

**FISCALÍA**  
GENERAL DE LA NACIÓN

Hoja No. 1. Directiva No. 0003 "Por medio de la cual se establecen las pautas para la persecución penal de los crímenes de guerra en el territorio nacional"

Directiva No. 0003

*"Por medio de la cual se establecen las pautas para la persecución penal de los crímenes de guerra en el territorio nacional"*

## INTRODUCCIÓN

El derecho internacional humanitario (en adelante, "DIH") es el grupo de normas convencionales y consuetudinarias que regula la manera de conducir las hostilidades en el desarrollo de un conflicto armado. Existen dos tipos de conflictos armados: (i) los conflictos armados internacionales y (ii) los conflictos armados no internacionales. Dependiendo del tipo de conflicto armado de que se trate se aplican regulaciones diferentes.

En los conflictos armados de carácter no internacional existen dos fuentes convencionales que los regulan: (i) el Protocolo Adicional II relativo a la protección de víctimas en conflictos de carácter no internacional y (ii) el artículo común 3 a los cuatro Convenios de Ginebra. Estas fuentes han tenido un importante desarrollo consuetudinario.

Para determinar la existencia de un conflicto armado de carácter no internacional existen criterios objetivos que han sido formulados por la jurisprudencia internacional. En consecuencia, la determinación de un conflicto armado interno depende del cumplimiento de criterios internacionales y no de la expresión política o administrativa de los gobiernos domésticos. Cuando se determina que existe un conflicto armado no internacional se altera el régimen jurídico aplicable y el ordenamiento de los derechos humanos pasa a ser interpretado a la luz del DIH. Esto hace que sea posible realizar conductas que bajo el régimen exclusivo de los derechos humanos constituirían hechos ilícitos.

Esta Directiva ofrece los lineamientos pertinentes para la imputación de los crímenes de guerra en el territorio nacional. De esta manera, la Directiva incluye: (i) los criterios para determinar la existencia del conflicto armado y su ámbito de aplicación; (ii) los criterios para determinar la existencia y pertenencia a un grupo armado; (iii) los principios y conceptos del DIH; (iv) el proceso de cristalización de la criminalización de las violaciones al DIH en los conflictos armados de carácter no internacional; (v) las consideraciones sobre la criminalización de conductas contrarias al DIH antes de la entrada en vigencia de la ley 599 de 2000 (Código Penal); (vi) el análisis de la estructura general de los tipos penales como crímenes de guerra; (vii) el DIH y las consecuencias de su aplicación (viii) el caso especial del delito de homicidio en persona protegida; y finalmente (ix) se adoptarán las directivas pertinentes para la imputación de crímenes de guerra en el territorio colombiano.

### I. CONFLICTO ARMADO

El DIH requiere de la existencia de un conflicto armado para su activación. A raíz de esta necesidad, y de las diferentes formas que han tomado los conflictos armados a lo largo de la historia – precisamente en los siglos XX y XXI – la jurisprudencia internacional ha definido este concepto como *"el recurso a la fuerza armada entre Estados, o la violencia armada prolongada entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados, o entre tales grupos,*

*Guil*



Hoja No. 2. Directiva No. 0003 "Por medio de la cual se establecen las pautas para la persecución penal de los crímenes de guerra en el territorio nacional"

dentro de un Estado"<sup>1</sup>. En el caso de los conflictos armados internos, el adjetivo de "prolongado" busca excluir de esta definición los casos de simples disturbios civiles, revueltas esporádicas o actos terroristas aislados<sup>2</sup>.

En los instrumentos convencionales referidos al tema que ocupa esta Directiva, se pueden distinguir dos tipos de conflictos armados. Por una parte, existen aquellos de carácter internacional, regulados por los cuatro Convenios de Ginebra<sup>3</sup> y por el Protocolo Adicional I y, por otra parte, los de carácter no internacional, que se regulan en el artículo común 3 a los Convenios de Ginebra y en el Protocolo Adicional II<sup>4</sup>.

El Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (en adelante, el "TPIY") a partir de las disposiciones de estos instrumentos convencionales, resumió en dos elementos generales las características para definir la existencia de un conflicto armado no internacional<sup>5</sup>. Estos elementos son:

1. La organización suficiente del grupo armado, lo que equivale a que el grupo armado o fuerza armada disidente cuente con una estructura y jerarquía al interior.
2. El umbral suficiente de hostilidades, lo que significa que las hostilidades cometidas por los grupos armados o fuerzas armadas deben tener un nivel suficiente de intensidad, es decir, que supere un simple desorden interno ocasional.

Sobre la organización suficiente del grupo armado, la jurisprudencia del TPIY<sup>6</sup> ha establecido algunos criterios orientadores: (i) la presencia de una estructura de comando; (ii) la habilidad de efectuar operaciones militares organizadas<sup>7</sup>; (iii) un cierto nivel logístico<sup>8</sup>; (iv) un cierto nivel disciplinario<sup>9</sup>; y (v) la habilidad de hablar a través de una sola voz.

<sup>1</sup> TPIY, Fiscal v. Dusko Tadic, Sala de Apelaciones. Sentencia del 2 de octubre de 1995, párr. 70.

<sup>2</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-291 de 2007. MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>3</sup> El artículo 2 común a los Convenios de Ginebra establece: "Aparte de las disposiciones que deben entrar en vigor ya en tiempo de paz, el presente Convenio se aplicará en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias Altas Partes Contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra. El Convenio se aplicará también en todos los casos de ocupación total o parcial del territorio de una Alta Parte Contratante, aunque tal ocupación no encuentre resistencia militar. Si una de las Potencias en conflicto no es parte en el presente Convenio, las Potencias que son Partes en el mismo estarán, sin embargo, obligadas por él en sus relaciones recíprocas. Estarán, además, obligadas por el Convenio con respecto a dicha Potencia, si esta acepta y aplica sus disposiciones".

<sup>4</sup> Adicionalmente, es menester traer a colación el artículo 8(2) (f) del Estatuto de Roma, en el cual se establece respecto a los conflictos armados internos que: "El párrafo 2 e) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional y, por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos. Se aplica a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos". Para observar los elementos que se deben tener en cuenta para determinar un conflicto armado a la luz del Estatuto de Roma, ver: Corte Penal Internacional, Sala de Apelaciones I, Fiscal vs. Thomas Lubanga Dyilo. Sentencia del 14 de marzo de 2012, párr. 535 a 536.

<sup>5</sup> TPIY, Fiscal v. Dusko Tadic, Sala de Apelaciones. Decisión del 2 de octubre de 1995, párr. 70. TPIY, Fiscal v. Fatmir Limaj. Sala de Apelaciones, Sentencia del 30 de noviembre de 2005, párr. 135-170. En igual sentido, puede consultarse: Comité internacional de la Cruz Roja, ¿Cuál es la definición de "conflicto armado" según el derecho internacional humanitario? Documento de opinión (marzo de 2008) pp. 3 a 4.

<sup>6</sup> TPIY, Fiscal v. Boškoski & Tarčulovski. Sala de Apelaciones. Decisión del 10 de julio de 2008, párr. 194, 177 y 206.

<sup>7</sup> Frente a este punto en Colombia se ha identificado como un factor orientador la existencia de sistemas de inteligencia, estos son, medios para adquirir información beneficiándose de la población civil y de los propios agentes de la organización.

<sup>8</sup> En cuanto al nivel logístico, en Colombia este criterio se ha visto planteado en (i) la existencia de líneas de comunicación y (ii) de sistemas de apoyo logístico. Lo primero se caracteriza por el uso de enlaces y de sistemas complejos de comunicación que

*SM*



Hoja No. 3. Directiva No. 0003 "Por medio de la cual se establecen las pautas para la persecución penal de los crímenes de guerra en el territorio nacional"

Frente a la intensidad de las hostilidades, la jurisprudencia del mencionado Tribunal<sup>10</sup> estableció que esta puede ser determinada si se toma en consideración: (i) la seriedad de los ataques y el incremento de la cantidad o la dispersión en el territorio; (ii) el incremento del tamaño de las fuerzas gubernamentales y la distribución de armas; (iii) la atención internacional que el conflicto haya recibido; (iv) el número de víctimas; (v) el tipo de armas utilizadas<sup>11</sup>; (vi) la cantidad de tropas desplegadas; y (vii) la existencia de ceses al fuego y acuerdos de paz.

En lo que respecta a la jurisprudencia nacional, la Corte Constitucional en la sentencia C-291 de 2007, adoptó los criterios previamente expuestos por los tribunales internacionales. Adicionalmente, el conflicto armado en Colombia ha permitido decantar criterios adicionales que permiten la determinación del nivel de organización de un grupo armado: (i) el tiempo que ha perdurado la organización criminal; (ii) la trashumancia de cabecillas entre distintos grupos armados; (iii) la existencia de corredores estratégicos; (iv) la existencia de sistemas de apoyo logístico, tales como líneas de comunicación y de inteligencia; y (v) la existencia de sistemas de entrenamiento.

Así mismo, en Colombia se han registrado las siguientes características para la determinación del nivel de hostilidades de un grupo armado: (i) la existencia de anillos de seguridad para bienes y personas de alto valor estratégico; (ii) el uso de armas no convencionales; (iii) el uso de francotiradores; y (iv) el control de áreas geográficas de difícil acceso.

Finalmente, es necesario señalar que el conflicto armado en Colombia es un hecho notorio<sup>12</sup>, y por esta razón, para la imputación de los crímenes de guerra, los fiscales no requieren probar en cada caso concreto la existencia del conflicto armado, pero sí deberán demostrar que la conducta se relaciona con el mismo. Así mismo, se debe aclarar que la existencia de un conflicto armado no depende de su extensión temporal, y por lo tanto, que la activación del DIH puede darse por cortos periodos de tiempo. Este caso fue tratado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *La Tablada*, en donde se estimó que un solo acto lo suficientemente intenso y organizado es capaz de activar el DIH<sup>13</sup>.

## II. DETERMINACIÓN DE LOS GRUPOS ARMADOS Y FORMAS DE PARTICIPACIÓN EN LAS HOSTILIDADES

---

utilizan técnicas de mimetismo. Lo segundo se identifica con el uso de la organización criminal para el sostenimiento de la estructura, sus víveres, material de guerra, sanidad y material de intendencia.

