además, también considera que cuando así lo disponga un tratado aplicable o lo exija otra obligación jurídica internacional, los Estados deberán facilitar la extradición o entrega de los culpables a otros Estados y a los órganos judiciales internacionales competentes y prestar asistencia judicial y otras formas de cooperación para la administración de la justicia internacional, en particular asistencia y protección a las víctimas y a los testigos, conforme a las normas jurídicas internacionales de DDHH y sin perjuicio de disposiciones jurídicas internacionales tales como las relativas a la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 5°).

### 7.3.3 Definición de víctima en el ámbito internacional: regional y universal

Dentro del desarrollo del concepto de víctimas tenemos las siguientes definiciones del orden universal y regional, europeo e interamericano, que hemos introducido supra en 1.1 y 1.2:

*"(...)se entenderá por víctima a toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de DDHH o una violación grave del DIH.*

*Cuando corresponda, y en conformidad con el derecho interno, el término "víctima" también comprenderá a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización. Una persona será considerada víctima con independencia de si el autor de la violación ha sido identificado, aprehendido, juzgado o condenado y de la relación familiar que pueda existir entre el autor y la víctima"<sup>30</sup>.*

Para la CEDH es víctima *"(...) toda persona física, toda organización gubernamental o todo grupo de particulares que ha sido objeto de una violación, por las altas partes contratantes, de los derechos reconocidos en la Convención Europea de DDHH y sus protocolos (art. 34 de la Convención Europea de DDHH)".*

En aplicación de este artículo, solamente aquellas personas que sean consideradas víctimas de una violación a la Convención Europea de DDHH puede demandar ante la CEDH.

Para la CEDH el concepto de víctima es interpretado de manera autónoma e independiente de las reglas que sobre la materia existen en derecho interno, concernientes a la capacidad o el interés para actuar en el proceso<sup>31</sup> y debe ser objeto de una interpretación evolutiva de conformidad con las condiciones de vida actuales sin demasiados formalismos.

<sup>30</sup> Organización de Naciones Unidas, "Directrices generales en materia de derechos de las víctimas Resolución 60/147 de 2005.

<sup>31</sup> Al respecto ver sentencias Gorraiz Lizárraga y otros c. Espagne, n° 62543/00, § 35, CEDH 2004-III, Marckx c. Belgique, arrêt du 13 juin 1979, série A no 31, § 27, Inze c. Autriche, sentencia de 28 octobre 1987, série A n° 126, § 32.



La CEDH considera la posibilidad de víctimas directas e indirectas en la medida en que exista un vínculo particular entre esta y la víctima directa<sup>32</sup>, como en el caso de la esposa de la víctima<sup>33</sup>, o de la madre o el hermano de una persona desaparecida, todo sobre la base del artículo 2º del Estatuto.

#### 7.3.4 Concepto de víctima en el sistema interamericano

Si bien la Convención Americana no habla de víctima, sino de “parte lesionada”, sí hace referencia a la misma como, “el acreedor(a) de la reparación”, a partir de esto, se involucran más sujetos al concepto de víctima y a la reparación.

Se formula la existencia de dos clases de víctimas que pueden ser catalogadas como individuales directas, que son aquellas que sufren directamente el daño (la persona desaparecida, el torturado, el privado de su nacionalidad) y las víctimas individuales indirectas, principalmente los familiares, quienes han experimentado daño moral.

En casos específicos se llega incluso a decretar reparación a favor de personas que no son familiares, e incluso respecto de personas que no figuran en el registro civil como familiares, tal y como aconteció en el *Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri contra Perú*, en el que por el temor a la muerte, la tortura y la discriminación, la madre de un hijo póstumo de la víctima, lo registró sin el apellido del padre, finalmente muerto por la Policía del Perú<sup>34</sup>.

También existen las víctimas colectivas, consideradas especialmente en las sentencias *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni contra Nicaragua*, luego reiterada y enriquecida con la sentencia del *Caso Yatama contra Nicaragua*, en el que la Corte, además de declarar violados los derechos políticos de los miembros de la comunidad, consideró también como víctimas a los candidatos a alcaldes y concejales, a quienes se les impidió el acceso a la inscripción de sus nombres<sup>35</sup>.

#### 7.3.5 Derecho a la reparación de los daños sufridos

A partir de la obligación del Estado de reparar íntegramente se consolida el derecho de las víctimas de exigir una reparación que debe ser adecuada, efectiva y rápida y tiene por finalidad promover la justicia, remediando las violaciones manifiestas de las normas internacionales de DDHH o las violaciones graves del DIH.

#### 7.3.6 Estándares internacionales en materia de reparación

La obligación de reparar y el consecuente derecho de reparación en cabeza de la víctima, surge a partir de la generación de hecho internacionalmente ilícito, y debe detentar los siguientes elementos:

*Proporcionalidad*: este principio busca evitar que la reparación integral pueda dar lugar a exigencias excesivas que impliquen al Estado responsable. Así, la proporcionalidad debe ser entendida en cada una de las formas de reparación como la exclusión de cargas totalmente excesivas con relación a las ventajas que las víctimas derivarían de esa forma de reparación.

<sup>32</sup> Ver sentencia McCann y otros c. Royaume-Uni, arrêt du 27 septembre 1995, série A n 324.

<sup>33</sup> Kurt c. Turquie, arrêt du 25 mai 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998-III, (, ou celui du neveu du défunt (Yaşa c. Turquie, arrêt du 2 septembre 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998-VI, § 66), Çakıcı c. Turquie [GC], n° 23657/94, §§ 98-99, CEDH 1999-IV).

<sup>34</sup> *Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri contra Perú*. Sentencia de julio 8 de 2004. Serie C. No. 100 párrafo 200.

<sup>35</sup> *Caso Yatama contra Nicaragua*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C. No. 127 párrafo 225.

*Integralidad:* la finalidad de la reparación es el resarcimiento de los perjuicios causados por el hecho internacionalmente ilícito en cabeza de las víctimas, lo cual deja lado cualquier tipo de noción que implique reparaciones que contengan elementos sancionatorios o punitivos.

*Conformidad con el derecho internacional:* Los Estados ejecutarán, con respecto a las reclamaciones de las víctimas, las sentencias de sus tribunales que impongan reparaciones a las personas o entidades responsables de los daños sufridos, y procurarán ejecutar las sentencias extranjeras válidas que impongan reparaciones con arreglo al derecho interno y a las obligaciones jurídicas internacionales. Aunque puedan surgir dificultades prácticas para el órgano u órganos del Estado que pretenden hacer efectivas las sentencias internacionales en el ordenamiento jurídico interno, el Estado no está facultado para oponer su derecho interno o su práctica interna como argumento jurídico para no cumplir con su obligación de reparar. Con ese fin, los Estados deben establecer en su derecho interno mecanismos eficaces para la ejecución de las sentencias que obliguen a reparar daños.

### 7.3.7 Formas de reparación a las víctimas

Las formas de reparación establecidas como estándares internacionales para las víctimas se circunscriben a: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

**RESTITUCIÓN:** Opera como la primera forma de reparación y busca devolver a la víctima a la situación anterior a la violación manifiesta de las normas internacionales de DDHH o la violación grave del DIH. La restitución comprende, según corresponda, el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los DDHH, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes.

**INDEMNIZACIÓN:** Ha de concederse, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, por todos los perjuicios económicamente evaluables que sean consecuencia de violaciones manifiesta de las normas internacionales de DDHH o de violaciones graves del DIH, tales como los siguientes: el daño físico o mental, pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales, los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante, los perjuicios morales, los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos y servicios psicológicos y sociales.

**SATISFACCIÓN:** Ha de incluir, cuando sea pertinente y procedente, la totalidad o parte de las medidas siguientes: la verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad, la búsqueda de las personas desaparecidas, de las identidades de los niños secuestrados y de los cadáveres de las personas asesinadas, y la ayuda para recuperarlos, identificarlos y volver a inhumarlos según el deseo explícito o presunto de la víctima o las prácticas culturales de su familia y comunidad, una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrachamente vinculadas a ella, una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades, conmemoraciones, y homenajes a las víctimas y la inclusión de una exposición precisa de las violaciones ocurridas en la enseñanza de las normas internacionales de DDHH y del DIH, así como en el material didáctico a todos los niveles.

**GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN:** Que puede asumir la forma de seguridades y garantías de que los hechos no volverán a ocurrir.

**REHABILITACIÓN:** Ha de incluir la atención médica y psicológica, así como servicios jurídicos y sociales.

## 7.4 DIRECTRICES BÁSICAS SOBRE EL DERECHO DE LAS VÍCTIMAS DE INFRACCIONES AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

### 7.4.1 EL DIH

El Derecho Internacional Humanitario se define como el cuerpo de normas internacionales de origen convencional o consuetudinario que, por razones y especiales propósitos de humanidad, busca proteger los bienes y personas que puedan ser afectados por un conflicto armado, y a su vez, limitar el derecho de los combatientes a elegir sus métodos y medios de guerra. Se concibe como un mecanismo de protección para las personas que actúen como sujetos activos o pasivos en los casos de conflicto armado, y sus normas se aplican en tres circunstancias:

- a. En situaciones de conflictos armados internacionales.
- b. En situaciones de conflictos armados no internacionales que cumplan con las condiciones del artículo 1° del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra.
- c. En situaciones de violencia generalizada que no alcancen los requisitos de los conflictos armados no internacionales, pero en las que el uso de la fuerza se debe regir por los principios del DIH, porque se cumple con un grado de hostilidad tal que entran a regir las previsiones del artículo 3° común a los Convenios.

Teniendo en cuenta la finalidad de la normatividad humanitaria y su ámbito de aplicación, es de suma importancia estudiar los derechos de las víctimas y las correspondientes obligaciones del Estado en casos de conflicto armado, y específicamente de infracciones al Derecho Internacional Humanitario.

En ese sentido, durante el siguiente capítulo se volverá nuevamente sobre uno de los temas centrales del libro: las diferentes acepciones que el vocablo víctima adquiere, esta vez en el marco del Derecho Internacional Humanitario, y se propondrán las directrices básicas sobre los derechos de las víctimas. Todo esto, inscrito en la noción de crimen de guerra, de conformidad con lo establecido en el artículo 3° común a los cuatro Convenios de Ginebra, en el artículo 13.2 del Protocolo II adicional a los mencionados Convenios, en el numeral 2° del artículo 8° del Estatuto de Roma y en los artículos 135 a 164 del Código Penal.

### 7.4.2 Condición de víctima en el marco internacional humanitario

*"Encontraron los restos de él todo mutilado con la moto sierra, las manitos y los piecitos, la nuca, le pegaron siete tiros por aquí, lo lincharon como se dice, lo desentrañaron y lo tiraron al río..."<sup>36</sup>.*

El sufrimiento y la trágica experiencia causados a la sociedad humana por los conflictos armados han impulsado el nacimiento y desarrollo del Derecho Internacional Humanitario, en esta evolución adquiere cada vez más importancia la condición de víctima, ya que su protección se fundamenta en la situación vulnerable en que se encuentra la población civil afectada por los conflictos armados<sup>37</sup>.

En este contexto, la noción de víctima es polisémica<sup>38</sup>, ya que puede remitir al conjunto de personas que la misma normatividad humanitaria protege durante un conflicto armado, internacional o no internacional, ya que en situaciones de confrontación

<sup>36</sup> Comisión Nacional de Reparación, Memoria Histórica, "Trujillo: Una Tragedia que no Cesa", Serie Documental de Televisión, ¡Nunca Más!, Bogotá, 2007, capítulo 6.

<sup>37</sup> Patiño González, María Cristina, La intervención Procesal de la Víctima, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2009, p. 126.

<sup>38</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, "Editorial", Revista Internacional de la Cruz Roja, 03 septiembre de 2003, (No. 851), disponible en <http://icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/5w3l5x>, consulta junio de 2009.

armada, por lo general, la población civil resulta directa o indirectamente afectada, en su integridad física o mental, o en la privación de derechos fundamentales, sin embargo solo dispone reparaciones en favor de las víctimas en caso de violación de sus normas.

Por otra parte, en el derecho internacional la condición de víctima es más restrictiva, pues solo abarca a las personas que han sufrido un perjuicio a raíz de una conducta ilícita, ya sea por violaciones a los Derechos Humanos o por infracciones al Derecho Internacional Humanitario.

Ante las diferentes acepciones que la definición adquiere, y la multiplicidad de tratados en los cuales se encuentran referidas las características de las personas que pueden llegar a considerarse como víctimas, es necesario, a partir de la experiencia, del análisis de tales instrumentos internacionales y del estudio de la normatividad interna, construir un concepto para definir la condición de víctima de infracciones al Derecho Internacional Humanitario, que desarrolle y profundice las líneas generales de la definición presentada en la unidad 1 de este libro.

La primera manifestación de la comunidad internacional que conceptualiza sobre la condición de víctima de graves infracciones a la normatividad humanitaria puede ser la Resolución 2675 (XXV), adoptada el 9 de diciembre de 1970, mediante la cual, la Asamblea General de las Naciones Unidas consagra como principios básicos para la protección de las poblaciones civiles en conflictos armados los siguientes<sup>39</sup>:

- Los Derechos Humanos son plenamente válidos en todo tiempo, aún en casos de conflicto.
- Establecerse distinción entre la población civil y las personas que participan activamente en las hostilidades, y entre bien civil y objetivo militar.
- Tomar todas las precauciones necesarias para evitar que la población civil resulte afectada en el desarrollo de operaciones.

Posteriormente, los Protocolos Adicionales I y II a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1977, relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y a la protección de las víctimas de los conflictos armados no internacionales, respectivamente, otorgan un nivel de importancia a la materia sin precedente, toda vez que se refieren de forma exclusiva a la protección de las víctimas, al tiempo que otorgan tal categoría a todas aquellas personas que no son combatientes o que no participan directamente en las hostilidades<sup>40</sup>.

La evolución del Derecho Internacional Humanitario en esta materia, ha impulsado al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tanto así que se expide la "Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las víctimas de Delitos y del Abuso de Poder", por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985, que consagra la posibilidad de considerar a las víctimas de forma individual o colectiva por daños físicos, morales, pérdida financiera o menoscabo de sus Derechos Fundamentales como producto de conductas que constituyen delito.

Igualmente, la Corte Penal Internacional entiende por víctimas las personas o instituciones que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de un crimen de su competencia<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> Naciones Unidas, Asamblea General, Principios básicos para la protección de las poblaciones civiles en conflictos armados. Resolución 2675 (XXV), adoptada el 9 de diciembre de 1970.

<sup>40</sup> Protocolo Adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), artículo 4°.

<sup>41</sup> Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, "Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal internacional", Naciones Unidas, 2000, regla 85.

Finalmente, es necesario destacar la Resolución 60/147, aprobada el 16 de diciembre de 2005 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, "Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones". La importancia de este documento radica en que indica los mecanismos, modalidades procedimientos y métodos para el cumplimiento de las obligaciones jurídicas adquiridas por los Estados en las mencionadas normas internacionales de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario.

En este instrumento se entiende que tiene la calidad de víctima "toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario. Cuando corresponda, y en conformidad con el derecho interno, el término "víctima" también comprenderá a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización"<sup>42</sup>.

Al analizar esta definición se encuentra como novedad la ampliación de la condición de víctima ya que incluye a la familia inmediata y a las personas a cargo de la víctima, otorgándoles la posibilidad de ser sujetos procesales y recurrir al aparato judicial para proteger sus derechos.

Puede decirse que la definición más completa de la normatividad internacional para establecer la condición de víctima de infracciones al Derecho Internacional Humanitario, se encuentra en la Resolución 1989/13 de las Naciones Unidas:

*"... toda persona que haya sufrido daños individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyen una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario. Cuando corresponda y de conformidad con el derecho interno, el término víctima también comprenderá a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización.*

*Una persona será considerada víctima con independencia de si el autor de la violación ha sido identificado, aprehendido, juzgado o condenado y de la relación familiar que pueda existir entre el autor y la víctima"<sup>43</sup>.*

En el ordenamiento interno también se ha regulado la condición de víctimas de infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario, tal como lo realiza la Ley 418 de 1997 "por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia", constituye el marco jurídico para el fallido proceso de paz, que lejos de haber sido derogada, fue modificada y prorrogada su vigencia mediante las leyes, 548 de 1999, 782 de 2002 y 1106 de 2006. Esta norma facilita acuerdos con grupos armados y aprueba medidas de asistencia humanitaria a las víctimas; entre sus disposiciones define la condición de víctima por violencia política como las "personas de la población civil que sufran perjuicios en su vida, o grave

<sup>42</sup> Organización de Naciones Unidas, Asamblea General, Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de Derechos Humanos y Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones, Resolución 60/147 de 2005.

<sup>43</sup> Organización de Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, "Subcomisión de Prevención de Discriminación y Protección a las Minorías", Resolución 1989/13.

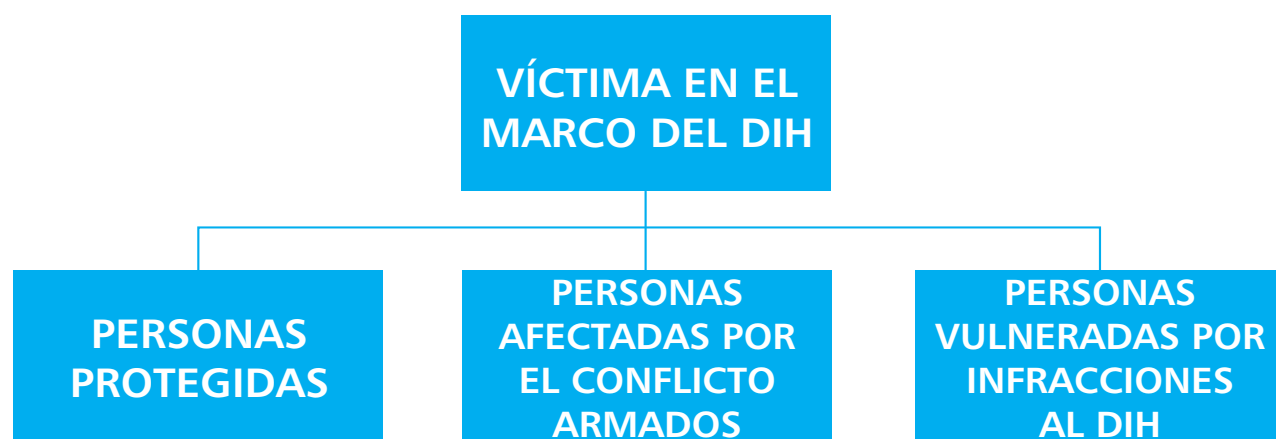
deterioro en su integridad personal o en sus bienes, por razón de atentados terroristas, combates, secuestros, ataques y masacres en el marco del conflicto armado interno”<sup>44</sup>.

Otra manifestación de la legislación colombiana en el tema, la constituye la Ley 387 de 1997 “por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección, consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en la República de Colombia”, que considera como víctimas del desplazamiento a

*toda persona que se ha visto forzada a migrar dentro del territorio nacional abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertad personales han sido vulneradas o se encuentran directamente amenazadas, con ocasión de cualquiera de las siguientes situaciones: Conflicto armado interno, disturbios y tensiones interiores, violencia generalizada, violaciones masivas de los Derechos Humanos, infracciones al Derecho Internacional Humanitario u otras circunstancias emanadas de las situaciones anteriores que puedan alterar o alteren drásticamente el orden público*<sup>45</sup>.

Por otra parte, la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, considera como víctimas (como hemos visto) a “todas aquellas personas o grupos de personas que, en razón o con ocasión del conflicto armado interno que vive el país desde 1964 hayan sufrido daños individuales o colectivos ocasionados por actos u omisiones que violan los derechos consagrados en normas de la Constitución Política de Colombia, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Penal Internacional, y que constituyan una infracción a la ley penal nacional. En opinión de la Comisión, el reconocimiento de todas las víctimas del conflicto armado contemporáneo constituye en sí mismo un acto de reparación”<sup>46</sup>.

Como conclusión, vemos que los rasgos de la definición de víctima que vimos en la unidad 1, se encuentran en el marco del Derecho Internacional Humanitario, en el que la condición de víctima recoge diferentes interpretaciones: como tal puede entenderse a las personas protegidas por su normatividad; otra acepción es la condición de víctimas como producto de infracciones al Derecho Internacional Humanitario, aunque este concepto puede ampliarse a la condición de víctimas causadas por el desarrollo de un conflicto armado, sin que ello implique la existencia de una infracción a la normatividad humanitaria.



<sup>44</sup> Colombia, Congreso de la República, Ley 418 de 1998, artículo 15, modificado por la Ley 782 de 2002, artículo 6°.

<sup>45</sup> Colombia, Congreso de la República, Ley 387 de 1997, artículo 1°.

<sup>46</sup> Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, “Fundamentos Filosóficos y Operativos”, disponible en [http://www.cnrr.org.co/cd/pdf/Definiciones\\_estrategicas.pdf](http://www.cnrr.org.co/cd/pdf/Definiciones_estrategicas.pdf), consulta mayo 27 de 2009.

### 7.4.3 CASO: LA SEÑORA DE RODRÍGUEZ

Tal como lo manifiesta el señor Rodrigo Rodríguez, en la Vereda San Juelito, en horas de la madrugada, se presentó un combate entre un grupo armado al margen de la ley y Fuerzas Armadas del Estado, igualmente indica que su casa es aledaña al sitio del enfrentamiento, y que al momento de escuchar la balacera, su esposa sale en búsqueda de sus hijos recibiendo una bala que la hirió de muerte.

De acuerdo a este caso hipotético responda:

1. ¿Qué infracciones al Derecho Internacional Humanitario se presentaron?
2. Según su criterio ¿Quiénes tienen la condición de víctima?
3. ¿De acuerdo con qué normatividad se entiende la condición de víctima?

### 7.4.4. Principios aplicables a las víctimas en el marco del derecho internacional humanitario

*“Se apoderaron del pueblo, un grupo armado, tumbando puertas, sacando a la gente al parque, poniéndolos boca abajo, con lista en mano. Al otro día decidimos, un grupo de familias, salir”<sup>47</sup>.*

El Derecho Internacional Humanitario consagra principios aplicables a las personas que protege, posibles víctimas del conflicto: Neutralidad, Normalidad y Protección.

#### 7.4.4.1 Neutralidad: “la asistencia humanitaria nunca es una injerencia en el conflicto”<sup>48</sup>

Principio que se encuentra consagrado en las diferentes disposiciones que protegen al personal sanitario en caso de conflicto armado<sup>49</sup>, y establece que el socorro aportado, incluso al enemigo, es siempre lícito y nunca un acto hostil, de ello se predica la neutralidad.

Es así como el Protocolo I de 1977 adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, en el título II recoge aspectos relativos a los heridos, enfermos y náufragos, señala definiciones y técnicas útiles para establecer los límites y alcances de la Misión Médica y su función humanitaria, y a su vez identifica de forma precisa los mecanismos de protección para las unidades, el personal y el transporte sanitario.

Igualmente, el Protocolo II de 1977, adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, en los artículos 7°, 8°, 9°, 10, 11, 12 y 18 incorpora parámetros nuevos en relación con el resguardo debido a la Misión Médica. En términos generales y entre otros aspectos, se destaca que el personal de salud tanto civil como militar, en tanto no participa directamente de las hostilidades, tiene derecho a la protección de su vida y a que se respete su integridad física y su dignidad. Así mismo, contempla que el cuidado a los heridos y enfermos, hayan participado o no en las hostilidades, se hará sin distinción alguna que no esté basada en criterios médicos.

<sup>47</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, “Colección audio Colombia: diez años de asistencia a la población desplazada”, 2007, disponible en <http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/colombia-audio-290807?opendocument>, consulta de mayo 15 de 2009.

<sup>48</sup> Pictet, Jean, “Desarrollo y Principios del Derecho Internacional Humanitario”, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1986, [http://www.themissing.cicr.org/web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/desarrollo\\_y\\_principios?OpenDocument&style=Custo\\_Final.3&View=defaultBody4](http://www.themissing.cicr.org/web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/desarrollo_y_principios?OpenDocument&style=Custo_Final.3&View=defaultBody4), junio de 2009.

<sup>49</sup> Convenio de Ginebra de 1864 se formula la idea de la protección de los heridos; I Convenio de 1949, artículo 27, Párr. 3 sobre la asistencia neutral; Protocolo I, artículo 64, párr. 1, relativo a las organizaciones neutrales de protección civil de Estados neutrales: «en ninguna circunstancia se considerará esta actividad como una injerencia en el conflicto», artículo 70, se refiere a las acciones de socorro en favor de la población civil de una Parte en conflicto, se estipula que el ofrecimiento de acciones humanitarias e imparciales de socorro no será considerado como injerencia en el conflicto ni como acto hostil.

En este orden de ideas, las obligaciones que este principio implican consisten en:

- Abstenerse de realizar todo acto hostil contra el personal sanitario, sea de carácter civil o militar.
- Los miembros del personal sanitario deben abstenerse de toda injerencia, directa o indirecta, en las hostilidades.
- Los miembros del personal sanitario están protegidos como profesionales de la medicina.
- No se castigará a nadie por haber ejercido una actividad médica conforme con la deontología, sin importar las circunstancias o los beneficiarios.
- No se podrá obligar a las personas que ejerzan una actividad médica a efectuar trabajos contrarios a la deontología u otras normas médicas destinadas a proteger a los heridos y a los enfermos,
- Asegurar el libre tránsito para el transporte de medicamentos, alimentos, ayudas humanitarias, y para la evacuación de los heridos y enfermos.
- Además, el espíritu de este principio se encuentra consagrado en múltiples normas del ordenamiento jurídico interno:
- Código Penal Colombiano -Ley 599 de 2000- tipifica en el título II los "Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario", en los artículos 143, 152, 153 y 155 se consagra la protección del personal sanitario, de los bienes e instalaciones sanitarias, de los medios de transporte, las actividades asistenciales y el uso péfido del emblema de la Cruz Roja.
- Ley 782 del 2003, que prorroga la vigencia de la Ley 418 de 1997 de orden público y que consagra en su artículo 81 la obligación para el gobierno de poner en funcionamiento un programa de protección a personas que se encuentren en situación de riesgo. El numeral 3° de este artículo establece: "Dirigentes o activistas de las organizaciones de derechos humanos y los miembros de la misión médica".
- Ley 875 de 2004 "por la cual se regula el uso del emblema de la Cruz Roja y la Media Luna Roja y otros emblemas protegidos por los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y sus Protocolos Adicionales".
- Decreto 860 del 8 de mayo de 1998 "por el cual se reglamenta lo relativo a la protección y el uso que debe darse al nombre y el emblema de la Cruz Roja, se protegen y se facilita la prestación de los servicios humanitarios en Colombia".

Entonces, se consideran neutrales todos los movimientos o todas las instituciones que se abstienen de tomar partido en un conflicto y que renuncian a toda índole de injerencias. Este principio también implica la prohibición de tomar parte en controversias de orden político, racial, religioso e ideológico<sup>50</sup>.

No obstante, el principio de neutralidad no debe considerarse como absoluto, ya que la fidelidad a una concepción de lo humano y el desempeño concreto del cometido humanitario pueden conducir a tomas de posición por lo que atañe a cuestiones humanitarias, aunque estas puedan ser motivo de controversias y tener aspectos políticos e ideológicos. Por tal motivo, la neutralidad permite la crítica en casos de infracciones al Derecho Internacional Humanitario.

En este caso, la neutralidad se predica para la intervención de colaboradores humanitarios en los conflictos armados, que prestan atención a todas las víctimas de manera imparcial y sin discriminación, tiene por finalidad atenuar, en la medida de lo posible, las consecuencias nefastas de las contiendas, mediante la asistencia humanitaria, entendida como:

*"el conjunto de actividades de protección y asistencia, a favor de las víctimas civiles y militares de desastres de causa natural o de los conflictos armados y de sus consecuencias directas, orientadas a aliviar el sufrimiento, garantizar la asistencia y proteger los derechos humanos"*<sup>51</sup>.

<sup>50</sup> Haug, Hans, "La Neutralidad como Principio Fundamental de la Cruz Roja", Revista Internacional de la Cruz Roja, noviembre – diciembre de 1996, (No. 138), pp. 670-673.

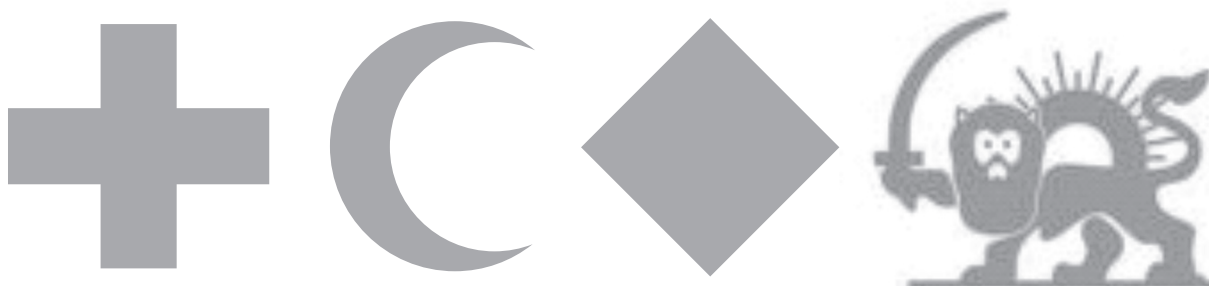
<sup>51</sup> Rey Marcos, Francisco, El Debate Humanitario, Icaria Editorial, Barcelona, 2003, p. 53.



Se convierte así, este principio de gran utilidad para la misión médica al otorgar importantes privilegios en el campo de batalla, ello se debe a que su mediación protege a las víctimas del conflicto y evita el sufrimiento excesivo e innecesario de los heridos. El concepto de misión médica corresponde

*al conjunto de personas, instalaciones, medios de transporte, equipos, materiales y actividades transitorios o permanentes, civiles o militares, fijos o móviles, de destinación exclusiva y necesarios para la administración, el funcionamiento y la prestación de servicios asistenciales a las personas afectadas o que puedan resultar afectadas a causa o con ocasión de las hostilidades; adquiriendo por ésta razón, dada su naturaleza, una salvaguardia especial que les descarta como blanco legítimo de la confrontación armada, el personal médico no solo goza de inmunidad, sino de especial protección y consideración para llevar a cabo su labor humanitaria, aún en medio de las hostilidades<sup>52</sup>.*

Para asegurar la protección de la Misión Médica, se establecieron signos distintivos, tales como, la cruz roja, el cristal rojo, la media luna roja o el león y sol rojos sobre fondo blanco, cuando se utilicen para la protección de unidades y medios de transporte sanitarios, del personal sanitario y religioso así como de su equipo y material<sup>53</sup>.



## EJERCICIO

Un organismo humanitario que se encuentra realizando actividades asistenciales en la zona de conflicto armado, denuncia públicamente las infracciones al DIH cometida por una de las partes en conflicto.

1. ¿El organismo humanitario ha infringido el principio de neutralidad?
2. ¿Es posible debatir sobre el contexto político sin perder la neutralidad?

### 7.4.4.2 Normalidad: “las personas protegidas deben poder llevar la vida más normal posible”<sup>54</sup>

El marco jurídico aplicable depende de la situación del orden público y de las necesidades de seguridad y defensa del Estado, es así como en situaciones de normalidad se aplican las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, mientras que

<sup>52</sup> Ministerio de la Protección Social, “Manual de la Misión Médica”, Bogotá: 2004, p. 17.

<sup>53</sup> Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la aprobación de un signo distintivo adicional (Protocolo III, 8 de diciembre de 2005).

<sup>54</sup> Pictet, Jean, “Desarrollo y Principios del Derecho Internacional Humanitario”, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1986,

en casos de conflicto armado el ordenamiento jurídico a regir es el Derecho Internacional Humanitario, a manera de complemento del primero. La importancia de esta distinción radica, en que dependiendo de la normatividad aplicable, así mismo podrán restringirse los Derechos Fundamentales susceptibles de ello.

*“Las reglas comunes del derecho de los derechos humanos se aplican claramente a situaciones de normalidad, sujetas únicamente a las limitaciones habituales con respecto de la seguridad nacional, y el orden y la moralidad públicos. Cuando el nivel de disturbios es suficiente para plantear una amenaza a la vida de la nación y, por ende, al disfrute de derechos de la mayoría de la población, los Estados, de conformidad con el derecho de los derechos humanos, pueden declarar un estado de emergencia y suspender algunos de sus compromisos respecto de los derechos humanos, si pueden demostrar que la suspensión es necesaria y que las medidas tomadas son proporcionales a la amenaza al Estado o a los derechos de otros. Cuando la situación se ha deteriorado hasta llegar a un conflicto armado, entran a aplicarse las normas del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra que imponen ciertas obligaciones básicas a todos los bandos del conflicto. Dicha normas son, en líneas generales, similares a los derechos no suspendibles en virtud de los principales convenios de derechos humanos, en particular la obligación de tratar humanamente a todos los que no participan en el conflicto. Si el conflicto escala hasta convertirse en una situación en la que fuerzas organizadas de cualquier bando ejercen algún control sobre parte del territorio nacional, entran a aplicarse las normas del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra”<sup>55</sup>.*



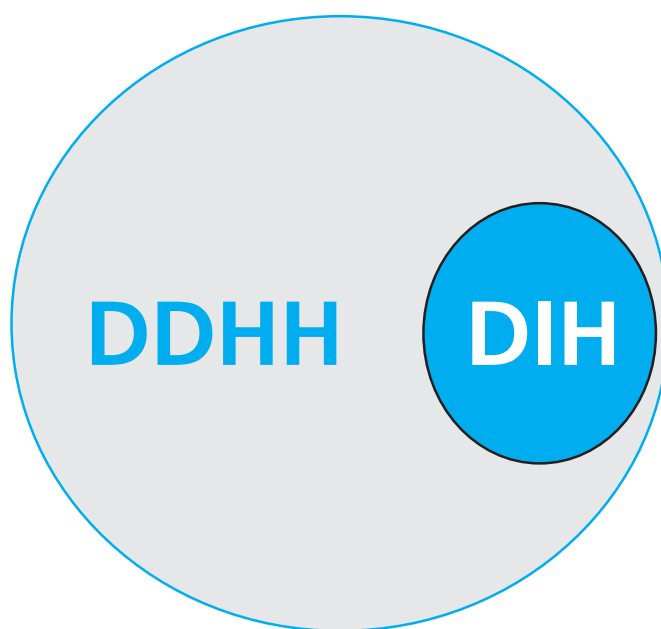
Esta relación entre los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario se desarrolla en términos de complementariedad entre las normas de los DDHH y el DIH, ya que durante un conflicto armado no internacional o internacional, la persona se

<sup>55</sup> Hadden, Tom y Hervey, Colin, “El derecho de los conflictos y crisis internos”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 1999, (No. 833), pp. 119-133, En: <http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/5tdn6y?opendocument>, consulta de junio de 2009.

encuentra protegida, tanto por las normas de Derechos Humanos como por las normas específicas del Derecho Internacional Humanitario<sup>56</sup>.

No obstante, cualquiera sea la normatividad a aplicar, en ninguna circunstancia podrá suspenderse los derechos de núcleo duro: Derecho a la vida, Derecho a la integridad personal y Derecho a las garantías procesales.

Puede entenderse entonces, que el Derecho Internacional Humanitario, además de exigir una aplicación más rigurosa de la normatividad de Derechos Humanos a las personas protegidas, establece cuándo una violación a los DDHH es legítima y cuándo es arbitraria en el marco de una confrontación armada<sup>57</sup>.



Si bien, en caso de conflicto, el Derecho Internacional Humanitario permite la suspensión de determinados derechos, el propósito es que aquellos sujetos que sean protegidos con ocasión del conflicto armado, puedan desarrollar sus proyectos de vida de una forma normal dentro del margen de las limitaciones que supone la misma situación.

Para ello es necesario ponderar entre las aspiraciones humanitarias y las necesidades de la guerra, en ese sentido, solo restringirán los derechos que no pertenezcan al núcleo duro, cuando las necesidades militares lo exijan, no exista otra alternativa y tal restricción implique la protección de los individuos afectados.

### **EJERCICIO**

Existe conocimiento de la presencia de tropas enemigas en el sector, por ello en la vereda Peñasco, las Fuerzas del Estado controlan la adquisición de alimentos y medicamentos a la población, de acuerdo a un censo previamente realizado y a las

<sup>56</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Bámaca Velásquez*, supra nota 15, párr. 207.

<sup>57</sup> Comisión Interamericana de DDHH, Caso *Las Palmeras*, Evaluación de Excepciones Previas, 2001.

necesidades detectadas en el mismo. Como consecuencia muchos niños, niñas y personas de la tercera edad han tenido serios problemas de salud.

1. ¿Es legítimo el proceder de las fuerzas estatales?
2. ¿Infringe los principios de DIH censar a la población?
3. ¿Se encuentra prohibido el control de los alimentos a la población civil?

#### 7.4.4.3 Protección: Como premisa fundamental del Derecho Internacional Humanitario, la población civil y los bienes de carácter civil gozan de especial protección en el desarrollo de las hostilidades

Las **personas y bienes protegidos** por el Derecho Internacional Humanitario, de acuerdo con lo establecido por Protocolo II Adicional a los cuatro Convenios de Ginebra y el artículo 3° común a los mismos, son:

- Las personas que no participan directamente en las hostilidades.
- Miembros de las Fuerzas Armadas que hayan depuesto las armas.
- Personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa.
- Miembros de las fuerzas o grupos o grupos armados que formen parte del personal sanitario o religioso y están dedicados exclusivamente a esa ocupación.
- Civiles que acompañen a las fuerzas, sin formar parte integrante de ellas: personas civiles que tan solo apoyan el esfuerzo militar no pueden ser objeto de ataque.
- Civiles que participan indirectamente en las hostilidades: Las personas civiles pierden su protección al momento de participar directamente en las hostilidades, es decir cuando realizan aquellos esfuerzos (positivos o negativos) que una persona, en cumplimiento a un mandato superior, acomete mediante el empleo de la fuerza, para contener, o desviar o a causar daños concretos, a los recursos o propósitos militares (u hostiles) del adversario.

*“civiles que apoyan a las Fuerzas Militares (o grupos armados) aportando trabajo, transportando pertrechos, actuando como mensajero o distribuyendo propaganda no pueden ser objeto de ataque directo individual, pero permanecen sujetos a la legislación doméstica que sancione dar ayuda y apoyo a enemigos domésticos”<sup>58</sup>.*

- Periodistas en misiones profesionales peligrosas en las zonas de conflicto armado.
- Población civil.

En lo referente a **bienes protegidos**, el Derecho Internacional Humanitario distingue entre bienes civiles y objetivos militares, el artículo 52 del Protocolo I define los objetivos militares únicamente en relación con bienes o blancos y no en relación con personas. Un bien se constituye en un objetivo militar legítimo cuando por su naturaleza, localización, propósito o uso contribuye efectivamente a la acción militar del enemigo, de tal forma que su destrucción total o parcial o su neutralización, ofrezca una ventaja militar definida. Sin embargo, este derecho que le es atribuido por la ley al combatiente y de facto a quien participe directamente en las hostilidades, no es absoluto, pues a tal efecto el artículo 51 del Protocolo en cita, prohíbe los ataques indiscriminados, esto es “cuando sea de prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista”<sup>59</sup>.

<sup>58</sup> Comisión Interamericana de DDHH, *Tercer Informe sobre la situación de Derechos Humanos en Colombia*, Capítulo IV febrero de 1999, párr. 56.

<sup>59</sup> Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I), artículo 51.

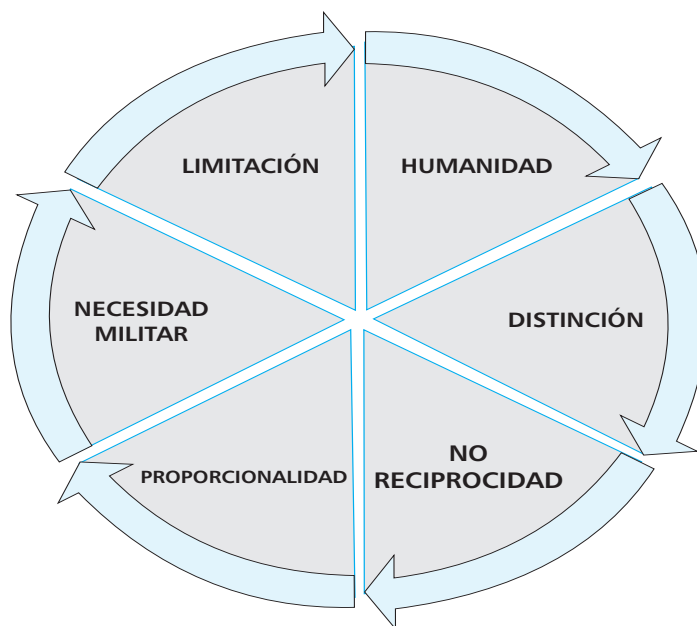
Además de la protección general a los bienes civiles, el protocolo II consagra una categoría de bienes especialmente protegidos:

- Bienes indispensables para la supervivencia de la población civil.
- Obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas.
- Bienes culturales y lugares de culto.

La inmunidad de la población civil tiene las siguientes implicaciones<sup>60</sup>:

- Prohibición de ataques contra personas civiles.
- Limitar los efectos de las operaciones militares que puedan afectar a las personas protegidas.
- Los medios y los métodos de combate no son ilimitados, no han de causar males superfluos o sufrimientos innecesarios.
- Prohibición de los ataques masivos e indiscriminados.
- Debe examinarse previamente la relación entre la ventaja directa prevista en el ataque y los efectos nocivos que puedan afectar a las personas.

Para brindar tal protección, la normatividad humanitaria se soporta sobre tres pilares básicos: Distinción – Limitación y Proporcionalidad.



#### 7.4.4.3.1 Distinción

*“El DIH exige a las partes en conflicto asegurar la protección de la población civil contra los peligros procedentes de las obligaciones militares”<sup>61</sup>.*

<sup>60</sup> Red de Promotores de Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario, Defensoría del Pueblo, Bogotá, 2001.

<sup>61</sup> Stéphane Jeannet, “La protección civil de 1977 a 1997: del Derecho a la Práctica”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 1998, (No 148), pp. 771-780.

Señala el artículo 13 del Protocolo II: "... las partes en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares"<sup>62</sup>.

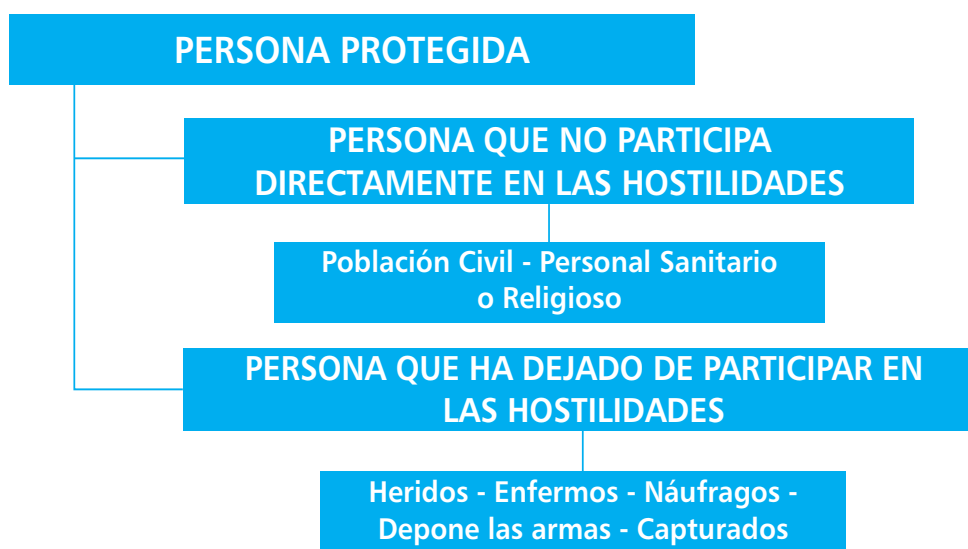
El artículo 50 del Protocolo I define población civil "como todas las personas civiles"<sup>63</sup>. A su vez, define persona civil como "cualquier persona que no sea miembro de las fuerzas armadas o de un grupo organizado de alguna de las partes en el conflicto"<sup>64</sup>, por ende se entiende comprendida en la categoría de personas civiles a todas aquellas personas que no son miembros de esas organizaciones y en la categoría población civil están comprendidas todas las personas que no participan directamente en las hostilidades.

Del principio de distinción emana la Premisa de la Inmunidad Civil, el cual señala que las personas civiles deben gozar de protección contra los peligros de las operaciones militares (art. 13 del Protocolo II); de este principio se desprende que las personas civiles deben abstenerse de participar directamente en las hostilidades si quieren evitar convertirse en objeto de la acción militar.

Como consecuencia de este principio también deben distinguirse entre bienes civiles y objetivos militares, reforzándose esta obligación con la presunción civil de los bienes en caso de duda establecida en el numeral 3° del artículo 52 del Protocolo I.

Este principio impone a las partes en conflicto obligaciones en tres sentidos<sup>65</sup>:

- Distinguirse de la población civil, esto es, no camuflarse entre ella, no constreñirla, para que se haga participe en los operativos militares, ni utilizarla como resguardo; con el objetivo de evitar que quede expuesta a los rigores del conflicto.
- Marginar a la población civil de cualquier acto hostil respetar su vida, integridad y bienes.
- Diferenciarse de la población civil mediante el empleo de uniformes, signos, brazaletes, armas a la vista y en general todos los medios necesarios para establecer claramente esta diferencia.



<sup>62</sup> Protocolo II, Op. Cit., artículo 13.

<sup>63</sup> Protocolo I, Op. Cit., artículo 60.

<sup>64</sup> *Ibidem*.

<sup>65</sup> Red de Promotores de Derechos Humanos, *Derecho Internacional Humanitario*, Defensoría del Pueblo, Bogotá, 2001.

#### 7.4.4.3.2 Principio de limitación

Prohibición o restricción de ciertos métodos y armas de combate cuando “se trata de métodos y de armas que causan daños superfluos, innecesarios o excesivos o que por su insuficiente precisión no permiten hacer la distinción fundamental entre objetivos militares o protegidos o cuyos efectos puede extenderse, de manera incontrolable en el tiempo y en el espacio”<sup>66</sup>.

En cuanto a los métodos se involucran todas aquellas estrategias o procedimientos tales como la perfidia, la orden de no dejar supervivientes o de tierra arrasada, el terrorismo, el envenenamiento de aguas, o el hambre cuando se imparten órdenes de cortar las líneas de abastecimiento a la población civil y de atacar los bienes indispensables para la supervivencia de la misma. Para el caso del empleo de armas, se encuentran proscritas aquellas que causan daños innecesarios e indiscriminados, extensos, duraderos y graves contra la persona humana independientemente de su condición como combatiente, no combatiente o civil y contra el medio ambiente; entre otras, se pueden citar armas químicas, bacteriológicas, nucleares e incendiarias, y minas anti persona.

#### 7.4.4.3.3 Principio de proporcionalidad

Surge de la finalidad de las confrontaciones bélicas, consistente en “el debilitamiento de las Fuerzas Militares del enemigo (...) basta con poner fuera de combate al mayor número posible de hombres”<sup>67</sup>.

Teniendo en cuenta que con un ataque pueden resultar afectadas personas o bienes protegidos, las operaciones militares deben realizarse con las precauciones pertinentes en cuanto al uso de métodos y medios de combate, implica tomar medidas específicas para evitar o minimizar víctimas civiles, si se advierte que tal ataque puede provocar daños excesivos<sup>68</sup>.

Este principio implica además una protección a los combatientes, de no causar males desproporcionados con respecto al objetivo y la ventaja militar.

### Ejercicio

En desarrollo de la operación militar “Resplandor”, el 2º pelotón de la Compañía A del Batallón “Caribe” avanza hacia el objetivo militar que les habían señalado. Al pasar por la vereda Puerto Amarillo, son obligados a detenerse como consecuencia de los disparos que les hacían desde la Iglesia ubicada a la vera del camino. El Comandante de la unidad advierte que, efectivamente, un francotirador apostado en la torre de la Iglesia les estaba disparando, con lo que impedía el avance de la tropa. Para neutralizar al tirador, el Comandante de la pequeña unidad solicita apoyo de fuego aéreo, reportando las coordenadas de la Iglesia. 30 minutos después, un avión de la Fuerza Aérea lanza una bomba sobre el centro religioso, destruyéndolo, pero arrasando también con la escuela de la localidad, la biblioteca y dos viviendas. Después del ataque aéreo, la unidad en tierra realiza un registro, y observa que 14 personas murieron, entre ellas una que está uniformada y al parecer tenía un fusil. Así mismo, 18 personas más resultaron lesionadas, incluyendo 10 menores de edad.

1. ¿Existe alguna infracción al DIH?
2. ¿Qué principios del Derecho Internacional Humanitario se infringieron?

<sup>66</sup> Villa Valencia, Alejandro, *Derecho Internacional Humanitario*, Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2007, p. 151.

<sup>67</sup> Declaración de San Petersburgo de 1868 con el Objeto de Prohibir el Uso de Determinados proyectiles en tiempo de guerra, San Petersburgo los días 29 de noviembre - 11 de diciembre de 1868, disponible en [http://www.tc.gob.pe/tratados/uni\\_ddhh/instru\\_alca\\_especifici\\_uni/Otras%20convenciones%20sobre%20Derecho%20Internacional%20Humanitario/Decla\\_San\\_Petersburgo.pdf](http://www.tc.gob.pe/tratados/uni_ddhh/instru_alca_especifici_uni/Otras%20convenciones%20sobre%20Derecho%20Internacional%20Humanitario/Decla_San_Petersburgo.pdf), junio de 2009.

<sup>68</sup> Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I), artículo 48.

### 7.4.5 Víctimas de infracciones al derecho internacional humanitario

*“Las víctimas necesitan conocer la verdad, útil para la sociedad, necesitan conocer el pasado para preparar mejor el presente y prepararse para el futuro”<sup>69</sup>.*

#### 7.4.5.1 Derechos de las Víctimas de Infracciones al Derecho Internacional Humanitario

“Teniendo en cuenta la noción de víctima por infracciones al DIH, diferentes instrumentos internacionales consagran sus derechos, como la mencionada Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, que consagra los siguientes derechos para las víctimas:

- Trato con compasión y respeto a su dignidad
- Acceder a los mecanismos de justicia y reparación
- Establecimiento, fortalecimiento y ampliación de fondos nacionales para indemnizar a las víctimas
- Rápido establecimiento de derechos y recursos apropiados

En el mismo sentido, la Resolución 60/147 de 2005 de las Naciones Unidas, “Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacional de Derechos Humanos y Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones”, se refiere a los derechos de las víctimas en los siguientes términos<sup>70</sup>:

Derecho de las víctimas a disponer de recursos	Obligaciones del Estado
<p><b>Acceso igual y efectivo a la justicia:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Acceso a órganos administrativos y de otra índole.</li> <li>- Acceso a mecanismos, modalidades y procedimientos utilizados conforme al derecho interno.</li> </ul>	<p>Recursos disponibles contra las violaciones graves del derecho internacional humanitario:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Proteger su intimidad contra injerencias ilegítimas.</li> <li>- Protegerlas de actos de intimidación y represalia, así como a sus familiares y testigos, antes, durante y después del procedimiento judicial, administrativo o de otro tipo.</li> <li>- Procedimientos para que grupos de víctimas puedan presentar demandas de reparación y obtener reparación.</li> <li>- Procedimientos internacionales disponibles y apropiados que no redunden en detrimento de ningún otro recurso interno.</li> </ul>

<sup>69</sup> Memoria Histórica, Op. Cit.

<sup>70</sup> Organización de Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución 60/147 de 2005.



(CONT.)

Derecho de las víctimas a disponer de recursos	Obligaciones del Estado
<p><b>Reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- La reparación ha de ser proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido.</li> </ul>	<p>Conceder reparación a las víctimas:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Cuando se determine que una persona física o jurídica u otra entidad, está obligada a dar reparación a una víctima, la parte responsable deberá conceder reparación a la víctima o indemnizar al Estado si este hubiera ya dado reparación a la víctima.</li> <li>- Los Estados reparan a las víctimas cuando el responsable de los daños sufridos no pueda o no quiera cumplir sus obligaciones.</li> <li>- Ejecución de las sentencias que obliguen a reparar daños.</li> <li>- Formas de Reparación: Restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.</li> </ul>
<p><b>Acceso a información pertinente sobre las violaciones y los mecanismos de reparación</b>  <b>Las víctimas y sus representantes han de tener derecho a solicitar y obtener información sobre:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Las causas de su victimización.</li> <li>- Las condiciones de las violaciones manifiestas de las normas internacionales.</li> <li>- La verdad acerca de esas violaciones.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Disponer medios para informar al público en general, y en particular a las víctimas, de los derechos, recursos y servicios jurídicos, médicos, psicológicos, sociales, administrativos y de otra índole a los que pueden tener acceso las víctimas.</li> </ul>

#### 7.4.5.2 Garantías Fundamentales de las Víctimas de Infracciones Graves al Derecho Internacional Humanitario

Entre las garantías que protegen a las víctimas de infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario se encuentran<sup>71</sup>:

- Trato digno.
  - Acceso a los mecanismos de justicia dispuestos en la legislación nacional.
  - Pronta reparación del daño.
  - Procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles.
  - Adecuar los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas, sin perjuicio de los intereses del acusado:
- Informar a las víctimas de sus facultades y las decisiones adoptadas.
  - Permitir que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas.

<sup>71</sup> Organización de Naciones Unidas, Resolución de 1985.

- Prestar asistencia durante todo el proceso judicial.
- Adoptar medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia.
- Evitar demoras innecesarias en la resolución o ejecución de las sentencias.

El Estado tiene la obligación de proporcionar las condiciones que hagan posible el pleno ejercicio de los derechos y las libertades, por lo tanto, cuando resultan víctimas de serias infracciones al Derecho Internacional Humanitario, el Estado tiene el compromiso de investigar y juzgar a los responsables, evitando la impunidad y garantizando los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas, de lo contrario, el Estado compromete su responsabilidad internacional.

“En virtud de los principios internacionales, la atención a las víctimas de violaciones graves de derechos humanos y de infracciones del derecho internacional humanitario se enmarca dentro del deber general de garantía que les corresponde a los Estados, que tienen como función principal proteger a sus ciudadanos y garantizar el ejercicio de sus derechos. Dicho deber de garantía es una responsabilidad estatal inextinguible, irrenunciable e indelegable y de alcance y naturaleza distinta a la responsabilidad directa por acción, complicidad, aquiescencia o tolerancia o a la responsabilidad por omisión”<sup>72</sup>.

#### 7.4.6 Condición de víctima de infracciones al Derecho Internacional Humanitario en la Corte Penal Internacional

Antes de iniciar el estudio del tratamiento a las víctimas de infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario, es conveniente realizar un análisis sistemático del Estatuto de Roma para interpretar los derechos sustantivos que allí que se reconocen a favor la víctima.

Los principios tradicionales del derecho procesal penal, tales como que la víctima tiene derecho a interrogar a los testigos y participar activamente en el curso del proceso, suelen verse matizados debido a que eventualmente resultará imposible que todos los lesionados ejerciten plenamente tales derechos, ponderado como los postulados de celeridad y eficiencia procesales.

Esta dificultad de materializar los derechos de las víctimas de crímenes internacionales se debe principalmente a los siguientes factores<sup>73</sup>:

- El elevado número de victimarios: cientos de integrantes de grupos armados irregulares o miembros de las fuerzas estatales.
- La cantidad de víctimas directas e indirectas suele ser tan alta que es usual que termine siendo imposible contabilizarlas.
- El derecho internacional contiene la obligación de enjuiciar a los responsables de determinados crímenes internacionales conforme a las obligaciones internacionales de los Estados y a los requisitos del derecho interno o conforme a lo dispuesto en los estatutos aplicables de los órganos judiciales internacionales, y la obligación de enjuiciar refuerza las obligaciones jurídicas internacionales que deben cumplirse de conformidad con los requisitos y procedimientos jurídicos nacionales y favorece el concepto de complementariedad.

No obstante las mencionadas dificultades, los Tribunales Penales Internacionales ad hoc han desarrollado jurisprudencia en la materia, por ejemplo, el Tribunal Penal para Ruanda, como sistema acusatorio de corte continental anglosajón, consagra que la

<sup>72</sup> Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, “Fundamentos Filosóficos y Operativos”, disponible en: [http://www.cnrr.org.co/cd/pdf/Definiciones\\_estrategicas.pdf](http://www.cnrr.org.co/cd/pdf/Definiciones_estrategicas.pdf), consulta mayo 27 de 2009.

<sup>73</sup> Patiño González, María Cristina, La intervención Procesal de la Víctima, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2009.

víctima debe ser protegida por considerarla testigo de cargo, en tanto que, con respecto a los demás derechos, deberá presentar su reclamación en el derecho interno<sup>74</sup>.

En la actualidad, tal como lo establece el Estatuto de Roma, la víctima puede actuar en el proceso con una doble calidad:

- Interviniente: Participa voluntariamente, presenta observaciones y puntos de vista, decide que información le va a suministrar, puede participar en todas las etapas del proceso en los términos que defina la Corte, tiene derecho a contar con un apoderado que la represente.
- Testigo: la víctima testigo se caracteriza por ser llamado a declarar por la defensa, la fiscalía, los jueces u otras víctimas, sirve a los intereses de la justicia, testifica y debe constatar verazmente las preguntas que se le formulan, debe rendir su testimonio personalmente, en una etapa procesal determinada y para unos fines concretos.

Para el caso de la víctima interviniente, es necesario precisar en qué momento procesal puede ejercer sus derechos, ya que en la investigación previa no existe un caso concreto, tan solo una presunta situación de violaciones generalizadas o sistemáticas a los Derechos Humanos o al Derecho Internacional Humanitario<sup>75</sup>.

- Situación: La situación en el marco de una investigación previa que cursa en la Corte Penal Internacional, se considera como un universo de violaciones graves o sistemáticas a los derechos humanos o infracciones graves al DIH que han tenido lugar en un Estado.

Teniendo clara la definición, las víctimas pueden participar en el curso de una investigación previa sobre una situación, con antelación a la imputación de cargos concretos contra un victimario, siempre que cumpla con los siguientes requisitos:

- a) Persona física.
- b) Perjuicio sufrido.
- c) Crimen de competencia de la Corte: la Sala debe determinar si la persona fue víctima de un crimen que reúna todos los elementos que exige la Corte para su competencia.
- d) Existencia de un nexo de causalidad entre el crimen de competencia de la corte y el daño sufrido por la presunta víctima.

El examen acerca del cumplimiento de cada uno de los requisitos enunciados debe ser flexible a las exigencias probatorias realizadas a las presuntas víctimas, mientras que al momento de emitir la sentencia condenatoria, la apreciación acerca de la concurrencia de aquellas es mucho más rígida, en especial en materia de nexo de causalidad.

Los derechos de las víctimas de una situación se resumen en presentar sus puntos de vista y preocupaciones, aportar pruebas, ser informadas sobre los avances de la investigación y ser protegidas.

- Caso concreto: El caso concreto se refiere a la investigación específica de los asuntos concretos que aluden a intereses específicos en el curso de los cuales uno o varios crímenes de competencia de la corte han sido perpetrados por determinados sujetos, frente a los cuales se ha librado una citación para comparecer y llegado el caso una orden de captura internacional.

<sup>74</sup> Swinarski, Christophe, *Principales Nociones e Institutos del Derecho Internacional Humanitario como Sistema de Protección de la Persona Humana*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos – Comité Internacional de la Cruz Roja, San José, 1990.

<sup>75</sup> Cfr. Patiño González, María Cristina, op. cit.

Luego de la imputación de cargos, la calidad de víctima se reconoce a quienes demuestren una relación directa con el caso bajo examen, para accionar sus pretensiones de reparación contra un individuo u organizaciones concretas<sup>76</sup>. No basta demostrar que se fue víctima de otros crímenes cometidos por el imputado, sino de aquellos por los cuales el fiscal acudió a la Sala de Cuestiones Preliminares.

*“el nexo de causalidad exigido por la regla 85 durante la etapa del caso concreto se considera demostrado a partir del momento en que la víctima, o llegado el caso, la familia próxima o las personas permitan establecer que ha sufrido un perjuicio directamente vinculado con los crímenes relacionados en la orden de arresto, o que sufrieron un perjuicio al momento de prestarle ayuda a las víctimas directas del caso, o por impedir que estas últimas se convirtiesen en víctimas debido a la perpetración de tales crímenes”<sup>77</sup>.*

Entre los derechos de las personas que se les reconoce la calidad de víctima del caso concreto, se encuentran: Interrogar testigos, peritos o al acusado, podrá presentarlas por escrito y transmitir las al fiscal, la defensa puede formular observaciones.

Haciendo referencia a este tema, se ha pronunciado la Corte Penal Internacional en el sentido de “acordarles a las personas que tienen la calidad de víctimas el derecho de exponer de manera general, sus puntos de vista y preocupaciones en relación con una investigación preliminar referente a una situación, así como a presentar las evidencias de que disponga ante la sala, no puede comportar consecuencias negativas para la investigación”, precisando que tal derecho no comprende el acceso al expediente de la investigación<sup>78</sup>.

#### 7.4.6.1 Derechos reconocidos a las víctimas por la Corte Penal Internacional

La Corte Penal Internacional consagra los derechos para las víctimas a intervenir, a ser protegida y reparada integralmente:

##### 7.4.6.1.1 Protección

Artículo 68: la corte adoptará las medidas adecuadas para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas y los testigos. Con este fin la Corte tendrá en cuenta todos los factores pertinentes, incluidos la edad, el género, definido en el párrafo 3 del artículo 2º, y la salud, así como la índole del crimen, en particular cuando este entrañe violencia sexual o por razones de género o violencia contra niños. En especial, el Fiscal adoptará estas medidas en el curso de la investigación y el enjuiciamiento de tales crímenes. Estas medidas no podrán redundar en perjuicio de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni serán compatibles con estos.

##### 7.4.6.1.2 Reparación

*“La Corte establecerá principios aplicables a la reparación, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación, que ha de otorgarse a las víctimas o a sus causahabientes. Sobre esta base, la Corte, previa solicitud o de oficio en circunstancias excepcionales, podrá determinar en su decisión el alcance y la magnitud de los daños, pérdidas o perjuicios causados a las víctimas o a sus causahabientes, indicando los principios en que se funda”<sup>79</sup>.*

<sup>76</sup> Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, “Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal internacional”, Naciones Unidas, 2000, regla 85.

<sup>77</sup> Ibidem.

<sup>78</sup> Corte Penal Internacional, Sala de cuestiones Preliminares, Providencia del 29 de junio de 2006, asunto fiscalía contra Thomas Lubanga, ICC-01/04-01/06.

<sup>79</sup> Estatuto de Roma, Art. 75.

7.4.6.1.3 Intervención de las víctimas en las etapas del sistema acusatorio<sup>80</sup>

ETAPA	RESPONSABLE	FINALIDAD	INTERVENCIÓN DE VÍCTIMAS
Investigación	Fiscalía	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Recaudar evidencia.</li> <li>- Establecer si un crimen de competencia de la corte fue cometido.</li> <li>- Determinar quiénes son los posibles responsables.</li> <li>- Identificar a las víctimas.</li> </ul>	Para el Fiscal determinar que no existe fundamento razonable para acudir a la sala de cuestiones preliminares, debe tener en cuenta los intereses de las víctimas, la gravedad de crimen y el interés de la justicia.
Intervención	Sala de Cuestiones Preliminares	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Imputación de cargos contra los responsables.</li> <li>- Decreto de medidas cautelares necesarias para asegurar la reparación del daño.</li> <li>- Reconocimiento de la calidad de víctima.</li> </ul>	En la decisión sobre la admisibilidad del caso puede la víctima presentar sus observaciones mientras que el acusado y el estado pueden apelar. Para ello la secretaría de la CPI remite a las víctimas un resumen de los argumentos sobre los cuales soporta la incompetencia de la Corte, para que puedan o intervenir efectivamente.
Juicio Oral	Sala de Primera Instancia	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Decisión de fondo.</li> </ul>	Puede ser apelada por la víctima.

<sup>80</sup> Estatuto de Roma, Art. 75.

## 8. UNIDAD 3

### *Las mujeres, los niños, las niñas y adolescentes*

#### 8.1. Objetivo general de la unidad

- Identificar y analizar la importancia y avances que en materia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, DIDH, se ha alcanzado en la protección a mujeres, niños, niñas y adolescentes, cuando son víctimas de violaciones a los derechos humanos.

#### 8.2. Objetivos específicos de la unidad

- Profundizar sobre la legislación, doctrina, casuística, internacional y nacional entorno a una perspectiva de género y grupos de especial protección, entre ellos, las mujeres, niños, niñas y adolescentes, como víctimas de violaciones a los derechos humanos.
- Analizar la situación especial de las mujeres en calidad de víctimas del Derecho Internacional Humanitario.
- Estudiar la condición de las niñas, los niños y adolescentes en calidad de víctimas del Derecho Internacional Humanitario.
- Profundizar en la comprensión de situaciones especiales de vulneración a los derechos de las víctimas en el Derecho Internacional Humanitario.

#### 8.3. Introducción

La necesidad de protección de sectores de población vulnerables que son objeto de violaciones a los derechos humanos, es un imperativo en el sistema internacional, regional y nacional de los derechos humanos, manifestado en tratados, en convenciones y en normatividad interna, donde los Estados muestran su interés de avanzar en áreas específicas, a fin que redunde en el beneficio de la humanidad y en la disminución de los niveles de impunidad.

En consecuencia, las mujeres, los niños, las niñas y adolescentes en condición de víctimas de violaciones a los derechos humanos, han encontrado espacios normativos importantes para su defensa, en una legislación internacional cada vez más proclive a considerarlos fundamentales en los marcos jurídicos de protección, en desarrollo del fenómeno de la humanización del derecho internacional público, enfocada en su rama del derecho internacional de los derechos humanos. DIDH.

##### 8.3.1 Aspectos jurídicos de inclusión de la mujer, niños, niñas y adolescentes

El sector de población en estudio, niños, niñas y adolescentes, pertenecen al grupo de sujetos de especial protección. Con respecto a las mujeres, actúan circunstancias específicas, conforme a los cometidos de la Constitución Política de 1991, en atención a repetidas e históricas situaciones de discriminación lo que ha motivado acciones concretas a fin de garantizar la efectividad material de los derechos de estas personas. Estas acciones se concretan con la adopción por parte del Estado de medidas orientadas y ajustadas a efectivizar el principio de la igualdad. De la manera como el Estado colombiano, contribuya a materializar este principio, estaría acatando los parámetros establecidos en tratados y convenciones internacionales que velan por la protección de los menores y de las mujeres. Veremos algunos de los aspectos centrales para la comprensión de la especial relación entre este tipo de personas y la normativa.

### 8.3.1.1 El principio de la igualdad, la discriminación positiva y las acciones afirmativas

En términos generales, el contenido del principio de la igualdad, es que todas las personas son iguales, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole. Se fundamenta en nuestra imagen de la naturaleza del género humano y en el concepto de dignidad de las personas; estas dos razones hacen inadmisibles a los Estados adoptar disposiciones discriminatorias en sus ordenamientos. Sin embargo, hay situaciones que se conocen como *discriminación positiva*, donde se permite a los Estados a través de su legislación interna, favorecer la participación o la situación de individuos o grupos de individuos específicos –históricamente tratados desigualmente-, por lo que se permite, a través de instrumentos normativos, realizar distinciones que lleven a mejorar la situación de personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, (C.P., Constitución Política, art. 13, párr. 2 y 3).

Es el caso, por ejemplo, de la promoción de los adolescentes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud -artículo 45 de la C.P.-; y es también el caso de la Ley 581 de 2000, en la cual se promueve a la mujer a participar en los cargos decisorios de las tres ramas del poder público, a nivel nacional, departamental y municipal y en otros niveles decisorios, con un mínimo del 30% de los cargos. De otra parte, se permiten *acciones afirmativas*, “que son el conjunto de medidas de carácter temporal dirigidas específicamente a remediar la situación del grupo al que están destinadas en un aspecto o varios aspectos de su vida social para alcanzar la igualdad efectiva”<sup>81</sup>.

Los conceptos de discriminación positiva y de acciones afirmativas hacen parte de un nuevo derecho antidiscriminatorio, se vinculan con la efectividad de la igualdad y en gran medida se han desarrollado en sede judicial, con importantes fallos judiciales del ámbito internacional (Discriminación positiva. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sentencia de 11 de noviembre de 1997<sup>82</sup>) y nacional, (test de razonabilidad - Corte Constitucional. Sentencia C-022 de 1996). En sede parlamentaria también se han desarrollado estos conceptos, buscando el rompimiento con un derecho neutro y androcéntrico –esto es, un derecho que tiene como punto de partida las necesidades de los varones-, que propendía por el mantenimiento de situaciones excluyentes y patriarcales, iniciando el camino hacia la promulgación de leyes específicas dirigidas a grupos anteriormente invisibles<sup>83</sup>.

### 8.3.1.2 El riesgo y vulnerabilidad

De otra parte, es válido recordar la importancia de la situación en que se puede encontrar un grupo humano específico en relación con los conceptos de riesgo y vulnerabilidad. Al respecto, sin duda el trabajo del Comité Internacional de la Cruz Roja, CICR, permite determinar sus alcances, en materia no solamente de las violaciones al DIH, sino también a los DDHH:

*Para aprehender el riesgo, se debe considerar la naturaleza del peligro y su probabilidad, así como la gravedad de las consecuencias potenciales. Identificar a las personas en riesgo significa identificar los grupos y/o categorías de personas que son más susceptibles de ser víctimas de una violación, un problema, un hecho, para anticiparlos y atenuar sus efectos de manera preventiva. ... La vulnerabilidad de los diferentes grupos, hombres, mujeres, niños, ancianos, difiere entonces según la naturaleza de las violaciones o los hechos y sus consecuencias, según el grado de exposición o de impacto en el grupo, así como en la capacidad de este para superar el problema. ... Se confiere*

<sup>81</sup> Cfr. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos; Defensoría del Pueblo. Manual de calificación de conductas violatorias: derechos humanos y derecho internacional humanitario, Temis, Bogotá, 2004, p. 409, citando el informe final de Prevención de la Discriminación, del Relator Especial, sobre el concepto y práctica de la acción afirmativa.

<sup>82</sup> Caso Kalake. El Tribunal explica que con la discriminación positiva se busca la igualdad de resultados, por cuanto en una situación de igualdad de oportunidades, en espacios que tradicionalmente han manejado los hombres, la probabilidad de que una mujer obtenga el cargo se reduce.

<sup>83</sup> En este capítulo se han seguido en gran medida las ideas expresadas en: Pérez Portillo, Soraya. “La mujer y el Estado, un campo de reclamaciones”, Revista Nova Et Vetera, Segundo Semestre 2004, (No. 53), pp. 36- 43.

esa protección específica a los niños en razón de la vulnerabilidad que implica su edad, mientras que, en el caso de las mujeres, esa protección responde, principalmente, a las necesidades específicas que tienen en materia de salud, higiene, necesidades fisiológicas o vinculadas a su papel de madres. De modo que, en el DIH, las mujeres no son consideradas "vulnerables" por ser mujeres, sino que su vulnerabilidad se relaciona con características físicas o necesidades específicas, como las de las mujeres embarazadas, las parturientas o las madres con niños pequeños. Los niños, por su parte, son considerados justamente como una categoría de personas vulnerables en razón de su desarrollo fisiológico y mental, capacidades relativas a su edad y su dependencia de los adultos<sup>84</sup>.

### 8.3.2 Las mujeres víctimas de violaciones a los DDHH<sup>85</sup>

En principio, el tema de la mujer se encuentra relacionado con el concepto de "género" y este puede definirse como una construcción social elaborada con base en las diferencias de sexo. Citaremos in extenso el texto de De Barbieri, por considerarlo suficientemente claro, profundo e ilustrador del asunto que aquí se trata:

*...Tradicionalmente, esta construcción social y cultural del género ha colocado a las mujeres en una situación de subordinación que ha limitado su accionar al ámbito doméstico, reduciéndolo a actividades de cuidado de la familia o a actividades productivas bajo la tutela de los varones, lo cual ha impedido el pleno ejercicio de sus derechos humanos y libertades fundamentales.*

*En muchas circunstancias se tiende a identificar el concepto de "género" con el de "mujer". Se piensa, entonces, que aplicar una perspectiva de género implica "incorporar" temas relativos a las mujeres en los análisis que se desarrollen, sumar mujeres a las instituciones o solamente hacer distinciones de lenguaje ("los" y "las"; "todos" y "todas", etc.). Lo que sucede es que como estos aspectos no han sido considerados, las mujeres han sufrido una merma a sus derechos, lo cual ha motivado que se desarrollen iniciativas específicas para contrarrestar esta situación, tales como oficinas de la mujer; defensorías de la mujer; informes específicos, etc.*

*Debe señalarse que estas acciones no son contradictorias con el análisis de género; por el contrario, un análisis de género permite evidenciar que las mujeres no reciben la misma atención que los varones hacia las violaciones de sus derechos; que esta circunstancia impide además su acceso a formas de justicia y de reparación; y que existen violaciones de género, esto es, violaciones que las afectan específicamente por ser mujeres. Esta situación ha motivado las referidas acciones específicas.*

*En resumen, aplicar una perspectiva de género en el análisis y estudio de las violaciones de derechos humanos significa:*

- *Reconocer que hombres y mujeres resultan afectados por dichas violaciones de manera específica y diferenciada.*
- *Identificar la existencia de diferentes causas y consecuencias para hombres y mujeres cuando una situación de violación de derechos humanos se presenta.*
- *Entender que existen violaciones de derechos humanos dirigidas específicamente a las mujeres por el hecho de serlo.*

<sup>84</sup> <http://www.icrc.org/Web/Spa/sitespa0.nsf/html/p0798>, consulta de mayo 2009.

<sup>85</sup> Nota: Consultoría realizada por Julissa Mantilla. "La perspectiva de género en el contexto de la Política de Lucha contra la Impunidad por violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario" Agosto 2007.