<sup>9</sup> En el conflicto armado colombiano, el nivel disciplinario del grupo se ha visto relacionado con la existencia de sistemas de entrenamiento. Por lo general, las actividades de entrenamiento se dan en la profundidad de áreas en sectores selváticos, donde permiten el establecimiento de lugares específicos para el entrenamiento de unidades que ingresan a la organización. También estas áreas permiten la preparación y entrenamiento para futuras acciones terroristas, no son puntos fijos y se puede dar también en campamentos móviles dependiendo de la necesidad que tenga la estructura.

<sup>10</sup> Op. Cit. TPIY, Fiscal v. Boškoski & Tarčulovski, párr. 194, 177.

<sup>11</sup> En el caso colombiano este criterio se ha identificado con el uso de armas no convencionales, tales como la modificación de cilindros de gas doméstico y el ocultamiento de artefactos explosivos en elementos como motocicletas y bicicletas, entre otros.

<sup>12</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Sentencia del 25 de septiembre de 1996, radicado 12051, M.P. Jorge Anibal Gómez Gallego.

<sup>13</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Juan Carlos Abella v. Argentina. Caso 11.137. Noviembre 18 de 1997.



Hoja No. 4. Directiva No. 0003 "Por medio de la cual se establecen las pautas para la persecución penal de los crímenes de guerra en el territorio nacional"

Como se mencionó anteriormente, la existencia del conflicto armado supone la existencia de grupos armados<sup>14</sup> y viceversa. Se trata de conceptos recíprocos que se condicionan mutuamente. En consecuencia, no puede existir el uno sin el otro.

Para determinar la existencia de un grupo armado resulta pertinente reiterar la jurisprudencia del TPIY que ofrece los siguientes criterios orientadores: (i) la presencia de una estructura de mando, (ii) la habilidad de efectuar operaciones militares organizadas, (iii) un cierto nivel logístico, (iv) un cierto nivel disciplinario y (v) la habilidad de hablar a través de una sola voz<sup>15</sup>.

Por su parte, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (en adelante, el "TPIR"), expresó sobre los grupos armados que:

*"[...] El término conflicto armado sugiere en sí mismo la existencia de hostilidades entre fuerzas armadas organizadas en mayor o menor grado. Por lo tanto esto deja por fuera las situaciones de tensiones internas y disturbios interiores. Para decidir la existencia de un conflicto armado interno, entonces, será necesario evaluar la intensidad del conflicto y la organización de las partes en conflicto"*<sup>16</sup> (subrayado fuera de texto).

Es importante aclarar que la existencia de un grupo armado se deriva de la reunión objetiva de las condiciones anteriormente mencionadas, en donde nada tiene que ver la presencia de una ideología política o filosófica al interior del grupo<sup>17</sup>. Así mismo, – como se explicará en extenso en el subtítulo VII de la presente Directiva – se debe precisar que el reconocimiento de una agrupación como grupo armado no afecta el estatus de las partes<sup>18</sup>.

## 2.1. Formas de la participación en las hostilidades

En los conflictos armados de carácter no internacional pueden diferenciarse tres formas de participar en las hostilidades: (i) los civiles que participan directamente en las hostilidades; (ii) los miembros de un grupo armado (lo que según la jurisprudencia de la Corte Constitucional es una forma de *combatiente en sentido genérico*); y (iii) los civiles que participan indirectamente en las hostilidades. De estos tres modos de participación en el conflicto únicamente los combatientes en sentido genérico, es decir, los miembros de un grupo armado, son sujetos de ataque continuo por parte de la Fuerza Pública.

<sup>14</sup> La expresión "grupo armado" hace referencia a su sentido técnico según el DIH. En la presente Directiva, cualquier expresión como "grupo armado irregular" o "grupo armado ilegal" debe entenderse como análoga al término técnico.

<sup>15</sup> Op. Cit. TPIY, Fiscal v. Boškoski & Tarčulovski, párr. 194 a 206.

<sup>16</sup> TPIR, Fiscal v. Sejan Paul Akayesu. Sala de Apelaciones. Decisión del 2 de septiembre de 1998, párr. 120.

<sup>17</sup> Al respecto ver: MACHADO, Sebastián. La Categorización del Conflicto Armado en Colombia y sus Consecuencias Jurídicas, en: Posada Ricardo (Coord.), Discriminación, Principio de Jurisdicción Universal y Temas de Derecho Penal, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2013, pp. 565-626.

<sup>18</sup> Sobre este punto Jean Pictet afirma que "El hecho de aplicar el artículo 3 no constituye un reconocimiento por el gobierno de jure, en sí mismo, de autoridad de cualquier tipo a la parte adversa; no limita de ninguna manera el derecho del gobierno a reprimir una rebelión usando todos los medios – incluyendo las armas – que permitan sus propias leyes; no afecta de ninguna manera su derecho a investigar, juzgar y condenar a sus adversarios de conformidad con su legislación" (PICTET, Jean. The Geneva Conventions of 12 August 1949: Commentary. 1952, pp. 60-61). Además ver: GARNER, J.W. Recognition of belligerency. American Journal of International Law, 1938; WHEATON, H. Elements of international law. 1866, Vol. 34; CRAWFORD, J. The creation of States in International Law. 2006, pp. 381 y ss.



0003

Hoja No. 5. Directiva No. \_\_\_\_\_ "Por medio de la cual se establecen las pautas para la persecución penal de los crímenes de guerra en el territorio nacional"

### 2.1.1. Los civiles que participan directamente en las hostilidades

Para que se considere a un civil como participante directo en las hostilidades se deben cumplir con los siguientes requisitos<sup>19</sup>:

1. Cumplir con el umbral del daño requerido: Este se puede alcanzar causando daños de tipo militar o con ataques a los bienes y personas protegidas por el DIH. El CICR ha aclarado que no se requiere la materialización del daño sino simplemente la probabilidad objetiva de que el daño alcance el umbral<sup>20</sup>.
2. Haber un nexo causal: Este requisito se cumple si se puede esperar razonablemente que la acción hostil constituirá un daño que alcance el umbral requerido<sup>21</sup>.
3. Haber un nexo beligerante: Esto implica que el propósito de la acción que sobrepasa el umbral requerido debe hacerse en apoyo de una parte del conflicto y en menoscabo de la otra<sup>22</sup>.

La participación directa de los civiles en las hostilidades hace que estos pierdan la protección frente a los ataques militares directos, mientras preparan, ejecutan y se repliegan del ataque. Son estos tres momentos (preparación, ejecución y repliegue) los que permiten determinar el ámbito temporal en el cual los civiles que participan directamente en las hostilidades pierden su protección. En ese sentido, antes de la preparación y una vez terminado el repliegue, estas personas son civiles plenamente protegidos por el DIH.

Como ejemplo de civiles que participan directamente en las hostilidades se pueden considerar<sup>23</sup>:

<sup>19</sup> Al respecto, el CICR ha mencionado lo siguiente: "Para considerar un acto como participación en las hostilidades debe cumplirse lo siguiente: debe haber probabilidades de que el acto tenga efectos adversos sobre las operaciones militares o sobre la capacidad militar de una parte en un conflicto armado, o bien, de que cause la muerte, heridas o destrucción a las personas o a los bienes protegidos contra los ataques directos (umbral de daño), y debe haber un vínculo causal directo entre el acto y el daño que pueda resultar de ese acto o de la operación militar coordinada de la que el acto constituya parte integrante (causalidad directa) y que el propósito específico del acto debe ser causar directamente el umbral exigido de daño en apoyo de una parte en conflicto y en menoscabo de otra (nexo beligerante)" (Comité Internacional de la Cruz Roja. Guía para interpretar la noción de participación directa en hostilidades según el DIH. Ginebra: CICIR, 2010, p. 45).

<sup>20</sup> Sobre este tema el CICR dijo que: "Este se puede alcanzar causando un daño de índole militar o causando muerte o heridas o daño a personas o bienes protegidos contra los ataques directos. La calificación de un acto como participación directa no requiere la materialización del daño que alcance ese umbral sino simplemente la probabilidad objetiva de que el acto tenga como consecuencia ese daño. Por lo tanto, la determinación de umbral debe basarse en el daño probable, es decir, en el daño que razonablemente se pueda esperar que un acto tenga como consecuencias en las circunstancias del caso" (Ibid., p. 47).

<sup>21</sup> En este sentido el CICR estableció: "Se cumple el requisito de causalidad directa si se puede esperar razonablemente que, sea al acto específico en cuestión, sea un operación militar concreta y coordinada de la que ese acto constituye una parte integrante, causará directamente el daño que alcanza el umbral exigido" (Ibid., p. 58).

<sup>22</sup> "Para que exista el nexo beligerante, el propósito específico del acto debe causar directamente el umbral exigido de daño en apoyo de una parte del conflicto y en menoscabo de otra. En general, el daño causado en defensa propia o en defensa de otros en contra de violencia prohibida de conformidad con el DIH, en el ejercicio del poder o autoridad sobre personas, como parte de disturbios civiles contra esa autoridad o en las situaciones de violencia entre civiles carecen del nexo beligerante para calificarlo como participación directa en hostilidades" (Ibid., p. 64).

<sup>23</sup> Al respecto ver: Comité Internacional de la Cruz Roja. Guía para interpretar la noción de participación directa en hostilidades según el DIH. Ginebra: CICIR, 2010, pp. 32 a 64; MELZER, Nils. Keeping the balance between military necessity and humanity: A response to critiques of the IRCS interpretative guidance on the notions of direct participation in hostilities. New York: New York University Journal of International Law and Politics. 2010, Vol. 42, Is. 3. En este mismo sentido, se encuentra: Manual de Derecho Operacional para las Fuerzas Militares. República de Colombia. Segunda edición: 2015. Actualizado mediante la Disposición 019 de 2015 del Ministerio de Defensa Nacional.



Hoja No. 6. Directiva No.

0003

"Por medio de la cual se establecen las pautas para la persecución penal de los crímenes de guerra en el territorio nacional"

- La conducción de automóviles cargados con municiones o explosivos en el área de operaciones.
- La transmisión de inteligencia táctica en tiempo real para atacar a las tropas.