*Un ejemplo muy claro se encuentra en los casos de violencia sexual, que afectan mayoritariamente a las mujeres y donde, además de los hechos concretos de violencia, existe una intención adicional de humillar y degradar a la víctima, ensañándose con sus cuerpos, específicamente con sus genitales. Otro ejemplo se verifica en el caso de personas encarceladas, ya que en muchos países las mujeres no tienen acceso a la visita íntima con la misma facilidad que los hombres; además, no se considera la necesidad de asistencia médica específica tales como exámenes ginecológicos<sup>86</sup>.*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, sienta un fundamental fallo en materia de género, en el caso del Penal Castro Castro contra Perú<sup>87</sup>, referido a las ejecuciones extrajudiciales ocurridas en 1992, en el contexto de la mudanza de prisioneras del centro penitenciario Miguel Castro Castro a la cárcel de máxima seguridad de mujeres en Chorrillos, en el denominado "Operativo Mudanza 1. En el fallo, la Corte distingue expresamente entre los hombres y mujeres afectados por los hechos, resaltando además los casos de las internas en estado de gestación. En específico, las mujeres se vieron afectadas por actos de violencia de manera diferente a los hombres, como un medio simbólico de humillación. Estos aspectos específicos del caso, sirvieron para responsabilizar internacionalmente al Estado a la luz del artículo 5° de la Convención Americana, a las disposiciones pertinentes de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belem do Pará) y la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Como apropiadamente destaca la Corte, estos instrumentos "complementan el *corpus juris* internacional en materia de protección de la integridad personal de las mujeres, del cual forma parte la Convención Americana".

Otro aspecto que llamó la atención de la Corte, tuvo relación con la desnudez forzada a la que también fueron sometidas las internas, al considerar que este tratamiento constituyó violencia sexual dado que las mujeres fueron constantemente observadas por hombres, en ese sentido se expresa que, "la violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen en una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno". Igualmente el concepto de violación sexual se extiende a la inspección vaginal dactilar realizada por personas encapuchadas, a la que fueron sometidas las internas.

En relación con la situación de las mujeres embarazadas, se constata que experimentaron un sufrimiento psicológico adicional, ya que además de haber sido lesionadas en su propia integridad física, padecieron sentimientos de angustia, desesperación y miedo por el peligro que corría la vida de sus hijos, la Corte señaló que el hecho de que algunas de las internas estuvieran embarazadas resultaba un agravante, dado que los actos de violencia les afectaron en mayor medida. Esta sentencia indica, pues, la postura de los tribunales internacionales en pro de la promoción de una perspectiva específica en asuntos que tienen que ver con las mujeres, habida cuenta la situación histórica de discriminación y maltrato.

### 8.3.3 Los menores, víctimas de violaciones a los DDHH

Se trata de otro grupo poblacional que requiere consideración especial; el artículo 44 de la CP, establece como fundamentales y prevalentes los derechos de los niños, de las niñas y a los adolescentes, como sujetos de especial protección, así como el artículo 45 de la CP. Mediante la Ley 1098 de 2006, se precisa que en Colombia, los menores de 18 años son sujetos titulares de derechos, siendo niño o niña las personas desde los 0 a 12 años y entendiendo por adolescentes, las personas de 12 a 18 años<sup>88</sup>.

<sup>86</sup> De Barbieri, Teresita, "Sobre la categoría de género. Una introducción teórico-metodológica", Revista Interamericana de Sociología, 1992, (N° 2-3).

<sup>87</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. CIDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro v. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2006.

<sup>88</sup> "La adolescencia es un período caracterizado por rápidos cambios físicos, cognitivos y sociales incluida la madurez sexual y reproductiva; la adquisición gradual para asumir compromisos y funciones de adultos que implican nuevas obligaciones y exige nuevos conocimientos teóricos y prácticos" Observación General No. 4 de 2003 Comité de los Derechos del Niño.

Esta precisión, no lo hace incompatible con la Convención de los derechos del niño, Ley 12 de 1991, donde “se entiende por niño todo ser humano menor a los 18 años de edad” (art. 1°), en cuanto la misma ley de la infancia y de la adolescencia, estima que los derechos de estos menores prevalecerán, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales y los de cualquier persona.

Con base en la Convención de los Derechos del Niño, compete a los Estados tomar las medidas apropiadas para hacer efectivo el derecho intrínseco a la vida, a la supervivencia y su desarrollo, así como a garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación. Específicamente, se busca la protección concreta de los menores como víctimas de violaciones a los derechos humanos o vulneraciones al derecho internacional humanitario, cuando se establece en el artículo 39 de la Ley 12 de 1991 que:

*Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño.*

Se encuentra un interesante caso resuelto amistosamente en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ocurrido en Chile, -en una situación que no es extraña en el acontecer colombiano-, por “discriminación contra una estudiante embarazada de parte de una institución educativa estatal. El gobierno chileno no consideró la expulsión de la menor embarazada como un acto de discriminación y afectación al derecho a la privacidad. La petición alegó violación de derechos que protegían el honor y la dignidad e igualdad ante la ley. La solución amistosa indicó el establecimiento de una beca para la peticionaria a fin de que continuara con sus estudios”<sup>89</sup> MCG v. Chile 2002.

### 8.3.3.1 Factores de riesgo de vulneración de los derechos de los menores

Con independencia de encontrarse o no en la condición de víctima, y considerando la violación a los derechos de los menores, la Defensoría del Pueblo, encontró factores de riesgo que llevan a que los niños, niñas, los y las adolescentes, se encuentren más propensos a sufrir el quebrantamiento a sus derechos, como en el caso de la “vulneración específica del derecho a tener una familia y a no ser separado de ella”<sup>90</sup>, escenario que hace propicio el reclutamiento por los grupos alzados en armas al margen de la ley, es así que el informe advierte que el 15% de los niños y el 25.2% de las niñas, expresaron que, la violencia y la falta de afecto en sus familias influyeron como factores para ingresar a grupos armados ilegales. Estas son situaciones de riesgo en las que, usualmente, los derechos a la protección contra toda forma de violencia y al libre desarrollo de la personalidad, resultan ser los más vulnerados para esta población.

En igual sentido, el Comité de los Derechos del Niño, solicita a los Estados Partes de la Convención, dispensar especial protección a los adolescentes sin hogar, quienes... “son especialmente vulnerables a la violencia, los abusos y la explotación sexual de los demás, a los comportamientos de autodestrucción, al consumo indebido de sustancias tóxicas y a las perturbaciones mentales”<sup>91</sup>.

En Colombia, la Constitución de 1991 recoge la concepción de “la protección integral del menor”, acorde a la Convención sobre los derechos del niño, este es el mismo sentido que inspira a ley de la infancia y remedia las carencias de las que adolecían, al respecto, la Ley 1098 de 2006, que dejó atrás “la teoría de la situación irregular”, contenida en el Código del Menor de Decreto 2737 de

<sup>89</sup> Consultoría realizada por, Julissa Mantilla. Op. Cit. Bogotá 2007.

<sup>90</sup> Defensoría del Pueblo. La niñez y sus derechos. Boletín número 9, Bogotá, noviembre de 2006.

<sup>91</sup> Comité de los Derechos del Niño. Observación General No. 4 de 2003.

1989 (derogado). En la anterior normatividad, los niños eran considerados sujetos de protección siempre y cuando hubieran sido declarados en "situación irregular" a fin que operaran los mecanismos previstos en el código, los criterios que tenía en cuenta el juez, eran la pobreza o la carencia de familia, en consecuencia, el menor era considerado peligroso para la sociedad.

En la actualidad,

*La ley de la infancia y la adolescencia busca que los adolescentes que cometan delitos respondan ante procesos judiciales que respeten todas las garantías propias del debido proceso y del derecho de defensa. Deberán ser juzgados en un proceso penal de carácter diferenciado al de los adultos, especializado en todas las autoridades que lo apliquen y de carácter pedagógico que forme al adolescente en el respeto por los derechos humanos de los demás. No serán juzgados como adultos y si se requiere una medida de privación de libertad, esta solo podrá ser de hasta 5 años y deberá cumplirse en centros especializados del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar<sup>92</sup>.*

En el mismo sentido de protección integral, los adolescentes serán responsables penalmente desde los 14 años de edad y antes de cumplir los 18 años, las sanciones en materia de responsabilidad penal variarán desde la amonestación, imposición de reglas de conducta, prestación de servicio a la comunidad, libertad asistida, internación en medio semicerrado y la privación de la libertad en centro de reclusión especializado, las sanciones deberán ceñirse a los lineamientos del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y tendrán una finalidad, protectora, educativa y restaurativa; se aplicará con apoyo de las familias y de especialistas.

### 8.3.3.2 El procedimiento cuando el menor es la víctima

Con base en la prevalencia de los derechos del niño, de la concepción de protección integral, cuando sean víctimas niños, niñas y adolescentes la autoridad judicial tendrá en cuenta una serie de criterios que le garanticen a las víctimas el respeto a la integridad personal; se les comunicará la forma de hacer valer sus derechos, la finalidad del proceso, se le informará igualmente a los padres, o representantes legales o con los que conviva, se le informará de cualquier manera al Defensor de Familia; se garantiza que el menor víctima debe estar libre de presiones, así como el deber de adoptar medidas cautelares a fin de hacer posible la indemnización efectiva del daño. El menor o la menor debe estar acompañado de una persona especializada cuando rinda testimonio; se debe prestar particular atención en las conciliaciones, desistimientos e indemnización integral, a fin que no se vulnere los derechos de los niños, niñas y adolescentes cuando son víctimas; y de manera especial, en las audiencias no se expondrá a la víctima frente a su agresor, para lo cual se utilizará cualquier medio tecnológico.

El Defensor de familia podrá solicitar información sobre el desarrollo de la investigación, para efecto de tomar las medidas de verificación de la garantía de los derechos y restablecimientos a que haya lugar. Los padres o el representante legal, están facultados para intervenir como representantes del menor o de la menor en el proceso penal que investigue a un adulto cuando resulte un niño, niña o adolescente víctima, en los términos del Código de Procedimiento Penal y para iniciar el incidente de reparación integral de perjuicios. En el juicio y en el incidente de reparación, el menor o la menor debe estar asistido de un abogado calificado, nombrado por el defensor del Pueblo; el incidente puede iniciarse de oficio, si los padres o el representante legal o el defensor no lo soliciten después de los treinta días de la ejecutoria de la sentencia.

### 8.3.3.3 Explotación sexual de los menores

Con relación a la explotación sexual de los menores, prostitución infantil, utilización de niños y niñas en la pornografía, es compromiso por parte de los Estados Partes de la Convención de los Derechos del Niño, protegerlos y protegerlas contra todas

<sup>92</sup> <http://www.ginaparody.com/leyes/ley-infancia-adolescencia>, consulta de mayo de 2009.

las formas de explotación y abusos sexuales (art. 34). Y, en el Protocolo Facultativo de la Convención, se vela para que los niños y niñas víctimas de las prácticas prohibidas, sean protegidos, en atención a:

- a) su vulnerabilidad;
- b) ser informado de sus derechos, su papel, el alcance, las fechas y la marcha de las actuaciones y la resolución de la causa;
- c) a autorizar la presentación y consideración de las opiniones, necesidades y preocupaciones de los niños víctimas en las actuaciones en que se vean afectados sus intereses personales, de una manera compatible con las normas procesales de la legislación nacional;
- d) a prestar la debida asistencia durante todo el proceso a los niños víctimas;
- e) a proteger debidamente la intimidad e identidad de los niños víctimas y adoptar medidas de conformidad con la legislación para evitar la divulgación de información que pueda conducir a la identificación;
- f) a velar en caso necesario, por la seguridad de los niños víctimas, así como por las familias y los testigos a su favor, frente a intimidaciones y represalias;
- g) a evitar demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de resoluciones o decretos por los que se concedan reparaciones a los niños víctimas.

Es importante resaltar, que la duda sobre la edad real del menor víctima de explotación sexual, no debe ser impedimento para iniciar el proceso penal. El interés jurídico, en todo caso, es la prevalencia del interés jurídico superior, contenido en el artículo 44 constitucional.

#### 8.3.3.4 Niños y niñas trabajadores

La explotación laboral a que son sometidos niños y niñas en diferentes latitudes del planeta, es una realidad. Las situaciones donde se vulneran los derechos de los niños y niñas abundan, para ilustrar esta realidad cruel, está el caso de niños comprados para el ejercicio de labores domésticas, como ocurre en Haití, conocidos como los restavekes, o de casos de servidumbre y esclavitud infantil de numerosos niños y niñas en Pakistán conocidos como los tejedores infantiles de alfombras y tapices, que trabajan en condiciones que deterioran la vista y provocan deformaciones en sus brazos, piernas y la espalda<sup>93</sup>.

En materia laboral, es evidente la participación en el mercado de trabajo de los y las menores. La Organización Internacional del Trabajo, informa cómo se vuelve una necesidad el trabajar para los niños y niñas a una edad muy temprana -6 ó 7 años-, en jornadas interminables y en condiciones que menoscaban su desarrollo físico e intelectual. Las niñas además, acumulan agresiones sexuales, pasando por el trabajo doméstico, la esclavitud rural y el maltrato infantil. Para la OIT, la explotación laboral infantil es una forma de tráfico de niños y niñas.

La edad mínima para trabajar, en el ámbito de la OIT -Convenio 138-, no puede ser inferior a los quince (15) años, se exceptúa este principio frente a los países menos desarrollados en los que se especifica inicialmente una edad mínima de catorce (14) años.

En Colombia, conforme a la ley de la infancia y la adolescencia, no se pueden admitir como trabajadores a menores de 15 años de edad, o excepcionalmente se admitiría, para labores, recreativas, artísticas, culturales y deportivas siempre y cuando no se menoscabe su salud física y mental. En ambos casos requiere de autorización del Inspector de Trabajo o en su defecto del Ente Territorial Local. (L. 1098/2006, art. 35) La transgresión a esta norma puede llevar a la sanción de las empresas, a través del Ministerio de la Protección Social.

<sup>93</sup> Martín Medem, José Manuel, *La Guerra Contra los Niños*, El Viejo Topo, Madrid, 1998, p. 51.

En Colombia, acorde a la información de la OIT, la población menor trabajadora asciende a 1'058.810, del total de población trabajadora, en edades entre 5 a 17 años; a ellos se suman 961.507 menores, que desempeñan labores domésticas en jornadas extenuantes. Entre tanto, en el mundo más de 200 millones de niños y niñas son trabajadores, se estima que unos 100 millones de niños son explotados laboralmente<sup>94</sup>.

### 8.3.4 Normatividad básica protectora de la niñez y mujeres

#### 8.3.4.1 En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Organización de Naciones Unidas Instrumentos Internacionales	Asamblea General de las Naciones Unidas	Ley en Colombia
Convención sobre los derechos del niño.	Resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989.	Ley 12 de 1991.
Declaración de los derechos del niño.	Resolución 1386 (XIV), 20 de diciembre de 1959.	
Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de los niños en conflictos armados.	Resolución A/RES/54/263, 25 de mayo de 2000.	Aprobado en Colombia mediante la Ley 833 de 2003.
Protocolo Facultativo de la Convención de los derechos del niño relativo a la venta de niños, prostitución infantil y la utilización de los niños en Pornografía.	Resolución A/RES/263 mayo 25 de 2000.	Aprobado en Colombia mediante la Ley 765 de 2002.
Convención contra la delincuencia organizada transnacional.	Naciones Unidas. Resolución A/RES/55/25 del 15 de noviembre de 2000.	
Protocolo Complementario para prevenir, reprimir y sancionar el tráfico de personas, especialmente mujeres y niños.	Naciones Unidas 2000.	
Convención contra la tortura y otros tratos crueles inhumanos y degradantes.	Resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984.	
Declaración sobre los principios sociales jurídicos relativos a la protección y bienestar de los derechos de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional.	Resolución 41/85, del 3 de diciembre de 1986.	
Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad.	Resolución 4/113 del 14 de diciembre de 1990.	
Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad).	Resolución 45/112 del 14 de diciembre de 1990.	
Convención sobre la obtención de alimentos en el extranjero.	Nueva York, 20 de junio de 1956.	Ley 471 de 1998.
Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de los menores. (Reglas de Beijing).	Resolución 40/33 del 29 de noviembre de 1985.	
Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés, de 1979.	Naciones Unidas.	
Protocolo facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.	Asamblea General de las Naciones Unidas el seis (6) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).	Ley 984 de 2005.
Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.	A/CONF.39/27 (1969), Naciones Unidas.	

<sup>94</sup> El Tiempo. 12 de junio de 2009. "Sigue la batalla contra trabajo de los menores" Bogotá. Pp. 1-19.

### 8.3.4.1 Organización Internacional del Trabajo. OIT

Instrumentos Internacionales	Organización Internacional del Trabajo. (OIT)
Convenio relativo al examen médico de los menores empleados a bordo de buques.	Convenio 16 Organización Internacional del Trabajo. (OIT)
Convenio relativo a la limitación del trabajo nocturno de los menores en trabajos no industriales.	Convenio 79 Organización Internacional del Trabajo. (OIT)
Convenio relativo al trabajo nocturno de los menores en la industria.	Convenio 90 Organización Internacional del Trabajo. (OIT)
Convenio relativo a la edad mínima de admisión al trabajo subterráneo en las minas.	Convenio 123 Organización Internacional del Trabajo. (OIT)
Convenio relativo al examen médico de aptitud de menores para el empleo en trabajos subterráneo en las minas.	Convenio 124 Organización Internacional del Trabajo. (OIT)
Convenio relativo a la edad mínima de admisión al empleo.	Convenio 138 Organización Internacional del Trabajo. (OIT)
Convenio relativo a la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación.	Convenio 182 Organización Internacional del Trabajo. (OIT)

### 8.3.4.2 En el sistema regional

#### 8.3.4.2.1 Organización de Estados Americanos

Instrumentos Internacionales	Organización de Estados Americanos OEA	Ley en Colombia
Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica"	San José de Costa Rica 1969.	Ley 16 de 1972.
Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias.	Montevideo, 15 de julio de 1989.	Ley 449 de 1989.
Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores.	México, 18 de marzo de 1994.	Ley 470 de 1998.
Lucha contra la delincuencia transnacional en el Hemisferio.	AG/RES/2189 XXXVI O.06.	
Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) de 1994.	Organización de Estados Americanos. Asamblea General.	

## 8.3.4.2.2 En el derecho interno

Código para la infancia y la adolescencia	Ley 1098 de 2006. Que derogó el Código del Menor. Decreto 2737 de 1989
Que excluye del impuesto sobre las ventas de boletas de entrada a los eventos deportivos y de recreación infantil.	Ley 23 de 1994.
Que prohíbe el expendio de bebidas embriagantes a los menores de edad.	Ley 124 de 1994.
Que sistematiza, coordina y reglamenta algunas disposiciones en relación con el porte y consumo de estupefacientes y sustancias sicotrópica.	Decreto 1108 de 1994.
Que crea el comité interinstitucional para la erradicación del trabajo infantil y la protección del menor trabajador.	Decreto 859 de 1995.
Se expide el estatuto para prevenir y contrarrestar la explotación, la pornografía y el turismo sexual con menores.	Ley 679 de 2001.
Se apoya a la mujer cabeza de familia.	Ley 82 de 1993 Modificada por la ley 1232 de 2008.
Se aprueba el "Acuerdo sobre asistencia a la niñez entre la República de Colombia y la República de Chile".	Ley 468 de 1998.
Trata de personas y protección a las víctimas de la misma.	Ley 985 de 2005.

## 8.3.5 Menores y mujeres víctimas de los delitos de lesa humanidad

Los crímenes de lesa humanidad implican infracciones graves al derecho internacional de los derechos humanos, que ofenden la conciencia ética de la humanidad y niegan la vigencia de las normas indispensables para la coexistencia humana<sup>95</sup>, tales como tortura, ejecuciones extrajudiciales, desaparición forzada, genocidio; en estas situaciones y siempre y cuando las víctimas sean niños, niñas, adolescentes y mujeres, en el procedimiento de la Corte Penal Internacional, tanto en la etapa de investigación como la del juicio estas víctimas tienen su protección.

*Al respecto, Cabe mencionar que en 1998, con base en los fallos de los tribunales internacionales, el Estatuto de la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma<sup>96</sup>) calificó de crímenes contra la humanidad "la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable" (art. 7°). Así mismo, tipificó como crimen de guerra los "actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que constituya una violación grave de los Convenios de Ginebra" (art. 8°)<sup>97</sup>.*

<sup>95</sup> <http://www.ejercito.mil.co/?idcategoria=295>

<sup>96</sup> Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. [http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome\\_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf) , consulta febrero 25 de 2009.

<sup>97</sup> Mantilla (op. cit.).

### 8.3.5.1 La víctima de delitos de lesa humanidad en la Corte Penal Internacional

*“La Corte Penal Internacional fue concebida como un instrumento para combatir la impunidad y lograr el respeto y la efectividad de los derechos humanos básicos, de las leyes de la guerra y del derecho internacional humanitario, incluso dentro de las fronteras de un Estado. Complementa los sistemas penales nacionales en la sanción de los responsables, en la reparación a las víctimas y en el restablecimiento de los derechos, al buscar que quienes sean responsables de cometer genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra o el crimen de agresión, y no hayan sido o no hayan podido ser juzgados en el ámbito nacional, sean juzgados por una Corte Penal Internacional con vocación de universalidad”<sup>98</sup>.*

Etapa de investigación de la Corte Penal Internacional:

El Fiscal puede adoptar las “medidas adecuadas para asegurar la eficacia de la investigación y el enjuiciamiento”. Al respecto está facultado acorde al Estatuto de la Corte, para:

- a) Reconocer las circunstancias y garantizar los intereses personales de las víctimas y los testigos y tendrá en cuenta la naturaleza de los crímenes (art. 54. 1. b ER).
- b) Ejercer las facultades básicas de orden investigativo, como reunir y examinar pruebas y hacer comparecer e interrogar a las personas objeto de investigación, las víctimas y los testigos (art. 54. 3. lits. a) y b) ER).

En la etapa del juicio

La parte VI del Estatuto está dedicada a describir y desarrollar la etapa del juicio. En lo referente al sistema de protección a las víctimas y los testigos, la Corte Constitucional, al declarar exequible la Ley 742 del 5 de junio de 2002 “Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, anotó:

*La Corte tiene la obligación general de “adoptar las medidas adecuadas para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas y los testigos” (art. 68 ER) tomando en cuenta, para ello, factores tales como la edad, el género, la salud y el tipo de delitos que son objeto del juicio. (Negrita fuera de texto) Tales medidas no podrán redundar en perjuicio de los derechos del acusado o de un proceso justo e imparcial. Partes del juicio, o la presentación de pruebas por medios especiales se podrán hacer a puerta cerrada –in camera– como excepción al principio de audiencias públicas (art. 68. 2.), y la Corte adoptará tales medidas particularmente en el caso de una víctima de violación sexual o en aquellos otros en los que un menor de edad que es la víctima del delito que se juzga. (Negrita fuera de texto) Sobre esta materia, la experiencia de los tribunales ad-hoc habrá de guiar la implementación de estos mecanismos<sup>99</sup>, que incluso pueden guardar relación con las reglas de confidencialidad (art. 65 9.) que los Estados Partes pueden alegar en su favor en casos en los que la investigación y el juicio que adelanta la Corte afecten asuntos relacionados con la defensa o soberanía nacionales”<sup>100</sup>.*

*“La protección de los derechos de testigos y víctimas que puedan verse afectados durante la investigación o por la práctica de ciertas pruebas que prevé el Estatuto de Roma, concuerda con la protección constitucional a los*

<sup>98</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-578/2002.

<sup>99</sup> Pueden consultarse sobre el particular, los casos de la Fiscalía v. Tadic (Caso No. IT-94-1-T) en el que se resuelve una solicitud de protección para víctimas y testigos presentada por la Fiscalía y, en el mismo sentido, Fiscalía v. Rutaganda (Caso No. ICTR-96-3-T).

<sup>100</sup> Ver. Schabas, William, *Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, p. 119.



derechos de los niños (art. 44 CP), del respeto a la intimidad (art. 15 CP) y el libre desarrollo personal (art. 16 CP). Igualmente, con el propósito de garantizar tales derechos antes del comienzo del juicio, el Fiscal puede difundir un resumen en vez de toda la información o pruebas si la seguridad o la integridad del un testigo o la de su familia puede correr grave peligro (artículo 68. 5 ER). Ello no supone un tratamiento diferente al previsto en la Constitución". Sentencia C-578/2002<sup>101</sup>.

#### 8.4 MUJERES, NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS DE INFRACCIONES AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

*"Las guerras las deciden los hombres, las padecen sobre todo las mujeres y mueren indefensos los niños y las niñas. Las niñas son doblemente víctimas: como infancia y como mujeres"*<sup>102</sup>.

Uno de los elementos que condiciona la comprensión del concepto de víctima, es la regulación fragmentada que realiza el Derecho Internacional Humanitario, ya que prevé de forma separada la protección y atención a las necesidades especiales de diferentes categorías: la población civil, los heridos de las Fuerzas Armadas, los prisioneros de guerra, los refugiados, los desplazados, las mujeres, las niñas, los niños y los adolescentes.

No obstante, sin importar la categoría de la víctima, su protección deberá ser sistemática y no circunstancial, completa y no fragmentada, y preventiva, no reactiva<sup>103</sup>, motivo por el cual durante el presente capítulo se desarrollarán las normas del Derecho Internacional Humanitario que atienden las diferentes categorías.

Inicialmente se estudiarán las mujeres en el marco del Derecho Internacional Humanitario, como víctimas de infracciones a esta normatividad y especialmente en el uso de la violencia sexual en contexto de conflicto; para finalizar con el análisis de la violencia contra los niños, las niñas y los adolescentes como continuación de la violencia contra la mujer.

##### 8.4.1 Mujeres en el marco del derecho internacional humanitario

*"Me monté al carro. Llegué a la casa. Los niños estaban allá con las vecinas. Los abracé largamente. - A su papito lo mataron, y no va a volver – les dije. Se quedaron en silencio, muy junticos, pegaditos a mí. La rabia que sentía era más grande que mi dolor, tiré las cosas al suelo y grité: ¡Por qué!"*<sup>104</sup>.

Las repercusiones de los conflictos armados en las mujeres son múltiples, entre otras se pueden mencionar la inseguridad física y económica, pérdida de seres queridos, un riesgo mayor de violencia sexual, e incluso la muerte<sup>105</sup>. La afectación a cada mujer dependerá de sus características personales, su entorno social, económico, político y cultural, sus necesidades particulares, vulnerabilidades y mecanismos propios de adaptación.

<sup>101</sup> Sentencia C-578/2002 Referencia: Expediente LAT-223 Revisión de la Ley 742 del 5 de junio de 2002 "Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)". Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>102</sup> Martín Medem, José Manuel, *La Guerra Contra los Niños*, El Viejo Topo, Madrid, 1998, p. 36.

<sup>103</sup> Comisión on Human Security, *La sécurité humaine. Rapport de la Commission sur la sécurité humaine*, Paris, Presses de la Fondation Nationale de Sciences Politiques, 2003. [http://www.humansecurity-chs.org/finalreport/Outlines/outline\\_french.html](http://www.humansecurity-chs.org/finalreport/Outlines/outline_french.html).

<sup>104</sup> Lara, Patricia, *Las Mujeres en la Guerra*, Planeta, Bogotá, 2000, p. 196.

<sup>105</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, *Responder a las necesidades de las mujeres afectadas por conflictos armados*, Ginebra: 2006.

Por este motivo, en el presente análisis no se estudiará a la mujer en términos de vulnerabilidad, más aún si se tiene en cuenta que las mujeres no son pasivas en contextos de conflicto armado, ya sea porque luchen de forma activa por su resolución y el restablecimiento de la paz, o actúen como miembros de las fuerzas armadas regulares, de grupos armados al margen de la ley, o de servicios de apoyo.

Teniendo en cuenta que las mujeres no son solo víctimas, y que en ocasiones pueden ser victimarias, el Derecho Internacional Humanitario las protege como combatientes, limitando los medios y métodos de combate, como combatientes capturadas, enfermas, heridas o náufragas, y como miembros de la población civil que no participa en las hostilidades.

No obstante, el estudio se restringirá al análisis de las mujeres como víctimas en el Derecho Internacional Humanitario, en este orden de ideas, se analizarán tipos particulares de amenazas y la exposición de las mujeres a esos riesgos. Pues en una comparación de género, si bien en conflicto armado, los hombres son víctimas frecuentes de homicidios y desapariciones; las mujeres son víctimas de ataques civiles, sufren el desplazamiento forzado, están más expuestas a la violencia sexual, y son quienes finalmente deben responsabilizarse de sus familias.

Es así como el impacto diferenciado y agudizado del conflicto armado sobre las mujeres, se debe a la prevalencia de patrones sociales estructurales que fomentan la discriminación, exclusión y marginalización, que se materializan en los altos niveles de violencia y subordinación que le son consustanciales tanto en espacios públicos como en privados, y que las ubica en una posición de desventaja para afrontar el impacto del conflicto armado<sup>106</sup>.

En este mismo sentido, la Comisión Interamericana se ha pronunciado en los siguientes términos:

*tanto los hombres como las mujeres colombianas que hacen parte de la población civil, ven sus derechos menoscabados dentro del conflicto armado colombiano y sufren sus peores consecuencias. Sin embargo, a pesar que los dos sufren violaciones de sus derechos humanos y cargan con las consecuencias del conflicto, los efectos son diferentes para cada uno. La fuente de esta diferencia es que las mujeres colombianas han sufrido situaciones de discriminación y violencia por el hecho de ser mujeres desde su nacimiento y el conflicto armado se suma a esta historia ya vivida. Para las mujeres, el conflicto armado es un elemento que agrava y perpetúa esta historia. La violencia y discriminación contra las mujeres no surge solo del conflicto armado; es un elemento fijo en la vida de las mujeres durante tiempos de paz que empeora y degenera durante el enfrentamiento interno<sup>107</sup>.*

Toda vez que la guerra incrementa desigualdades tales como, la situación de pobreza, el menor grado de educación, la capacidad de movilidad, la exclusión en el acceso a las estructuras de poder y la supresión en la toma de decisiones; se dificulta para las mujeres explicar las dificultades particulares que afrontan en situaciones de conflicto armado y, por otra parte, carecen de autoridad para recomendar una determinada acción preventiva.

Entonces, en la tentativa de identificar las amenazas particulares que deben asumir las mujeres en el contexto del conflicto armado, a causa de su género, se proponen las siguientes:

- Persecución y asesinato por estrategias de control coercitivo por las partes en conflicto.
- Pertenencia a organizaciones sociales, comunitarias o políticas de mujeres, o de sus labores de liderazgo y promoción de los derechos humanos en zonas afectadas por el conflicto armado.

<sup>106</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-496 de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

<sup>107</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia, documento OEA/Ser. L/V/II.Doc 67.

- Desintegración de sus grupos familiares y de sus redes de apoyo material y social.
- Desplazamiento forzado a causa del impacto desproporcionado del conflicto armado.
- Abuso sexual, explotación sexual o uso de la violencia sexual como arma de guerra.
- Explotación o esclavización en grupos armados ilegales para el ejercicio de labores consideradas culturalmente como femeninas.
- Señalamiento o retaliaciones por relaciones con una de las partes en conflicto.
- Despojo de sus tierras y su patrimonio con mayor facilidad por los actores en conflicto.
- Demás infracciones al Derecho Internacional Humanitario.

Resulta indispensable, entonces, analizar cada una de las amenazas planteadas, para determinar el grado del riesgo que corren las mujeres en el Estado colombiano de acuerdo a los mecanismos de prevención diseñados para atenderlos.

- a) Persecución y asesinato: En su afán por controlar territorio, las partes en conflicto realizan ataques indiscriminados, actos de terrorismo contra la población civil, cometen asesinatos, torturas, mutilaciones y violencia sexual contra las mujeres, por lo tanto, deben ser protegidas contra los secuestros, las desapariciones forzadas, las detenciones arbitrarias, la trata de personas, la esclavitud, la persecución y el acoso. Esta protección implica que se le brinde apoyo en su libertad de movimiento, acceso a los mercados y capacidad para desarrollar sus actividades diarias.

Así mismo, y debido a la degradación del conflicto, es necesario proteger a las mujeres del uso de métodos y medios de combate prohibidos por el Derecho Internacional Humanitario.

- b) Pertenencia a organizaciones sociales: Tal como se mencionó anteriormente, uno de los principales roles de la mujer en el conflicto armado lo desarrolla como miembro activo de la sociedad civil, desde donde aporta para la reconstrucción, reintegración y fortalecimiento de los tejidos sociales. Lastimosamente este importante trabajo de liderazgo y promoción de derechos humanos, se convierte en una amenaza para su vida e integridad física, debido a persecuciones, detenciones, retenciones arbitrarias, torturas, desapariciones, minas antipersonal, actos terroristas, actos de violencia sexual y amenazas por parte de los miembros de los grupos armados ilegales, hasta el homicidio, actos que en la mayoría de los casos se cometen también contra sus familias.
- c) Desintegración de grupos familiares: Otro aspecto traumático para destacar en este documento es la separación de familiares a causa del conflicto armado. El Derecho Internacional Humanitario establece que los familiares necesitan conocer el paradero de sus parientes y poder restablecer el contacto con ellos. Pero la búsqueda de información sobre la suerte que han corrido los desaparecidos puede durar años y prolongarse mucho tiempo después cesar las hostilidades, con frecuencia sin resultado alguno.

Las mujeres resultan particularmente afectadas por estos hechos, pues suelen ser ellas quienes pierden a sus hijos o a sus esposos y continúan en la supervivencia ante un futuro incierto. Por ello es que generalmente son las mujeres quienes acuden a las entidades públicas en búsqueda de información sobre los familiares.

El problema aumenta porque las parte en conflicto no colaboran con las víctimas para que averigüen sobre la suerte que han corrido sus familiares, sea que estén desaparecidos, capturados o muertos. Además, desconocer la suerte de los seres queridos y no poder llevarles luto impide procesos de perdón y reconciliación.

*“Yo sigo creyendo y teniendo la esperanza de que mi esposo está vivo y que va a regresar a su familia, para todos poder llevar juntos una vida normal. Pero necesito saber su destino —cualquiera que este sea. Hay miles de personas como yo. Merecemos que se dé respuesta a nuestras preguntas”<sup>108</sup>.*

d) Desplazamiento forzado:

El conflicto armado y el desplazamiento forzado han aumentado la vulneración de la integridad personal las mujeres, quienes se convierten en cabeza de hogar, por quedar viudas, por la ruptura de sus relaciones de pareja o por la pérdida de su compañero o de sus hijos. Aunado a ello, que las comunidades, familias o personas que, a causa de la violencia, se ven obligadas a abandonar su lugar de residencia y de trabajo para proteger su vida, sufren una violación múltiple de sus derechos, afecta la integridad, física y mental, las relaciones familiares, y destruye las redes sociales.

*"me da tristeza porque uno sale desplazada, como me pasó a mí, salí desplazada y a los días, a los meses me mataron a mi marido, me quedé viuda, tengo tres hijos, en la cual me quedó un niños de tres mesecitos"*<sup>109</sup>.

#### 8.4.1.1 Instrumentos de protección

El Estado colombiano tiene la obligación de respetar y hacer respetar el Derecho Internacional Humanitario, esta obligación incluye el respeto y la garantía de las normas que protegen a las mujeres en contextos de conflicto armado, al tiempo que conlleva el deber de judicializar a los presuntos infractores de la normatividad humanitaria.

Entonces, una vez determinadas las amenazas que colocan en riesgo la vida y la integridad de las mujeres en los conflicto armados, es necesario verificar que el Estado colombiano se encuentre cumpliendo con las exigencias que imponen los instrumentos internacionales en la materia, al tiempo de verificar que la normatividad interna establezca el marco jurídico para actuar de manera contundente en la prevención del impacto diferenciado y agudizado que tiene sobre ellas el conflicto armado.

##### 8.4.1.1.1 Instrumentos internacionales

La protección internacional de las mujeres en contextos de conflicto armado se encuentra en los instrumentos del Derecho Internacional Humanitario, tales como los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, sus dos Protocolos Adicionales de 1977 y en otros instrumentos.

En la normatividad humanitaria las mujeres gozan de la protección general que se le brinda a la población civil, están protegidas contra los efectos de los combates y contra el trato abusivo de las partes en conflicto, tienen derecho a ser tratadas humanamente, a que se respete su vida y su integridad física, a no ser maltratadas, torturadas ni acosadas:

*"Las disposiciones que deben observar las partes en conflicto con respecto a todas las personas que no participen directamente en las hostilidades o que hayan dejado de participar en ellas sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna de cualquier otro análogo"*<sup>110</sup>.

No obstante, las mujeres también son protegidas en razón a sus necesidades especiales, contra diversos tipos de agresiones, en particular contra las violaciones, la prostitución forzada y contra cualquier otra forma de atentado al pudor<sup>111</sup>.

<sup>109</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, "Colección audio Colombia: diez años de asistencia a la población desplazada", 2007, disponible en: <http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/colombia-audio-290807?opendocument>, junio de 2009.

<sup>110</sup> República de Colombia. V Informe de la República de Colombia al Comité de la CEDAW 1999 - 2003. Pie de Página 249. Disponible en [www.presidencia.gov.co/equidad/documentos/informe\\_inter.pdf](http://www.presidencia.gov.co/equidad/documentos/informe_inter.pdf)

<sup>111</sup> IV Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 19549, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, artículo 27.

Sin embargo, la protección que ofrecen los cuatro Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales I y II a este grupo especial es un poco limitada, pues su finalidad atiende a las mujeres encintas, las madres lactantes y a madres en general.

Si bien, reconocen que la práctica de la violación en tiempo de conflicto armado es inaceptable, no se reconoce el alcance ni la gravedad de esa práctica, dado que esta disposición no se incluye en la categoría de infracciones graves del derecho internacional humanitario, y tan solo hace referencia a tales conductas como un atentado contra el honor.

Si bien, además de estas importantes disposiciones en torno a la protección de la maternidad y contra la violencia sexual, no existe reglamentación en los cuatro Convenios de Ginebra, ni en sus protocolos adicionales, sobre las amenazas y riesgos específicos que enfrentan las mujeres en situaciones de conflicto armado; es posible identificar normas que atienden estas cuestiones específicas en la protección que brindan a la población en general.

En cuanto a las mujeres que se encuentran en situaciones de detención, el Derecho Internacional Humanitario dispone el establecimiento de dormitorios e instalaciones sanitarias separadas de acuerdo al género.

Por su parte, el Estatuto de Roma tipifica las violaciones, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual como crímenes de guerra cuando se cometen en tiempos de conflicto armados internacionales y no internacionales<sup>112</sup>, constituyendo un importante paso en la lucha contra la impunidad.

Finalmente, la Resolución 1325 de 2000 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, "Consideraciones de género y derechos de la mujer en las misiones del Consejo de Seguridad," prevé disposiciones de protección para las mujeres en los conflictos armados.

- Tratados en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Existen otros tratados en el marco de los Derechos Humanos que también protegen a las mujeres en situaciones de conflictos, como la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer de 1979, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000, su Protocolo Complementario para Prevenir, Reprimir y sancionar el Tráfico de Personas, especialmente de Mujeres y Niños, también del año 2000, y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984.

Debido a que la violencia contra la mujer puede constituir otros crímenes internacionales, otros instrumentos que la protegen en situaciones de conflicto armado son: Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana de Derechos Humanos, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, entre otros.

## **EJERCICIO**

De acuerdo con las amenazas específicas que enfrentan las mujeres en situaciones de conflicto armado, identifique las normas del Derecho Internacional Humanitario consagradas para protegerlas como miembros de la población civil.

---

<sup>112</sup> Estatuto de Roma, artículos 8.2.b)xxii) y 8.2.e)vi).

#### 8.4.1.1.2 Ordenamiento jurídico interno

Los mencionados avances de la normatividad internacional han tenido resonancia en el Estado colombiano, más cuando la situación de conflicto armado interno reclama la atención sobre la violencia específica contra las mujeres en ese contexto.

Por ello, el Estado colombiano ha tipificado como delito las conductas prohibidas en los cuatro Convenios de Ginebra y en sus Protocolos Adicionales en el título II del Código Penal, Ley 599 de 2000, "Delitos Contra Personas y Bienes Protegidos por el Derecho Internacional Humanitario", en él se protege a la mujer en igualdad de condiciones y consagra como delito los actos de discriminación racial en los siguientes términos:

*"El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, realice prácticas de segregación racial o ejerza tratos inhumanos o degradantes basados en otras distinciones de carácter desfavorable que entrañen ultraje contra la dignidad personal, respecto de cualquier persona protegida (...)”<sup>113</sup>.*

Además, entre sus normas, consagra diversos tipos penales que protegen a la mujer contra la violencia sexual, específicamente tipifica las conductas de: tortura en persona protegida, acceso carnal violento en persona protegida, actos sexuales violentos en persona protegida, prostitución forzada o esclavitud sexual.

Para finalizar, se establecen delitos que protegen a las mujeres como miembro de la población civil, tales como: utilización de medios y métodos de guerra ilícitos, actos de terrorismo, tratos inhumanos y degradantes y experimentos biológicos en persona protegida, toma de rehenes, detención ilegal y privación del debido proceso, constreñimiento a apoyo bélico, omisión de medidas de socorro y asistencia humanitaria, obstaculización de tareas sanitarias y humanitarias, represalias, deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil, atentados a la subsistencia y devastación, omisión de medidas de protección a la población civil, entre otros.

#### 8.4.1.1.3 Violencia sexual en contexto de conflicto armado

*"Me violaron los cinco. No denuncié la violación porque eran soldados del gobierno”<sup>114</sup>.*

La inestabilidad y los conflictos armados provocan un aumento de todas las formas de violencia, incluida la violación y otras formas de violencia sexual contra las mujeres, actos que no pueden considerarse simplemente como una consecuencia de tropas indisciplinadas, sino como mecanismos de intimidación utilizados en el conflicto.

La violencia sexual como máxima expresión del conflicto entre géneros, puede definirse como *"todo acto en el que se obliga a una persona a soportar, bajo coacción, de otra u otras personas, acciones de naturaleza sexual o a realizarlas”<sup>115</sup>*, implica la existencia de un abuso de poder, tendiente a controlar a ciertos grupos, ya sea en términos individuales o sociales.

<sup>113</sup> Congreso de la República de Colombia, Ley 599 de 2000, Código Penal, artículo 147.

<sup>114</sup> Mujeres Hoy, "América Latina: Marcas en el Cuerpo", Mujer refugiada en Darfur septentrional, disponible en [www.mujereshoy.com](http://www.mujereshoy.com), junio de 2009.

<sup>115</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Raquel Martín de Mejía contra Perú, Informe No. 5/96, caso 10.970, Informe anual de la CIDH de 1995, OEA/Ser.LV/II.91, doc. 7, rev. Del 28 de febrero de 1996.

Esta conducta, además de poder constituir crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad, puede llegar también a considerarse como tortura, esclavitud, graves lesiones corporales, entre otros actos, siempre que los elementos que constituyen tales crímenes se encuentren presentes en la violencia sexual<sup>116</sup>.

Por su parte, para que se configure el crimen de tortura, se debe presentar un acto violento a través del cual se infligen a una persona penas, sufrimientos físicos y mentales, que para el caso en particular, será la violencia sexual, cometidos con un fin.

La agresión sexual en el marco de un conflicto armado, puede considerarse como un medio para humillar al adversario, método denominado violencia sexual como arma de guerra, sin embargo, en un conflicto armado se configuran diversas formas de agresión sexual, ya sea para atemorizar a la población e inducir a los civiles a huir de sus hogares.

El mundo ha presenciado durante la historia la esclavitud sexual sistemática de mujeres en burdeles militares, tal como se presentó durante la segunda guerra mundial por parte de militares japoneses que esclavizaban mujeres asiáticas, estos "campos de violación"<sup>117</sup> también se presentaron en todo el territorio bosnio, controlado por los serbios.

Podría pensarse que estos crímenes contra la humanidad solo son producto de conflictos extrajeros, sin embargo, entre 2006 y 2007, Medicina Legal reportó 115 hechos de violencia sexual contra las mujeres, cuyos presuntos responsables son los actores armados. A la Fuerza Pública se le atribuye el 81,73% (94 víctimas)<sup>118</sup>.

Aunado a ello, en el Estado colombiano se presenta otro tipo de violencia sexual igual de aterradora al interior de los grupos armados al margen de la ley, en los cuales las mujeres son forzadas a servir de compañeras sexuales de sus superiores, además de ser obligadas a abortar cuando quedan en estado de embarazo.

*"Algo que me marcó mucho fue una niña del grupo, ella lloraba y decía que prefería que la mataran a que abortara el niño. Pero abortó como a todas le tocó abortar"<sup>119</sup>.*

Al menos, en el plano internacional, la invisibilidad de las mujeres y la violencia sexual fueron abordadas en el Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia, dando lugar al más significativo avance del Derecho Humanitario para la protección de la mujer, ya que incluye la práctica de la violación en la categoría de infracciones graves. Sin embargo, su inclusión se limitaba a la sanción como crimen de lesa humanidad.

Fue hasta este momento, porque en el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg ni en el Tribunal de Tokio figuraban actos de violación entre los crímenes de guerra y tan solo algunos mandos fueron condenados por no haber garantizado el cumplimiento de la ley por parte de sus subordinados. Y solo con el Estatuto de Roma se consagra la noción jurídica de que la violencia sexual puede ser empleada como estrategia de guerra.

Sin desconocer los avances citados, aún se consideran las prácticas de violación y de violencia sexual contra las mujeres como actos aislados que no son producto de los conflictos armados, y por la escasez de datos sobre las características y alcance del problema han contribuido a que este no figure en la agenda política de los Estados.

<sup>116</sup> Coomaraswamy, Radhika, "La Violencia contra la Mujer Perpetrada y/o condenada por el Estado en tiempos de Conflicto Armado (1997 – 2000), en Organización de Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos"E/CN.2/2001/73, 23", 2001.

<sup>117</sup> Gutman, Roy, *Crímenes de Guerra*, Editorial Debate, Barcelona, 2001.

<sup>118</sup> El Tiempo, Violencia sexual contra las mujeres, arma de guerra en Colombia, dice ONG, disponible en [http://www.eltiempo.com/colombia/justicia/violencia-sexual-contra-las-mujeres-arma-de-guerra-en-colombia-dice-ong\\_4738364-1](http://www.eltiempo.com/colombia/justicia/violencia-sexual-contra-las-mujeres-arma-de-guerra-en-colombia-dice-ong_4738364-1), junio de 2009.

<sup>119</sup> Arbeláez, Diana, "Mujer y Conflicto Armado en Colombia", disponible en: <http://www.cgtcolombia.org/pdf/genero/mujer%20conf-armad.pdf>, junio de 2009.

## EJERCICIO

Según la denuncia que instaura Gina, cinco miembros de un grupo armado al margen de la ley irrumpieron en su residencia a altas horas de la noche, la golpearon y la violaron, preguntándole por el paradero de su esposo, supuesto miembro del bando enemigo.

1. ¿Qué infracciones al Derecho Internacional Humanitario se configuran con esta conducta?
2. ¿Se tipifica el crimen de tortura?
3. ¿Existe un concurso material de conductas punibles?

### 8.4.1.1.4 Violencia sexual como arma de guerra

*“Vestían uniformes del ejército y uno llevaba un kalashnikov... Me azotaron con dos látigos, que usaron tres hombres... yo no dije nada, no podía gritar”<sup>120</sup>.*

La efectividad de este método prohibido de combate, se presenta porque la violación produce un sufrimiento físico y mental en la víctima que se perpetúa en el tiempo. Sin embargo, para que la violencia sexual sea considerada como un arma de guerra, deberá existir alguno de los siguientes objetivos:

- Dominación y sometimiento de las mujeres, niños y niñas para atacar al enemigo.
- Método de tortura para obtener información.
- Castigo por asumir roles o actitudes con el enemigo.
- Mensaje de terror a la población.
- Destrucción del grupo (Genocidio)

### 8.4.2. NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

*“Bebes, niños, niñas y adolescentes fueron torturados y asesinados o entregados en adopciones ilegales a quienes habían secuestrado a sus padres, 500 niños y niñas desaparecieron en la política de exterminio que aplicaron las fuerzas armadas para “salvar a la Argentina occidental y cristiana”. Los militares aplicaban electricidad a los fetos por medio de cucharas introducidas en vaginas de las prisioneras embarazadas, algunos recién nacidos fueron asesinados por estar contaminados por la subversión. El castigo contra los niños y niñas era utilizado para presionar a sus padres, a un sospechoso de ser montonero lo obligaron a ver cómo le aplicaban la picana a su bebe de 20 días para que hablara”*

El conflicto genera fenómenos cuya intensidad y gravedad marcan definitivamente a la infancia, más aún cuando se evidencian la utilización de las niñas y los niños en actividades diversas como cargueros, informantes, mensajeros, etc.

Se considera a los niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derechos y no como simples objetos de intervención estatal, por ello tienen derecho a una protección integral por parte del Estado, la sociedad y la familia.

<sup>120</sup> Mujeres Hoy, Op. Cit.

<sup>121</sup> Martín Medem, José Manuel, “La Guerra Contra los Niños”, España: El Viejo Topo, 1998, p. 29.



Es así como la desconsolada situación de las niñas y los niños envueltos en la guerra ha sido constante objeto de preocupación por parte de la comunidad internacional, y particularmente para el Estado Colombiano, más aún, por encontrarse afectado por esa tragedia, pues al agudizarse el conflicto armado interno la participación infantil aumenta, tanto por la ausencia de políticas sociales como por las infracciones al Derecho Internacional Humanitario.

Así mismo, se estima que entre un 17 y un 18% de los niños, niñas y adolescentes colombianos están afectados de una u otra manera por el conflicto armado interno, como un segundo tipo de victimización ante la ausencia de políticas sociales<sup>122</sup>. Para argumentar este planteamiento se analizarán las condiciones de esta población en el conflicto armado y especialmente como víctimas de infracciones al Derecho Internacional Humanitario, con especial énfasis en el reclutamiento forzado, como la forma más crítica de victimización de la niñez.

Por ello, en el desarrollo del presente capítulo se realizará un recorrido por los instrumentos, tanto nacionales como internacionales que protegen a esta especial población en un contexto bélico.

#### 8.4.2.1 INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN

La proliferación de los instrumentos de protección es una muestra del interés por proteger a la niñez del mundo, principales víctimas en las luchas armadas de los adultos, sin embargo el avance más significativo lo constituye el juicio de Thomas Lubanga frente a la Corte Penal Internacional de la Haya, dado que es la primera vez que una persona que infringe el Derecho Internacional Humanitario utilizando niñas, niños y adolescentes para combatir es juzgada por ese crimen en un tribunal internacional.

Igualmente, esta temática ha cobrado importancia para Naciones Unidas, particularmente para el Consejo de Seguridad, quienes aprobaron por unanimidad la protección para los niños y las niñas en conflictos armados, incluyendo eventuales sanciones tanto para gobiernos como para grupos insurgentes. Para ello se establece el primer sistema global de control e información para registrar las violaciones de los derechos de niños y niñas soldados<sup>123</sup>.

El Estado colombiano acorde con esta tendencia, ha adecuado su ordenamiento jurídico interno para proteger, en situaciones de conflicto armado, los derechos fundamentales de la niñez, como son<sup>124</sup>: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad tener una familia y no ser separado de ella, el cuidado y el amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión.

#### 8.4.2.2. Marco Jurídico Internacional

El derecho internacional humanitario ofrece al niño no sólo una protección de carácter general, en cuanto persona civil marginada de la participación activa en las hostilidades, sino también una protección especial y singular, en cuanto persona particularmente vulnerable e indefensa.

- **IV Convenio de Ginebra del 1949**

El IV Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, establece que los niños, niñas y adolescentes, como miembros de la población civil especialmente vulnerables, son personas

<sup>122</sup> CFR, "Niñez: los menores como víctimas", Bogotá: Fundación Social y UNICEF, noviembre de 2000, p. 18.

<sup>123</sup> Consejo de Seguridad, Naciones Unidas, "Niños y los Conflictos Armados", Resolución 1612 de 2005.

<sup>124</sup> Asamblea General, Naciones Unidas, "Convención sobre los Derechos del Niño", resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

protegidas en caso de conflicto armado internacional, y prohíbe el reclutamiento de menores de 15 años. Esta norma también tiene aplicación en los contextos de los conflictos armados sin carácter internacional a través del artículo 3º Común a los Cuatro Convenios de Ginebra y del Protocolo II de 1977 adicional a estos, que también contiene normas específicas sobre la protección de esta población.

- **Protocolo I Adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra**

Entre tanto, el Protocolo I Adicional a los cuatro convenios de Ginebra del 12 de agosto del año 1949, aunque protege a las víctimas en conflictos armados de carácter internacional, consagra en su articulado la cláusula Martens<sup>125</sup>. En cuanto a la protección de la niñez establece, si bien no prohíbe expresamente la participación de los niños, niñas y adolescentes menores de 15 años, de manera más realista, consagra:

*“Las partes en conflicto tomaran todas las medidas posibles para que los niños menores de quince años, no participen directamente en las hostilidades, especialmente absteniéndose de reclutarlos para las fuerzas armadas”.*<sup>126</sup>

Además indica que en casos de reclutamiento de niños entre los 15 y los 17 años, se deberá preferir los de mayor edad. Sin embargo, los menores de 15 años que participen en las hostilidades, deberán ser respetados en su dignidad e integridad, y continuarán gozando de especial protección en caso de caer prisioneros, por ello cuando sean detenidos, serán mantenidos en lugares distintos de los destinados a los adultos, excepto en los casos de familias alojadas en unidades familiares<sup>127</sup>.

Finalmente, prohíbe ejecutar la pena de muerte en una persona que al momento de la comisión de una infracción cometida en el marco de un conflicto armado, haya sido menor de 18 años, y su evacuación a países extranjeros, salvo imperiosas razones para la protección del niño, la niña o el adolescente.

- **Protocolo II Adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra**

Por su parte, el Protocolo II Adicional a los cuatro Convenios de Ginebra, prohíbe en su artículo 4 el reclutamiento de niños, niñas y adolescentes menores de 15 años por parte de las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades. Otra diferencia entre estos instrumentos es que el Protocolo II sostiene en su artículo 6 que no se podrá dictar pena de muerte a personas que fueran menores de 18 años<sup>128</sup>, mientras que de acuerdo a lo citado anteriormente, el Protocolo I amplía tal restricción a la edad en que se hubiese cometido el crimen<sup>129</sup>.

- **Convención sobre los Derechos del Niño**

Pasando ahora al estudio de los instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el fundamental documento es la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989 y entró en vigor el 2 de septiembre de 1990<sup>130</sup>.

<sup>125</sup> Según el cual, en los casos no previstos por el derecho vigente, la persona humana queda bajo la salvaguardia de los principios de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública.

<sup>126</sup> 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 del 8 de junio de 1977), artículo 77.

<sup>127</sup> *Ibidem*.

<sup>128</sup> *Ibidem*.

<sup>129</sup> *Ibidem*, artículo 78.

<sup>130</sup> Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados No Internacionales (Protocolo II del 8 de junio de 1977), artículo 4.

Esta Convención, establece como niño o niña a todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que de conformidad con la normatividad aplicable haya alcanzado antes la mayoría de edad<sup>131</sup>. Entre sus normas consagra para la infancia derechos a cuidados y asistencia especiales, y la necesidad para su pleno desarrollo de crecer en el seno de su familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, por tanto, prohíbe su desarraigo del entorno por maniobras de engaño o por medios violentos.

Específicamente, en el tema de la niñez en el Derecho Internacional Humanitario, en el artículo 38 establece como edad mínima para participar directamente en las hostilidades 15 años, imponiendo como obligación a los Estados abstenerse de reclutar en las Fuerzas Armadas a personas menores de esta edad, y de reclutar mayores de 15 pero menores de 18, dar prioridad a los de más edad<sup>132</sup>.

Finalmente, dispone que los Estados deben velar por la aplicación de las normas del Derecho Internacional Humanitario pertinentes para la infancia, y asegurar la protección y el cuidado de los niños, niñas y adolescentes afectados por un conflicto armado<sup>133</sup>.

- **Protocolo facultativo de la convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados**

El 25 de mayo de 2000, en New York, fue aprobado el Protocolo Facultativo al artículo 38 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, relativo a la participación de niños en los conflictos armados, en el cual se indica que es necesario aumentar la protección de los niños con miras a evitar que participen en los conflictos armados, es así como incrementa la edad para la prohibición de la participación directa en las hostilidades a 18 años, sin embargo, permite el reclutamiento voluntario para las fuerza del Estado a los mayores de 15 años, siempre que se tenga en cuenta que merecen una protección especial<sup>134</sup>.

Además de ampliar la protección en el sentido, que no permite a las fuerzas diferentes de las fuerzas del Estado utilizar a menores de 18 años en las hostilidades, prohíbe la participación tanto directa como indirecta, y no sólo habla de reclutamiento.

En este punto, es necesario preguntarse si este Protocolo Facultativo pertenece al Derecho Internacional Humanitario, por tratarse exclusivamente de situaciones en conflicto, de ser así entonces se contradice con el IV Convenio de Ginebra y con los Protocolos I y II adicionales a los cuatro Convenios de Ginebra, que establecen la edad mínima para el reclutamiento de 15 años. En este caso de dará aplicación al Protocolo Adicional a la Convención Internacional sobre Derechos de los Niños, teniendo en cuenta el interés superior del niño y el principio de favorabilidad, que amplía el área de protección de la infancia en los conflictos armados internacionales y no internacionales.

- **Convenio N° 182 de la OIT sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil y la acción inmediata para su eliminación**

Éste instrumento internacional fue adoptado por la conferencia internacional del trabajo el día 17 de julio del año 1999, la cual clasifica al reclutamiento forzado como una forma de esclavitud<sup>135</sup> y prohíbe tal práctica para personas menores de 18 años de edad<sup>136</sup>.

<sup>131</sup> Asamblea General, Naciones Unidas "Convenio sobre los Derechos de los Niños", Op. Cit. Artículo 1.

<sup>132</sup> *Ibidem*, artículo 38.

<sup>133</sup> *Ibidem*.

<sup>134</sup> Asamblea General, Naciones Unidas, "Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados", Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000.

<sup>135</sup> Oficina Internacional del Trabajo, "Convenio núm. 182 Sobre las peores formas de trabajo infantil", Ginebra: 1999, artículo 3º.

<sup>136</sup> *Ibidem*, artículo 1º.

Además prohíbe la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y tráfico de estupefacientes, trabajos que por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños.

- **Estatuto de Roma**

El Estatuto de Roma incluye entre los crímenes de guerra el reclutamiento o alistamiento de niños menores de 15 años o su utilización para participar activamente en las hostilidades<sup>137</sup>, es decir que la participación debe ser directa para que se tipifique el crimen competencia de la Corte.

- **Principios de París**

Compromiso expresado los Estados reunidos en Ciudad del Cabo en 1997, incluidos algunos países afectados por conflictos, de adoptar los principios y directrices sobre niños vinculados a fuerzas y grupos armados, que proporcionan orientaciones para el desarme, la desmovilización y la reintegración de todas las categorías de niños vinculados a grupos armados, en ellos se establece la edad mínima de 18 años para el reclutamiento militar y las directrices para desmovilizar a los niños soldados y ayudarles a integrarse en la sociedad<sup>138</sup>.

#### 8.4.2.3. Ordenamiento Jurídico Interno

El Estado colombiano otorga una amplia protección al interés superior del niño, tanto así que los instrumentos internacionales de protección previamente descritos, hacen parte de la Constitución Política por la integración que de ellas hace el bloque de constitucionalidad, artículo 93 superior.

Además, el legislador ha expedido una serie de normas tendientes a brindar la protección especial que la niñez requiere en situaciones de conflicto armado, tendientes a expulsar de las filas de las Fuerzas Armadas a todas la persona menores de 18 años, además de la tipificación como conductas punibles del reclutamiento forzado.

- **Constitución Política de Colombia**

*"Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás"*<sup>139</sup>.

El artículo 44 constitucional consagra como derechos fundamentales de los niños y las niñas, 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.

Así mismo, consagra el derecho a la protección y a la formación integral de los adolescentes, y la obligación, tanto del Estado como de la sociedad de garantizar su participación activa en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud<sup>140</sup>.

<sup>137</sup> Estatuto de Roma, adoptado por la conferencia diplomática de plenipotenciarios de las naciones unidas en la Ciudad de Roma, el 17 de julio de 1998, artículo 8º.

<sup>138</sup> Tales principios fueron actualizados por "Los Compromisos de París para proteger a los niños y niñas reclutados o utilizados ilícitamente por fuerzas armadas o grupos armados" en París en el 2007.

<sup>139</sup> Constitución Política de Colombia, artículo 44.

<sup>140</sup> Ibidem, artículo 45.

- **Ley 599 de 2000, Código Penal**

El artículo 162 del Código Penal Colombiano tipifica el delito de reclutamiento forzado en los siguientes términos: *“El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, reclute a menores de dieciocho (18) años o los obligue a participar directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas”*<sup>141</sup>.

Incorre en esta conducta punible no sólo la persona que aliste o incorpore a cualquier niño en las fuerzas armadas del Estado o en un grupo armado organizado, sino también quien lo obligue a tomar parte en ataques o a servir como colector de informaciones destinadas a una de las partes contendientes, para transmitir órdenes impartidas a quienes a favor de ella combaten, a transportar municiones o víveres para uso de los mismos o a realizar, con fines bélicos, daños o deterioros en cualquier tipo de bienes.

- **Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por las leyes 548 de 1999, 782 de 2002 y 1106 de 2006**

Con el objetivo de evitar que en las filas de las Fuerzas Armadas del Estado, en el artículo 13 de esta ley, se prohíbe el reclutamiento de personas menores de 18 años, en los siguientes términos:

*“Los menores de 18 años de edad no serán incorporados a filas para la prestación del servicio militar. A los estudiantes de undécimo grado, menores de edad que, conforme a la Ley 48 de 1993, resultaren elegidos para prestar dicho servicio, se les aplazará su incorporación a las filas hasta el cumplimiento de la referida edad, excepto que voluntariamente y con la autorización expresa y escrita de sus padres, opten por el cumplimiento inmediato de su deber constitucional. En este último caso, los menores reclutados no podrán ser destinados a zonas donde se desarrollen operaciones de guerra ni empleados en acciones de confrontación armada.*

*Si al acceder a la mayoría de edad el joven que hubiere aplazado su servicio militar estuviere matriculado en un programa de pregrado en institución de educación superior, tendrá la opción de cumplir inmediatamente su deber o de aplazarlo para el momento de la terminación de sus estudios. Si optare por el cumplimiento inmediato, la institución educativa le conservará el respectivo cupo en las mismas condiciones; si optare por el aplazamiento, el título correspondiente sólo podrá ser otorgado una vez haya cumplido el servicio militar que la ley ordena. La interrupción de los estudios superiores hará exigible la obligación de incorporarse al servicio militar.*

*La autoridad civil o militar que desconozca la presente disposición incurrirá en causal de mala conducta sancionable con la destitución”*<sup>142</sup>.

Sin embargo, ante la posibilidad abierta del reclutamiento voluntario de menores de 18 años, la **Ley 548 de 1999**, modificó el artículo transcrito, proscribiendo de manera definitiva su incorporación mediante el servicio militar obligatorio. Sin embargo, aún se encuentran personas menores de esta edad en las Escuelas de Formación Militar.

Tan sólo tres días antes de su sanción, el Ejército Nacional desvinculó a 1000 menores de 18 años que se encontraban en sus filas<sup>143</sup>.

<sup>141</sup> Congreso de la República de Colombia, “Ley 599 de 2000, Código Penal Colombiano”, artículo 162.

<sup>142</sup> Congreso de la República, Ley 418 de 1997, artículo 13.

<sup>143</sup> Crf, “Respuestas Adicionales del Estado Colombiano”, UNICEF, de menor a ciudadano,

Esta ley también fue prorrogada y modificada por la **Ley 782 de 2002** en el sentido de considerar como víctimas de la violencia política a toda persona menor de 18 años de edad que tome parte en las hostilidades, además de prohibir las entrevistas militares y su uso en actividades de inteligencia<sup>144</sup>.

- **Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia**

Consagra la protección de los niños, las niñas y los adolescentes en las guerras y en los conflictos armados internos, y en casos de reclutamiento y utilización por parte de los grupos armados organizados al margen de la ley<sup>145</sup>.

Además en su Título II establece los procedimientos especiales cuando los niños, las niñas o los adolescentes son víctimas de delitos, para proteger su integridad y dignidad, mediante disposiciones como nunca enfrentar al agresor y proteger la publicidad de las audiencias para respetar la intimidad de las víctimas<sup>146</sup>.

#### 8.4.2.4. NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN EL CONFLICTO ARMADO

*“En las guerras de este fin de siglo, la infancia padece los mayores sufrimientos. En la actualidad el 90% de las víctimas de los conflictos son civiles, la mayoría mujeres, niñas, niños y adolescentes. En los últimos 10 años han muerto en las guerras 2 millones de niños, 5 millones han padecido invalidez física y/o mental, 12 millones perdieron sus hogares, un millar son huérfanos o quedaron separados de sus padres y 10 millones sobrevivieron con graves traumas psicológicos. Los niños han sido torturados para conseguir información sobre familiares y amigos, para castigar así a sus padres o simplemente por diversión. Como consecuencia de la violencia hay 53 millones de refugiados y desplazados, de los cuales más de la mitad son niños y adolescentes. En las guerras y en los campos de refugiados, las niñas y adolescentes sufren el trauma adicional del abuso sexual y de las violaciones”<sup>147</sup>.*

Las niñas y los niños que viven en las áreas del conflicto deben ser considerados víctimas directas, ya que vivir en escenarios de crisis afecta negativamente la vida de cualquier ser, en especial los que se encuentran en proceso de desarrollo físico y psíquico.

Por tal motivo, las normas del Derecho Internacional Humanitario obligan a las partes en conflicto a proporcionar a niños y niñas los cuidados y ayudas que necesiten, en razón de su edad o de cualquier otra circunstancia<sup>148</sup>, quiere ello significar que las niñas y los niños en contexto de conflicto armado se encuentran en condición de víctimas por constituirse actos que atentan contra sus derechos fundamentales.

Tales derechos vulnerados dentro del contexto del conflicto armado, se presentan, especialmente por ser víctimas de actos cometidos por los grupos armados, tales como<sup>149</sup>:

- Desplazamiento forzado.
- Reclutamiento ilícito.
- Desapariciones.
- Torturas.

<sup>144</sup> Congreso de la República, Ley 782 de 2002, artículo 6.

<sup>145</sup> UNICEF, “Código de la Infancia y la Adolescencia”, Bogotá: 2007, artículos 20.6, 20.7, 41.30.

<sup>146</sup> *Ibidem*, p. 105.

<sup>147</sup> Martín Medem, José Manuel, “La Guerra Contra los Niños”, España: El Viejo Topo, 1998, p. 34.

<sup>148</sup> Protocolo I, op. Cit., artículo 77.

<sup>149</sup> Comando General de las Fuerzas Militares, Directiva Permanente 048 de 2008.

- Accidentes e incidentes por minas antipersonales, armas de uso no convencional.
- Prostitución.
- Tratos crueles inhumanos y degradantes, entre otras graves violaciones.

Desplazamiento “desterrados de su propia alma”, califica el siquiatra Francisco Cobos, se trata de un desairrigo profundo, donde los vínculos se quiebran.

Sin importar el delito de que se trate, todo atentado contra la niñez debe ser reprochado con determinación, la autoridad judicial debe tener en cuenta los siguientes criterios específicos en los procedimientos donde la víctima sea niño, niña o adolescente<sup>150</sup>:

- Dar prelación a las decisiones
- Citar a los padres o cuidadores cuando no sean sujetos activos de la infracción.
- Prestar especial atención para la sanción de los infractores, indemnización de perjuicios y restablecimiento pleno de derechos.
- Decretar, incluso de oficio, medidas cautelares autorizadas por la ley para garantizar el pago de perjuicios e indemnizaciones.
- Estar atentos para evitar vulneración de derechos cuando los procesos terminen por conciliación, indemnización integral, desistimiento, en los casos que lo admitan.
- Abstenerse de aplicar principio de oportunidad y condena de ejecución condicional, salvo que se demuestre la indemnización.
- Velar porque las diligencias donde intervengan niños o niñas, no se viole su dignidad, intimidad y demás derechos, así como tomar en cuenta sus opiniones.
- En los reconocimientos médicos que deban realizarse a los niños o niñas se tomará en cuenta su consentimiento y si no pueden expresarlo, se pedirá el consentimiento a los representantes legales o al Defensor de familia, comisario, personero o inspector y de preservar la negativa en la práctica del examen, se sujetará el caso a la decisión de un juez de control de garantías.
- Ordenar a las autoridades competentes, la toma de medidas especiales para garantizar la seguridad de los niños niñas y adolescentes víctimas de delitos o testigos de los mismos.
- Informar a los niños y niñas, a sus padres o cuidadores, la finalidad de las diligencias, el estado del proceso, el resultado del mismo y la forma como pueden hacer valer sus derechos.
- Abstenerse de decretar la medida de detención domiciliaria cuando el autor del delito sea integrante del núcleo familiar al que pertenece el niño o la niña víctima.
- Disponer la presencia de un psicólogo o persona especializada al momento de recepcionar el testimonio, si lo considera conveniente.
- Asegurar que el niño o la víctima que va a rendir una diligencia judicial, esté libre de todo apremio o intimidación.
- Iniciación oficiosa del incidente de reparación integral cuando la víctima es una niña o un niño.

### Ejercicio 1

Un Batallón cuya jurisdicción se encuentra en una zona de conflicto armado, realiza una jornada cívica – militar para celebrar el día nacional del niño. En esta actividad los niños y las niñas son uniformados, pasan pistas de obstáculos, se le enseñan los tanques de guerra y participan en rifas. ¿Existe alguna restricción en el Derecho Internacional Humanitario para ejecutar este tipo de actividades por las partes en contienda?

<sup>150</sup> Mariño Rojas, Cielo, “Niñez Víctima del Conflicto Armado”, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

#### 8.4.2.5. Niñas, Niños y Adolescentes Víctimas de Infracciones al Derecho Internacional Humanitario

##### 8.4.2.5.1 Desplazamiento Forzado

La experiencia del desplazamiento deja una inmensa huella en las niñas y niños que la padecen, puesto que desaparecen los referentes afectivos y del entorno que los constituyen<sup>151</sup>, debido a que los niños y niñas dejan todo lo que constituía su entorno afectivo, cultural y social.

Sumado a ello, debe tenerse en cuenta la victimización que se produce en los lugares receptores, pues la mayoría de los desplazados llegan a las ciudades en donde esperan tener más atención y protegerse de posibles persecuciones, pero la ciudad constituye a su vez un lugar propicio para la explotación laboral y sexual de los niños y niñas que llegan a ella y en donde, además, los servicios de educación, salud y vivienda son limitados.

##### 8.4.2.6. Reclutamiento Forzado

*“Actualmente hay 300.000 niños combatiendo como soldados con los ejércitos del gobierno o grupos armados de oposición. Casi la mitad de los estados en guerra en 2004 usaron combatientes menores de 15 años y en más de 35 países en todo el mundo, niños menores de 18 años están participando activamente en las hostilidades”<sup>152</sup>.*

Los niños y niñas del conflicto son víctimas por ser sujetos pasivos del delito de reclutamiento ilegal, como forma más crítica de victimización y delito de lesa humanidad, por ello tiene una triple protección por parte del Derecho Internacional Humanitario como población civil que en general se prohíbe el reclutamiento, del Derecho Internacional Humanitario como población civil especialmente vulnerable, y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos como sujetos con derechos prevalentes.

Los niños y las niñas son las principales víctimas del reclutamiento forzado pues gracias a su condición física, fruto de su edad, resulta ventajosa su resistencia a las condiciones inhumanas en que viven, por su fácil adaptabilidad, además que no hacen juicios de valor, y asimilan el concepto de obediencia, siendo intimidados o coaccionados, son menos propensos que los adultos a desertar, y no reclaman salario.

Los niños, las niñas y los adolescentes pueden vincularse de diferentes formas, existe un promedio del 90% de vinculación voluntaria al grupo armado, frente a un 10% de vinculación forzada, según el informe de la defensoría del pueblo, *“el 90% de los niños que están en la guerrilla dicen haber entrado por voluntad propia. De ellos, el 33% les atrajo las armas y los uniformes; a otro 33% lo presionó la pobreza; el 16.6% le gustó la guerrilla porque crecieron viéndola y el 8.33% se vinculó por enamoramiento, decepción amorosa o sentimiento de venganza porque sus familias y sus bienes fueron destruidos”<sup>153</sup>.*

*“...yo tenía como 12 años y se acercaba la navidad, y el dueño de la lancha dijo que luego de ese viaje no íbamos para villavo. Subimos a Puerto Lleras, cargamos y nos devolvimos para San José. Cuando descargamos, se acercaron tres milicianos del Frente 44. ‘bueno, chino como no se quiso ir con nosotros a las buenas, entonces se va a las malas’<sup>154</sup>.*

<sup>151</sup> Mariño Rojas, Cielo, op. Cit.

<sup>152</sup> Informe de Save the Children, versión al Castellano de Moira Guiad, “Protección en Emergencias”, 2007.

<sup>153</sup> Defensoría del Pueblo, “La niñez en el Conflicto”, disponibles en <http://www.unicef.org/colombia/pdf/boletin-8.pdf>, junio de 2009.

<sup>154</sup> Bustos Valencia, Alirio, “Los Niños de la Violencia”, Bogotá: Intermedio, 2000, p. 38.



Sin embargo, la vinculación voluntaria resulta inherentemente forzada por las condiciones sociales y económicas, que hacen ver en la vinculación el camino para obtener las oportunidades, el reconocimiento y el poder que nunca han tenido. Además, en las regiones con presencia permanente de guerrilla y grupos paramilitares, se suma la presión que ejercen sobre la población civil, que les niega la posibilidad de otras opciones.

*“Una mujer, “Jequeline”, la comandante del Frente 44, me dijo un día: “Chino, venga conmigo pa’ la guerrilla; allá no tiene necesidad de trabajar no sea pendejo”. Yo le dije que no, que tenía mi mamá y tenía que responder por ella. Me dijo que si era por eso, que ellos me daban plata para que le diera a mi mamá”<sup>155</sup>.*

*“Después de que uno se mete a la guerrilla, la única forma de salirse es muerto o escaparse, pero si lo cogen lo pelan”<sup>156</sup>.*

Además, cualquier vinculación que inicialmente hubiese sido voluntaria, se convierte en forzada por el engaño de que son objeto, o al impedir el retiro bajo amenaza de muerte.

La vinculación al conflicto armado también se presenta cuando a este tipo de población, se utiliza por la mayoría de los grupos para la realización de varias de sus actividades por ejemplo la inteligencia, las emboscadas, el cobro de las vacunas, la realización de actos crueles, entre otros.