### 2.1.2. Los combatientes en sentido genérico o miembros de un grupo armado

En los conflictos armados internos, quienes pertenezcan a fuerzas irregulares con funciones permanentes dentro del grupo, son reconocidos como miembros de un grupo armado<sup>24</sup>. Esta categoría permite, por una parte, otorgarles una cualificación jurídica equivalente a la de los combatientes<sup>25</sup> dentro del DIH en materia ofensiva, y por otra parte, que a nivel interno sean penalmente responsables por los delitos cometidos. En el ordenamiento jurídico colombiano, la categoría jurídica en la cual se ha concretado la figura del miembro de grupo armado irregular ha sido el delito político, en sus versiones de rebelión<sup>26</sup> y sedición<sup>27</sup>, lo que no descarta que también se cometan otras actividades delictivas.

En el contexto colombiano, la figura del miembro de grupo armado es la categoría que a nivel constitucional, legal y jurisprudencial caracteriza a los miembros de las fuerzas armadas ilegales. Así, por ejemplo, la Ley 975 de 2005 (Ley de justicia y paz) regula los mecanismos que permitan la reintegración de los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley<sup>28</sup>. En igual sentido, el Acto Legislativo 01 de 2012 (marco jurídico para la paz) establece la posibilidad de crear mecanismos de justicia transicional para grupos armados al margen de la ley que hayan sido parte del conflicto armado interno<sup>29</sup>.

<sup>24</sup> De conformidad con lo establecido por el Comité Internacional de la Cruz Roja, el concepto de grupo armado organizado se refiere a las fuerzas armadas no estatales: "Los grupos armados organizados que pertenecen a una parte no estatal en un conflicto armado incluyen tanto a las fuerzas armadas disidentes como a otros grupos armados organizados. Las fuerzas armadas disidentes constituyen, esencialmente, una parte de las fuerzas armadas de un Estado que se ha vuelto en contra del gobierno. Otros grupos armados organizados reclutan a sus miembros sobre todo entre la población civil, pero el grado de organización militar que alcanzan es suficiente para conducir las hostilidades en nombre de una parte en conflicto, aunque no siempre con los mismos medios, intensidad y nivel tecnológico que las fuerzas armadas estatales". (Op. Cit. Comité Internacional de la Cruz Roja: Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario, p. 56.)

<sup>25</sup> Dogmáticamente se reconoce el estatus de combatiente únicamente a los miembros de las Fuerzas Militares enfrentadas en conflictos armados de carácter internacional. Así lo dispone el artículo 43 núm. 2 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra: "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". En los conflictos armados de carácter internacional, los combatientes como estatus primario, y los prisioneros de guerra como estatus secundario, tiene una serie de prerrogativas en el DIH que los diferencia de la noción jurídica de delincuente común y hace imposible ejercer la acción penal de manera regular.

<sup>26</sup> Código Penal artículo 467.

<sup>27</sup> Código Penal artículo 468.

<sup>28</sup> El artículo 1º de la ley 975 de 2005, establece: "Artículo 1º. Objeto de la presente ley. La presente ley tiene por objeto facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Se entiende por grupo armado organizado al margen de la ley, el grupo de guerrilla o de autodefensas, o una parte significativa e integral de los mismos como bloques, frentes u otras modalidades de esas mismas organizaciones, de las que trate la Ley 782 de 2002" (Subrayado fuera de texto).

<sup>29</sup> El artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2012, establece: "Artículo 1. La Constitución Política tendrá un nuevo artículo transitorio que será el 66, así: Artículo Transitorio 66º. Los instrumentos de justicia transicional serán excepcionales y tendrán como finalidad prevalente facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de la paz estable y duradera, con garantías de no repetición y de seguridad para todos los colombianos; y garantizarán en el mayor nivel posible, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Una Ley estatutaria podrá autorizar que, en el marco de un acuerdo de paz, se dé un tratamiento diferenciado para los distintos grupos armados al margen de la ley que hayan sido parte en el conflicto armado interno y también para los agentes del Estado, en relación con su participación en el mismo" (Subrayado fuera de texto).

SM



Hoja No. 7. Directiva No.

0003

“Por medio de la cual se establecen las pautas para la persecución penal de los crímenes de guerra en el territorio nacional”

Se debe recordar que la jurisprudencia constitucional ha asimilado la categoría de miembro de grupo armado con la noción de combatiente en sentido genérico. Según lo establecido por la Corte Constitucional, el término de combatiente en su sentido genérico comprende tanto a los miembros de las fuerzas armadas como a los de los grupos armados irregulares que toman parte en las hostilidades:

*“[...] 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” (...). 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 [...]”<sup>30</sup> (subrayado fuera del texto).*

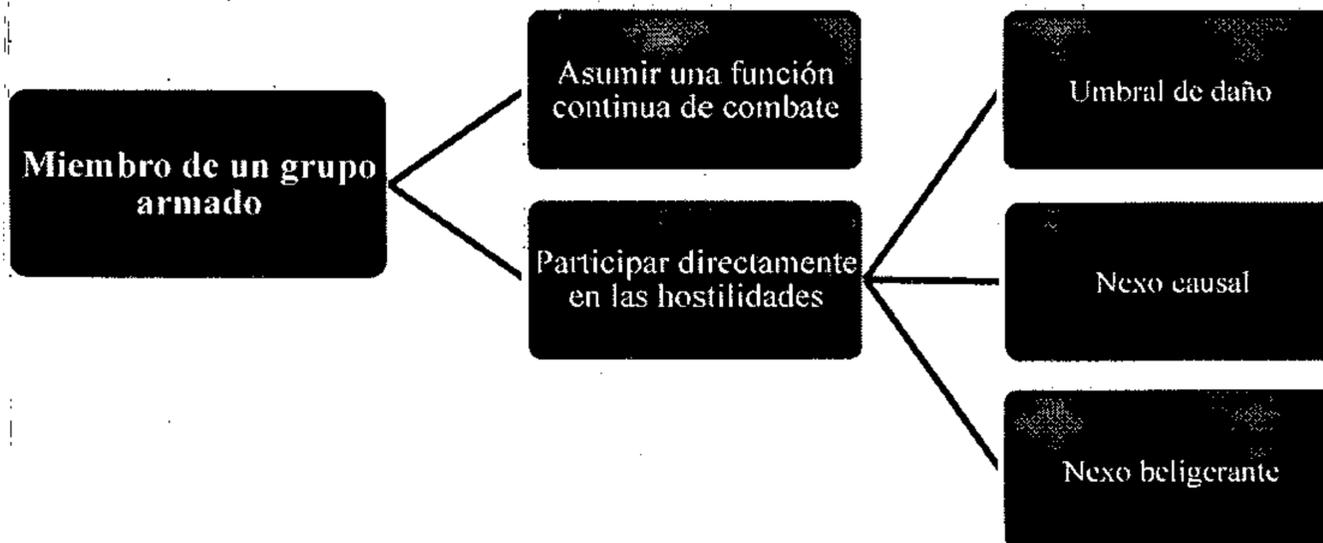
También la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha asimilado la noción de miembro de grupo organizado irregular a la categoría de combatiente:

*“[...] A la luz del derecho internacional humanitario, el término combate hace relación a un choque armado entre combatientes, es decir, se le da tal categoría a los enfrentamientos suscitados entre miembros de las fuerzas armadas constitucionales y los guerrilleros o grupos disidentes. De esta manera, toda acción en la que utilicen las armas como medio de enfrentamiento, es admitida como posible, pues los combatientes tienen la categoría de blanco legítimo”<sup>31</sup>.*

En conclusión, el miembro del grupo armado – o el combatiente en sentido genérico, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional – es la persona que además de cumplir con los requisitos para ser considerado como un civil que participa directamente en las hostilidades, asume una función continua de combate. Estos elementos se ilustran en el siguiente esquema:

<sup>30</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-291 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>31</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 4 de febrero de 1999, M.P. Fernando Arboleda Ripoll.



### 2.1.3. Los civiles que participan indirectamente en las hostilidades

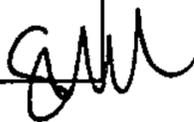
Finalmente, se encuentran los civiles que participan indirectamente en las hostilidades. Estos solo apoyan el esfuerzo militar de una de las partes, sin ejecutar un ataque directo contra miembros de alguno de los grupos combatientes, y nunca pierden la protección que les otorga el DIH. En todo caso, los civiles que participan indirectamente en las hostilidades están sujetos al derecho penal doméstico, en los casos que sus acciones constituyan delitos.

Como ejemplos de personas civiles que participan indirectamente en las hostilidades se encuentran, entre otros<sup>32</sup>:

- El suministro logístico al adversario de: alimentos, armamento, municiones, explosivos, intendencia, comunicaciones, combustible o información.
- Financiación a grupos armado organizado al margen de la ley.
- Distribución de propaganda, proselitismo político en apoyo a los grupos armados organizados al margen de la ley.

Todas las distinciones anteriormente planteadas sobre la cualificación de los sujetos se ilustran en la tabla a continuación:

<sup>32</sup> Ibid.