*“Sí, inteligencia también, como para mirar a ver dónde estaba el ejército, si de pronto estaba el ejército muy cerca nosotros íbamos a mirar a ver en qué punto estaban de pronto para ir a avanzarles, entonces nosotros ya decíamos todo eso”<sup>157</sup>.*

Se han reportado igualmente que algunas unidades del Ejército utilizan niños, niñas y adolescente desertores de los grupos armados al margen de la ley para obtener información que permita capturar guerrilleros, incautar armas, etc. En efecto estos menores son incorporados a las Fuerzas Armadas en vez de ser llevados a la justicia, y en ocasiones permanecen uniformados en bases militares<sup>158</sup>.

A manera de síntesis, se considera que existe reclutamiento forzado de un niño una niña o un adolescente, cuando<sup>159</sup>:

- Las causas de su incorporación son las condiciones sociales, económicas y culturales que le dan mayor valor a la pertenencia a un grupo armado ilegal.
- La situación de marginamiento social, económico y cultural no le permiten al adolescente contar con otras alternativas de desarrollo de su personalidad.
- Existe una falta de conocimiento de otra forma de participación social.
- Se presenta fuerza, amenaza, coacción, constreñimiento o engaño.

<sup>155</sup> Ibídem.

<sup>156</sup> Ibídem.

<sup>157</sup> Areiza, Sánchez, Yuliana, El Conflicto Armado y la Niñez, Un Gran Debate en el Siglo XXI”, en POIESIS, “Revista Electrónica de Psicología Social”, Argentina: No. 15, junio de 2008, Niño desmovilizado, entrevista 12.

<sup>158</sup> Ibídem.

<sup>159</sup> Código de la Infancia y la Adolescencia, Op. Cit., artículo 175.

El reclutamiento forzado, y en general la participación en las hostilidades vulnera una serie de derechos, que por tratarse de la infancia, son fundamentales y prevalentes:

- Derecho a la vida: Además de las múltiples violaciones a este derecho, por las condiciones indignas en que se desarrolla su día a día, en caso de desertión, se les condena a pena de muerte.
- Derecho a la Integridad Física y Psicológica: Los niños y niñas reclutados son maltratados, torturados y sometidos a condiciones que los lesionan física o psicológicamente.
- Derechos Sexuales y reproductivos: En muchos casos los niños y niñas son abusados sexualmente, el perpetrador suele ser una persona conocida al interior de los grupos armados al margen de la ley con cierta jerarquía sobre ellos, además se puede incluir como forma extrema de violación, el aborto, el cual se da en la mayoría de los casos en los que se presente un embarazo.
- Derecho a la libertad: vulnerada por el reclutamiento al ser forzado directa o indirectamente, por las condiciones socioeconómicas, o por el engaño, además, como se había indicado anteriormente, la desertión es castigada con pena de muerte.
- Derecho a la educación: Su formación se reduce al entrenamiento militar.

En el campo de la política criminal, la justicia social constituye la mejor forma de prevención, por ello, se debe considerar la condición de víctima de la niña o niño que han participado en el conflicto, para dejarlos fuera del sistema de justicia penal juvenil, pero dentro del sistema de responsabilidad penal para materializar concreción de derechos.

*"garantizar que los niños y niñas menores de 18 años que están o han sido reclutados o utilizados ilícitamente por fuerzas o grupos armados y están acusados de crímenes contra el derecho internacional, sean considerados principalmente como víctimas de violaciones contra el derecho internacional y no como presuntos responsables. Hay que tratarlos de conformidad con las normas internacionales para la justicia de menores, como por ejemplo en el marco de justicia reformativa y rehabilitación social"*<sup>160</sup>.

## Ejercicio 2

En una zona de conflicto, un miembro de las Fuerzas Armadas del Estado, uniformado y armado, manda a un niño a comprarle una cajetilla de cigarrillo a cambio de una propina.

¿En este caso se configura alguna infracción al Derecho Internacional Humanitario?

### 8.4.2.7. Desvinculación del Conflicto

*"...no son infractores a la ley penal ni menores en situación de peligro o abandono, son niños desvinculados del conflicto armado"*<sup>161</sup>.

<sup>160</sup> Naciones Unidas, "Los Compromisos de París para proteger a los Niños y Niñas Reclutados o Utilizados Ilícitamente por Fuerzas Armadas o Grupos Armados", compromiso 11, disponible en [http://www.un.org/children/conflict\\_documents/pariscommitments/ParisCommitments\\_SP.pdf](http://www.un.org/children/conflict_documents/pariscommitments/ParisCommitments_SP.pdf), junio de 2009.

<sup>161</sup> Save the Children, Ruta Jurídica y fundamentos normativos de los niños, niñas y jóvenes desvinculados del conflicto armado, Bogotá, ICBF, Defensoría del Pueblo, OIM, 2003.

Las niñas, los niños y los adolescentes rescatados del conflicto tienen derecho, por lo demás, a beneficiarse con la aplicación del principio de protección integral propio del Estado social de derecho, esa preocupación se extiende a los niños que por aprehensión, por rendición o por deserción se desvinculan del conflicto tras haber participado en las hostilidades.

Ello se debe a la condición de víctima de la niña o niño que ha tomado parte en las hostilidades, esta condición se da en tanto ellos han vivido la experiencia de la guerra, y por la serie de normas nacionales e internacionales que lo reconocen, mencionadas en acápite anteriores.

Es así como la perturbación a cada niño y niña por parte del conflicto armado, depende de sus circunstancias personales, tales como la edad, género, personalidad, historia personal y familiar, y la cultura a la que pertenece. Otros factores están asociados a la naturaleza del evento traumático, incluidas la frecuencia y duración de la exposición.

Sin embargo, existen síntomas comunes que indican la exposición de las niñas y los niños al conflicto armado, como son<sup>162</sup>:

- Aumento de ansiedad por la separación de sus familias y grupos de referencia.
- Retardos del desarrollo.
- Disturbios del sueño y pesadillas.
- Pérdida del apetito.
- Aislamiento.
- Pérdida de interés en el juego.
- Dificultades de aprendizaje: temprana edad.
- Depresión.
- Comportamiento agresivo.

Para atención a estos niños, niñas y adolescentes desvinculados del conflicto, es necesaria la reintegración a la sociedad. Esta política se debe construir desde la óptica de la protección integral, y a partir de los diferentes instrumentos y lineamientos internacionales: recuperación física y psicológica y reintegración social de los adolescentes<sup>163</sup>.

Se deben garantizar sus derechos fundamentales y resolver las condiciones que llevaron a la niña o al niño al conflicto armado, de lo contrario, podrán retornar a las armas antes que termine su completo restablecimiento. Por ello, el proceso de reintegración debe propender porque el niño o la niña establezcan nuevas bases en su vida, construida sobre sus capacidades individuales, en un ambiente que fomente su dignidad, la salud y respeto.

Entonces, cada uno de sus Derechos fundamentales debe ser restituido a los niños, niñas y adolescentes que han abandonado el conflicto armado, así:

- a) Derecho a la Familia: "se tomarán las medidas oportunas para facilitar la reunión de las familias temporalmente separadas" <sup>164</sup>.
- b) Derecho a la Salud: Existe un significativo número de niños, niñas y adolescentes discapacitados como consecuencia del conflicto armado, por ello se debe asegurar el disfrute de una vida plena en condiciones que aseguren su dignidad, les permita bastarse por sí mismos, y facilitar la participación activa en comunidad.

<sup>162</sup> Graça Machel, "Promoción y Protección de los Derechos de los Niños: Repercusiones de los Conflictos Armados sobre los Niños", informe presentado ante la Asamblea General de las Naciones Unidas el 26 de agosto de 1996.

<sup>163</sup> Graça Machel, "Promoción y Protección de los Derechos de los Niños: repercusiones de los conflictos Armados sobre los Niños", informe presentado ante la Asamblea General de las Naciones Unidas el 26 de agosto de 1996.

<sup>164</sup> Protocolo II, op. Cit., artículo 4.3.b.

- c) Educación: El derecho a la educación debe restituirse a los adolescentes en el momento de su desvinculación del conflicto, pero esta educación debe tener características especiales acordes con las reglas de las Naciones Unidas para los Jóvenes Privados de la Libertad: regla 38: "Siempre que sea posible, esta enseñanza deberá impartirse fuera del establecimiento, en escuelas de la comunidad, y en todo caso, a cargo de maestros competentes, mediante programas integrados en el sistema de instrucción pública, a fin de que, cuando sean puestos en libertad, lo jóvenes puedan continuar sus estudios sin dificultad.

Para los niños excombatientes, la educación ayuda a normalizar la vida y a desarrollar una personalidad independiente a la de soldado. Educación que se debe desarrollar mediante relaciones entre pares y una autoestima fortalecida.

Además de la seguridad y acompañantes que le brinden amor y apoyo, es necesario establecer rutinas y tareas que resulten familiares como la escolarización para que perciban un sentido de normalidad y continuidad en sus vidas<sup>165</sup>.

Para el caso colombiano, la protección que merecen las niñas y los niños menores de 14 años de edad, desvinculados del conflicto es evidente. Sin embargo el problema surge con los adolescentes, personas mayores de 14 años que pretenden reintegrarse a la sociedad, debido a que ello tienen una responsabilidad penal, según lo establece el Código de la Infancia y la Adolescencia.

En este orden de ideas, al momento que un adolescente se desvincula de un grupo armado al margen de la ley, el Estado se obliga a intervenir desde dos ámbitos institucionales, la primera, de restablecimiento de derechos en calidad de víctimas de violación a sus derechos por la situación de reclutamiento forzado, y la segunda, de posible judicialización.

Entonces, una vez se desvincula un niño o una niña de una organización armada al margen de la ley, quien los reciba se abstendrá de realizar cualquier actividad de inteligencia, dará aviso a la autoridad judicial competente y lo pondrá a disposición del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en el término de la distancia, máximo dentro de las 36 horas siguientes, para que reciba la protección, atención integral especializada y se restablezcan sus derechos con especial énfasis educación y salud<sup>166</sup>.

Una vez el adolescente es recibido por el Instituto colombiano de Bienestar Familiar, serán remitidos a su Programa de Atención Especializada para Niños, Niñas y Adolescentes Desvinculados de Grupos Armados Irregulares.

En cuanto a la responsabilidad penal, la Fiscalía General de la Nación, podrá aplicar el principio de oportunidad y renunciar a la persecución penal en los procesos seguidos a los adolescentes que hayan hecho parte de grupos armados al margen de la ley, hayan participado directa o indirectamente en hostilidades o como partícipes de delitos cometidos por grupos al margen de la ley, cuando se establezca que los adolescentes son<sup>167</sup>:

- Víctimas de la violencia política.
- Desvinculados de grupos armados al margen de la ley.
- Víctimas del delito de reclutamiento ilícito.
- Víctimas de infracciones al Derecho Internacional Humanitario.
- Víctimas de las peores formas de trabajo infantil.

<sup>165</sup> Jéhanes Sedky – Lavandero. "Ni un solo niño en la guerra: infancia y conflictos armados, Barcelona: Icaria, 1999, p. 73.

<sup>166</sup> Presidencia de la República, Decreto 128 de 2003 "por el cual se reglamenta la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y la Ley 782 de 2002 en materia de reincorporación a la sociedad civil."

<sup>167</sup> Código de la Infancia y la Adolescencia, op. Cit. P. 100.

Sin embargo, el Fiscal no podrá dar aplicación al principio de oportunidad cuando se trate de hechos que puedan significar genocidio, crímenes de guerra o de lesa humanidad, de conformidad con el Estatuto de Roma<sup>168</sup>.

En estos casos, se deberá adelantar el juicio de acuerdo al Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, establecido en el Código de la Infancia y la Adolescencia, integrado por normas rectoras, normas internas, procedimientos y autoridades encargadas, que regula la investigación y juzgamiento de los delitos que cometen los adolescentes entre 14 y 18 años de edad, ya que los menores de 14 no son juzgados ni declarados penalmente responsables.

El procedimiento para estos adolescentes es el regulado por la ley 906 de 2004, exceptuando las disposiciones que sean contrarias al interés superior del adolescente, el cual tiene las siguientes características<sup>169</sup>:

- Las audiencias, a elección del Juez serán privadas, en las que sólo intervendrán los sujetos procesales, cuando se determine exposición a un daño psicológico para el adolescente.
- Presencia de los padres o guardadores en las audiencias.
- La identidad del procesado gozará de reserva.
- No proceden los acuerdos entre Fiscalía y defensa.
- En la audiencia de imposición de la sanción, el juez oirá previamente al Defensor de Familia para que mencione la situación familiar, económica, social, psicológica y cultural del adolescente y rinda un informe completo sobre estos aspectos.
- No existe juzgamiento en ausencia del adolescente. El proceso se suspende mientras se logra su comparecencia.
- La privación de la libertad sólo procede como medida pedagógica.
- Los padres o representantes legales son solidariamente responsables y en tal calidad deberán ser citados o acudir al incidente de reparación integral a favor de la víctima.
- El principio de oportunidad como facultad dispositiva de la acción penal por parte del Estado, es además de reglado, preferente, sujeto al consentimiento de ambas partes y con una visión eminentemente pedagógica.

### Ejercicio 3

Pepito, de 16 años de edad, fue capturado por la Policía Nacional mientras sembraba una mina antipersonal. Se encuentra plenamente probado que desde hacía un año pertenecía a un grupo armado ilegal, al cual había sido reclutado mediante engaños. ¿Es posible u obligatoria la aplicación del principio de oportunidad por parte del Fiscal que conoce del proceso?

<sup>169</sup> Mantilla Durán, Adriana Haydee, "Infancia y Adolescencia", Bogotá: Librería Ediciones del Profesional LTDA, 2008. P. 101 – 104.

<sup>168</sup> *Ibidem*, artículo 175, párr.

## 9. UNIDAD 4

### *La víctima en el ordenamiento jurídico colombiano*

#### 9.1. Objetivo general de la unidad

- Analizar el concepto de víctima dentro de la dinámica del derecho penal colombiano, la Ley 975 de 2005 y el derecho disciplinario.

#### 9.2. Objetivos específicos de la unidad

- Identificar claramente los requisitos establecidos por las normas constitucionales y legales y encauzados por vía jurisprudencial, para que determinadas personas puedan ser consideradas en su condición de víctimas dentro del contexto de la Ley 975 de 2005.
- Determinar los derechos que le asisten a las víctimas de conformidad con el marco de la aludida ley y cómo tales prerrogativas deben tener una adecuada aplicación en la práctica.
- Compaginar los derechos de las víctimas determinadas por la ley de justicia y paz dentro de los estándares regionales y universales de los derechos humanos.

#### 9.3 LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO

##### 9.3.1 Introducción

El estudio del rol de la víctima al interior del proceso penal, precedido de su definición, no es tarea sencilla. Cuando se afirma de manera categórica que en un sistema adversarial solamente son partes la defensa (material y técnica) y la Fiscalía, se corre el riesgo de dejar de lado al protagonista del drama criminal: la víctima. De ahí que a pesar de que el estatuto procesal penal colombiano diferencie partes de intervinientes y ubique dentro de esta última categoría a la víctima, sea necesario determinar los derechos que le asisten y las oportunidades procesales para ejercerlos.

En esta calidad de interviniente la víctima también es protagonista del proceso, pues no puede considerarse como una excusa para iniciarlo, y convertirla dentro del mismo en un simple convidado de piedra. Analizaremos a continuación, los derechos normativamente consagrados para las víctimas en el sistema procesal penal colombiano, haciendo referencia a las leyes 600 de 2000 (antiguo Código de Procedimiento Penal) 906 de 2004 (sistema mixto con tendencia acusatoria) y 975 de 2005 (denominada ley de justicia y paz).

##### 9.3.2 Victimología

La victimología podría definirse como una ciencia autónoma o como una disciplina que se encarga del estudio de los factores de predisposición victimal, la participación de la víctima en la génesis del delito, las clases de víctimas, el rol que cumplen al interior del proceso penal y las garantías y derechos que les asisten al interior del mismo. Los precursores de esta disciplina fueron Hans Von Henting y Benjamín Mendelsohn, quienes son los pioneros de la denominada victimología clásica que, fundamentalmente, analiza desde un prisma positivista las distintas tipologías victimales, clasificando las víctimas según la porción de culpabilidad que les cabe en el génesis del delito. Así, se hace referencia a una víctima totalmente inocente y a aquella que es provocadora, entre otras, llevándose a cabo una escala gradual de corresponsabilidad victimal en la realización del delito, estando constituido el último escalón por la víctima imaginaria o simuladora.

Autores como Mendelsohn y Neuman han hecho clasificaciones sobre los diferentes tipos de víctimas. Así, por ejemplo, Neuman en 1984<sup>170</sup> estableció la siguiente categorización de víctimas:

1. Víctimas individuales: Entre estas se diferencian las que carecen de actitud victimal y aquellas que sí la tienen, toda vez que, cooperan de forma dolosa o culposa a la producción del delito.
2. Víctimas familiares: Se refiere a aquellas personas dentro del núcleo familiar (parientes o con relación análoga de afectividad) de la víctima directa del delito.
3. Víctimas colectivas: Neuman expone que se trata de víctimas no tangibles en algunos supuestos. De igual manera, en esta categoría se incluye a la sociedad como víctima, en los casos, por ejemplo, de genocidios. También clasifica en este grupo a determinados grupos sociales lesionados en sus derechos a través del sistema penal; verbi gracia, excesos en centros de prisiones, calabozos, torturas, etc...
4. Víctimas sociales: Se refiere a colectividades que el propio sistema social convierte en víctimas: marginados, minorías étnicas, raciales y religiosas, entre otros.

Sea esta u otra la clasificación que un sistema jurídico haga de víctimas, es importante que los Estados creen leyes penales que logren reconocer las necesidades de protección de las víctimas y, por lo mismo, que se establezca claramente qué se entiende por víctimas, cuáles son sus derechos, cómo pueden participar en el sistema judicial y quiénes son los llamados a representarlos y a salvaguardar sus derechos.

Por lo mismo, la construcción y adopción de los distintos sistemas penales en los Estados debe tener un componente de reconocimiento de las víctimas y de sus derechos.

### 9.3.3 Concepto normativo de víctima

Teniendo en cuenta que ya se ha definido a la víctima en otros apartados de este estudio, pasaremos a llevar a cabo algunos comentarios respecto de la definición normativa que brinda el Código de Procedimiento Penal Colombiano Ley 906 de 2004 y la Ley 975 de 2005. Para poder hablar de víctimas es necesario partir de la base de un concepto jurídico. Este concepto no puede identificarse con el sujeto pasivo, propio de la dogmática jurídica, en la medida en que el término víctima engloba además el de sujeto perjudicado, es decir, aquel que sin ser titular del bien jurídico respectivo sufre algún tipo de perjuicio con la comisión de una conducta punible.

El artículo 132 de la Ley 906 de 2004 señala que

*Se entiende por víctimas, para efectos de este código, las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño directo como consecuencia del injusto.*

*La condición de víctima se tiene con independencia que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al autor del injusto e independientemente de la relación familiar con este.*

De acuerdo con el artículo 5° de la Ley 975 de 2005 de justicia y paz y con la sentencia C-370 de la Corte Constitucional, se entiende por víctima a la persona que individual o colectivamente haya sufrido daños directos tales como lesiones transitorias o permanentes que ocasionen algún tipo de discapacidad física, psíquica y/o sensorial (visual y/o auditiva), sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo de sus derechos fundamentales. Los daños deberán ser consecuencia de acciones que hayan

<sup>170</sup> Neuman, Elías, Prisión abierta: una nueva experiencia penológica, Depalma. Buenos Aires, 1984.

transgredido la legislación penal, realizadas por grupos armados organizados al margen de la ley. Del mismo modo, establecen que tendrá por víctima al cónyuge, compañero o compañera permanente, y familiar en primer grado de consanguinidad, primero civil de la víctima directa, cuando a esta se le hubiere dado muerte o estuviere desaparecida.

Cabe resaltar, como bien lo hace la ley y la providencia precitadas, bajo el marco de lo establecido por los instrumentos internacionales, que la condición de víctima se alcanza con independencia de que se identifique, aprehenda, procese o condene al autor de la conducta punible y sin consideración a la relación familiar existente entre el autor y la víctima, como hemos reiterado en varias ocasiones en este libro.

Por otro lado, la Ley 975 de 2005 de justicia y paz, no podía dejar por fuera de la calificación de víctima a los miembros de la Fuerza Pública, por tal razón, establece que aquellos miembros de la Fuerza Pública que hayan sufrido lesiones transitorias o permanentes que ocasionen algún tipo de discapacidad física, psíquica y/o sensorial (visual o auditiva), o menoscabo de sus derechos fundamentales, como consecuencia de las acciones de algún integrante o miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley se tendrán como víctimas. Así como también lo serán el cónyuge, compañero o compañera permanente y familiares en primer grado de consanguinidad, de los miembros de la fuerza pública que hayan perdido la vida en desarrollo de actos del servicio, en relación con el mismo, o fuera de él, como consecuencia de los actos ejecutados por algún integrante o miembros de los grupos organizados al margen de la ley.

De igual forma, el ordenamiento colombiano, con miras a hacerle énfasis a las secuelas del conflicto interno estableció que se consideran como víctimas a quienes han padecido el desplazamiento forzado ocasionado por grupos armados al margen de la ley<sup>171</sup>.

En conclusión, tal y como se infiere de lo expuesto anteriormente y según lo ha señalado la Corte Constitucional debe reconocerse como víctima o perjudicado de un delito penal a la persona que ha sufrido un daño real, concreto y específico, cualquiera sea la naturaleza de este y el delito que lo ocasionó<sup>172</sup>.

#### 9.3.4 Jurisprudencia constitucional sobre los derechos de las víctimas

En este sentido explica la Corte Constitucional Colombiana en la sentencia C-209 de 2007 que en el sistema acusatorio tradicional se ha considerado generalmente a la víctima como un testigo, quien si bien tiene un interés particular en el proceso penal, generalmente obtiene reparación por fuera de este. Sin embargo, expone dicha Corporación que esta posición tradicional ha ido variando y que la víctima ha adquirido, entre otros derechos, el derecho a impulsar sin excluir ni sustituir al Fiscal, la investigación criminal y el proceso penal, así como, se le ha permitido su intervención en algunas etapas previas y posteriores al juicio.

Vale la pena decir, como bien lo expone la sentencia precitada, que en estos sistemas tradicionales las víctimas tienen el derecho a aportar pruebas dentro del proceso, el derecho a ser oídas dentro del juicio y a ser notificadas de actuaciones que puedan afectarlas; del mismo modo que tiene derecho a que se adopte una resolución final dentro de un término prudencial, así como el derecho a que se proteja su seguridad, el derecho a una indemnización y a conocer la verdad de lo sucedido.

<sup>171</sup> Ley 975 de 2005 Art. 5°.

<sup>172</sup> Corte Constitucional sentencia C-370 de 2006, M.P Manuel José Cepeda Espinosa.



Por otro lado, en el sistema penal acusatorio la víctima se considera como interviniente del proceso penal y aún si no se puede entender como parte del proceso, sí se le reconocen derechos desde el inicio o en la fase de investigación. Entre estos derechos están los de atención y protección inmediata (arts. 133 y 134 CPP/2004) o después de la comisión del delito, el derecho a que se le comuniquen qué derechos tienen en su calidad de víctima (art. 135 CPP/2004), el derecho a que pueda acceder a información sobre el desarrollo del proceso, así como, del trámite de la investigación (art. 136 CPP/2004). En esta primera fase la víctima no necesita valerse de apoderado para actuar.

No obstante lo anterior, tan solo hasta la audiencia de formulación de acusación es que se le reconoce procesalmente la calidad de víctima (art. 340 CPP/2004) y la necesidad de tener un abogado.

Un punto importante para tener en cuenta es que, en el caso colombiano, el legislador al crear el Código de Procedimiento Penal de 2004, que se fundamenta en el nuevo sistema penal acusatorio, dejó claro que existe una diferencia entre víctima y parte civil. De esta forma, este último es considerado como la persona afectada civilmente por los efectos de la conducta punible; mientras que la víctima, quien ahora goza de todo un capítulo en el nuevo CPP, interviene durante todo el proceso y tiene un margen mayor de actuación ya que lo que se busca es proteger sus derechos a la verdad, justicia y reparación.

### 9.3.5 Derechos de las víctimas en la Ley 906 de 2004

Como ya se ha mencionado previamente, la Ley 906 de 2004 le da una mayor participación e importancia al rol de las víctimas en el desarrollo del proceso penal, por tal motivo el legislador, al establecer el nuevo sistema penal acusatorio por medio del Acto Legislativo 03 de 2002, tuvo en cuenta los derechos que la Constitución le garantiza a las víctimas y que pueden sintetizarse de la siguiente manera:

- "1. El derecho a la verdad, esto es, la posibilidad de conocer lo que sucedió y en buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real. Este derecho resulta particularmente importante frente a graves violaciones de los derechos humanos.*
- "2. El derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad.*
- "3. El derecho a la reparación del daño que se le ha causado a través de una compensación económica, que es la forma tradicional como se ha resarcido a la víctima de un delito".*

Por lo tanto, al leer el artículo 11 de la Ley 906 de 2004 se puede ver que el legislador quiso ser garantistas con las víctimas y les otorgó derechos que antes no gozaban.

Así indica dicho artículo lo siguiente:

*"Derechos de las víctimas. El Estado garantizará el acceso de las víctimas a la administración de justicia, en los términos establecidos en este código.*

*En desarrollo de lo anterior, las víctimas tendrán derecho:*

- a) A recibir, durante todo el procedimiento, un trato humano y digno;*
- b) A la protección de su intimidad, a la garantía de su seguridad, y a la de sus familiares y testigos a favor;*
- c) A una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del injusto o de los terceros llamados a responder en los términos de este código;*
- d) A ser oídas y a que se les facilite el aporte de pruebas;*

- e) A recibir desde el primer contacto con las autoridades y en los términos establecidos en este código, información pertinente para la protección de sus intereses y a conocer la verdad de los hechos que conforman las circunstancias del injusto del cual han sido víctimas;
- f) A que se consideren sus intereses al adoptar una decisión discrecional sobre el ejercicio de la persecución del injusto;
- g) A ser informadas sobre la decisión definitiva relativa a la persecución penal; a acudir, en lo pertinente, ante el juez de control de garantías, y a interponer los recursos ante el juez de conocimiento, cuando a ello hubiere lugar;
- h) A ser asistidas durante el juicio y el incidente de reparación integral, si el interés de la justicia lo exigiere, por un abogado que podrá ser designado de oficio;
- i) A recibir asistencia integral para su recuperación en los términos que señale la ley;
- j) A ser asistidas gratuitamente por un traductor o intérprete en el evento de no conocer el idioma oficial, o de no poder percibir el lenguaje por los órganos de los sentidos”.

De esta forma, la víctima goza de derechos tales como conocer la verdad, a acceder a la administración de justicia, a la reparación integral y obtener medidas judiciales de protección, sin perjuicio de poder acudir ante la jurisdicción civil ordinaria para efectos de obtener la reparación del daño ocasionado con el delito.

Los derechos anteriormente mencionados hacen referencia a características generales de los derechos de todas las víctimas de conductas punibles, sin embargo, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre las víctimas de diferentes tipos de delitos y sobre otros derechos comunes, no consagrados en la Ley 906 o en la Carta:

DELITO	DERECHO ESPECIAL DE LA VÍCTIMA	SENTENCIA
<b>Desaparición forzada</b>	Imprescriptibilidad de la acción penal, siempre que no se haya identificado e individualizado a los presuntos responsables.	C-580 de 2002.
<b>Todos los delitos</b>	“Las víctimas y los perjudicados por el delito tendrán derecho al amparo de pobreza dentro de los términos del Código de Procedimiento Civil, sin que para ello sea necesario que su intervención dentro del proceso sea en calidad de actores populares”.	C-875 de 2002.
<b>En el contexto de la ley de justicia y paz, la Corte se pronunció sobre los derechos de las víctimas en procesos inscritos en contextos y modalidades de justicia transicional de reconciliación.</b>	1. derecho de las víctimas a la protección judicial de los derechos humanos, mediante el ejercicio de un “recurso sencillo y eficaz”, en los términos de los artículos 8° y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. 2. Derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y a que se sancione a los eventuales responsables: a. “El derecho a la verdad implica que en cabeza de las víctimas existe un derecho a conocer lo sucedido, a saber quiénes fueron los agentes del daño, a que los hechos se investiguen seriamente y se sancionen por el Estado, y a que se prevenga la impunidad”	C-370 de 2006

(CONT.)

DELITO	DERECHO ESPECIAL DE LA VÍCTIMA	SENTENCIA
<p><b>En el contexto de la ley de justicia y paz, la Corte se pronunció sobre los derechos de las víctimas en procesos inscritos en contextos y modalidades de justicia transicional de reconciliación.</b></p>	<p>b. "El derecho a la verdad implica para los familiares de la víctima la posibilidad de conocer lo sucedido a ésta, y, en caso de atentados contra el derecho a la vida, el derecho a saber dónde se encuentran sus restos; en estos supuestos, este conocimiento constituye un medio de reparación y, por tanto, una expectativa que el Estado debe satisfacer a los familiares de la víctima y a la sociedad como un todo".</p> <p>c. "La sociedad también tiene un derecho a conocer la verdad, que implica la divulgación pública de los resultados de las investigaciones sobre graves violaciones de derechos humanos".</p> <p>3. Derecho a que el Estado cumpla con su obligación e de iniciar ex officio las investigaciones en caso de graves atropellos en contra de los derechos humanos y que esto no dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares, o de su aportación de elementos probatorios.</p>	<p>C-370 de 2006</p>
<p><b>Todos los delitos</b></p>	<p>Derechos de las víctimas a que se les comunique las decisiones sobre el archivo de diligencias.</p>	<p>C-1154 de 2005.</p>
<p><b>Todos los delitos</b></p>	<p>La Corte protegió el derecho de las víctimas del delito a impugnar la sentencia absolutoria.</p>	<p>Sentencia C-004 de 2003. Sentencia 046 de 2004.</p>
<p><b>Todos los delitos</b></p>	<p>"Derecho de las víctimas a solicitar la revisión extraordinaria de las sentencias condenatorias en procesos por violaciones a derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, cuando una instancia internacional haya concluido que dicha condena es aparente o irrisoria".</p>	<p>C-979 de 2005</p>

### 9.3.6 Intervención de las víctimas en las distintas etapas procesales

Tal y como se estudió anteriormente, el nuevo sistema penal acusatorio introducido mediante Acto Legislativo 03 de 2002 le dio a las víctimas el reconocimiento de interviniente especial en el proceso y se aseguró de darle un mayor espacio a las regulaciones referentes a estas. Del mismo modo, el legislador quiso respetar las garantías que la Constitución Política les otorga a las víctimas.

La Carta Política en numeral 7° del artículo 250 establece la necesidad de velar por la protección de las víctimas en el proceso penal y establece, como lo menciona la sentencia C-209 de 2007 de la Corte Constitucional, el carácter de interviniente que tienen las víctimas dentro del proceso penal acusatorio colombiano toda vez que preceptúa que *“la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal”*.

Del análisis del artículo 250 de la Constitución Política pueden concluirse ciertos puntos importantes: 1. la facultad de intervención que tienen las víctimas es independiente de las funciones del Fiscal, lo que significa que no es un sujeto pasivo bajo la protección de la Fiscalía, sino un interviniente activo<sup>173</sup>. 2. Es deber del legislador determinar la forma en la cual las víctimas pueden ejercer el derecho a intervenir en el proceso penal. 3. La situación de las víctimas en el proceso penal es diferente de cualquier otro interviniente, puesto que estas pueden actuar, no solo en una etapa, sino durante el desarrollo de todo el proceso penal. Sobre lo anterior ha dicho la Corte Constitucional que

*El artículo 250 no prevé que la participación de las víctimas esté limitada a alguna de las etapas del proceso penal, sino que establece que dicha intervención se dé en todo el proceso penal. Sin embargo, tal posibilidad ha de ser armónica con la estructura del proceso acusatorio, su lógica propia y la proyección de la misma en cada etapa del proceso*<sup>174</sup>.

Por lo tanto, toda vez que la participación de la víctima en el proceso penal obedece a un mandato constitucional no puede afirmarse, de ningún modo que, su intervención se dé tan solo en el incidente de reparación. Pues eso significaría una restricción de sus derechos a la verdad y a la justicia ya que la víctima participaría activamente solo a efectos de exigir reparación<sup>175</sup>, igualándose entonces a la parte civil.

El fundamento constitucional de la protección e intervención de la víctima en el proceso penal ha sido objeto estudio de la Corte Constitucional, la cual en la sentencia C-454 de 2006 afirmó que:

*esta reconceptualización de los derechos de las víctimas, a partir de la Constitución, se funda en varios principios y preceptos constitucionales: (i) En el mandato de que los derechos y deberes se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (art. 93 CP); (ii) en el hecho de que el Constituyente hubiese otorgado rango constitucional, a los derechos de las víctimas (art. 250 num. 6 y 7 CP); (iii) en el deber de las autoridades en general, y las judiciales en particular, de propender por el goce efectivo de los derechos de todos los residentes en Colombia y la protección de los bienes jurídicos (art. 2° CP); (iv) en el principio de dignidad humana que promueve los derechos a saber qué ocurrió, y a que se haga justicia (art. 1° CP); (v) en el principio del Estado social de derecho que promueve la participación, de donde deviene que la intervención de las víctimas en el proceso penal no puede reducirse exclusivamente a pretensiones de carácter pecuniario; (vi) y de manera preponderante del derecho de acceso a la administración de justicia, del cual se derivan garantías como la de contar con procedimientos idóneos y efectivos para la determinación legal de los derechos y las obligaciones, la resolución de las controversias planteadas ante los jueces dentro de un término prudencial y sin dilaciones injustificadas, la adopción de decisiones con el pleno respeto del debido proceso, así como la existencia de un conjunto amplio y suficiente de mecanismos para el arreglo de controversias*<sup>176</sup>.

<sup>173</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-209 de 2007 del veintiuno (21) de marzo de dos mil siete (2007). Expediente D-6396. MP. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>174</sup> *Ibidem*.

<sup>175</sup> *Ibidem*.

<sup>176</sup> Sentencia C-454 de 2006, MP. Jaime Córdoba Triviño.

### 9.3.6.1 Sobre la víctima y sus facultades probatorias en el nuevo sistema penal

En primer lugar se debe aclarar que la Ley 906 de 2004 establece la posibilidad de que se ejerzan las facultades probatorias en diferentes etapas del proceso penal. La primera de esas posibilidades es la de solicitar y practicar pruebas anticipadas durante la investigación y hasta antes de la instalación de la audiencia del juicio oral (art. 283 CPP/2004). También, se puede ejercer dicha facultad probatoria en la audiencia de formulación de acusación, tal y como lo consagra el artículo 344 del CPP. Del mismo modo, los artículos 356, 358, y 359 del código, establecen que en la audiencia preliminar se tomen diferentes decisiones en cuanto al acervo probatorio. Por último, en la etapa de juicio también se da una posibilidad de ejercer la facultad probatoria al tenor de los artículos 378, 391 y 395 del CPP.

Habiendo dicho lo anterior es necesario precisar en cuáles de estas etapas puede participar la víctima y de qué forma lo deben hacer, sobre todo bajo el entendido del literal d del artículo 11 del CPP de 2004 sobre el derecho de las víctimas a *"ser oídas y a que se les facilite el aporte de pruebas"*.

Así, en cuanto a la audiencia preparatoria, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el hecho de que el artículo 357 del CPP omita incluir a las víctimas dentro de los actores procesales que pueden hacer solicitudes probatorias en esta etapa es inconstitucional; motivo por el cual, debe permitírseles dicha facultad: *"para garantizar la efectividad del derecho a acceder a la justicia y del derecho a la verdad, a la víctima debe permitírsele (i) hacer solicitudes probatorias en la audiencia preliminar; (ii) así sea en una etapa previa al juicio; y (iii) tal posibilidad la puede ejercer directamente la víctima (o su apoderado); y (iv) sin que ello desconozca las especificidades del nuevo sistema acusatorio ni los rasgos estructurales del mismo"*<sup>177</sup>.

Por otro lado, en relación con el numeral 2 del artículo 284 del CPP, referente a la posibilidad de solicitar la práctica de pruebas anticipadas ante el juez de control de garantías la Corte Constitucional aclaró también que, la víctima sí está facultada para tal actuación<sup>178</sup>.

Del mismo modo, la sentencia C-209 de 2007 afirmó que la víctima efectivamente puede solicitar el descubrimiento de un elemento material probatorio específico o de evidencia física específica.

En cuanto al artículo 356 de la Ley 906 de 2004 la sentencia mencionada previamente declaró la exequibilidad del mismo *"en el entendido de que la víctima también puede hacer observaciones sobre el descubrimiento de elementos probatorios y de la totalidad de las pruebas que se harán valer en la audiencia del juicio oral"*.

En relación con el artículo 358 del CPP La Corte aceptó que la víctima puede solicitar que sean exhibidos los elementos materiales probatorios y evidencia física durante la audiencia preparatoria.

Así mismo, este Alto Tribunal estableció que la que la víctima también puede solicitar la exclusión, el rechazo o la inadmisibilidad de los medios de prueba<sup>179</sup> (art. 359 CPP).