**FISCALÍA**  
GENERAL DE LA NACIÓN

N.º 0003

Hoja No. 9. Directiva No. \_\_\_\_\_ "Por medio de la cual se establecen las pautas para la persecución penal de los crímenes de guerra en el territorio nacional"

CONFLICTOS INTERNACIONALES			CONFLICTOS ARMADOS INTERNOS		
<b>Combatientes en sentido específico</b> Fuerzas armadas estatales			<b>Combatiente regular en sentido genérico</b> Fuerzas armadas estatales legales		
			<b>Miembro de grupo armado o combatiente irregular en sentido genérico</b>  Se requiere: (i) ser un civil participante en las hostilidades y (ii) tener una función continua de combate. A su vez, para ser civil participante en las hostilidades debe: (i) superar el umbral de daño, (ii) haber un nexo causal y (iii) haber un nexo beligerante.  Son sujetos de ataque continuo por parte de la Fuerza Pública		
<b>Población civil</b>			<b>Población civil</b>		
Población civil que no participa en las hostilidades	Población civil que participa en las hostilidades		Población civil que no participa en las hostilidades	Población civil que participa en las hostilidades	
	Directamente	Indirectamente		Se requiere: (i) superar el umbral de daño, (ii) haber un nexo causal y (iii) haber un nexo beligerante.	Indirectamente

**2.2. Actividades sociales normales y conflicto armado (prohibición de regreso)**

En este punto es necesario tener presente que algunas conductas no pueden ni siquiera considerarse como un aporte directo o indirecto a las hostilidades, toda vez que se trata de conductas *normales* en la interacción social. En otras palabras, la determinación de la prohibición de conductas debe darse a partir de una interpretación del contexto de interacción. Es así, por ejemplo, que no toda forma de "suministro" puede llegar a estimarse como una participación directa o indirecta en hostilidades, ya que si acontece dentro del marco del riesgo permitido, es simplemente una conducta normal y está dentro de la *prohibición de regreso*. Es

*gull*



Hoja No. 10. Directiva No. 0003 "Por medio de la cual se establecen las pautas para la persecución penal de los crímenes de guerra en el territorio nacional"

así como, por ejemplo, una persona con espíritu humanitario que auxilia a un miembro del grupo armado adversario dándole una ración de alimento o instrumentos médicos necesarios o información sobre la obtención de ayuda de un personal médico para salvar su vida, no podrá interpretarse como una "participación indirecta en las hostilidades" (y muchos menos una participación directa), sino como una conducta permitida que tiene un fin legítimo de conformidad con los deberes de solidaridad previstos en nuestro ordenamiento (Art. 152 C.P.). Asimismo, no podrá interpretarse como "participación indirecta en las hostilidades" todas aquellas conductas que hacen parte del *normal* intercambio de bienes y servicios de la vida cotidiana, por ejemplo, la venta corriente de alimentos o bebidas en una tienda o restaurante, el pago de deudas a acreedores, etc. La prohibición del tipo penal de la participación en las hostilidades abarca más bien todas aquellas conductas que tienen la finalidad de mantener con fuerza la capacidad de funcionamiento del grupo armado adversario. El marco de prohibición debe, por tanto, enfocarse en aquellos aportes de los civiles que se salgan del curso *normal* de interacción de la vida cotidiana, esto es, que tengan la capacidad de ser vistos como verdaderas formas de favorecimiento para el impulso mismo de una guerra: suministro ilícito de armas, municiones, explosivos, dotación masiva de alimentos, uniformes, equipos tecnológicos para el mantenimiento de sus tropas, etc. El fundamento de la permisibilidad de las conductas que hacen parte del curso normal de la vida cotidiana se halla en la institución de la *prohibición de regreso*. Conforme a este criterio de imputación objetiva y de exclusión del favorecimiento en un acontecer delictivo ajeno, se entiende que en una sociedad constituida sobre la idea de la libertad no es posible fundamentar un deber general de evitar el acaecimiento de una conducta delictiva por parte de los demás. No todo le compete a todos. Por el contrario, cada uno debe responder en principio por los perjuicios que pueda generar el actuar propio. En ese sentido, la institución de la *prohibición de regreso* indica que aquellas conductas que si bien pueden llegar a ser consideradas como aporte para la comisión de un hecho delictivo por parte de otro al menos en un sentido causal, deberán ser tratadas como "neutrales", en tanto que conforme a un sentido normativo se encuentran aún dentro del marco del riesgo permitido. Así, la venta en condiciones normales de cuchillos, hachas, martillos, etc. no puede ser calificada como aporte para la comisión de los delitos que puedan llegar a cometerse con dichos instrumentos. En el intercambio de bienes y servicios de la vida cotidiana puede suceder que los beneficios de las prestaciones puedan llegar a ser empleados para la comisión de delitos. Pero sería absurdo prohibir sólo por esta posibilidad todo tipo de conductas que son realmente necesarias para el funcionamiento de la vida en sociedad. Cancelar una deuda al acreedor, quien con el dinero paga a un asesino para que termine con la vida de alguien, no puede verse como un favorecimiento en un hecho delictivo ajeno aun cuando se tengan conocimientos de su proximidad. Igualmente, quien le paga a un obrero quien es evasor de impuestos, no puede hacerse tampoco responsable por la conducta que afecta los intereses fiscales, aun cuando se tenga conocimiento de ello. La *prohibición de regreso* señala, en otras palabras, que la conducta es permitida – v. gr. que no es objetivamente imputable – y que, por lo tanto, no puede ser vista como participación en un hecho delictivo ajeno. Afirmar que existe una prohibición de regreso no es más que asegurar la imposibilidad de fundamentar una posición de garante respecto de la evitación de la comisión de la conducta delictiva por parte de otros<sup>33</sup>.

<sup>33</sup> Ver al respecto: JAKOBS, Günther. La imputación objetiva en derecho penal. Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 73 y ss. Sobre la imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del "riesgo permitido", la "prohibición de regreso", y el "principio de confianza" ver: JAKOBS, Günther. Estudios de Derecho Penal. Madrid, 1997, p. 209 y ss.; CARO, José Antonio. Sobre la no punibilidad de las conductas neutrales. EN: Derecho penal y sociedad. Estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de la imputación, Tomo I,



Hoja No. 11. Directiva No. 0003 "Por medio de la cual se establecen las pautas para la persecución penal de los crímenes de guerra en el territorio nacional"

### 2.3. Consecuencias de la aplicación del DIH

Una de las principales implicaciones de la cualificación jurídica de las partes del conflicto armado es la legalidad de la planeación del uso letal de la fuerza en las operaciones de carácter militar. Dependiendo de si la persona es considerada como miembro de un grupo armado o de si es considerada como civil, se aplicará una interpretación diferente al régimen jurídico aplicable. Esto influye directamente en lo que debe considerarse una privación arbitraria de la vida. A grandes rasgos, se tiene que mientras que a los civiles se les aplica el régimen de derechos humanos, a los miembros de grupos armados irregulares se les aplica el régimen de derechos humanos interpretado a partir del DIH.

Para los efectos de la presente Directiva, se consideran únicamente dos etapas del desarrollo de una operación militar: planeación y ejecución. Es así cómo, dependiendo del régimen jurídico aplicable (régimen de derechos humanos o régimen de derechos humanos interpretado según el DIH), se podrán planear operaciones que involucren el uso de fuerza letal. En este sentido, en el régimen exclusivo de derechos humanos no se podrán planear operaciones militares que contemplen *a priori* la privación de la vida, y únicamente bajos los criterios del debido proceso y de la proporcionalidad se podrán ejecutar operaciones que usen fuerza letal. Por el contrario, bajo la interpretación del DIH, se podrán tanto planear como ejecutar operaciones militares con uso letal de la fuerza. Estas distinciones se exponen en la tabla que se presenta a continuación:

USO LETAL DE LA FUERZA EN OPERACIONES MILITARES		
Etapa de la operación militar	Planeación	Ejecución
Régimen de derechos humanos	En ningún caso	Sólo como respuesta proporcionada a un ataque
Régimen de derechos humanos interpretado según el DIH	Sí, siempre y cuando provea una ventaja militar, sea precavido, necesario y distinguido	Sí, siempre y cuando provea una ventaja militar, sea precavido, necesario y distinguido

MONTEALEGRE, Lynett (Coordinador), Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 253 y ss; Das erlaubte Kausieren verbotener Taten – Regressverbot, Baden Baden 2007; LESCH, Heiko. Strafbare Beteiligung durch „berufstypisches“ Verhalten?, JA 2001, S. 986 ff.; Beihilfe durch „rollenadäquates Verhalten?, in: Festschrift für Wolf Schiller zum 65. Geburtstag, Klaus Lüderssen et. al. (Hrgs.), Baden Baden 2014, S. 448 ff.; ver también Roxin aunque con una mezcla de perspectivas objetivas y subjetivas, en concreto: ROXIN, Claus. Definiendo la imputación conforme a grados de cognoscibilidad de la proximidad al hecho, München: Strafrecht Allgemeiner Teil, Tomo I, 2006, § 24 A, Nota al margen 26; Strafrecht Allgemeiner Teil, Tomo II, München 2003, §26 III, Nota al margen 241 y ss.

*SUN*



Hoja No. 12. Directiva No. **0003** "Por medio de la cual se establecen las pautas para la persecución penal de los crímenes de guerra en el territorio nacional"

### III. PRINCIPIOS Y CONCEPTOS DEL DIH

La conducción de hostilidades está atada al respeto de algunos principios determinados por el DIH, los cuales primordialmente pretenden humanizar la guerra de tal forma que los bienes y personas civiles no resulten afectados. Por esta razón, todas las operaciones militares que lleven a cabo las fuerzas armadas deberán ser guiadas por los principios de (i) distinción, (ii) precaución, (iii) proporcionalidad, (iv) humanidad y (v) necesidad militar. Así mismo, se deberán tener en cuenta los conceptos de (i) perspectiva *ex ante* y margen de apreciación de la fuerza pública y de (ii) objetivo militar. Finalmente, las conductas cometidas por los miembros de la fuerza pública en el marco del conflicto armado que sean respetuosas del DIH en todo caso serán conductas atípicas y no habrá lugar a su persecución penal.

#### 3.1. Principio de distinción

El principio de distinción está regulado de manera distinta en los conflictos armados internacionales y en los conflictos armados no internacionales. Para los primeros, el artículo 48 del Protocolo Adicional I define la obligación de las partes contratantes de distinguir – durante el desarrollo de los ataques – entre la población civil y los combatientes, así como también entre los objetivos militares y los bienes que no cuentan con dicha característica. En consecuencia, esta norma establece que los ataques sólo pueden estar dirigidos a objetivos militares. Para los conflictos armados internos, en cambio, las protecciones previstas en el artículo común 3 de los Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional II son sustancialmente más limitadas.

En las mencionadas disposiciones se señala que la población civil debe gozar de una especial y general protección frente a los ataques militares. En esa medida, le está prohibido a las partes de un conflicto dirigir ataques intencionales contra la población civil o alguno de sus miembros, a excepción de aquellos civiles que tomen parte activa en las hostilidades.

Además, el Protocolo Adicional II prevé la prohibición de atacar objetivos que sean indispensables para la supervivencia de la población civil, aquellos que contengan elementos peligrosos, y monumentos históricos<sup>34</sup>. El objetivo que se persigue mediante el principio de distinción no es otro que minimizar los daños y las afectaciones a la vida e integridad de la población civil, a través de la obligación de identificar a quiénes se puede y a quiénes no se puede atacar<sup>35</sup>.

#### 3.2. Principio de precaución

El principio de precaución, fuertemente ligado al de distinción, establece que incluso en desarrollo de un ataque contra un objetivo militar legítimo, las partes deben tomar las medidas de precaución factibles, en orden a evitar, o por lo menos minimizar los efectos colaterales<sup>36</sup> de las

<sup>34</sup> Al respecto ver: OLÁSULO, Héctor. The Prohibition of Attacks Directed at Civilians or Civilian Objects and of Disproportionate Attacks as the Core Component of the Principle of Distinction in the Conduct of Hostilities in International Humanitarian Law. *Unlawful Attacks in Combat Situations: From the ICTY's Case Law to the Rome Statute*. New York: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 21.

<sup>35</sup> MURPHY, John M. 78 *International Law Studies*. US Naval War Col., 2003, p. 245.

<sup>36</sup> Es importante tener en cuenta que inclusive en el marco de aplicación del DIH, al momento de planeación de una operación se debe realizar un análisis en donde se establezcan los posibles efectos colaterales derivados de la ejecución de la operación. En este caso se puede hacer un ejercicio de razonabilidad asimilable al test propuesto por la Corte Constitucional. En la Sentencia T-



Hoja No. 13. Directiva No. 0003 "Por medio de la cual se establecen las pautas para la persecución penal de los crímenes de guerra en el territorio nacional"

hostilidades en personas, poblaciones y bienes civiles<sup>37</sup>. Una primera medida de precaución es verificar la naturaleza militar del objetivo a ser atacado.

Esta verificación debe hacerse durante la planeación del ataque y, si pasa un tiempo considerable entre la planeación y la ejecución, antes de llevarlo a cabo, para asegurarse de que no han cambiado las circunstancias ni la naturaleza del objetivo militar a atacar<sup>38</sup>. En todo caso, en virtud del principio de distinción, el ataque solo puede ser lanzado una vez el comandante esté convencido, con base a la información de inteligencia disponible, que el objetivo es de naturaleza militar.

De este principio se derivan otras reglas específicas, también de carácter consuetudinario<sup>39</sup>, que son de obligatorio cumplimiento para las partes en conflicto y que fueron recogidas por la Corte Constitucional en la sentencia C-291 de 2007:

- i. El deber de las partes en conflicto de verificar, por todos los medios disponibles, que los objetivos que van a atacar son militares.
- ii. El deber de las partes en conflicto de elegir los medios y métodos bélicos que eviten o minimicen el número de muertos, heridos y daños materiales causados accidentalmente a la población civil.
- iii. El deber de las partes en conflicto de tomar todas las acciones posibles, de conformidad con las circunstancias, para dar aviso a la población civil de cualquier ataque que pueda afectarla.
- iv. El deber de las partes en conflicto de elegir, cuando existan varios objetivos militares con una ventaja similar, el objetivo militar que represente menor peligro para las personas y bienes civiles.
- v. El deber de las partes en conflicto de retirar a la población civil de la vecindad de los objetivos militares, al mayor grado posible.

---

108 de 2012, MP: María Victoria Calle, se señaló que "[l]a administración debe atender a criterios de racionalidad y de razonabilidad. La racionalidad hace referencia a que sus acciones sean susceptibles de ser fundadas en razones que lógica y empíricamente puedan ser constatadas o controvertidas; las razones han de responder, al menos, a una lógica instrumental, en la cual se justifique las acciones adoptadas como medios para alcanzar los fines socialmente propuestos. En cuanto a la razonabilidad, las decisiones de la administración no pueden encontrar solo justificaciones racionales, desde un punto de vista lógico o técnico, sino también, desde un punto de vista ético. Es decir, no solamente se ha de justificar la decisión a la luz de una razón instrumental, sino también a la luz de una razón ponderada, con la cual no se sacrifiquen valores constitucionales significativos e importantes, por proteger con mayor empeño otros de menor valía. Por lo tanto, con la racionalidad se busca evitar conclusiones y posiciones absurdas, en tanto con la razonabilidad se busca evitar conclusiones y posiciones que si bien pueden ser lógicas, no son adecuadas a la luz de esos valores constitucionales" (subrayado fuera de texto). Lo anterior conceptualiza el criterio de razonabilidad utilizado en Colombia, y el cual puede ser asimilable al DIH en el análisis de toda operación ejecutada a la luz del DIH, puesto que si bien se busca una finalidad militar (obtener una ventaja sobre el adversario) la ejecución de la operación no puede sacrificar bienes mayores o desproporcionales a lo que se pretende obtener.

<sup>37</sup> QUEGUINER, Jean-Francois. Precautions under de law governing the conduct of hostilities. International Review of the Red Cross, Vol. 88, No. 864, 2006, p. 794.

<sup>38</sup> URBINA, Jorge J. Derecho Internacional Humanitario. La Coruña: 2000, p. 241.

<sup>39</sup> HENCKAERTS, Jean-Marie y BECK, Doswald. El derecho internacional humanitario consuetudinario. Comité Internacional de la Cruz Roja. Buenos Aires, 2007.



Hoja No. 14. Directiva No. **0003** "Por medio de la cual se establecen las pautas para la persecución penal de los crímenes de guerra en el territorio nacional"

- vi. El deber de las partes de no ubicar objetivos militares en zonas densamente pobladas o cerca de estas.

De lo anterior se desprende una segunda medida de precaución: la de escoger los medios y métodos de ataque que permitan evitar, o por lo menos minimizar, la pérdida o daños en la población civil y en sus bienes. De esta forma, será determinante: (1) que la hora que se determine para realizar el ataque sea tomada considerando que ésta permita que se limiten los daños colaterales<sup>40</sup>; (2) cuando las circunstancias lo permitan, se evite conducir ataques en lugares muy poblados cuando sea probable que este cause víctimas civiles o daños en sus bienes<sup>41</sup>; (3) que el ataque sea ejecutado desde aviones, ángulos, alturas o considerando otros factores que, en caso de error, causaría menos daños y víctimas incidentales<sup>42</sup>; y (4) que el ataque sea realizado utilizando las armas más precisas de las que se dispongan cuando exista un alto riesgo de causar víctimas incidentales y daños colaterales.

Otra medida que se puede adoptar en virtud del principio de precaución es que el ataque u operación militar sea suspendido o cancelado cuando sea aparente que puede violar el principio de proporcionalidad. Esta obligación cobra importancia bajo el hecho de que en la conducción de las guerras actuales las personas que planean los ataques no son las mismas que los ejecutan, es decir, la mayoría de las operaciones militares complejas se desarrollan de manera fragmentada<sup>43</sup>. Por lo tanto, incluso en este escenario, los miembros de las fuerzas armadas que están conduciendo el ataque tienen que asegurarse de que el objetivo sea militar, pues la precisión con la que se imparte la orden no siempre es definitiva, ya que las circunstancias pueden cambiar<sup>44</sup>.

### 3.3. Principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad se volvió parte del DIH positivo con su codificación en el Protocolo Adicional I a las Convenciones de Ginebra de 1947 y ha adquirido un estatus consuetudinarios tanto en los conflictos armados internacionales como no internacionales. Si bien existe una prohibición expresa frente al ataque a la población civil, se admite que bajo ciertas circunstancias ésta pueda ser objeto de daños incidentales cuando no sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa anticipada<sup>45</sup>. Los civiles pueden resultar afectados debido a errores en la identificación del objetivo militar o por el no intencionado pero inevitable efecto de un ataque en un objetivo militar cercano<sup>46</sup>.

<sup>40</sup> Por ejemplo, durante la Segunda Guerra Mundial los aliados bombardeaban las fábricas en horas y días en que estaban desocupadas, pues el objetivo era destruir las fábricas más no matar a las personas. Otro ejemplo es que las fuerza militares americanas en 2003, cuando realizaron bombardeos en ciudades de Iraq, decidieron conducir los ataques en horas de la noche cuando la población había abandonado las calles.

<sup>41</sup> Op. Cit., QUÉGUINER, p. 801. Esto se aplicó durante la Guerra del Golfo, cuando en orden a no dejar víctimas civiles, no se condujeron ataques en la Ciudad de Kuwait y las fuerzas aliadas decidieron permitir que las fuerzas iraquíes abandonaran la ciudad y enfrentarlas en el desierto.

<sup>42</sup> LEWIS, Michael W. The Law of aerial Bombardment in 1991 Gulf War. AJIL, Vol. 97, 2003, p. 501. Por ejemplo, durante la Guerra del Golfo se le indicó a los pilotos que cuando se atacaran puentes en áreas urbanas se debía realizar a lo largo de un eje longitudinal y así, si la bomba no daba con el objetivo, por lo menos impactara en el agua y no en los hogares de civiles.

<sup>43</sup> Ibid., p. 803.

<sup>44</sup> Ibid., p. 803.

<sup>45</sup> Op. Cit. OLÁSULO, p., 14.

<sup>46</sup> Por regla general, el principio de proporcionalidad no hace referencia a la naturaleza de lo que se pretende atacar. Se presume de antemano que es un objetivo militar. Lo que dicho principio altera, es la decisión de adelantar o no la acción armada.

*SM*



Hoja No. 15. Directiva No. 0003 "Por medio de la cual se establecen las pautas para la persecución penal de los crímenes de guerra en el territorio nacional"

El TPIY explicó el principio de proporcionalidad en el caso *Galić* de la siguiente manera:

*"[l]a aplicación práctica del principio de proporcionalidad requiere que quienes planean o lanzan un ataque tomen todas las precauciones factibles para verificar que los objetivos atacados no son personas civiles ni bienes civiles, con el fin de evitar daños a civiles en la medida de lo posible. Una vez el carácter militar de un objetivo se ha verificado, los comandantes deben considerar si el ataque de ese objetivo es de prever que causará 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. Si tales daños son de prever, el ataque no debe ser lanzado. La obligación básica de evitar daños a personas civiles y bienes civiles en cuanto sea posible debe guiar a la parte que lanza el ataque al considerar la proporcionalidad del mismo. Al determinar si un ataque fue proporcionado es necesario examinar si una persona razonablemente bien informada en las circunstancias del procesado, haciendo un uso razonable de la información a su disposición, hubiera esperado que el ataque resultara en bajas civiles excesivas"*<sup>47</sup>.