De otra parte, la sentencia C-209 de 2007, que se ha venido estudiando, declaró la constitucionalidad de los artículos 378, 391 y 395 de la Ley 905 de 2004 aún si éstos le quitan la posibilidad a las víctimas de controvertir los medios probatorios, los elementos materiales probatorios y la evidencia física en la etapa del juicio oral y a pesar también de que excluyen la posibilidad de que

<sup>177</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-209 de 2007 del veintiuno (21) de marzo de dos mil siete (2007). Expediente D-6396. MP. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>178</sup> *Ibidem*.

<sup>179</sup> *Ibidem*.

interroguen testigos y de oponerse a las preguntas que se planteen en el juicio oral. El fundamento de la Corte se basa en que la participación de la víctima provoca un desequilibrio en las características propias del sistema acusatorio, lo cual convertiría a la víctima en un segundo acusador y esto afectaría el corte adversarial que promulga el nuevo sistema penal colombiano. Sobre lo anterior dice el Tribunal que

*“No obstante, la víctima, a través de su abogado, podrá ejercer sus derechos en la etapa del juicio sin convertirse en una parte que pueda presentar y defender su propio caso al margen del Fiscal. El conducto para culminar en esta etapa final del proceso el ejercicio de sus derechos es el fiscal, quien debe oír al abogado de la víctima. Así, por ejemplo, este podrá aportar a la Fiscalía observaciones para facilitar la contradicción de los elementos probatorios, antes y durante el juicio oral, pero solo el fiscal tendrá voz en la audiencia en aquellos aspectos regulados por las normas acusadas. En el evento de que la víctima y su abogado estén en desacuerdo con la sentencia podrán ejercer el derecho de impugnarla, de conformidad con el artículo 177 de la Ley 906 de 2004. Cabe agregar que en el sistema colombiano el Ministerio Público es un interviniente sui generis que también puede abogar por los derechos de todos, incluidas las víctimas en dicha etapa, sin sustituir ni al Fiscal ni a la defensa”<sup>180</sup>.*

De la jurisprudencia de la Corte Constitucional puede entonces concluirse que la víctima sí tiene un papel activo en las primeras etapas del proceso, es decir, hasta antes del juicio oral. Sin embargo, una vez empieza la etapa del juicio oral su intervención en el proceso se ve limitada y, de cierta forma, es el fiscal quien deben velar por la protección de los intereses y derechos de las víctimas.

### 9.3.6.2 Sobre las víctimas y su facultad para solicitar medidas de aseguramiento y de protección

El artículo 306 del CPP de 2004 sobre solicitud de imposición de medida de aseguramiento consagra que *“el fiscal solicitará al juez de control de garantías imponer medida de aseguramiento...”*.

De otra parte, el artículo 316 del mismo código indica que *“si el imputado o el acusado incumpliere [...] a petición de la Fiscalía o del Ministerio Público, el juez podrá, según el caso, ordenar su reclusión en establecimiento carcelario...”*.

Por último, el artículo 342 del CPP de 2004 sobre medidas de protección establece que *“Una vez formulada la acusación el juez podrá, a solicitud de la fiscalía, cuando se considere necesario para la protección de la víctima o testigos, ordenar...”*.

De lo anterior se infiere que estos artículos buscan proteger a las víctimas y sus derechos contra cualquier riesgo que del proceso penal, o mejor, que el acusado pueda causar contra su vida o integridad física, así como la de sus familias.

Del análisis anterior y bajo la observancia del artículo 134 del CPP que establece que las víctimas podrán *“solicitar al juez de control de garantías las medidas indispensables para su atención y protección”*. La Corte estableció que la víctima está facultada para acudir directamente ante el juez competente, ya sea el de control de garantías o el de conocimiento, según corresponda, para solicitar la medida respectiva<sup>181</sup>.

No obstante, es necesario tener presente la siguiente aclaración de la Corte Constitucional en la sentencia C-209 de 2007: *“Lo anterior no significa que el juez competente, al recibir de manera directa la solicitud de la víctima en el sentido de que se imponga una medida de aseguramiento o una medida de protección específica, deba proceder a dictarla sin seguir el procedimiento*

<sup>180</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-209 de 2007 del veintiuno (21) de marzo de dos mil siete (2007). Expediente D-6396. MP. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>181</sup> *Ibidem*.

señalado en las normas aplicables. Así, por ejemplo, en el caso de las medidas de aseguramiento debe previamente escuchar al fiscal, a la defensa y al Ministerio Público, como lo exige el propio artículo 306 acusado”.

### 9.3.6.3 Sobre las víctimas y la aplicación del principio de oportunidad

El principio de oportunidad lo entendemos como la facultad “discrecional” que radica en cabeza de la Fiscalía a través del cual esta puede suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal en el marco de la política criminal Estatal y con base en las causales previstas en el artículo 324. Este principio de raigambre constitucional implica que debe respetarse en todos los casos los derechos de las víctimas. Por ello el artículo 11 literal f de la Ley 906 de 2004, señala que la víctima tiene derecho a que se consideren sus intereses al momento en que la fiscalía aplique una facultad discrecional sobre el ejercicio de la acción penal.

En este orden de ideas, no será viable suspender, renunciar o interrumpir el ejercicio de la acción penal, si el indiciado o imputado no ha reparado a la víctima los perjuicios que produjeron con ocasión de la conducta punible. De ahí también que en la audiencia que se surte ante el juez de control de garantías en virtud de la cual se controla la aplicación al principio de oportunidad; sea necesario oír a la víctima dentro de la misma.

Sobre la aplicación del principio de oportunidad y los derechos de las víctimas afirma la Corte que *“el derecho de las víctimas a la justicia no se logra solamente a través de una condena en un caso particular. La aplicación del principio de oportunidad también promueve la justicia, en la medida que contribuye a la protección efectiva de bienes jurídicos de mayor entidad, lo cual redundando en la protección de los derechos de las víctimas de delitos más graves”*<sup>182</sup>.

De igual forma, expone la Corte Constitucional que el artículo 326 del CPP establece mecanismos de protección de los derechos de las víctimas que pueden guiar a los fiscales y al juez de control de garantías a valorar los derechos de las víctimas en las ocasiones en que consideren que no hay necesidad de ejercer la acción penal.

### 9.3.6.4 Las víctimas frente a la solicitud de preclusión y de archivo

Con relación a la preclusión, como esta tiene efectos de cosa juzgada, la Corte Constitucional indicó que no permitirle a la víctima controvertir adecuadamente esa solicitud del fiscal puede ser contraria a los derechos constitucionales de las víctimas y a aquellos que la Ley 906 de 2004 consagra. Así, dice la Corte que *“en efecto, dado que al decretarse la preclusión, la víctima no puede solicitar la reanudación de la investigación, ni aportar nuevos elementos probatorios que permitan reabrir la investigación contra el imputado favorecido con la preclusión, resulta esencial adelantar un control adecuado de las acciones y omisiones del fiscal, y controvertir de manera efectiva de sus decisiones. Por ello, el trámite de la solicitud de preclusión debe estar rodeado de las mayores garantías”*<sup>183</sup>.

### 9.3.6.5 Sobre la víctima y su posibilidad de intervenir en la definición de la teoría del caso y en la formulación de la acusación en la etapa del juicio

Del estudio de los artículos 337, 339 y 344 del CPP se concluye que el objetivo de que las partes procesales pueden intervenir en la audiencia de formulación de acusación es el de hacer un control a la misma a través de dos vehículos: *“(i) la formulación de observaciones al escrito de acusación, a fin de que el fiscal lo aclare, corrija o adicione, y además (ii) la manifestación oral de causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones, o nulidades que pudiera haber”*<sup>184</sup>.

<sup>182</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-209 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>183</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-209 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>184</sup> Íbidem.

Por lo tanto, no puede negarse que es un momento crucial del proceso en el cual no se debe desconocer los intereses de las víctimas de la conducta punible. Es por esta razón que la Corte Constitucional determinó que la víctima está facultada para intervenir en la audiencia de formulación de acusación, para formular observaciones al escrito de acusación o manifestarse sobre posibles causales de incompetencia, recusaciones, impedimentos o nulidades<sup>185</sup>.

Sin embargo, sobre la posibilidad de que la víctima participe para presentar la teoría del caso en la etapa de juicio, diferente y contraria a aquella que hace la Fiscalía, la Corte Constitucional consideró que no es pertinente pues a la víctima ya se le ha dado la oportunidad de intervenir en las demás etapas del proceso, ayudándole de esta forma al fiscal en la construcción del expediente. Por lo tanto, esta labor se le concede solo al fiscal.

### 9.3.7 La víctima y los preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado

Dentro de las finalidades de los preacuerdos entre fiscalía e imputado o acusado, el artículo 348 es claro en señalar que se encuentran las de propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto, entre otros. Teniendo en cuenta que a la víctima le asisten los derechos a la verdad, justicia y reparación, se presenta un conflicto entre tales derechos y el derecho que tiene la Fiscalía en ejercicio de la discrecionalidad, a negociar con el imputado o acusado. El artículo 351 señala en su último inciso que, *las reparaciones efectivas a la víctima que puedan resultar de los preacuerdos entre fiscal e imputado o acusado, pueden aceptarse por la víctima. En caso de rehusarlos ésta podrá acudir a las vías judiciales pertinentes.*

La Corte Constitucional a través de la sentencia C-516 de 2007 señaló respecto de este inciso que la víctima podrá intervenir en la celebración de acuerdos y preacuerdos entre la Fiscalía y el imputado o acusado, para lo cual deberá ser oída e informada de la celebración por el o la fiscal y el juez o jueza encargado de aprobar el acuerdo.

## 9.4 LA VÍCTIMA EN EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE JUSTICIA Y PAZ. EL CONCEPTO DE VÍCTIMA EN LA LEY 975 DE 2005

### 9.4.1 Introducción

Durante muchas décadas, nuestro país ha sufrido el despliegue de conductas constitutivas de múltiples y reiteradas violaciones masivas a los derechos humanos por parte de aparatos organizados de poder, tanto de derecho como de facto, lo que siempre ha debilitado los fines de un Estado democrático de derecho. El conflicto en nuestro país tiene un desarrollo sumamente complejo y en cierta forma ha determinado la realidad jurídica, social, política y económica. El conflicto jurídico-penal que emerge precisamente de la comisión de delitos de lesa humanidad, amerita que el Estado tenga legitimidad en la aplicación del derecho que le asiste para investigar, juzgar y sancionar a los responsables por esas conductas que atentan no solamente contra bienes jurídicos individuales sino que se terminan vulnerando bienes jurídicos denominados supraindividuales cuyo titular es el conjunto de la humanidad entera.

Lo anterior implica un análisis que debe tener en cuenta una doble dimensión: Por un lado, es claro que el derecho penal, como instrumento de control y de orientación social formal, no debe violar las garantías fundamentales que le asisten a las personas responsables, en calidad de autores o partícipes, de violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos y de infracciones al derecho internacional humanitario. Por ello, entre otras prerrogativas, se debe respetar el principio de dignidad humana y el debido proceso, y en caso de una condena, se debe cumplir con los fines de la pena que esté a la altura de un Estado democrático de derecho.

<sup>185</sup> Íbidem.



Pero por otro lado, es claro que no hay que dejar a la deriva un protagonista esencial del escenario del mencionado conflicto jurídico-penal: la víctima. A ella también le asiste derechos fundamentales los cuales se deben reconocer y respetar. En este orden de ideas, es claro que la víctima debe ser considerada en su dignidad humana, idea que no siempre fue vista de esta manera<sup>186</sup>.

Ahora bien, en el marco jurídico del que se ha valido el Estado colombiano para tratar de ponerle fin a las violaciones sistemáticas de los derechos humanos en su territorio, es preciso establecer un panorama en el que puede indicar cómo ha sido la evolución del lugar que ha ocupado la víctima en cuanto al respeto de sus derechos, los cuales tradicionalmente han constituido un tríptico: verdad, justicia y reparación.

#### 9.4.2 De la legislación precedente y sus falencias

El plexo normativo anterior a la entrada en vigencia de la Ley 975 de 2005, estaba determinado por varias leyes y decretos que las reglamentaban. Sin embargo, a continuación se pasa a explicar por qué esa legislación anterior a la denominada ley de justicia y paz, realmente no comprendía o al menos no contenía de manera diáfana el tríptico de derechos que hoy en día se le debe reconocer eficazmente.

Con la promulgación de la Carta Política de 1991, en primer lugar hay que aludir a la Ley 288 de 1996<sup>187</sup>, por medio de la cual se establecen instrumentos para la indemnización de perjuicio a las víctimas de violaciones de derechos humanos en virtud de lo dispuesto por determinados órganos internacionales de Derechos Humanos. En esta ley, si bien puede representar un esfuerzo estatal para empezar a reconocer los derechos de las víctimas, lo cierto es que se hace de una manera poco clara e incompleta.

Posteriormente, y siempre dentro del marco político de buscar el fin del conflicto en Colombia, se expidió la Ley 418 de 1997, el cual se presenta compleja y difusa en varios de sus apartes, bajo la égida de "la eficacia de la justicia". Dicha ley fue modificada en varias disposiciones, derogada en otras tantas, así como fue prorrogada su vigencia, por las leyes 548 de 1999, 782 de 2002 y la Ley 1106 de 2006.

Es interesante anotar que la Ley 418 de 1997 tiene como norte pretender asegurar una pacífica convivencia en nuestro país y en aras de ello, se preocupa por diseñar instrumentos jurídicos para una desmovilización de los grupos al margen de la ley y de beneficios jurídico penales a favor de sus integrantes. No obstante lo anterior, se continúa con un reconocimiento tímido y escueto de los derechos plenos de las víctimas. Empero, En artículo 15 de la Ley 418 de 1997, modificado por el artículo 6° de la Ley 782 de 2002, trae una definición de lo que se entiende por víctima, en estos términos:

*"Para los efectos de esta ley, se entiende por víctimas de la violencia política, aquellas personas de la población civil que sufran perjuicios en su vida, o grave deterioro en su integridad personal o en sus bienes, por razón de atentados terroristas, combates, secuestros, ataques y masacres en el marco del conflicto armado interno. Son víctimas los desplazados en los términos del artículo 1° de la Ley 387 de 1997".*

Posteriormente, se establece una serie de pautas con el fin de brindar asistencia a dichas víctimas de hechos violentos, en materia de salud, vivienda, crédito, educación, así como la de establecer mecanismos para protegerlas con ocasión de un proceso penal.

<sup>186</sup> En efecto, en un primer momento, los modelos procesales punitivos, en aras de realizar una justicia formal, la víctima en un proceso penal era utilizada como un instrumento para acceder a la verdad procesal, y en consecuencia el Estado desplazaba a la víctima. Luego el conflicto jurídico-penal tenía tan solo dos protagonistas: el Estado y el infractor de la ley penal. Para un estudio completo de la evolución histórica y jurídica consúltese González Navarro, Antonio Luis, La víctima en el sistema penal, Editorial Leyer, Bogotá, 2007.

<sup>187</sup> El contenido de esta ley fue incorporada en el Decreto Reglamentario 1818 de 1998 Por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos.

Con la expedición de la Ley 782 de 2002, que proroga la vigencia de la anteriormente mencionada ley, la situación no varió para los derechos de las víctimas puesto que se daba prioridad a otros temas tales como la desmovilización y reincorporación a la vida civil y beneficios jurídicos para los victimarios, con el fin de poderle dar una solución política al historial de violaciones masivas de los derechos humanos en Colombia. También hay que anotar que la ley 782 de 2002 fue reglamentada por tres decretos: 128 de 2003, 3360 de 2003 y 2767 de 2004<sup>188</sup>.

#### 9.4.3 Ley 975 de 2005: en búsqueda del anhelado pero delicado equilibrio entre la justicia y la paz

Tal es el contexto que rodeó la expedición de la Ley 975 de 2005 en donde se pretende realizar esfuerzos no solo por conseguir el desmantelamiento y desmovilización de aparatos organizados de poder que han tenido como modus operandi la violación sistemática o generalizada de los derechos fundamentales de las víctimas, sino la de reforzar el trípode de derechos que le asisten a estas últimas. Es cierto que dicha ley busca conciliar en un difícil equilibrio dos valores fundamentales en un Estado democrático de Derecho: la Justicia y la paz. Al respecto, con razón se afirma que:

*“El Derecho como delicado instrumento creado por la civilización al servicio de la humanidad, necesariamente tiene que entenderse en función de asegurar a los asociados la libertad y la justicia en todos los aspectos para que sea posible la convivencia pacífica. No se trata entonces de imponer la paz por el simple acatamiento a la autoridad del Estado, sino del establecimiento de reglas jurídicas para que este pueda garantizar a todos la esfera jurídica de la libertad individual de tal manera que cada uno de los asociados tenga la garantía del respeto a sus propios derechos, de lo cual surja necesariamente la armonía social, la que resultaría imposible si al propio tiempo ella no se edifica sobre los postulados de la justicia”<sup>189</sup>.*

Lo anterior tiene una trascendental repercusión en el concierto de las naciones, toda vez que

*“En la medida en que progresa el concepto de la universalización del Derecho, la justicia y la paz no se consideran ya asuntos de interés particular de cada Estado, sino que trascienden los límites territoriales de este para adquirir dimensión ecuménica. Por ello, desde la extinguida Liga de las Naciones hasta la Organización de las Naciones Unidas ha sido preocupación constante la protección de los derechos humanos, incluidos los de orden cultural, económico y social, la garantía efectiva de la libertad, la persecución de los delitos de lesa humanidad y los crímenes de guerra mediante la celebración de tratados que vinculen a los distintos Estados, el establecimiento de tribunales y organismos internacionales, para alcanzar el fin supremo de la paz sin sacrificio de la justicia material”<sup>190</sup>.*

Como se colige de lo anterior, el reto ante el cual se enfrenta las instituciones jurídicas penales en Colombia, es enorme pues son dos valores que están sin duda en un mismo plano de igualdad. Al respecto se afirma que “[n]o se trata de privilegiar una u otra, pues ello podría dar lugar a negar el valor que representa cada una en el marco de una sociedad democrática”<sup>191</sup>.

Precisamente esta ley busca establecer mecanismos que sirvan como imperativo para el reconocimiento de las víctimas de los crímenes más abominables que un ser humano pueda sufrir, y que la búsqueda de la paz no sacrifique dichos derechos, pues si se toma conciencia de que la víctima tiene derecho a que se le respete en su dignidad humana, se habrá dado un paso

<sup>188</sup> Así mismo, cabe señalar que se han expedido otros decretos reglamentarios donde también se modifican disposiciones, tales como el Decreto 395 de 2007, Decreto 1059 de 2008 y el Decreto 1290 de 2008.

<sup>189</sup> Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-370 de 2006. Salvamento de voto del Magistrado Alfredo Beltrán Sierra, Expediente D-6032.

<sup>190</sup> Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-370 de 2006. Salvamento de voto del Magistrado Alfredo Beltrán Sierra, Expediente D-6032.

<sup>191</sup> Palacio Cepeda, Marisol, Víctimas y reparación, Editorial Leyer, Bogotá, 2008, p.79.

muy importante en la transición hacia una verdadera democracia dentro de un Estado en donde se respetan los derechos más elementales, cumpliendo así con los estándares internacionales exigidos por el concierto de las naciones<sup>192</sup>.

Finalmente, vale la pena aclarar que la Ley 975 de 2005<sup>193</sup> dispone una aplicación especial pues su procedimiento es diferente a los demás regímenes procesales punitivos que actualmente y de manera simultánea rigen en nuestro país (L. 600/2000, L. 906/2004, L. 1098/2006). Así mismo, “la Ley 975 es de aplicación residual para los desmovilizados que no accedan a la aplicación de la Ley 782 de 2002, siempre y cuando se encuentren en el listado que el Gobierno Nacional remita a la Fiscalía General de la Nación”<sup>194</sup>, aclarando que se aplica a hechos cometidos con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha ley. Con todo, de conformidad con el artículo 63, en caso de vacíos puede acudirse tanto a la Ley 782 de 2002, como al Código de Procedimiento Penal vigente.

#### 9.4.4 El concepto de víctima en la ley de justicia y paz

Es necesario señalar que con la entrada en vigencia de esta ley, se evidencia un esfuerzo institucional por reconocer los derechos de las víctimas de una manera mucho más clara y completa, a diferencia de toda la normativa pretérita que ya había sido relacionada.

##### 9.4.4.1 ¿Quiénes son víctimas en el ámbito de la ley de justicia y paz?

Se reitera la definición que trae el artículo 5 de la ley de justicia y paz, donde –como hemos visto– se define la noción de víctima en estos términos:

*“Para los efectos de la presente ley se entiende por víctima la persona que individual o colectivamente haya sufrido daños directos tales como lesiones transitorias o permanentes que ocasionen algún tipo de discapacidad física, psíquica y/o sensorial (visual y/o auditiva), sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo de sus derechos fundamentales. Los daños deberán ser consecuencia de acciones que hayan transgredido la legislación penal, realizadas por grupos armados organizados al margen de la ley.*

*También se tendrá por víctima al cónyuge, compañero o compañera permanente, y familiar en primer grado de consanguinidad, primero civil de la víctima directa, cuando a esta se le hubiere dado muerte o estuviere desaparecida.*

*La condición de víctima se adquiere con independencia de que se identifique, aprehenda procese o condene al autor de la conducta punible y sin consideración a la relación familiar existente entre el autor y la víctima.*

*Igualmente se considerarán como víctimas a los miembros de la Fuerza Pública que hayan sufrido lesiones transitorias o permanentes que ocasionen algún tipo de discapacidad física, psíquica y/o sensorial (visual o auditiva),*

<sup>192</sup> No obstante en estricto sentido no se puede identificar la actualidad normativa dentro del concierto de una justicia transicional, pues esta implica grandes y profundas transformaciones en lo social, jurídico y económico, la Corte Constitucional en sentencia C-370 de 2006, enmarca y generaliza la Ley 975 en dicho concepto. Una visión interesante y completa del mencionado concepto la aporta la Revista Estudios Socio-Jurídicos del Grupo de Investigaciones Socio-Jurídicas Carlos Holguín Holguín de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, Agosto 2005, Volumen 7. También consúltese Mora Insuasty, Socorro, La ley de Justicia y Paz en el marco de la Convención Americana de Derechos Humanos, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2008.

<sup>193</sup> En desarrollo de la Ley 975 se han expedido numerosos decretos reglamentarios que buscan estar acordes principalmente con lo dispuesto por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

<sup>194</sup> Mora Insuasty, Socorro, La ley de Justicia y Paz en el marco de la Convención Americana de Derechos Humanos, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2008, p.31.

*o menoscabo de sus derechos fundamentales, como consecuencia de las acciones de algún integrante o miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley.*

*Así mismo, se tendrán como víctimas al cónyuge, compañero o compañera permanente y familiares en primer grado de consanguinidad, de los miembros de la fuerza pública que hayan perdido la vida en desarrollo de actos del servicio, en relación con el mismo, o fuera de él, como consecuencia de los actos ejecutados por algún integrante o miembros de los grupos organizados al margen de la ley”<sup>195</sup>.*

Al respecto, en sentencia C-370 de 2006, la Corte Constitucional contribuye a modular la interpretación de este artículo, dentro de una lógica sistemática y atendiendo el espíritu de la ley con el fin de compaginarla con los estándares internacionales de los derechos de las víctimas. En efecto, el alto tribunal de lo constitucional establece la constitucionalidad condicionada de la norma aludida:

*“[e]n el entendido que la presunción allí establecida no excluye como víctima a otros familiares que hubieren sufrido un daño como consecuencia de cualquier otra conducta violatoria de la ley penal cometida por miembros de grupos armados al margen de la ley. Adicionalmente, procederá a declarar exequible la expresión “en primer grado de consanguinidad de conformidad con el Presupuesto del Fondo para la reparación de las víctimas”, contenida en el artículo 47, sin perjuicio de analizar otro cargo sobre este mismo artículo con posterioridad (aparte 6.2.4.3.3.), en el entendido que no excluye como víctima a otros familiares que hubieren sufrido un daño como consecuencia de cualquier otra conducta violatoria de la ley penal cometida por miembros de grupos armados al margen de la ley. Finalmente, declarará la exequibilidad de la expresión “en primer grado de consanguinidad” del numeral 49.3, en el entendido que no excluye como víctima a otros familiares que hubieren sufrido un daño como consecuencia de cualquier otra conducta violatoria de la ley penal cometido por miembros de grupos armados al margen de la ley”.*

<sup>195</sup> Esta definición se aproxima a la contenida definición que trae la Resolución A/40/34 de 1985 aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas que contiene la Declaración sobre los principios fundamentales para las víctimas de delitos y del abuso de poder en estos términos:

- “1. Se entenderá por “víctimas” las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder.
2. Podrá considerarse “víctima” a una persona, con arreglo a la presente Declaración, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. En la expresión “víctima” se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.”

De igual forma, resulta interesante compararla con al concepto de víctima que ofrece las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal internacional en su regla 85. Para los fines pertinentes, este Estatuto dispone:

- a) Por “víctimas” se entenderá las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte;
- b) Por víctimas se podrá entender también las organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos a alguno de sus bienes que esté dedicado a la religión, las artes, las ciencias o la beneficencia y a sus monumentos históricos, hospitales y otros lugares y objetos que tengan fines humanitarios.”

Esta última disposición desarrolla lo establecido por el artículo 68 del Estatuto de Roma en lo atinente a la protección de las víctimas y los testigos y su participación en las actuaciones. Esta consagración positiva de la Corte Penal Internacional en nuestro concepto, y a pesar de las dificultades surgidas por la confluencia de varios sistemas jurídicos, constituye un avance respecto del tratamiento que se les viene dando a las víctimas en los Tribunales ad hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda.

Es importante recalcar que también son consideradas víctimas los miembros de la Fuerza pública, para efectos de la aplicación de dicha ley. Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido que

*"(...) frente al texto de dichas disposiciones internacionales -que son los que invocan los demandantes y los diferentes intervinientes- la Corte constata que ninguna oposición se configura entre estas y el inciso cuarto del artículo 5 de la Ley 975 de 2005 acusado, pues de las mismas no se desprende una prohibición para el Estado Colombiano de conceder o atribuir el estatus de víctima a los miembros de la fuerza pública en las circunstancias a que alude la ley referida"<sup>196</sup>.*

Señalando además que

*"Se trata pues mas (sic) bien de una norma interna más garantista que las previstas en el ordenamiento internacional"<sup>197</sup>.*

Pero precisando, en relación con los miembros de la fuerza pública, que

*"Obviamente dicho reconocimiento, no comporta la posibilidad de que en estos casos se reciba una doble indemnización sino que necesariamente alude a una protección que complementa la prevista en el régimen de seguridad social y se refiere solamente a los riesgos que no están cubiertos por el régimen de seguridad social de la Fuerza Pública."<sup>198</sup>.*

Todas las víctimas, directas o familiares de estas que no solo comprenden el primer grado de consanguinidad. Tampoco se debe excluir del beneficio de acceder a la justicia para ejercer sus derechos, a los familiares de las víctimas directas si estas no han muerto o no han desaparecido.

#### 9.4.4.2 De la característica de los daños

Una vez precisados los sujetos que deben ser consideradas en su condición de víctimas dentro del contexto, es importante precisar que los daños pueden ser

- Individuales, o
- Colectivos.

Sin desconocer la existencia de los primeros, lo cierto es que por las características de las conductas punibles que se investigan, juzgan y sancionan, y que se despliegan a gran escala, los daños que se causan colectivamente adquieren una particular relevancia. Al respecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha prescrito que se debe realizar un esfuerzo investigativo por parte del servidor y servidora públicos para determinar los daños colectivos<sup>199</sup>.

<sup>196</sup> Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-575 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis, Expediente D-5994.

<sup>197</sup> Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-575 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis, Expediente D-5994.

<sup>198</sup> Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-575 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis, Expediente D-5994.

<sup>199</sup> En efecto, ha dicho la Alta Corporación que [E]l concepto de colectividad es connatural a la pretensión de la Ley de Justicia y Paz, la cual se edificó bajo la expectativa de dirigirse a organizaciones armadas al margen de la ley que estén dispuestas a la reconciliación. Es que, atendiendo a las conocidas dificultades operativas para investigar a las colectividades criminales, la normativa previó situaciones en las que existen víctimas sin victimario, en el entendido de que siguen siendo víctimas porque la responsabilidad es atribuible a la facción de la organización respectiva. –artículos 4º, 5º y 42 inciso 2º de la ley 975 de 2005. Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 28 de mayo de 2008, Magistrado Ponente Dr. Augusto Ibañez Guzmán, radicado 29.560.

Ahora bien, ya sea un daño individual o colectivo, estos se pueden traducir de **manera indicativa** en cualquier clase de daño como por ejemplo lesiones que impliquen algún tipo de discapacidad psíquica, sensorial o física de carácter transitorio o permanente, o que ocasionen sufrimiento emocional, pérdida financiera, o que impliquen menoscabo de sus derechos fundamentales.

Con todo, es preciso demostrar que el daño tenga estos atributos:

- Real
- Concreto
- Específico<sup>200</sup>

Finalmente, esos daños deben guardar una estrecha relación con las conductas punibles realizadas por los grupos organizados al margen de la ley y que se investigan y juzgan dentro del marco de la Ley 975.

#### 9.4.5 Derechos de las víctimas en el marco de la ley de justicia y paz

Se ha recalcado que este cuerpo normativo ha significado un gran avance para dotar de un marco jurídico al reconocimiento de los derechos de las víctimas con el fin de dignificar su papel protagónico dentro del conflicto jurídico penal especial con ocasión de las masivas violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario.

En este orden de ideas, se ha señalado que el respeto a la dignidad humana de la víctima se sustenta en un tríptico de derechos fundamentales y a partir del cual se desarrollan otras prerrogativas que indudablemente desarrollan los fines de un Estado democrático de Derecho. Los mencionados derechos son los de justicia, verdad y reparación. Lo anterior ha sido fruto de la conciencia jurídica universal que ve en la aplicación de los principios generales del derecho una necesidad en aras de garantizar la existencia y seguridad del ser humano<sup>201</sup>.

De igual forma, la interpretación en la aplicación de los derechos a la justicia, verdad y reparación, necesariamente pasa por el derrotero señalado en el segundo inciso del artículo segundo de la Ley 975 de 2005. Al respecto se expresa que

*“La interpretación y aplicación de las disposiciones previstas en esta ley deberán realizarse de conformidad con las normas constitucionales y los tratados internacionales ratificados por Colombia. La incorporación de algunas disposiciones internacionales en la presente ley, no debe entenderse como la negación de otras normas internacionales que regulan esta misma materia”.*

Es en este sentido en donde la búsqueda de la paz encuentra una justificación y una proporcionalidad razonables toda vez que no se debe pasar por alto los derechos de las víctimas, sino que, por el contrario, deben tener una dimensión real en la aplicación de los mismos. A continuación se aludirá de una manera didáctica cómo la ley de justicia y paz consagra y dimensiona los derechos

<sup>200</sup> Al respecto, resulta muy útil la apreciación de la Corte Constitucional que a propósito del estudio de constitucionalidad del artículo 132 de la Ley 906 de 2004 establece que *“En el marco de la teoría de la responsabilidad por daño se ha considerado que para que el daño o el perjuicio<sup>152</sup> sea indemnizable debe tener ciertas condiciones de existencia. Esto es, que no basta que se produzca un menoscabo patrimonial o moral en cabeza de alguien para que este pueda ser exigible judicialmente en calidad de víctima, perjudicado o afectado. El daño reparable del que deriva la calidad de víctima o perjudicado debe reunir determinadas condiciones: debe ser cierto y la persona que reclama debe ser la misma que resultó perjudicada, aunque no tuviere la titularidad jurídica sobre el bien lesionado”.* Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-516 de 2007.

<sup>201</sup> No es del caso en esta parte entrar a analizar exhaustivamente el desarrollo internacional Universal y Regional, tanto normativa como jurisprudencialmente en lo que atañe a este tríptico de derechos fundamentales, puesto que esto se hará en otros apartes de los módulos que componen esta colección.

de las víctimas, aspecto que se ve enriquecido y modulado con la importante y prolija jurisprudencia emanada por las altas corporaciones de la judicatura.

#### 9.4.5.1 Derecho a la justicia

Con base en el artículo 6<sup>o202</sup> de la ley en estudio y siguiendo la línea tanto normativa como jurisprudencial, universal, regional y nacional, se ha establecido que:

*“De acuerdo con las disposiciones legales vigentes, el Estado tiene el deber de realizar una investigación efectiva que conduzca a la identificación, captura y sanción de las personas responsables por delitos cometidos por los miembros de grupos armados al margen de la ley; asegurar a las víctimas de esas conductas el acceso a recursos eficaces que reparen el daño infligido, y tomar todas las medidas destinadas a evitar la repetición de tales violaciones.*

*Las autoridades públicas que intervengan en los procesos que se tramiten con fundamento en la presente ley deberán atender, primordialmente, el deber de que trata este artículo”.*

*“Este derecho incorpora una serie de garantías para las víctimas de los delitos que se derivan de unos correlativos deberes para las autoridades, que pueden sistematizarse así (i) el deber del Estado de investigar y sancionar adecuadamente a los autores y partícipes de los delitos; (ii) el derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo; (iii) el deber de respetar en todos los juicios las reglas del debido proceso”<sup>203</sup>.*

Lo anterior supone que es un imperativo jurídico del Estado que debe garantizarse de manera efectiva y no meramente simbólica puesto que daría pie a una situación insostenible de impunidad. De conformidad con el plexo normativo, no solo del contenido en la Ley 975 de 2005, sino en los decretos reglamentarios<sup>204</sup>, de modo general, la víctima tiene derecho a

- Obtener un trato digno y humano durante el procedimiento
- Obtener acceso a recursos eficaces tendientes a reparar el daño causado
- Beneficiarse con la adopción de medidas destinadas a evitar la repetición de tales violaciones
- Obtener protección del derecho a la intimidad
- Gozar de la garantía de su seguridad, la de sus familiares, y testigos
- Ser oídas en la actuación penal
- Facilitar el aporte de pruebas
- Tener contacto con las autoridades
- Acceder a información
- Conocer la verdad de los hechos de los que se ha sido víctima
- Informarse sobre decisión definitiva sobre la persecución penal
- Interponer los recursos pertinentes frente a las decisiones que las afectan
- Ser asistidos por abogados

<sup>203</sup> “De acuerdo con las disposiciones legales vigentes, el Estado tiene el deber de realizar una investigación efectiva que conduzca a la identificación, captura y sanción de las personas responsables por delitos cometidos por los miembros de grupos armados al margen de la ley; asegurar a las víctimas de esas conductas el acceso a recursos eficaces que reparen el daño infligido, y tomar todas las medidas destinadas a evitar la repetición de tales violaciones”.

<sup>204</sup> Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 10 de abril de 2008, Magistrado Ponente Dr. Yesid Ramírez Bastidas, radicado 29.472.

<sup>205</sup> Se destacan los decretos 4760 de 2005, 3391 de 2006 y 351 de 2007, en los que se hacen unos ajustes para estar en consonancia con lo decidido por la Corte Constitucional en sentencia C-370 de 2006.

- Ser asistidos por la Procuraduría General de la Nación (si hay víctimas indeterminadas y estas no comparecen en la actuación establecida)
- Ser asistidas por la Defensoría del Pueblo
- Ser asistidas por asociaciones u organizaciones de víctimas por intermedio del representante legal de estas, y en caso de que la ley no exija la presencia de un profesional del derecho
- Obtener asistencia integral para su recuperación
- Obtener asistencia gratuita de traductor o intérprete en caso de ser necesario
- A obtener medidas de protección, de acuerdo con el grado de riesgo<sup>205</sup>

Así mismo, y un aspecto que merece una particular atención en el tema de velar por la efectiva justicia, es el de la prescripción<sup>206</sup>. En efecto, con seguridad muchas de las conductas desplegadas por los grupos armados organizados al margen de la ley están ya prescritas de conformidad con las normas penales internas vigentes, lo que sin duda conllevaría a un estado de impunidad con lo cual se desvirtuaría el espíritu de la ley y se estaría contrariando los compromisos internacionales a los que se obliga el Estado colombiano. Por ello, y dentro de la teleología de confesión que deben realizar los autores y partícipes de los delitos de lesa humanidad e infracciones al derecho internacional humanitario, con el fin de aplicar correctamente lo dispuesto por la ley de justicia y paz, se estima que la acción penal respectiva es imprescriptible. La Corte Suprema de Justicia así lo ha establecido en estos términos:

*Pero más allá de esa formalidad, el asunto requiere un examen diferente, propio de esta jurisdicción, si se tiene en cuenta que el fenómeno de la prescripción gobernaría un gran número de delitos cometidos por las organizaciones paramilitares, constituidas aproximadamente desde la segunda mitad de la década de los noventa. Situación que sería contraria a las decisiones de esta misma Sala, de la Corte Interamericana y de la Corte Constitucional, cuando tratándose de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario el Estado Colombiano no solo no puede invocar el simple transcurso del tiempo en constatación de impunidad, sino que debe reabrir los casos.*

*De otro extremo, es claro que atendiendo a las condiciones de elegibilidad, el postulado debe tener vocación de verdad y de reconciliación, a lo cual se opone que opere en su favor el fenómeno prescriptivo de una acción delictiva, no perseguida, entre otras razones, por la complejidad investigativa que comportan las conductas de las organizaciones criminales.*

*Debe entenderse que cuando se acepta un cargo, se renuncia a la prescripción de esa acción penal. En el presente asunto se hace referencia a una falsedad material de particular en documento público, pero podría tratarse de atentados contra la vida e integridad personal, contra la libertad, contra la autonomía e insospechados comportamientos violatorios del núcleo de la dignidad humana respecto de los cuales, por el simple transcurso del tiempo, el Estado perdería su potestad punitiva<sup>207</sup>.*

<sup>205</sup> Ver Decreto 3570 de 2007.