De acuerdo con el principio de proporcionalidad, estos daños colaterales o víctimas incidentales<sup>48</sup> están permitidos por lo tratados y las costumbres del DIH solamente si éstas no son excesivas en relación a la ventaja militar concreta<sup>49</sup> y directa anticipada<sup>50</sup>. Se pueden entonces identificar a grandes rasgos tres pasos fundamentales para determinar la proporcionalidad de un ataque militar: (1) la existencia de una necesidad militar que justifique una operación proporcionalmente adecuada para obtener la ventaja esperada; (2) la obligación de que la pérdida de vidas y el daño a objetos civiles o protegidos no sea excesiva (esto implica una adecuada planeación de la acción militar y un uso adecuado y moderado del armamento y las municiones);

<sup>47</sup> TPIY, *Fiscal v. Stanislav Galić*. Sala de Primera Instancia. Sentencia del 5 de diciembre de 2003, párr. 58.

<sup>48</sup> "Daños colaterales" y "víctimas incidentales" son definidos en la Regla 13 C del *Manual de San Remo sobre el derecho internacional aplicable a los conflictos armados en el mar* del 12 de junio de 1994 como las pérdidas de vidas de civiles u otras personas protegidas, o las lesiones que se les inflijan, así como los daños causados al medio ambiente natural o a bienes que no son objetivos militares en sí mismos, o su destrucción.

<sup>49</sup> Como bien se mencionó previamente, teniendo en cuenta las precauciones factibles de un determinado ataque, se deberá utilizar unos criterios razonables para determinar si el fin es proporcional a los medios utilizados. En el DIH el fin siempre debe suponer la obtención de una ventaja militar sobre el adversario, inclusive si se deben realizar privaciones arbitrarias de la vida. Si bien es posible prever tal cosa, se debe realizar un juicio de proporcionalidad basado en las precauciones factibles identificadas previamente y en donde se sopesen fines y medios, procurando que la limitación de la vida no sea un sacrificio mayor a la ventaja militar obtenida. En este sentido, en el caso colombiano es posible utilizar el concepto de proporcionalidad desarrollado por la jurisprudencia constitucional. En sentencia C-142 de 2001 (MP: Eduardo Montealegre Lynett) la Corte Constitucional señaló que "[e]l núcleo esencial de un derecho fundamental, tal como lo ha señalado esta Corporación, "es resguardado indirectamente por el principio constitucional de ponderación del fin legítimo a alcanzar frente a la limitación del derecho fundamental, mediante la prohibición de limitaciones desproporcionadas a su libre ejercicio". En otras palabras, se ha de aplicar el juicio de proporcionalidad, el cual, por su carácter estricto, en principio se ha reservado para el estudio de las restricciones impuestas a los derechos fundamentales: "El juicio de proporcionalidad al que se refiere el actor, es pertinente efectuarlo cuando la norma acusada en efecto restringe derechos o principios fundamentales, pues su objetivo es establecer si la finalidad perseguida con la respectiva norma justifica tal restricción, y si su contenido, en cuanto limita el ejercicio de aquellos, es proporcional a la restricción impuesta" (subrayado fuera de texto). Como bien se indicó, en el caso particular del DIH se sopesa la obtención de una determinada ventaja militar, frente a los daños causados a civiles. Así pues, un fin legítimo supone la identificación de un objetivo militar que se pretenda neutralizar, y el cual en caso de que requiera la causación de un daño colateral, requerirá el estudio de un juicio de proporcionalidad que suponga la aprobación del criterio de razonabilidad. La proporcionalidad supone un ejercicio de contraste entre daños civiles y ventaja militar.

<sup>50</sup> Op. Cit., QUÉGUINER, p. 794.

*GAM*



Hoja No. 16. Directiva No. **0003** "Por medio de la cual se establecen las pautas para la persecución penal de los crímenes de guerra en el territorio nacional"

y finalmente 3) un balance entre el objetivo perseguido y la vulneración al principio de humanidad. El resultado de la ecuación debe justificar la razonabilidad del ataque<sup>51</sup>.

### 3.4. Principio de humanidad

El principio de humanidad es un principio residual y restrictivo que establece la necesidad de protección de la dignidad humana en la conducción de hostilidades. Este principio establece que en ausencia de cualquier reglamentación, todas las personas están bajo la protección de los principios del derecho internacional, de las leyes de la humanidad y de la conciencia pública.

El principio de humanidad, además de estar codificado en numerosos instrumentos internacionales, hace parte de la costumbre internacional y es considerado *ius cogens*<sup>52</sup>. Este principio se encuentra contenido en el Preámbulo de las Convenciones de la Haya sobre las Leyes y Costumbre de la Guerra Terrestre; en las Convenciones de Ginebra de 1949 sobre la Protección de las Víctimas de la Guerra; en los Protocolos Adicionales I y II de 1977 a las Convenciones de Ginebra; en el Preámbulo a la Convención sobre la Prohibición o Restricción del Uso de Ciertas Armas Convencionales. Así mismo, se encuentra contenido en la Resolución XXIII de la Conferencia de Teherán sobre Derechos Humanos de 1968 y está citado en manuales militares, incluidos los de Estados Unidos, Reino Unido, y Alemania, entre otros<sup>53</sup>.

Particularmente, el Protocolo Adicional II sobre la protección a las víctimas en conflictos de carácter no internacional, establece en su Preámbulo que:

*"[...] Recordando que en los casos no previstos por el derecho vigente, la persona humana queda bajo la salvaguardia de los principio de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública" (subrayado fuera de texto).*

Así mismo, el Protocolo Adicional II consigna en su artículo 4:

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

El CICIR, en su comentario del Protocolo Adicional II dice sobre el artículo anteriormente citado que:

<sup>51</sup> THÜRER, Daniel. Constraints of War – Holding the Centre. International Humanitarian Law: Theory, Practice, Context. Collected Courses of The Hague Academy of International Law 338. Martinus Nijhoff Publishers, 2011, p. 73. Ver también: PARKERSON, J. E. United States Compliance with Humanitarian Law Respecting Civilians during Operation Just Cause, Military Law Review, Vol. 133 (1991), p. 47.

<sup>52</sup> MERON, Theodor. The Geneva Conventions as Customary Law. The American Journal of International Law. Vol. 81, No. 2. p. 35.

<sup>53</sup> MERON, Theodor. The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience. The American Journal of International Law. Vol 94, No 1. p. 78.



Hoja No. 17. Directiva No. **0003** "Por medio de la cual se establecen las pautas para la persecución penal de los crímenes de guerra en el territorio nacional"

*"El presente artículo [artículo 4] tiene por objeto proteger a las personas que no participan, o que han dejado de participar, en las hostilidades contra los abusos de poder y los tratos inhumanos y crueles que pudieran infligirles las autoridades militares o civiles en cuyo poder estén. Puesto que el Protocolo no establece categorías de personas protegidas que gocen de un estatuto particular, tal como los prisioneros de guerra en los conflictos armados internacionales, las normas y los enunciados se aplican de igual manera a todas las personas afectadas por el conflicto armado y que se hallen en poder del adversario (heridos, enfermos, personas privadas de libertad o cuya libertad se ha restringido), sean militares o civiles"<sup>54</sup> (subrayado fuera de texto).*

Finalmente, TPIY en el caso *Martic* dijo sobre el principio de humanidad lo siguiente:

*"La prohibición de atacar a la población civil como tal, así como a civiles individuales, y el principio general limitante de los usos y métodos de guerra emanan de las consideraciones elementales del principio de humanidad que constituye uno de los fundamentos de todo el cuerpo del derecho internacional humanitario aplicable a todos los conflictos armados"<sup>55</sup>.*

En suma, el principio de humanidad es un principio restrictivo a los usos y métodos de guerra para salvaguardar los caracteres más básicos de la dignidad humana. Establece que todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas, tienen derecho al respeto de su dignidad y a un trato humano en toda circunstancia.

### **3.5. Principio de necesidad militar**

El principio de necesidad militar permite la ejecución de acciones militares en la medida en que éstas conduzcan a alcanzar un propósito militar legítimo y que no estén prohibidas por el DIH. Así pues, en el caso de un conflicto armado, el único objetivo militar legítimo es debilitar la capacidad militar de las partes contrarias en el conflicto.

De acuerdo con lo anterior, la necesidad militar representa una aplicación integrada del principio de proporcionalidad y el concepto de objetivo militar, en tanto que la necesidad dispone que, cuando un ataque militar sea dirigido contra un objetivo militar, el resultado derivado del ataque debe llevar a una ventaja militar concreta y directa prevista, superior a los daños civiles causados. En este sentido, el Tribunal Militar Americano ha señalado que:

*"[...] la necesidad militar permite que una parte, sujeta a las leyes de la guerra, aplique cualquier cantidad y tipo de fuerza para someter militarmente a la parte contraria, con el menor gasto posible de tiempo, vida y dinero. [...] Permite la destrucción de la vida de los enemigos armados y otras personas cuya destrucción sea incidentalmente inevitable".*

<sup>54</sup> Comité Internacional De La Cruz Roja. Comentario del Protocolo Adicional II de 1977. Ginebra: 1998, párr. 4507.

<sup>55</sup> TPIY, Fiscal v. Martić. Sala de Primera Instancia, Sentencia del 12 de junio de 2007, párr. 13.



0003

Hoja No. 18. Directiva No. 0003 "Por medio de la cual se establecen las pautas para la persecución penal de los crímenes de guerra en el territorio nacional"

Así mismo, el Código Lieber de 1863, una de las primeras expresiones positivas de las leyes de guerra señaló que:

*"Art 14. La necesidad militar, tal como se entiende por las naciones civilizadas modernas, consiste en el empleo de medidas militares cuando estas son indispensables para asegurar los fines de la guerra, y que son legales según la ley y usos de la guerra. Art 15. La necesidad militar admite la destrucción directa de la vida o la integridad física de los enemigos armados y de otras personas cuya destrucción sea incidentalmente inevitable en el contexto armado de la guerra"*<sup>56</sup>.

### **3.6. La perspectiva *ex ante* en el derecho penal y el margen de apreciación de la fuerza pública.**

Debido a que no existen estándares objetivos para el ejercicio de ponderación, el operador militar debe contar con un margen de apreciación para hacer posible la toma de decisiones. La proporcionalidad, en cuanto ejercicio de ponderación, involucra una valoración de los riesgos que se toman. Debido a las particularidades técnicas de los objetos ponderados la fuerza militar debe contar con un margen de apreciación para juzgar los daños y las ventajas perseguidas. Sobre todo, se tiene que la valoración de los hechos debe hacerse desde la perspectiva temporal del momento en que se toman las decisiones y no después de su ocurrencia.

En el derecho penal suele hablarse de la aplicación de una perspectiva *ex ante* y de una perspectiva *ex post* para interpretar el fenómeno del delito, refiriéndose exactamente al momento temporal en el que se debe ubicar el observador<sup>57</sup>. De este modo, se habla de la concreción de la norma de prohibición antes de la realización del tipo (perspectiva *ex ante*) o de la comprensión de la realización del tipo una vez se tiene conocimiento de ello (perspectiva *ex post*).

Anteriormente se entendía que el observador que parte de la producción de un resultado típico en un sentido naturalista (perspectiva *ex post*), se pregunta si la conducta en cuestión tiene trascendencia para la realización del tipo (perspectiva *ex ante*). Así, por ejemplo, una persona que es enviada a un bosque en medio de una tormenta con la esperanza de que muera por el impacto de un rayo, lo cual en efecto sucede, se puede cuestionar si la conducta de enviarlo al bosque en medio de la tormenta debía estimarse *per se* como prohibida (perspectiva *ex ante*), independientemente del hecho de que era indiscutiblemente un factor causal para la producción del resultado "muerte" (perspectiva *ex post*)<sup>58</sup>.

Lo mismo podría decirse de la valoración de la peligrosidad de las conductas, la cual debe realizarse con una perspectiva *ex ante* si se pretende distinguir entre la peligrosidad de una acción y el resultado típico que una acción peligrosa pueda tener<sup>59</sup>. En este sentido es que, una acción que tenga la potencialidad de causar un daño, pero por razones diversas se evite el mismo,

<sup>56</sup> Código Lieber. Estados Unidos de América. Artículo 14.

<sup>57</sup> Ver al respecto: MIR PUIG, Santiago. La perspectiva *ex ante* en Derecho Penal. EN: Anuario de derecho penal y ciencias penales, tomo 36, Fasc/Mes 1, p. 5 y ss.

<sup>58</sup> SCHROEDER, Friedrich Christian. Der Blitz als Mordinstrument. Ein Streifzug durch Jahre Strafrechtswissenschaft, Berlin: 2009.

<sup>59</sup> CERZO MIR, José. Derecho Penal Parte General: Lecciones 26-40. Madrid: UNED, 1997, p. 128.

*SM*



Nº 1 0003

Hoja No. 19. Directiva No. 0003 "Por medio de la cual se establecen las pautas para la persecución penal de los crímenes de guerra en el territorio nacional"

la perspectiva *ex ante* del resultado permite evaluar el peligro generado mientras que la perspectiva *ex post* simplemente me diría que no se ha incurrido en una acción prohibida. Así es que, por ejemplo, una persona que ha disparado a otra con la intención de matarla pero falla en su puntería, ha incurrido en una conducta prohibida, ya que la valoración *ex ante* me permite determinar que en el momento de disparar se ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado (la *tentativa* de dar muerte a otra persona) así el resultado no se haya producido (valoración *ex post*)<sup>60</sup>.

Este tema fue posteriormente tratado por tres teorías o escuelas en la dogmática penal. En primer lugar, la teoría de la adecuación estableció que lo que definía la tipicidad de la conducta era la probabilidad de acaecimiento del resultado típico<sup>61</sup>. En segundo lugar, la teoría de la imputación objetiva estimó, en cambio, que sólo las conductas que en un sentido objetivo tenían la posibilidad de dominio sobre el acontecer podían calificarse de típicas<sup>62</sup>. En tercer lugar, la teoría de la relevancia típica sugirió que sólo eran típicas las conductas que en un sentido normativo fuesen relevantes para la producción del resultado<sup>63</sup>. Dado que hacen un énfasis en la perspectiva *ex ante*, estas tres teorías se entienden como precedentes de la moderna teoría de la imputación en derecho penal<sup>64</sup>.

La vertiente más desarrollada del normativismo penal hace un énfasis sobre la necesidad de determinar aquello que de antemano (perspectiva *ex ante*) debe considerarse como prohibido, esto es, la "conducta típica"<sup>65</sup>, o bien, de la "conducta prohibida"<sup>66</sup>. Según esta comprensión del tipo, el elemento del juicio de imputación de la "creación de un riesgo jurídicamente desaprobado" debe referirse exclusivamente a la concreción de lo que el ordenamiento jurídico ha estimado como prohibido en el momento de la realización del tipo. Es decir, la definición de la conducta típica o prohibida es producto de la valoración de ciertos principios o criterios normativos a partir de una perspectiva *ex ante*. Por esta razón, no es correcto determinar la conducta típica examinando su relación con la posibilidad de acaecimiento del resultado (perspectiva *ex post*), como lo plantea el criterio de la elevación o disminución del riesgo<sup>67</sup>. El normativismo se caracteriza, en conclusión, por comprender que la tipicidad debe definirse primero como un asunto de concreción de una norma de conducta que regía para el momento de la realización del tipo (perspectiva *ex ante*). El sólo dato o conocimiento de la producción del resultado descrito en un tipo penal no determina la prohibición o permisión de la conducta (perspectiva *ex post*).

Justamente, estas consideraciones de la dogmática penal han sido interpretadas en la doctrina y la jurisprudencia internacional bajo la idea del margen de apreciación que deben tener los operadores militares. Se ha dicho que debido a las particularidades de las confrontaciones

<sup>60</sup> MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal Parte General (4ª edición), Barcelona: Reppertor, 1996, p. 347.

<sup>61</sup> BURI, Maximilian. Über die Causalität und deren Verantwortung, Leipzig: 1873, p. 30; KRIES, Johannes. Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrecht, ZStW 9 (1889), p. 528 y ss. (532); TRAEGER, Ludwig. Der Kausalbegriff, Marburg 1904, p. 115 y ss.

<sup>62</sup> HONIG, Richard. Kausalität und objektive Zurechnung, EN: Festgabe für Reinhard von Frank, Tübingen: 1930, Tomo 1, p. 174 y ss. (185 y ss.). Versión en castellano SANCINETTI, Marcelo. Causalidad, riesgo e imputación: 100 años sobre contribuciones críticas sobre imputación objetiva y subjetiva, Buenos Aires: 2009, p. 105 y ss.

<sup>63</sup> MEZGER, Edmund. Strafrecht Allgemeiner Teil, München/Berlin: 1960, p. 71.

<sup>64</sup> SCHROEDER, Der Blitz als Mordinstrument, Cit., p. 43 y ss.

<sup>65</sup> FRISCH, Wolfgang, Comportamiento típico e imputación del resultado, Barcelona 2004, p. 84.

<sup>66</sup> JAKOBS, Günther, System der strafrechtlichen Zurechnung, Frankfurt am Main 2012, p. 13.

<sup>67</sup> Aquí conforme a la crítica de Frisch a la concepción clásica de la teoría de la imputación objetiva.



Hoja No. 20. Directiva No. **0003** "Por medio de la cual se establecen las pautas para la persecución penal de los crímenes de guerra en el territorio nacional"

armadas los operadores militares deben contar con un margen de maniobra, y que sus acciones u omisiones deben ser juzgadas desde el momento temporal de su ocurrencia (perspectiva *ex ante*). La doctrina ha dicho sobre este tema que:

*"No existen estándares objetivos para la apreciación de la ventaja militar perseguida y del daño colateral esperado. La pregunta sobre qué constituye un daño incidental es uno de los temas más controversiales para evaluar la legalidad o posible desproporción de los ataques. Sobre todo existen problemas al momento de aplicar el principio en retrospectiva: para perseguir la situación alegada y para juzgar si la operación cumplió o no con el principio de proporcionalidad"*<sup>68</sup> (subrayado fuera de texto).

La ponderación entre los daños posibles y la ventaja militar que se quiere alcanzar debe hacerse en cada caso concreto. No existe, ni es posible que existan, lineamientos objetivos que determinen para cada caso la procedencia de una operación militar. En consecuencia, el cuerpo militar debe acudir a su experticia en el tema para realizar el ejercicio de proporcionalidad. Debido al carácter altamente técnico y a las circunstancias excepcionales de las hostilidades, la fuerza pública cuenta con un margen de discrecionalidad – que no es arbitrariedad – en el desarrollo de las operaciones militares.

Los intentos previos de establecer medidas objetivas han fracasado en su totalidad. El TPIY, por ejemplo, intentó desarrollar un criterio objetivo para enjuiciar la proporcionalidad de ciertas circunstancias en las hostilidades. De esta forma, en el caso *Gotovina* se estableció la llamada "regla de los 200 metros" que establecía que si un proyectil impactaba a más de 200 metros del objetivo propuesto se trataba de una acción desproporcionada al no haber tenido en cuenta la posibilidad de la realización del daño. Este proceder fue ampliamente criticado pues "*Gotovina no habría podido saber que el fuego indirecto sería juzgado después del hecho por un restringente estándar de precisión*"<sup>69</sup>. En consecuencia, la Sala de Apelaciones no aplicó el uso de dicho estándar sino que se refirió indirectamente a la llamada "Regla de Rendulic" esbozada por el Tribunal Penal Militar de Núremberg. Esta regla especificaba que no se debe juzgar de segunda mano la razonabilidad de las decisiones tomadas en el campo de batalla<sup>70</sup>. Lo que demuestra esta determinación es que la fuerza pública tiene un margen de apreciación en las decisiones sobre la planeación y ejecución de las operaciones militares. Los operadores judiciales, por lo tanto, solo deberían investigar las conductas *manifiestamente* contrarias al DIH.