<sup>206</sup> En la tercera unidad del primer módulo de la Formación especializada en Investigación, Juzgamiento y Sanción de violaciones a los Derechos Humanos e Infracciones al Derecho Internacional Humanitario, se había establecido la problemática de la imprescriptibilidad en el derecho penal interno y disciplinario, teniendo como norte el bloque de constitucionalidad.

<sup>207</sup> Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 28 de mayo de 2008, Magistrado Ponente Dr. Augusto Ibañez Guzmán, radicado 29.560.



Naturalmente que, tratándose de delitos de ejecución permanente, como es el caso de las desapariciones forzadas, no opera el fenómeno de la prescripción a condición de que aún no haya responsables formalmente vinculados a las actuaciones penales, de conformidad con las directrices emanadas de la jurisprudencia constitucional de nuestro país.

Lo anterior implica además que se está cumpliendo con los preceptos de la Carta Política de 1991, en especial los contenidos en el preámbulo, y en los artículos 1, 2 y 228, entre otros. Pero la víctima también goza de otros derechos internacional y nacionalmente aparte del procedimiento establecido en la ley de justicia y paz.

#### 9.4.5.2 Derecho a la verdad

Con el reconocimiento de esta garantía fundamental, se refuerza la idea de que la víctima merece respeto en su dignidad humana. Además, el Estado, so pretexto de iniciar, desarrollar y culminar un determinado procedimiento en aras de saber qué ocurrió durante la comisión de conductas punibles particularmente graves, no debe utilizar a las víctimas como un medio para llegar al fin propuesto. En otras palabras, en el conflicto jurídico-penal surgido en estas condiciones, el Estado no debe cosificar a la víctima en beneficio propio. En este orden de ideas, la verdad "real" debe privilegiarse a la verdad "procesal" en los términos del espíritu de la Ley 975.

Al respecto, el artículo 7° de la ley de justicia y paz expresa que

La sociedad, y en especial las víctimas, tienen el derecho inalienable, pleno y efectivo de conocer la verdad sobre los delitos cometidos por grupos armados organizados al margen de la ley, y sobre el paradero de las víctimas de secuestro y desaparición forzada.

*Las investigaciones y procesos judiciales a los que se aplique la presente ley deben promover la investigación de lo sucedido a las víctimas de esas conductas e informar a sus familiares lo pertinente.*

*Los procesos judiciales que se adelanten a partir de la vigencia de la presente ley no impedirán que en el futuro puedan aplicarse otros mecanismos no judiciales de reconstrucción de la verdad.*

El derecho a la verdad debe tener las características de ser **EFFECTIVO, PLENO, INALIENABLE e IRRENUNCIABLE**. Es por ello que los actos de indagación y de investigación a lo largo de la actuación penal con ocasión de la Ley 975 de 2005 de que trata la ley deben promover la investigación de lo sucedido a las víctimas e informar a sus familiares, teniendo especial relevancia los casos en que hay personas víctimas de desaparición forzada y de secuestro. Así mismo, es pertinente señalar la obligación, en el marco normativo, que los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley deben decir toda la verdad, so pena de quedar excluidos de este procedimiento especial y de verse privados de la pena alternativa. Se considera, en consecuencia sí existen los mecanismos jurídicos para asegurar que se exprese la verdad.

Del mismo modo, en el complejo normativo cuya matriz es la ley en estudio, la cual debe ser concordada por los respectivos decretos reglamentarios, se establece la posibilidad de acudir en el futuro a otros mecanismos extrajudiciales en aras de la reconstrucción de la denominada verdad histórica, por ejemplo el establecimiento de comisiones de investigación o comisiones de verdad que pueden tener participación estatal o ser conformadas por entidades independientes.

Como se afirma acertadamente en la doctrina

*El derecho a la verdad, concebido en un sentido más amplio como derecho a saber lo que ocurrió, tiene, en el contexto de los derechos humanos, un doble alcance: la víctima y sus familiares, de un lado, y la sociedad o el colectivo, del otro. Este doble alcance parte, inicialmente, de una primera perspectiva: la de la víctima.*

*(...) el derecho a la verdad es también —como derecho colectivo a una historia- un derecho de la sociedad o del grupo más amplio al cual la víctima pertenece o con el cual ella mantiene vínculos (permanentes, ocasionales o accidentales)<sup>208</sup>.*

A continuación se establece cómo toma dimensión el derecho a la verdad, de conformidad con la ley y decretos reglamentarios

- Necesidad de establecer Deber de Memoria Histórica y de conservar los Archivos que ayuden a la sociedad de mantener el conocimiento de aquélla. Por ello se debe mantener el conocimiento de las causas y consecuencias de las conductas desplegadas por los grupos armados al margen de la ley que han constituido violaciones masivas a los derechos fundamentales de las víctimas.
- Las autoridades y los órganos judiciales que los tengan a su cargo (por ejemplo la Procuraduría General de la Nación) deben adoptar las medidas necesarias para impedir la sustracción, falsificación y destrucción de los mencionados archivos.
- Como expresión de la democracia, por regla general el acceso a los archivos es libre. No debe existir censura. Empero, lo anterior encuentra unos límites:

La adecuada preservación y el respeto por el derecho a la intimidad de las víctimas (particularmente en lo que atañe por ejemplo a los delitos sexuales); también debe haber un respeto por los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Así mismo hay un límite razonable de acceso a los archivos y es cuando se causa sufrimientos innecesarios o se crea algún peligro para la seguridad de las víctimas.

### 9.4.5.3 Derecho a la reparación

Finalmente, como corolario del trípode de derechos que le asisten a las víctimas dentro del procedimiento de justicia y paz y trata del derecho a la reparación.

El artículo 8° de esta ley dispone

*El derecho de las víctimas a la reparación comprende las acciones que propendan por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción; y las garantías de no repetición de las conductas.*

*Restitución es la realización de las acciones que propendan por regresar a la víctima a la situación anterior a la comisión del delito.*

*La indemnización consiste en compensar los perjuicios causados por el delito.*

*La rehabilitación consiste en realizar las acciones tendientes a la recuperación de las víctimas que sufren traumas físicos y psicológicos como consecuencia del delito.*

*La satisfacción o compensación moral consiste en realizar las acciones tendientes a restablecer la dignidad de la víctima y difundir la verdad sobre lo sucedido<sup>209</sup>.*

<sup>208</sup> Rincón Covelli, Tatiana, "La verdad histórica: una verdad que se establece y legitima desde el punto de vista de las víctimas", Revista Estudios Socio-Jurídicos, 2005, (7) número especial, pp. 331-354.

<sup>209</sup> En cuanto a las garantías de satisfacción, estas pueden consistir en Búsqueda de los desaparecidos o personas muertas, ayuda para identificarlas y volverlas a inhumar según las tradiciones familiares y comunitarias de las víctimas, en el restablecimiento de la dignidad, reputación de los derechos de las víctimas y de sus parientes, en una disculpa que incluya el reconocimiento público de los hechos, en la aceptación de responsabilidades, en orden conmemoraciones, homenajes y reconocimiento a las víctimas.

*Las garantías de no repetición comprenden, entre otras, la desmovilización y el dismantelamiento de los grupos armados al margen de la ley.*

Se entiende por reparación simbólica toda prestación realizada a favor de las víctimas o de la comunidad en general que tienda a asegurar la preservación de la memoria histórica, la no repetición de los hechos victimizantes, la aceptación pública de los hechos, el perdón público y el restablecimiento de la dignidad de las víctimas.

La reparación colectiva debe orientarse a la reconstrucción sico-social de las poblaciones afectadas por la violencia. Este mecanismo se prevé de manera especial para las comunidades afectadas por la ocurrencia de hechos de violencia sistemática.

Las autoridades judiciales competentes fijarán las reparaciones individuales, colectivas o simbólicas que sean del caso, en los términos de esta ley.

Como se observa, esta normativa propugna el implemento de un reconocimiento mucho más completo y eficaz con respecto a la legislación anterior. A nivel legislativo hay dos clases de reparación: la individual y la colectiva. En efecto, no solo se trata de reconocer el derecho a una indemnización, sino del desarrollo de mecanismos más completos que precisamente ayudan a rescatar la dignidad humana de las víctimas<sup>210</sup>.

En el ejercicio del *ius puniendi*, y como expresión de un Estado garantista de los derechos fundamentales de las personas, el derecho penal debe tener una función restitutiva *“que ocasiona un cambio de paradigma y el cual es necesario que los aplicadores de justicia en todos los órdenes no solo lo asimilen teóricamente sino que se efectivice en el proceso pena bajo una dogmática de igualdad que se fundamente en que al tener presente la víctima hay una real compensación de intereses”*<sup>211</sup>. Y precisamente, el respetar los principios internacionales, constitucionales y legales del restablecimiento del derecho contribuye a una verdadera y duradera paz social. Son ejemplos de restitución en el marco de esta normatividad el restablecimiento de la libertad, el retorno a su lugar de residencia y la devolución de sus propiedades<sup>212</sup>.

Finalmente, hay que establecer que si no se cumple precisamente con esa obligación de reparar que está en cabeza de los desmovilizados que sean declarados penalmente responsables mediante la respectiva y pertinente sentencia judicial, no serán beneficiados con la pena alternativa, lo que señala una clara posición legal a favor de las víctimas en cuanto al reconocimiento y goce de este derecho.

También hay que precisar que, de conformidad con el artículo 15 del Decreto Reglamentario 3391 de 2006, se establecen una serie de exigencias en cuanto a la obligación de reparar que la tienen en primer lugar, los que sean declarados responsables en la sentencia por las violaciones a los derechos humanos, en el marco exclusivo de la ley de justicia y paz. Pero del mismo modo existe una obligación subsidiaria y en virtud del principio de solidaridad en cabeza de otros integrantes del frente o bloque al que se le atribuyen las conductas punibles. Dicha obligación debe ser impuesta por vía judicial. Al mismo tiempo, hay un reforzamiento

<sup>210</sup> Así mismo, de suma importancia es el Decreto Reglamentario 1290 de 2008 por el cual se crea el programa de reparación individual por vía administrativa para las víctimas de los grupos armados organizados al margen de la ley. Normatividad que debe interpretarse sistemáticamente con todo el plexo que nace de la Ley 975 de 2005.

<sup>211</sup> González Navarro, Antonio Luís, *La víctima en el sistema Penal*, Editorial Leyer, Bogotá, 2007, p. 673.

<sup>212</sup> No se tratará en este capítulo el tema de los bienes que fueron adquiridos ilícitamente por los responsables de las violaciones a los derechos humanos por cuanto se desbordará el propósito del trabajo. Sin embargo, hay que resaltar su importancia. Sobre la oportunidad de decretar medidas cautelares incluso antes de la culminación de la versión libre por parte del desmovilizado, consúltese Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 8 de septiembre de 2008 Magistrado Ponente Yesid Ramírez Bastidas, radicado 30.360.).

jurídico en aras de reconocer y pagar, por parte del Estado, a título de indemnización solidaria, unas determinadas sumas, advirtiendo que con ellas no se agota el deber de reparación (D. 1290/2008), en consonancia con la actividad que realiza el Fondo para la reparación de las víctimas<sup>213</sup>.

Por último en cuanto a los requisitos establecidos para reclamar la reparación integral dentro de todo este contexto, es preciso señalar que se debe acudir a una interpretación sistemática de toda la normatividad que compone la ley de justicia y paz (artículos 23, 42, 2 y 54 de la Ley 975 de 2005, el artículo 12 parágrafo 2 del Decreto 4760 y artículo 15 del Decreto 3391 de 2005). Así las cosas, para el efecto se deben verificar lo siguiente,

- (i) *Comprobar la real ocurrencia del daño real, concreto y específico invocado por la víctima o su apoderado.*
- (ii) *Demostrar la relación causal entre las conductas de los miembros del grupo armado ilegal, realizadas durante y con ocasión de su pertenencia al mismo (bloque o frente), y los perjuicios sufridos por quien aduce la condición de víctima.*
- (iii) *Acreditar que el referido grupo se sometió a la preceptiva de la Ley 975 de 2005, esto es, que tiene la condición de desmovilizado y, en razón de ello, a sus integrantes se les ha postulado por el Gobierno Nacional.*
- (iv) *Citar la declaración judicial de responsabilidad penal de los miembros del grupo armado al margen de la ley (sentencia condenatoria o audiencia en la que se declare la legalidad de la aceptación de cargos), sin que sea necesario que la víctima identifique a un individuo en especial<sup>214</sup>.*
- (v) *Oportunidad procesal definida en el artículo 23 de la Ley 975 de 2005, esto es, que se proponga “En la misma audiencia en la que la Sala del Tribunal Superior de Distrito judicial correspondiente declare la legalidad de la aceptación de cargos”.*
- (vi) *Cuando no se haya logrado individualizar al sujeto activo que realizó la conducta generadora del perjuicio irrogado a la víctima, pero se haya demostrado el daño y su nexa causal con las actividades del grupo armado ilegal beneficiario de la Ley 975 de 2005, el pago de la indemnización se realizará con cargo al Fondo de Reparación<sup>215</sup>.*

El incidente de reparación integral parte de la pretensión de la víctima y procede a instancias de la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación y la víctima misma. Y en el desarrollo de tal procedimiento se privilegia el mecanismo de la conciliación como instrumento legítimo del método de resolución de conflictos como instrumento para alcanzar la convivencia pacífica.

#### 9.4.6 Conclusiones

Es innegable que se pretenda una perfección jurídico normativa que sea capaz de responder como se quisiera a los desafíos que pone la intrincada realidad colombiana. Es más,

*“Ninguna nación ha logrado hacer total justicia, en el sentido de perseguir y condenar criminalmente a todos los individuos que participaron en las grandes violaciones de derechos humanos y de castigar a todos los grupos y*

<sup>213</sup> Cabe anotar que en dicho programa no están incluidas las violaciones colectivas o atribuibles a agentes del Estado, puesto que hay otro régimen que le es aplicable.

<sup>214</sup> También están llamados a indemnizar en virtud del principio de solidaridad, quienes hayan sido judicialmente declarados como miembros del bloque o frente al que se impute causalmente la conducta generadora del perjuicio, así ésta haya sido realizada por otros individuos pertenecientes a tal facción y no haya sido posible su individualización.

<sup>215</sup> Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 2 instancia del 11 de diciembre de 2007, magistrado ponente María del Rosario González de Lemos, radicado 28769. Así mismo consúltese Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 23 de mayo de 2008, magistrado ponente Yesid Ramírez Bastidas, radicado, 29.642.

*miembros de la sociedad que apoyaron y beneficiaron (...) ni que haya podido construir una historia fidedigna tanto de las atrocidades y su autoría (...) ni que haya podido reparar totalmente a las víctimas y/o sobrevivientes, y, además, realizar los cambios estructurales necesarios en sus instituciones políticas y sociales para romper con el pasado y lograr un prometedor nuevo orden”<sup>216</sup>.*

No obstante esta dificultad, Colombia ha dado pasos importantes en el reconocimiento de los derechos de las víctimas, no solo desde el punto de vista normativo, sino jurisprudencial, lo que le ha permitido estar a la altura de los estándares internacionales de los derechos humanos. Pero no solo basta con que se exprese lo anterior desde un punto de vista formal. Es necesario que se trascienda a una verdadera justicia material, incluyente y democrática y que le permita a las generaciones futuras exorcizar los demonios que por mucho tiempo han afectado nuestra realidad.

Reflexión

Compare todo el plexo normativo que emana de la Ley 975 de 2005 con la normativa y jurisprudencia internacionales. ¿Qué elementos vale la pena resaltar luego de esa comparación? Justifique su punto de vista y participe al grupo.

## EJERCICIO

### 9.5 CASO: MARTHA, LA “DOMÉSTICA” DE LA GUERRILLA

Juan, quien es un menor de edad, se desempeñaba como un miembro raso de una organización subversiva y por ende al margen de la ley. Recibida la orden del comandante de una cuadrilla, Juan se dedicaba a reclutar mujeres jóvenes de entre 12 y 20 años de edad para que se dedicaran a ejercer labores “domésticas” en el lugar en donde se ubicaba el comando central de la columna “Héroes del Amazonas”, quien dentro de la jerarquía de dicha organización, era considerada como de poca importancia. Entre las reclutadas figuraba Marta, mayor de edad, quien fue captada con el argumento de que iba a percibir una gruesa de dinero por realizar dicha actividad, labor que realizó de forma continua entre enero de 2004 y junio de 2005. Sin embargo, Marta fue sometida a constantes maltratos físicos y psicológicos, recibiendo reiteradas amenazas de muerte en caso de que decidiera irse del lugar en donde estaba. Además, a Marta se le pagaba una irrisoria suma de dinero como contraprestación económica, bajo el argumento de que se le daba posada y comida. Así mismo, cuando Marta tenía que ir al pueblo con el fin de comprar víveres, siempre tenía que estar acompañada por algún guerrillero.

Antes de ser reclutada, Marta vivía con Josefa, una señora que la recogió (sus padres la abandonaron desde el nacimiento) y la crió por muchos años. Durante algún tiempo y antes de ser reclutada, Marta se convirtió en el sustento no solo moral sino económico de su madre putativa hasta el punto de que se creó una dependencia total de esta para con aquella.

En el tiempo en que Marta estuvo ausente, Josefa perdió la casa en la que vivía pues no pudo encontrar trabajo para solventar sus deudas.

Con ocasión del inicio de las diligencias de versión libre establecidas en la ley de justicia y paz, Pepe, quien es el máximo líder de la agrupación subversiva, confesó que efectivamente ordenó la continua y masiva captación de muchachas para ejercer labores domésticas en condiciones deplorables, pidiendo perdón por ello y asegurando que las devolvería a todas. Así mismo, y en desarrollo de dicho trámite procesal, Josefa a través de abogado, decidió constituirse como víctima, con el fin de pretender una indemnización económica aduciendo que como Marta no la pudo mantener, perdió su casa. Sin embargo, el servidor que conoce

<sup>216</sup> De Gamboa Tapias, Camila, “Dilemas y remedios para lidiar con el pasado”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 2005, (7), pp. 21-40.

el caso, le negó el acceso al trámite argumentando que de conformidad con la Ley 975 de 2005, carecía de legitimidad. Además, el funcionario sostuvo que no se había cometido delito alguno respecto de Marta y que además era suficiente la disculpa genérica por parte del máximo Jefe del grupo.

Analice:

- 1) ¿Tiene razón el servidor al no reconocerle legitimidad en la pretensión de constituirse como víctima a Josefa? Justifique su respuesta con base en toda la normatividad jurídica pertinente.
- 2) ¿Cuáles serían los fundamentos jurídiconormativos que se pueden esgrimir para considerar a Josefa como víctima?
- 3) ¿Existe la configuración de una conducta punible en este caso? Justifique su respuesta.
- 4) ¿El solo hecho de pedir perdón, satisface la reparación total de Josefa? Analice los pro y los contra de la decisión del fiscal al respecto.

## 9.6 LA VÍCTIMA EN EL PROCESO DISCIPLINARIO

### 9.6.1 Introducción

El derecho disciplinario comprende el conjunto de normas a través de las cuales se ejerce el poder disciplinario, es decir, la facultad que hace parte del poder sancionador del Estado, en virtud de la cual, aquél está legitimado para tipificar las faltas disciplinarias en que pueden incurrir los servidores públicos y los particulares que cumplen determinadas funciones públicas y las sanciones correspondientes, impuestas a través de un proceso disciplinario establecido en el Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002.

En ese sentido el estatuto disciplinario, establece la titularidad para ejercer la acción disciplinaria, los sujetos disciplinables, y los procedimientos disciplinarios a fin de realizar la investigación disciplinaria y llegar a la imposición de las sanciones. La Procuraduría General de la Nación, como titular de la acción disciplinaria, acoge no solamente los parámetros internacionales y nacionales de protección de los derechos humanos, sino que, también recepciona los fallos jurisprudenciales que permiten realizar desde la justicia disciplinaria avances significativos en la consolidación de un orden justo. En ese contexto, las víctimas de faltas disciplinarias graves o gravísimas por violaciones a los derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, tiene un espacio más para la búsqueda de la verdad y justicia, al ser consideradas como sujetos procesales en la investigación de las mencionadas faltas disciplinarias.

#### 9.6.1.1 Aspectos relevantes de participación de la víctima en el proceso disciplinario

Acorde al estatuto disciplinario, las faltas pueden ser clasificadas en gravísimas, graves y leves. En materia de participación de la víctima en los procesos disciplinarios solo se tendrá en cuenta las dos primeras clasificaciones, cuando se investiguen faltas disciplinarias graves o gravísimas violaciones a los derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, en estos procesos la participación de la víctima está limitada a la búsqueda de la verdad y la justicia disciplinaria.

El artículo 43 del CDU, establece los criterios para determinar la gravedad o levedad de la falta. Las faltas gravísimas están taxativamente señaladas en el estatuto disciplinario. Se determinará si la falta es grave o leve de conformidad con los siguientes criterios:

1. El grado de culpabilidad.
2. La naturaleza esencial del servicio.
3. El grado de perturbación del servicio.
4. La jerarquía y mando que el servidor público tenga en la respectiva institución.

5. La trascendencia social de la falta o el perjuicio causado.
6. Las modalidades y circunstancias en que se cometió la falta, que se apreciarán teniendo en cuenta el cuidado empleado en su preparación, el nivel de aprovechamiento de la confianza depositada en el investigado o de la que se derive de la naturaleza del cargo o función, el grado de participación en la comisión de la falta, si fue inducido por un superior a cometerla, o si la cometió en estado de ofuscación originado en circunstancias o condiciones de difícil prevención y gravedad extrema, debidamente comprobadas.
7. Los motivos determinantes del comportamiento.
8. Cuando la falta se realice con la intervención de varias personas, sean particulares o servidores públicos.
9. La realización típica de una falta objetivamente gravísima cometida con culpa grave, será considerada falta grave.

Resumiendo, las faltas disciplinarias en materia de violación a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, se pueden cometer a título de dolo o de culpa, la gravedad o levedad de la falta se determinará según los criterios establecidos en el artículo 43 del CUD. De otra parte, en el artículo 48 del CDU se tienen establecidas las faltas gravísimas por violación a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, de las cuales el lector cuenta a final del texto con el catálogo.

#### 9.6.1.2 La víctima en el derecho disciplinario excepción de la jurisprudencia

Para la Corte Constitucional, “si bien la regla general indica que en el derecho disciplinario no existen víctimas por cuanto las faltas remiten a infracciones de deberes funcionales y no a lesiones de derechos, de manera excepcional puede hablarse de víctimas de una falta disciplinaria cuando de la infracción del deber que la constituye surge, de manera inescindible y directa, por la violación del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario”<sup>217</sup>.

#### 9.6.1.3 La víctima en el proceso disciplinario

Para el Ministerio Público, el concepto de víctima tiene ascendencia con relación al desarrollo de diferentes tareas misionales. Acorde a la intervención institucional en los procesos de justicia y paz, Ley 975 de 2005, de manera que, “se entiende por víctima la persona que individual o colectivamente haya sufrido daños directos tales como lesiones transitorias o permanentes que ocasionen algún tipo de discapacidad física, psíquica y/o sensorial (visual y/o auditiva), sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo de sus derechos fundamentales. Los daños deberán ser consecuencia de acciones que hayan transgredido la legislación penal, realizadas por grupos armados organizados al margen de la ley.

También se tendrá por víctima al cónyuge, compañero o compañera permanente, y familiar en primer grado de consanguinidad, primero civil de la víctima directa, cuando a esta se le hubiere dado muerte o estuviere desaparecida.

La condición de víctima se adquiere con independencia de que se identifique, aprehenda procese o condene al autor de la conducta punible y sin consideración a la relación familiar existente entre el autor y la víctima.

Igualmente se considerarán como víctimas a los miembros de la Fuerza Pública que hayan sufrido lesiones transitorias o permanentes que ocasionen algún tipo de discapacidad física, psíquica y/o sensorial (visual o auditiva), o menoscabo de sus derechos fundamentales, como consecuencia de las acciones de algún integrante o miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley.

<sup>217</sup> Sentencia C-014 de 2004; fallo que fue incorporado en la Guía del Proceso Disciplinario, mediante la Resolución 089 de 25 de marzo de 2004, expedida por el Procurador General.

Así mismo, se tendrán como víctimas al cónyuge, compañero o compañera permanente y familiares en primer grado de consanguinidad, de los miembros de la fuerza pública que hayan perdido la vida en desarrollo de actos del servicio, en relación con el mismo, o fuera de él, como consecuencia de los actos ejecutados por algún integrante o miembros de los grupos organizados al margen de la ley. Artículo 5°. *Cursiva declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-370 de 2006.*

En materia procesal penal, bien es sabido que la víctima –es quien ha padecido el delito-, Sentencia C-004 de 2004...“y es verdaderamente la encarnación viviente del bien jurídico que busca ser protegido por la política criminal”. En el constitucionalismo actual, demostrada la condición de víctima, no solamente se tiene el derecho a un resarcimiento pecuniario, sino que ellas deben ser tratadas con dignidad, a participar en las decisiones que las afecten y a obtener la tutela judicial efectiva del goce real de sus derechos, entre otros, y que exige a las autoridades que orienten sus acciones al restablecimiento integral de sus derechos, verdad, a la justicia y a la reparación.

En materia disciplinaria, con la inclusión de la víctima como sujeto procesal no solo se acogen los parámetros establecidos en el derecho internacional de los derechos humanos, y la tendencia en el ordenamiento penal interno en materia de verdad y justicia. El primer concepto entendido como la posibilidad de conocer lo que sucedió y en buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real; y el segundo concepto, hace referencia a que no haya impunidad<sup>218</sup>.

Con relación a la reparación, o sea, el interés de la víctima en la búsqueda de la compensación económica, es esta una situación que es propia de otras áreas del derecho y no del disciplinario, por cuanto la participación de la víctima en el proceso disciplinario esta primeramente condicionada a demostrar el vínculo de afectación con violaciones graves a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, y en segunda medida, porque “ las víctimas no pueden pretender un reconocimiento del derecho a la reparación pues esta pretensión no está ligada directamente a la infracción del deber funcional que vincula al sujeto disciplinable con el Estado, sino que está vinculada con el daño causado al bien jurídico de que aquellas que son titulares. Y bien se sabe que la protección de tales bienes jurídicos y la reparación del daño a ellos causado, es inherente a la jurisdicción y escapa a la órbita del derecho disciplinario”, como es claro para la Corte en la sentencia en estudio.

#### 9.6.1.4 La cláusula constitucional de responsabilidad disciplinaria

Los fundamentos constitucionales de la responsabilidad provienen de una parte, del cumplimiento del deber funcional en la medida que “ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben”, en ese sentido y de acuerdo con el artículo 123, inciso 2°, de la Constitución, los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna, lo que se denomina comúnmente en ámbitos disciplinarios, como ilicitud sustancial, contenida en el artículo 5° del CDU.

Responsabilidad que puede ser el resultado de la acción o de la omisión de sus funciones, acorde al principio 6° constitucional. Esto quiere decir que, por lo que atañe al campo disciplinario aplicable al servidor público -como también ocurre en el terreno penal-, se es responsable tanto por actuar de una determinada manera no querida por el legislador (conducta positiva), como por dejar de hacer algo que debería hacerse según los mandatos de la ley (conducta negativa u omisión), siempre y cuando se establezca la culpabilidad del sujeto. *“Las faltas disciplinarias se realizan por acción u omisión en el cumplimiento de los deberes propios del cargo o función, o con ocasión de ellos, o por extralimitación de sus funciones. Cuando se tiene el deber jurídico de impedir un resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo”*. Art. 27 del CDU.

<sup>170</sup> Sentencia C- 228 de 2002.



La aludida responsabilidad guarda relación con la existencia de límites a toda función pública, los cuales están orientados por el postulado de su previa determinación y son propios del Estado de Derecho, toda vez que él implica el sometimiento de los particulares y de los servidores públicos a unas reglas generales y abstractas que impidan su comportamiento arbitrario. De allí que no haya empleo público que no tenga funciones detalladas en la Constitución, la ley o el reglamento (C.P., art. 122).

Lo anterior significa lo siguiente:

1. "Todo servidor público, por el hecho de serlo, queda sometido automáticamente a un régimen disciplinario, según los términos previstos por la Constitución y por la ley.
2. "El fundamento de su aplicación es subjetivo, pues tiene lugar con motivo y a partir de la investidura correspondiente radicada en el sujeto, en cuanto es titular genérico de las funciones públicas que su cargo implica, con total independencia de si las ha ejercido o no". C-286 de 1996<sup>219</sup>.

#### 9.6.1.4.1 La responsabilidad es del servidor o servidora público en las faltas disciplinarias graves o gravísimas por violaciones a los derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario

Ahora, es claro que el Código Disciplinario Único establece como destinatarios de la ley disciplinaria a los servidores públicos y los particulares en los eventos taxativos legales -Art. 25 del estatuto-, quienes pueden ser sujetos disciplinables, esto es investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización. Sin embargo, en materia de faltas disciplinarias gravísimas a los derechos humanos e infracciones graves al derecho internacional humanitario, se establece como particularidad, que estas conductas disciplinables, se cometen "en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo". Art. 48 de la Ley 734 de 2002.

Son los y las servidores públicos, quienes tienen la función de protección de todas las personas, acorde al artículo 2° de la Constitución Política, Esto se traduce en materia del proceso disciplinario, en que el funcionario que tiene a su cargo una investigación por violación a los derechos humanos e infracciones graves al derecho internacional humanitario, "debe conducir y planear las pruebas que sean necesarias para conocer la identidad del servidor o servidora público que ha intervenido en la falta como autor, determinador o partícipe de ella"<sup>220</sup>. Siendo esta situación paradigmática en el derecho disciplinario, expresión de las relaciones especiales de sujeción, encontramos que el sujeto activo de estas faltas disciplinarias graves o gravísimas por violaciones a los derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, es cualificado, esto es, que el destinatario o destinataria de la norma debe tener la condición de servidor o servidora público en cualquiera de sus manifestaciones: ya sea en calidad de funcionario o funcionaria judicial, funcionario o funcionaria público o empleada o empleado oficial con la connotación que derive de las diferentes clasificaciones que el derecho administrativo laboral ha desarrollado. En síntesis, quien sea sujeto de la aplicación de la ley disciplinaria.

#### 9.6.1.5 El procedimiento disciplinario

El derecho disciplinario está integrado por todas aquellas normas mediante las cuales se exige a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones, independientemente de cuál sea el órgano o la rama a la que

<sup>219</sup> Sentencia C-286/96 Referencia: Expediente D-1116. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 20 -parcial- de la Ley 200 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., (1996).

<sup>220</sup> Oficina en Colombia del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Procuraduría General de la Nación. Alejandro Valencia Villa, editor general. "Guía Práctica de Pruebas para las investigaciones disciplinarias por violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario. Bogotá. 2004.

pertenezcan. Ello hace parte de las condiciones mínimas inherentes a la actividad oficial, que resultan imprescindibles para la eficiente atención de los asuntos a cargo del Estado, motivo por el cual su mantenimiento, merced a un ordenamiento jurídico especial de reglas y sanciones, no solamente constituye **derecho** sino que es ante todo **deber** del Estado<sup>221</sup>. Esta filosofía contenida en el anterior estatuto disciplinario, Ley 200 de 1995, se mantiene en el nuevo régimen disciplinario, de manera que se investigará a todos los funcionarios públicos que cometan faltas disciplinarias y a los particulares en casos previstos por la Ley 734 de 2002, como disciplinados, por los sujetos competentes para investigar y sancionar acorde las faltas disciplinarias. Hoy, esa labor investigativa del Estado se extiende a los derechos de constitucionales de las víctimas, que se encuentra íntimamente ligado al deber de las autoridades de asegurar la vigencia de un orden justo y demás fines constitucionales.

Los argumentos referidos a la realización de un orden justo y de protección a todas las personas se extenderían por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-014 de 2004 al proceso disciplinario y en específico, a favor de las víctimas de las faltas disciplinarias graves o gravísimas por violaciones a los derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario. En el referido fallo, se manifestó que

*Las víctimas o perjudicados son personas legitimadas para acceder al proceso dado que son titulares de los bienes jurídicos vulnerados como consecuencia de la infracción del deber implícita en la falta disciplinaria. Esta conclusión convierte a la víctima o a los perjudicados en portadores de un interés directo en el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado y en la realización de la justicia disciplinaria. Es decir, los habilita para intervenir pero no como simples terceros sino como verdaderos sujetos procesales... y, desde luego, con todas las facultades que se reconocen a estos.*

Ello significa, que la víctima o perjudicado, actuando como sujeto procesal en el proceso disciplinario, por una falta disciplinaria constitutiva de una violación del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario, puede buscar la imputación de responsabilidad y la imposición de una sanción correspondiente.

El proceso disciplinario en ese sentido se nutre de las nuevas tendencias constitucionales y permite que la víctima de faltas disciplinarias graves o gravísimas por violaciones a los derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, se encuentre legitimada para intervenir en el proceso, a fin que se establezca la verdad de lo ocurrido, es decir, para que se reconstruya con fidelidad la secuencia fáctica acaecida, y para que en ese específico acto de control de esas faltas, no quede sin la aplicación de la justicia disciplinaria. Con relación a la reparación, escapa a la órbita del proceso disciplinario en la medida que ésta es inherente a la jurisdicción.

De manera que, excepcionalmente las víctimas o perjudicados están legitimados como sujetos procesales en el proceso disciplinario, siempre y cuando se investigue faltas disciplinarias graves o gravísimas por violaciones a los derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario. En ese sentido, tienen las siguientes facultades:

- a. Exigir del Estado el esclarecimiento de los hechos.
- b. La imputación de una infracción a los deberes funcionales del sujeto disciplinable.
- c. La formulación de un juicio de responsabilidad.
- d. La declaración de responsabilidad.
- e. La imposición de sanciones previstas en el ordenamiento jurídico.
- f. Interposición de recursos
- g. La solicitud de revocatoria de fallos absolutorios o de decisiones de archivo

<sup>221</sup> Subrayado en el texto. Sent. C- 286 de 1996.

### 9.6.1.6 El proceso disciplinario

En la indagación preliminar:

La indagación preliminar tiene como objetivo fundamental, verificar la ocurrencia de una conducta que ha sido puesta en conocimiento de la autoridad como falta disciplinaria, determinar si la misma corresponde a cualquiera de las hipótesis descritas en la ley como constitutivas de falta disciplinaria, e identificar o individualizar al servidor público que la cometió o participó en ella. En la indagación preliminar, cuyo término es de seis meses, que pueden prorrogarse por otros seis meses cuando se trate de violaciones a los derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, se pretende determinar si existe mérito suficiente para abrir una investigación, o lograr la certeza necesaria para archivar definitivamente el expediente según las causas prevista en la ley<sup>222</sup>.

*Cuando se trata de faltas disciplinarias constitutivas de violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, la situación en que se hallan las personas afectadas es muy diferente de aquella en que se encuentra el particular que, en calidad de quejoso, promueve una investigación disciplinaria, pues aquellas no solo están alentadas por el interés que le asiste a cualquier ciudadano para que se imponga una sanción al infractor de la ley disciplinaria, sino que, además de ese genérico interés, en ellas concurre la calidad consecuente con el daño que sobrevino, de manera inescindible, a la comisión de la falta disciplinaria<sup>223</sup>.*

En la investigación disciplinaria: *la víctima es sujeto procesal.*

En esta etapa, comienza formalmente el proceso disciplinario, comienza con el auto de apertura de investigación por el término de seis meses prorrogables otros seis meses acorde al artículo 156 del CDU y la evaluación de la prueba por parte del funcionario investigador en el momento de calificación. *"Su función primordial es la de permitir el aporte de pruebas y la discusión de las mismas, con miras a verificar la ocurrencia de la conducta; determinar si es constitutiva de falta disciplinaria; esclarecer los motivos determinantes, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se cometió, el perjuicio del acusado a la administración pública con la falta y la responsabilidad del investigado"*<sup>224</sup>. Al respecto, se debe tener en cuenta que, hay que mirar bien los términos, porque los seis meses no contarían para todas las faltas por violación a los derechos humanos e infracciones al DIH, eso depende del tipo de falta, el número de faltas, el número de investigados y si hacen falta pruebas por practicar, el término puede ir hasta 24 meses.

La investigación disciplinaria se cierra con la evaluación de las pruebas, donde debe predominar el criterio de la sana crítica, sobre las pruebas incorporadas al expediente y su relación con cada uno de los cargos que se formula. Si por el contrario, en este momento procesal se debe concluir con el archivo, se debe indicar las causales legales para hacerlo.

En el fallo: *la víctima es sujeto procesal*

Corresponde al fallo de primera instancia ser absolutorio o condenatorio, la decisión de fondo se toma acorde a la valoración de los elementos de prueba reunidos en el proceso. "Para el fallo sancionatorio es necesaria la certeza legal objetiva, (art. 170 del

<sup>222</sup> Oficina en Colombia del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Procuraduría General de la Nación. Alejandro Valencia Villa, editor general. "Guía Práctica de Pruebas para las investigaciones disciplinarias por violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario. Bogotá. 2004. P. 22.

<sup>223</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-014 de 2004.

<sup>224</sup> *Ibidem*.

CDU, en concordancia con el artículo 9º del mismo ordenamiento) donde no debe quedar duda sobre la comisión de la falta y la responsabilidad del procesado, porque si subsisten dudas sobre algunos de estos objetos del proceso debe darse aplicación al principio universal *indubio pro reo*”,<sup>225</sup> principio que para el proceso disciplinario se conoce como *indubio pro disciplinado*.

#### 9.6.1.6.1 La representación de la víctima en el proceso disciplinario

##### Mediante apoderado

En el entendido que la Corte Constitucional mediante fallo de C-014 de 2004, otorgó el carácter de sujeto procesal a las víctimas o perjudicados de faltas disciplinarias que constituyan faltas disciplinarias graves o gravísimas por violaciones a los derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, se procedió a modificar por parte del Ministerio Público, la Guía del Proceso Disciplinario, a través de la Resolución 089 de 2004, recogiendo el alcance de dicho pronunciamiento jurisprudencial. Para lo cual, la víctima o perjudicado debe comparecer directamente, mediante apoderado y acreditar tal calidad, que se realiza por auto de sustanciación, al cual, procede recurso de reposición de no admitirse el reconocimiento.

Una vez sean reconocidas las víctimas o perjudicados como sujetos procesales en el proceso disciplinario que constituyan violaciones al derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, gozan de las mismas garantías, facultades y oportunidades de las demás partes. En consecuencia, se les debe dar a conocer las mismas decisiones que al disciplinado, teniendo en cuenta los criterios y mecanismos establecidos para este.

##### A través de las defensorías de oficio de los Consultorios Jurídicos de las Universidades

Mediante facultades legales, los consultorios jurídicos de las universidades del país, atienden una serie de actuaciones jurídicas que constituyen no solamente una praxis para los estudiantes de derecho en sus últimos dos años lectivos, sino que permiten entre otros, la materialización de los fines de la administración de justicia, cuando los usuarios del servicio manifiesten como factor de su solicitud, su precariedad económica que los imposibilita costear apoderados particulares.

En los procesos disciplinarios los consultorios jurídicos, específicamente actúan, con base al numeral 7º de la Ley 583 de 2000, previo oficio dirigido por la Procuraduría General de la Nación de requerimiento de defensor. La experiencia en los procesos disciplinarios por los consultorios jurídicos incluye desde la recepción de la solicitud de defensor al consultorio jurídico; el oficio debe identificar al presunto disciplinado, el número de radicado y la dependencia de la Procuraduría que adelanta la investigación disciplinaria. El estudiante designado, se posesiona del cargo, solicita las copias necesarias, y actuará hasta el fallo definitivo. En este sentido, se evitan prescripciones y se garantiza la defensa técnica del disciplinado. Disposición que está contemplada en el artículo 93 del C.D.U. declarado exequible mediante sentencia C-1076 de 2002.

Con la Resolución 089 de 2004 proferida por el Procurador General de la Nación, la experiencia es un tanto diferente para los Consultorios jurídicos, por cuanto, las víctimas o perjudicados de faltas disciplinarias que constituyan faltas disciplinarias graves o gravísimas por violaciones a los derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, tocarán las puertas de las facultades de derecho de las universidades legalmente reconocidas, a fin de lograr su representación, a través de los estudiantes adscritos. El reconocimiento de sujeto procesal se realiza mediante auto de sustanciación, contra el cual procede el recurso de reposición en caso de inadmisión de conformidad con el artículo 189 del Código de Procedimiento Penal. En los procedimientos, “Procurador General” y “Procedimiento Verbal”, el reconocimiento como sujeto procesal debe hacerse en el curso de la audiencia pública.

<sup>177</sup> Ibidem. P. 23.

A través de Defensores Públicos de la Dirección Nacional de Defensoría Pública.

Organizar y dirigir la Defensoría Pública es una función constitucional de la Defensoría del Pueblo, a fin de “permitir el acceso a la justicia de aquellas personas que, por razones de índole económica o imposibilidad social no pueden contratar los servicios de un defensor particular que les garantice la defensa técnica”. (Informe al Congreso XII-2004) Hoy, el servicio de Defensoría Pública, es una de las labores más destacadas de la entidad defensorial, en las áreas penal, penal militar, menores, civil-familia y Contencioso-Administrativo.

La Defensoría Pública se presta “en favor de las personas respecto de quienes se acredite que se encuentran en imposibilidad económica o social de proveer por sí mismas a la defensa de sus derechos, para asumir su representación judicial o extrajudicial y con el fin de garantizar el pleno e igual acceso a la justicia o a las decisiones de cualquier autoridad pública”. Artículo 21 la Ley 24 de 1992.

La ley defensorial, establece las condiciones para acceder al servicio de la siguiente manera: En materia penal el servicio de Defensoría Pública se prestará a solicitud del imputado, sindicado o condenado, del Ministerio Público, del funcionario judicial o por iniciativa del Defensor del Pueblo, cuando lo estime necesario y la intervención se hará desde la investigación previa. Igualmente, se podrá proveer el servicio de defensor público en materia laboral, civil y contencioso-administrativa. En materia civil, el Defensor del Pueblo actuará en representación de la parte a quien se otorgue amparo de pobreza según las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, debiendo recaer la designación preferentemente en un abogado que forme parte de las listas de Defensores Públicos que elaborará la Dirección de Defensorías Públicas y remitirá a los Despachos Judiciales, conforme a reglamentación que expedirá el Defensor del Pueblo. En los asuntos laborales y contencioso administrativos, los Defensores Públicos tendrán la calidad de representantes judiciales o apoderados y para ello requerirán otorgamiento de poder por parte del interesado.

La defensoría pública se presta, por abogados que, como Defensores Públicos, formen parte de la planta de personal de la entidad. Por los abogados titulados e inscritos que hayan sido contratados como Defensores Públicos. Por los egresados de las facultades de derecho oficialmente reconocidas por el Estado que escojan la prestación gratuita del servicio como Defensor Público durante nueve (9) meses como requisito para optar al título de abogado y de acuerdo con las condiciones previstas en el Estatuto de la Profesión de Abogado. Artículo 22 de la Ley 24 de 1992.

Frente al caso que nos ocupa, la 24 de 1992, a través del servicio de la Defensoría Pública, habilita la posibilidad que personas víctimas de faltas disciplinarias que constituyan faltas disciplinarias graves o gravísimas por violaciones a los derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, sean representadas por defensores públicos, en la calidad de apoderados, desde la misma solicitud de reconocimiento de calidad de víctima y demás actuaciones que se desprenden de constituirse como sujeto procesal en el proceso disciplinario, que acrediten que se encuentran en imposibilidad económica o social de proveer por sí mismas a la defensa de sus derechos, en materia de verdad y justicia disciplinaria.

#### 9.6.1.7 Competencias funcionales en materia disciplinaria por violación a los DDHH e infracciones al DIH<sup>226</sup>

En el artículo 23 del Decreto 262 de 2000, encontramos las funciones generales de las procuradurías delegadas, estipula la norma que:

*“Las procuradurías delegadas ejercerán las funciones preventivas y de control de gestión, disciplinarias, de protección y defensa de los derechos humanos y la intervención ante las autoridades administrativas y judiciales de*

<sup>226</sup> Tomado acorde a la consultoría para “La identificación, elaboración y evaluación de módulos para capacitación en materia de investigación juzgamiento y sanción de casos violaciones a los derechos humanos e infracciones a los DDHH e infracciones al DIH”. Programa presidencial DDHH y DIH Proyecto lucha contra la impunidad. PLCI TOR007V.1.0) Universidad del Rosario e Ideamérica. Segundo Entregable, de población objetivo. Bogotá 2008.

*conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política, las leyes y lo dispuesto en este título, cuando lo determine el Procurador General en virtud de las facultades contenidas en el artículo de este Decreto”.*

Las funciones disciplinarias que tienen las procuradurías delegadas se encuentran en los numerales 2, 3, y 10 del artículo 25 del Decreto 262 de 2000:

2. “Conocer en primera instancia los procesos disciplinarios por graves y gravísimas violaciones a los derechos humanos consagrados en la Constitución Política o los tratados internacionales ratificados por Colombia, incluidos los actos de segregación y cualquier forma de discriminación, los actos de sometimiento de esclavitud y trata de personas en todas sus formas en que incurra cualquier servidor público, incluidos los miembros de la fuerza pública, salvo aquellos que sean competencia del Procurador General.

3. “Conocer en primera instancia los procesos por infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario definidas en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

10. “ Cumplir con las funciones disciplinarias que les asigne el Procurador General de la Nación, en virtud de las facultades contenidas en los numerales 8, 9 y 20 y el parágrafo único del artículo 7° de este decreto.

El artículo 19 de la Resolución 0017 de 2000 establece que es la “Procuraduría Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos” la que asume las funciones y competencias disciplinarias establecidas en los numerales 2°, 3°, 5°, 6°, y 7° del artículo 25 del Decreto 262 de 2000.

La Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación tiene competencia para conocer en segunda instancia de los procesos disciplinarios proferidos por la Procuraduría Delegada para la Defensa de los DDHH y DIH, en específico la sala disciplinaria conoce los procesos que adelanta en primera instancia los procuradores delegados y el veedor, salvo que sean de competencia del Viceprocurador General de la Nación cuando lo delegue el Procurador General. La Sala Disciplinaria se conforma por dos procuradores delegados, designados por el procurador general. En sala dual, cuando un proyecto de decisión no obtenga el voto unánime de sus miembros, lo definirá el procurador primero delegado ante el Consejo de Estado, quien para tales efectos conformará sala tripartita.

#### **9.6.1.7.1 Al grupo de asesores en derechos humanos del Despacho del Procurador**

La competencia disciplinaria por violaciones a los DDHH e infracciones graves al DIH, también le han sido asignadas al grupo de asesores en DDHH del Despacho del Procurador, mediante resoluciones 260 y 261 de 2001, emitidas por el Procurador General, de manera que pueden: “adelantar indagaciones disciplinarias e investigaciones disciplinarias por gravísimas violaciones a los derechos humanos y graves infracciones al derecho internacional humanitario, bien por Delegación, Comisión o Designación del Procurador” Resolución 260/01.

#### **9.6.1.7.2 Al Procurador General de la Nación**

De acuerdo con el artículo 48 de la Ley 734 de 2002, son faltas gravísimas realizar objetivamente una descripción típica consagrada en ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo, cuando ocurren estas situaciones el Procurador puede asumir estos casos y darle trámite verbal, eventualmente. En este procedimiento, los sujetos procesales son, el Procurador General, el viceprocurador cuando el procurador lo delegue y el grupo de asesores de una parte, de otra el disciplinado, servidor público, en los casos de violación a los DDHH y graves infracciones al DIH y la víctima que actúa también como sujeto procesal.

### 9.6.1.7.3 A la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales

A la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría, acorde al artículo 10 del Decreto 260 de 2000, se le asignaron las funciones de adelantar las indagaciones preliminares e investigaciones disciplinarias que le asigne o delegue el Procurador General, así como las de ejercer funciones de policía judicial.

En consecuencia, las competencias disciplinarias en materia de DDHH y de DIH, le han sido asignadas a la Procuraduría Delegada para la defensa de los DDHH; a la Sala Disciplinaria de la Procuraduría en segunda instancia. Al grupo de asesores en DDHH del Despacho del Procurador; a la Dirección de Investigaciones Especiales y al Procurador General de la Nación.

### 9.6.1.8 Revocatoria de los fallos disciplinarios por violaciones graves o gravísimas a los DDHH e infracciones graves al DIH

En materia disciplinaria, la revocatoria procede contra fallos sancionatorios y no contra absolutorios o de archivo. De manera que, y de nuevo de manera general, si el contenido de la injusticia de la falta disciplinaria no desborda la simple infracción del deber funcional que vincula al sujeto disciplinable con el Estado, es legítimo que el legislador decida que los fallos absolutorios no sean objeto de revocatoria directa pues, aparte de los propios intereses estatales, no existen otras expectativas que atender y que sean susceptibles de conducir a una regulación legal diversa. Por lo tanto, es razonable que se dé prioridad al derecho que le asiste al investigado a que la decisión proferida a su favor se torne inmutable y no sea susceptible de revocatoria directa”.

Diferente es la situación cuando con un fallo absolutorio o de archivo, se vulneran los derechos de las víctimas, la corte precisa:

*“Con todo, como lo expuso la Sala en su momento, cuando se trata de faltas que constituyen violaciones del derecho internacional humanitario o del derecho internacional de los derechos humanos, sí existen víctimas o perjudicados y éstos están legitimados para intervenir en el proceso disciplinario en calidad de sujetos procesales, para que se reconozcan y realicen sus derechos al esclarecimiento y conocimiento de la verdad y a la realización de la justicia disciplinaria. Por ello, su exclusión como sujetos procesales en la actuación disciplinaria y la imposibilidad que puedan solicitar la revocatoria del fallo absolutorio, o de la decisión de archivo de la actuación que tiene efectos equivalente, o que tal revocatoria sea declarada de oficio, son decisiones legislativas irrazonables: Constituyen, entre otras cosas, limitaciones arbitrarias de los derechos a la verdad y a la justicia que les asisten a la víctima o a los perjudicados con una falta disciplinaria gravísima, potencialmente lesiva de derechos fundamentales.*

*En efecto, no es constitucionalmente legítimo que en aquellos supuestos en que el contenido de injusticia de la falta disciplinaria desborda la simple vulneración del deber funcional que le asiste al sujeto disciplinable y se extiende de tal manera que compromete derechos fundamentales de terceros, se prevea un régimen de la revocatoria directa del fallo, o de la decisión que tenga efectos equivalente, similar al previsto para aquellos supuestos en que la ilicitud de la falta se agota en la sola infracción de ese deber. Cuando en ese tipo de eventos se profiere un fallo absolutorio o una decisión de archivo, estas decisiones no solo tocan con intereses estatales, sino también con la expectativa legítima que tienen las víctimas o perjudicados con esos comportamientos, el Estado y la comunidad internacionales de que se establezca la verdad y se haga justicia, expectativa que, por lo demás, se ve defraudada”.*

En ese sentido la Corte concluye que cuando se trata de faltas constitutivas de violaciones del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario, también procede la revocatoria del fallo absolutorio y del auto de archivo. Tal revocatoria procede de oficio o puede ser solicitada por la víctima o los perjudicados, aunque con las limitaciones derivadas de la interposición de recursos, y la competencia para su decisión recae en el funcionario que profirió el fallo o en el superior o en el Procurador General.

Para ilustrar, esta situación tenemos el caso de la muerte de la señora María Isabel Garrido, (nombre ficticio) ama de casa y esposa, de 33 años de edad, que el día domingo 15 de abril de 2007, presuntamente fue víctima de homicidio por parte de miembros del Ejército Nacional, cuando realizaban una supuesta persecución a la guerrilla. En lo que se constituye una ejecución arbitraria por parte de los militares. Posteriormente, el cadáver de la señora María Isabel Garrido fue vestida con uniforme de camuflaje, armado y llevada a San José del Guaviare, donde fue presentada como "guerrillera muerta en combate". La instancia disciplinaria militar, archivó la investigación sin aclarar las circunstancias en las diligencias disciplinarias ya que no se investigó adecuadamente, lo que presuntamente puede constituir una gravísima infracción al derecho internacional humanitario, falta que está descrita en el numeral 7° del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, como falta gravísima: "Incurrir en graves violaciones al derecho internacional humanitario". Razón por la cual el Procurador, revoca la decisión de archivo.

**9.6.1.9 Catalogo de faltas gravísimas de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario en el proceso disciplinario<sup>227</sup>**

Faltas: Artículo 48 de la ley 734 de 2002 CDU	Fundamento normativo	Elementos Constitutivos de la Falta Disciplinaria
<p><b>1. Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo.</b></p> <p><b>EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL O ARBITRARIA.</b></p>	<p>ART. 3º-Declaración Universal de DDHH. ART. 1º-Declaración Americana de derechos y deberes del hombre. ART. 6º-Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. ART. 4º-Convención Americana. ART. 11.-Constitución Política. Arts. 103 y 104 Código Penal.</p>	<p>Que se ocasione la muerte a una o varias personas. Que el hecho se cometió de manera dolosa. Que la falta se cometió por un servidor público o que este tuvo algún tipo de participación en la realización de la falta con ocasión de las funciones o cargo que desempeña. Si la falta no se cometió en el ejercicio de sus funciones, si existe la violación de los derechos humanos, pero bajo el precepto constitucional, lo que no existe es la falta disciplinaria.</p>
<p><b>VIOLENCIA SEXUAL, Num. 1 Art. 48.</b></p> <p><b>No se encuentra contemplado de manera explícita, siempre y cuando se demuestre la conducta dolosa del autor.</b></p>	<p>ART. 5º-Declaración Universal de DDHH ART. 7º-Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Art. 5º-Convención americana de DDHH Art. Estatuto de la Corte Penal Internacional. Art. 12 Constitución Política. Arts. 205 Código Penal</p>	<p>Que el hecho se cometió de manera dolosa. Que la falta se cometió por un servidor público o que este tuvo algún tipo de participación en la realización de la falta con ocasión de las funciones o cargo que desempeña. Si la falta no se cometió en el ejercicio de sus funciones, si existe la violación de los derechos humanos, pero bajo el precepto constitucional, lo que no existe es la falta disciplinaria. Que se realizó la penetración del miembro viril o por vía anal, vaginal u oral o penetración en cualquier parte del cuerpo con un objeto. Que el acceso carnal se realizó mediante violencia.</p>

<sup>227</sup> Nota: Este cuadro resume la tercera parte, del trabajo realizado por la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas ya citado. Pp. 61 a 133.



Faltas: Artículo 48 de la ley 734 de 2002 CDU	Fundamento normativo	Elementos Constitutivos de la Falta Disciplinaria
<p><b>GENOCIDIO. Num. 5° y 6°</b></p>	<p>Convención y sanción del delito de genocidio. Art. 6°. Estatuto de la Corte Penal Internacional. Arts. 101 102. Código penal.</p>	<p><i>Elementos constitutivos acorde al numeral 5°.</i> Lesión a la integridad física o mental a los miembros del grupo. Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial. Medidas a impedir nacimientos. Traslado a la fuerza de miembros del grupo u otro. Que esa persona o personas hayan pertenecido a un grupo nacional, étnico, racial, religioso, político o social e intención de destruirlo total o parcialmente. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar la destrucción. Que el autor de la falta fue un servidor público en ejercicio de sus funciones o que tuvo algún tipo de participación en la realización de la falta con ocasión de la función o cargo que desempeña. Si la falta no se cometió en el ejercicio de sus funciones, si existe la violación de los derechos humanos, pero bajo el precepto constitucional, lo que no existe es la falta disciplinaria.</p> <p><i>Elementos Constitutivos acorde al numeral 6°.</i> Que el autor haya causado la muerte a uno o más personas. Que esa persona o personas hayan pertenecido a un grupo nacional, étnico racial, religioso o político determinado. Que el autor hay tenido la intención de destruir, total o parcialmente, a ese grupo nacional, étnico, religioso, o político como tal. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción. Que el autor de la falta fue un servidor público en el ejercicio de sus funciones o que este tuvo algún tipo de participación en la realización de la falta con ocasión de la función o cargo que desempeña. Si la falta no se cometió en el ejercicio de sus funciones, si existe la violación de los derechos humanos, pero bajo el precepto constitucional, lo que no existe es la falta disciplinaria.</p>

Faltas: Artículo 48 de la ley 734 de 2002 CDU	Fundamento normativo	Elementos Constitutivos de la Falta Disciplinaria
<p><b>INFRACCIONES GRAVES AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO. Numeral 7º</b></p>	<p>Arts. 3º. Común a los Convenios de Ginebra. Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra. Art. 8.2.c y e del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Art. 214 Constitución Política. Art.135 a 164 Código Penal.</p>	<p>Que el hecho ocurrió con ocasión o en desarrollo del conflicto armado. Que el hecho se cometió contra una persona o bien protegido por el DIH. Que el hecho es calificado como una infracción grave por el DIH o crimen de guerra por el derecho penal internacional para los conflictos armados no internacionales. Que la falta fue cometida por un servidor público en el ejercicio de sus funciones o que este tuvo algún tipo de participación en la realización de la falta con ocasión de la función o cargo que desempeña. Si la falta no se cometió en ejercicio de sus funciones, si existe la violación de los derechos humanos, pero bajo el precepto constitucional, lo que no existe es la falta disciplinaria.</p>
<p><b>DESAPARICIÓN FORZADA. Numeral 8º</b></p>	<p>Arts. 1º, 3º, 4º, y 9º. Declaración universal de los DDHH. Arts. 1º y 125 Declaración americana de los derechos y deberes del hombre. Arts. 9º, 11º y 14 Pacto Internacional de derechos civiles y políticos. Art. 7º Convención americana de DDHH. Art. 7.1.i. Estatuto de la Corte Penal Internacional. Declaración de N.U. sobre la protección a todas las personas contra la desaparición forzada. Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas. Art. 28 Constitución Política. Arts 165 a 167 Código Penal. Ley 589 de 2000.</p>	<p>Que se privó a otra persona de la libertad, cualquiera que sea la forma de esta –incluye esta hipótesis la privación legal de la libertad, si se reúnen los demás elementos de esta falta- Que la privación de la libertad esté seguida del ocultamiento de la persona o de la persona o de la negativa a dar información sobre el hecho de la privación de la libertad. Alternativamente, que la privación de la libertad de la persona esté seguida de la negativa a dar información sobre el paradero de la persona. Que el efecto de privación de la libertad seguida de los dos elementos anteriores, tenga como efecto que la persona privada de la libertad sea sustraída del amparo de la ley y consecuentemente de la protección de los jueces. Que la falta fue cometida por un servidor público en el ejercicio de sus funciones o que este tuvo algún tipo de participación en la realización de la falta con ocasión de la función o cargo que desempeña. Si la falta no se cometió en el ejercicio de sus funciones, si existe la violación de los derechos humanos, pero bajo el precepto constitucional, lo que no existe es la falta disciplinaria.</p>

Faltas: Artículo 48 de la ley 734 de 2002 CDU	Fundamento normativo	Elementos Constitutivos de la Falta Disciplinaria
<b>TORTURA. Num.9º.</b>	<p>Art. 5. Declaración Universal de DDHH.                      Art. 7. Pacto Internacional de derechos civiles y políticos.                      Art. 5. Convención americana de DDHH. Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura.                      Convención de las N.U., contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.                      Art. 7.1.f. Estatuto de la Corte Penal Internacional.                      Art. 12 Constitución Política.                      Arts. 178 y 179 Código Penal.</p>	<p>Que una o varias personas fueron objeto de dolores o sufrimientos físicos o psíquicos.                      Que la finalidad de esos dolores o sufrimientos fue la de obtener una información o confesión, castigar, intimidar u otra razón basada en cualquier otro tipo de discriminación.                      Que la falta fue cometida por un servidor público en el ejercicio de sus funciones o que este tuvo algún tipo de participación en la realización de la falta con ocasión de la función o cargo que desempeña.                      Si la falta no se cometió en el ejercicio de sus funciones, si existe la violación de los derechos humanos, pero bajo el precepto constitucional, lo que no existe es la falta disciplinaria.</p>
<b>DESPLAZAMIENTO FORZADO Núm. 10</b>	<p>Art. 8º. Declaración universal de los DDHH.                      Art. 12 Pacto internacional de derechos civiles y políticos.                      Art. 22 Convención americana sobre DDHH.                      Art. 17. Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra                      Art. 8.2.d.viii Estatuto de la Corte Penal Internacional.                      Principios rectores de los desplazamientos internos.                      Art. 159 y 180 Código Penal.                      Ley 387 de 1997.</p>	<p>Actos de violencia o de intimidación contra personas.                      Que esa violencia ocasione que las personas abandonen su lugar de residencia.                      Que la falta fue cometida por un servidor público en el ejercicio de sus funciones o que este tuvo algún tipo de participación en la realización de la falta con ocasión de la función o cargo que desempeña.                      Si la falta no se cometió en el ejercicio de sus funciones, si existe la violación de los derechos humanos, pero bajo el precepto constitucional, lo que no existe es la falta disciplinaria.</p>
<b>HOMICIDIO POR RAZONES DE INTOLERANCIA Num.11</b>	<p>Art. 3. Declaración universal de los DDHH.                      Art. 1. Declaración americana de los derechos y deberes del hombre.                      Art. 6. Pacto Internacional de los derechos civiles y políticos.                      Art. 4. Convención americana sobre DDHH.                      Arts. 11 y 44 Constitución Política.                      Num. 3 Art. 58. Arts. 103, 104 y 135 Código penal.</p>	<p>Que la muerte haya sido deliberada.                      Que el móvil del homicidio debe ser la intolerancia por cualquiera de las siguientes causas:                      -Las opiniones o actividades políticas de la víctima                      -Las creencias religiosas de la víctima.                      -La raza de la víctima.                      -El sexo de la víctima.                      -El color de la víctima, o                      -El idioma de la víctima.                      Que la falta fue cometida por un servidor público en el ejercicio de sus funciones o que este tuvo algún tipo de participación en la realización de la falta con ocasión de la función o cargo que desempeña. Si la falta no se cometió en el ejercicio de sus funciones, si existe la violación de los derechos humanos, pero bajo el precepto constitucional, lo que no existe es la falta disciplinaria.</p>

Faltas: Artículo 48 de la ley 734 de 2002 CDU	Fundamento normativo	Elementos Constitutivos de la Falta Disciplinaria
<p><b>VÍNCULOS CON GRUPOS ARMADOS AL MARGEN DE LA LEY. Numeral 12</b></p>	<p>Art. 3°. Declaración universal de los DDHH. Art. 1°. Declaración americana de derechos y deberes del hombre. Art. 3°. Pacto internacional de derechos civiles y políticos. Num. 1°. Art. 1° Convención americana de DDHH. Arts. 340, 341, 342 Código Penal. Art. 58 Ley 836 de 2003. Régimen para las Fuerzas Militares. Art. 37 Decreto 1798 de 2000. Régimen para la Policía Nacional.</p>	<p>Que un servidor público promueve o realice cualquiera de los siguientes actos: -Formación, subsistencia, promoción, auspicio, financiación, organización, instrucción, dirección y colaboración con grupos armados al margen de la ley. Que la falta fue cometida por un servidor público en el ejercicio de sus funciones o que este tuvo algún tipo de participación en la realización de la falta con ocasión de la función o cargo que desempeña. Si la falta no se cometió en el ejercicio de sus funciones, si existe la violación de los derechos humanos, pero bajo el precepto constitucional, lo que no existe es la falta disciplinaria.</p>
<p><b>EL SECUESTRO PRIVAR DE LA LIBERTAD A UNA O VARIAS PERSONAS Y CONDICINAR LA VIDA, LA SEGURIDAD Y LA LIBERTAD DE ESTA O ESTAS A LA SATISFACCIÓN DE CUALQUIER TIPO DE EXIGENCIAS Num. 13</b></p>	<p>Arts. 1, 3, 4. y 9. Declaración universal de los DDHH. Arts. 9, 11 y 14 Pacto internacional de derechos civiles y políticos. Arts. 1 y 25. Declaración americana de los derechos y deberes del hombre. Arts. 7 Convención americana de DDHH. Art. 7.1.e. Estatuto de la Corte Penal Internacional. Art. 28 Constitución Política. Arts. 168 y 169 Código Penal.</p>	<p>Que se privó a una persona o varias personas de su libertad. Que exista una exigencia u condición para garantizar su vida, seguridad o libertad. Que la falta fue cometida por un servidor público en el ejercicio de sus funciones o que este tuvo algún tipo de participación en la realización de la falta con ocasión de la función o cargo que desempeña. Si la falta no se cometió en el ejercicio de sus funciones, si existe la violación de los derechos humanos, pero bajo el precepto constitucional, lo que no existe es la falta disciplinaria.</p>
<p><b>PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD. Num. 14</b></p>	<p>Arts. 1, 3, 4, y 9 Declaración universal de los DDHH. Arts. 1 y 25 Declaración americana de los derechos y deberes del hombre. Arts. 9, 11 y 14 Pacto internacional de derechos civiles y políticos. Art. 7. Convención americana de DDHH. Art. 7.1.e. Estatuto de la Corte Penal Internacional Art. 28 Constitución Política. Arts. 174 a 177 y 186 Código penal. Arts. 71 y 81 Código de Policía.</p>	<p>La privación de la libertad de una persona. Que esa privación de la libertad no se ajusta a los supuestos establecidos por el ordenamiento jurídico o cuando se ha irrespetado las garantías procedimentales. Que la falta fue cometida por un servidor público en el ejercicio de sus funciones o que este tuvo algún tipo de participación en la realización de la falta con ocasión de la función o cargo que desempeña. Si la falta no se cometió en el ejercicio de sus funciones, si existe la violación de los derechos humanos, pero bajo el precepto constitucional, lo que no existe es la falta disciplinaria.</p>

Faltas: Artículo 48 de la ley 734 de 2002 CDU	Fundamento normativo	Elementos Constitutivos de la Falta Disciplinaria
<p><b>INVIOLABILIDAD DE LA CORRESPONDENCIA. Num. 16</b></p>	<p>Art. 12 Declaración universal de los DDHH. Art. 17 Pacto internacional de derechos civiles y políticos. Art. 11 Convención americana de DDHH. Art. 15 Constitución Política. Art. 192 Código Penal.</p>	<p>Que se atente contra la inviolabilidad de la correspondencia u otras formas de comunicación. O que se obtenga información de manera contraria a los derechos constitucionales o legales. O que se recauden pruebas de manera contraria a los derechos constitucionales o legales. Que la falta fue cometida por un servidor público en el ejercicio de sus funciones o que este tuvo algún tipo de participación en la realización de la falta con ocasión de la función o cargo que desempeña. Si la falta no se cometió en el ejercicio de sus funciones, si existe la violación de los derechos humanos, pero bajo el precepto constitucional, lo que no existe es la falta disciplinaria.</p>

### 9.6.2. Caso “Los Sindicalistas”

Conforme a lo expuesto en el auto de formulación de cargos de investigación disciplinaria, el comando del Grupo Mecanizado No. 00 del Ejército Nacional de Selvania, el día 25 de agosto de 2008, impartió a los pelotones, A y B de Contraguerrilla, en el departamento de Tama, la Orden de Operaciones No. 0C0 “Tormenta” con la misión de realizar operaciones de registro y control militar sobre el área general de Caño Frío, para capturar o reducir a un grupo de terroristas pertenecientes a los movimientos guerrilleros MURT y milicias de la ZLE.

Ya en desarrollo de la operación militar, el día 27 de agosto, el escuadrón A de la Contraguerrilla, al mando del Teniente Gomer, en el sitio Caño Frío se presentó en una vivienda donde residía el señor, Pedro Pimienta (Presidente de la Organización Sindical Agraria. Sindagrario) y su esposa María de Pimienta, hallándose allí mismo, Joaquín Rodríguez (Tesorero Regional de otra organización sindical denominada ASAC), Leonidas Pérez (Dirigente campesino de la región) y Ángela Arenas, quienes habían llegado al sitio el día anterior.

En desarrollo de la Operación “Tormenta”, se causó la muerte a los sindicalistas, Pedro Pimienta, Joaquín Rodríguez y Leonidas Pérez, por cuenta de los efectivos del ejército nacional que llegaron hasta la vivienda.

La Procuraduría General de la Nación, formuló pliego de cargos a los servidores públicos investigados en la presunta incursión, consistente en falta disciplinaria tipificada en el numeral 7º del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 – Código Disciplinario Único (Incurrir en Graves Infracciones al Derecho Internacional Humanitario.)

Para el análisis del caso:

Acorde al caso anterior, justifique quién tiene la categoría de víctima en el proceso disciplinario. Qué pueden solicitar y cómo deben estar representadas las víctimas en el proceso disciplinario.

## 10 *Bibliografía general del módulo*

Commission on Human Security, *La sécurité humaine. Rapport de la Commission sur la sécurité humaine*, París, Presses de la Fondation Nationale de Sciences Politiques, 2003.

Comité Internacional de la Cruz Roja, "Editorial", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 03 septiembre de 2003, (No. 851)

Comité Internacional de la Cruz Roja, *Responder a las necesidades de las mujeres afectadas por conflictos armados*, Cruz Roja, Ginebra, 2006.

De Barbieri, Teresita, "Sobre la categoría de género. Una introducción teórico-metodológica", *Revista Interamericana de Sociología*, 1992, (N° 2-3).

De Gamboa Tapias, Camila, "Dilemas y remedios para lidiar con el pasado", *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 2005, (7), pp. 21-40.

Defensoría del Pueblo. *La niñez y sus derechos*. Boletín número 9, Bogotá, Noviembre de 2006.

Forero Ramírez, Juan Carlos, *Aproximación al Estudio del Principio de Oportunidad*, Editorial Ibáñez y Universidad del Rosario, 2006.

González Posso, Camilo y González Ferafán, Leonardo, "Los complejos debates de la ley de víctimas", *KAS Papers*, nov. 2008, (N° 2), pp. 1-4.

González Navarro, Antonio Luís, *La víctima en el sistema penal*, Editorial Leyer, Bogotá, 2007.

Gutman, Roy, *Crímenes de Guerra*, Editorial Debate, Barcelona, 2001.

Hadden, Tom y Hervey, Colin, "El derecho de los conflictos y crisis internos", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 1999, (N° 833), pp. 119-133, disponibles en <http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/5tdn6y?opendocument>, junio de 2009.

Haug, Hans, "La Neutralidad como Principio Fundamental de la Cruz Roja", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, noviembre – diciembre de 1996, (N° 138), pp. 670-673.

Kirchengast, Tyrone, *The Victim in Criminal Law and Justice*, Palgrave MacMillan, Hampshire, 2006.

Klein, Ernest, A, *Comprehensive Etymological Dictionary of the English Language*, Elsevier, Amsterdam, 1966.

Labon, Joanna, "Desaparecido: mi esposo", en *Comité Internacional de la Cruz Roja, Testimonios sobre la guerra*, Cruz Roja, Ginebra, 1999.

Lara, Patricia, *Las Mujeres en la Guerra*, Planeta, Bogotá, 2000.

Martín Medem, José Manuel, *La Guerra Contra los Niños, El Viejo Topo*, Madrid, 1998.

Ministerio de la Protección Social, *Manual de la Misión Médica, Pro-Offset*, Bogotá, 2004, <http://www.minproteccionsocial.gov.co/VBeContent/library/documents/DocNewsNo17412DocumentNo6860.PDF>

Mora Insuasty, Socorro, *La ley de justicia y paz en el marco de la Convención Americana de Derechos Humanos*, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2008.

Neuman, Elías, *Prisión abierta: una nueva experiencia penológica*, Depalma. Buenos Aires, 1984.

Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos; Defensoría del Pueblo. *Manual de calificación de conductas violatorias: derechos humanos y derecho internacional humanitario*, Temis, Bogotá, 2004. 2 v.

Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas y Defensoría del Pueblo, *Manual de calificación de conductas violatorias*, Temis, Bogotá, 2004.

Palacio Cepeda, Marisol, *Víctimas y reparación*, Editorial Leyer, Bogotá, 2008.

Patiño González, María Cristina, *La intervención Procesal de la Víctima*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2009.

Pérez Portillo, Soraya. "La mujer y el Estado, un campo de reclamaciones", *Revista Nova Et Vetera*, Segundo Semestre 2004, (Nº. 53), pp. 36- 43.

Pictet, Jean, "Desarrollo y Principios del Derecho Internacional Humanitario", Comité Internacional de la Cruz Roja, 1986.

[http://www.themissing.cicr.org/web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/desarrollo\\_y\\_principios?OpenDocument&style=Custo\\_Final.3&View=defaultBody4](http://www.themissing.cicr.org/web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/desarrollo_y_principios?OpenDocument&style=Custo_Final.3&View=defaultBody4).

Red de Promotores de Derechos Humanos, *Derecho Internacional Humanitario*, Defensoría del Pueblo, Bogotá, 2001.

Rey Marcos, Francisco, *El Debate Humanitario*, Icaria Editorial, Barcelona, 2003.

Rincón Covelli, Tatiana, "La verdad histórica: una verdad que se establece y legitima desde el punto de vista de las víctimas", *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 2005, (7).

Schabas, William, *Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.

Schünemann, Bernd, "The Role of Victim Within the Criminal Justice System: A Three-Tiered Concept", *Buffalo Criminal Law Review*, Buffalo, (Vol. 3, Nº 33), 1999, pp. 33-49.

Stéphane Jeannot, "La protección civil de 1977 a 1997: del Derecho a la Práctica", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 1998, (No 148), pp. 771-780.

Swinarski, Christophe, *Principales Nociones e Institutos del Derecho Internacional Humanitario como Sistema de Protección de la Persona Humana*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos – Comité Internacional de la Cruz Roja, San José, 1990.

Villa Valencia, Alejandro, *Derecho Internacional Humanitario*, Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2007.

Young, Alan, *Victims of Crime Research Series: The Role of the Victim in the Criminal Process: Literature Review -- 1989 to 1999*, Canada Department of Justice, Ottawa, 2001.

Este libro se terminó de producir  
en los talleres gráficos de  
EDIPRIME LTDA.  
PBX: 482 9393  
Bogotá, D. C. - Colombia