Sobre la "Regla de Rendulic", el Tribunal Penal Militar de Núremberg en el caso *Estados Unidos de América v. Wilhelm List*, estableció que:

*"El curso de una operación militar está llena de incertidumbres, como la fuerza numérica del enemigo, la calidad de su equipamiento, su espíritu de combate, la eficiencia de sus comandantes y la incertidumbre de sus intenciones. Esas cosas cuando son consideradas en la situación militar demuestran los hechos que son la base de la decisión del defendido. Las condiciones, como aparecieron al*

<sup>68</sup> BARTELS, Rogier. Dealing with the principle of proportionality in armed conflicts in retrospect: The application of the principle in international criminal trials. *Israel Law Review*, Vol. 46, Issue 02, Julio de 2013, p. 276.

<sup>69</sup> HUFFMAN, Walter. Margin of error. The ruling of the Prosecutor v. Ante Gotovina. 2012, *Military Law Review*, n. 61.

<sup>70</sup> *Ibid.* p. 280.



Hoja No. 21. Directiva No. 0003 "Por medio de la cual se establecen las pautas para la persecución penal de los crímenes de guerra en el territorio nacional"

defendido en el momento, fueron suficientes para que concluyera honestamente que la urgente necesidad militar requería que una decisión fuera tomada. Siendo esto cierto, el defendido puede haber errado en el ejercicio de su capacidad de juzgamiento pero fue inocente de todo acto criminal<sup>71</sup> (subrayado fuera de texto).

Es decir, lo que la "Regla de Rendulic" establece es que las decisiones militares deben ser evaluadas según el conocimiento que el agente militar tenía al momento de la decisión. Además, que debido al carácter incierto de la guerra, las fuerzas militares deben contar con un nivel de discrecionalidad que le permita la realización de sus tareas y la toma de decisiones.

Sobre este punto la doctrina ha dicho que es imperante darle un rango de flexibilidad al operador militar que le permita la realización de operaciones:

"El DIH incluye nociones altamente subjetivas como 'necesidad militar', 'daño excesivo' y 'ventaja militar'. Como son nociones difíciles de aplicar durante el combate, el hecho de la dificultad de su cuantificación y cualificación hace que sea imperante proveer la flexibilidad requerida para permitir su uso durante las hostilidades. No obstante, aplicarlas después del hecho, en el juzgado, crea un problema porque estas nociones envuelven decisiones individuales basadas en valores creados al momento del ataque"<sup>72</sup> (subrayado fuera de texto).

En conclusión, debido al nivel de tecnicismo propio de la planeación y ejecución de las operaciones militares, a las circunstancias en que se toman esas decisiones y a la necesidad de contar con una respuesta efectiva durante las hostilidades, la fuerza pública debe contar con un margen de apreciación en la valoración del uso de la fuerza letal. Este margen de apreciación – que no constituye un estándar de discrecionalidad absoluta – le otorga al operador militar un rango de acción para la toma de decisiones en las operaciones militares.

### 3.7. Concepto de objetivo militar

Una vez expuestos los principios básicos bajo los cuales se desarrolla el DIH, es imprescindible hacer mención al concepto de objetivo militar, pues, activado el DIH, únicamente se podrán desplegar ataques bajo el uso de la fuerza letal sobre estos objetivos. Según lo indica el artículo 52 del Protocolo Adicional I a las Convenciones de Ginebra de 1949:

"Los ataques se limitarán estrictamente a los objetivos militares. En lo que respecta a los bienes, los objetivos militares se limitan a 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" (subrayado fuera de texto).

<sup>71</sup> Tribunal Penal Militar de Núremberg. Estados Unidos de América v. Wilhelm List. EN: Casos de crímenes de guerra ante el Tribunal Penal Militar de Núremberg. No. 10, Vol. XI TWC (1948) P. 1297.

<sup>72</sup> Op. Cit., BARTELS, p. 277.

SM



0003

Hoja No. 22. Directiva No. \_\_\_\_\_ "Por medio de la cual se establecen las pautas para la persecución penal de los crímenes de guerra en el territorio nacional"

Lo anterior evidencia el vínculo existente entre la definición de objetivo militar y el principio de distinción, haciendo primar la protección de civiles.

Es importante mencionar que, si bien el Protocolo Adicional I regula aspectos vinculantes a conflictos armados internacionales, el Comité Internacional de la Cruz Roja en el *Manual de Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario* señala en su norma 8 que la práctica internacional ha demostrado que los Estados han adoptado esta conceptualización como aplicable a los conflictos armados no internacionales<sup>73</sup>.

De acuerdo con lo señalado en el artículo 52 del Protocolo Adicional I, se ha entendido que para que un objetivo obtenga un carácter militar debe satisfacer dos criterios: (i) el objetivo debe representar una efectiva contribución a la acción militar del atacado; y (ii) por lo mismo, su destrucción, captura o neutralización debe conllevar a una definitiva ventaja militar para quien ejecuta el ataque<sup>74</sup>. Es relevante aclarar que la ventaja militar puede no derivarse de una acción militar individual sino de un plan o conjunto de ataques.

Ahora bien, cuando el objetivo militar es un individuo en concreto, el ataque solo podrá ejecutarse cuando se cuente con la plena identificación del sujeto así como el conocimiento de su función dentro de la estructura militar<sup>75</sup>. Cuando se trata de un lugar, antes de llevarse a cabo el ataque deberán conocerse detalles más allá de la naturaleza militar del objetivo, como por ejemplo, la determinación de los alrededores inmediatos, pues solo a partir de ello podrán escogerse las armas y medios de ataque<sup>76</sup>.

Si bien el artículo 52 categoriza los objetivos militares en relación con los bienes, este concepto ha sido asimilado para la categorización de personas. En relación con este concepto la doctrina ha señalado que:

*"[...] podrán ser considerados un objetivo militar y por tanto ser atacados legítimamente: las instalaciones militares, equipo militar, incluidos vehículos militares, armas, municiones y provisiones y combustible; las obras militares, incluyendo las obras de defensa y fortificaciones militares, depósitos y establecimientos, incluidos ministerios de Defensa y de suministros militares; las obras que producen o desarrollan suministros militares incluidas las industrias metalúrgica, ingeniería química y de apoyo al esfuerzo de guerra; las áreas de*

<sup>73</sup> Aunque esta definición de objetivos militares no se incluyó en el Protocolo adicional II, se ha incorporado posteriormente en el derecho convencional aplicable en los conflictos armados no internacionales, concretamente en el Protocolo II enmendado de la Convención sobre ciertas armas convencionales y el Segundo Protocolo de la Convención de La Haya sobre la protección de los bienes culturales. También se establece en el Protocolo III de la Convención sobre ciertas armas convencionales, que es aplicable a los conflictos armados no internacionales a raíz de una enmienda de su artículo 1, aprobada por consenso en 2001. Los manuales militares que son aplicables, o se han aplicado en conflictos armados no internacionales contienen esta definición de objetivos militares. También figura en algunas legislaciones nacionales. Hay, además, declaraciones oficiales relacionadas con los conflictos armados no internacionales que mencionan esta definición. No se ha hallado ninguna práctica contraria en relación con conflictos armados internacionales o no internacionales en el sentido de que no se ha propuesto oficialmente ninguna otra definición de objetivo militar". (Comité Internacional de la Cruz Roja. Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario. Volumen I: Normas. Jean-Marie Henckaerts Louise Doswald-Beck, p. 35).

<sup>74</sup> University Centre for International Humanitarian Law Geneva. Report expert meeting "Targeting Military Objectives". Ginebra: Suiza. 12 de mayo de 2005.

<sup>75</sup> Human Rights Watch. Off Target: The Conduct of the War and Civilian Casualties in Iraq. New York: 2003, p. 23 y 38.

<sup>76</sup> Op. Cit. QUEGUINER, p. 798.



Hoja No. 23. Directiva No. **0003** "Por medio de la cual se establecen las pautas para la persecución penal de los crímenes de guerra en el territorio nacional"

*tierra de importancia militar; los ferrocarriles, puertos, aeropuertos, puentes, carreteras, túneles y canales utilizados para el movimiento de tropas o con fines logísticos militares; las instalaciones de comunicaciones, incluida la radiodifusión, televisión, teléfono y telégrafo, que se utiliza para las comunicaciones militares; y otras instalaciones de energía y petróleo*"<sup>77</sup>.

Ahora bien, la jurisprudencia estableció una distinción categórica entre objetivos militares tácticos y objetivos militares estratégicos. Así pues, el *Informe Final de la Fiscalía por el Comité establecido para examinar la campaña de bombardeos de la OTAN contra la República Federal de Yugoslavia* realizado por el Comité de Expertos respecto a la campaña aérea realizada en Kosovo por parte de la OTAN, describió los objetivos como:

*"La campaña aérea fue impulsada en contra de las fuerzas Sabias, tanto a objetivos estratégicos como tácticos. Los ataques en los objetivos tácticos, como contra la artillería y sus cuarteles tienen un efecto más inmediato en el impedimento de la limpieza étnica en Kosovo. Ataques en contra de objetivos estratégicos, como contra ministerios y refinerías, tienen un efecto a largo plazo en el grupo armado. Así en el caso Serbia, el esfuerzo de la OTAN en contra de los objetivos militares tácticos se dio en contra de las instalaciones militares, sus armas y vehículos. En cuando a los estratégicos fueron atacados las defensas aéreas serbias, las instalaciones de comando y control, los cuarteles y las rutas de suministro*"<sup>78</sup>.

Como bien se señaló, en la elección de los objetivos se tendrán en cuenta la ventaja militar que se espera obtener con el ataque en su totalidad y no sólo de sus diversas partes. No obstante, lo anterior no excluye la posibilidad de que civiles resulten afectados en el despliegue de un ataque militar. A este respecto, ha señalado el TPIY que:

*"[l]a protección de los civiles y los bienes civiles previstas por la ley internacional moderna puede cesar por completo o ser reducido o suspendido en tres circunstancias excepcionales: (i) cuando los civiles abusan de sus derechos; (ii) cuando, a pesar de que el objeto de un ataque militar está compuesto de objetivos militares, los beligerantes no pueden evitar causar un daño colateral sobre civiles; y (iii) al menos según algunas autoridades, cuando los civiles pueden legítimamente ser objeto de represalias*"<sup>79</sup>.

En resumen, para efectos del conflicto armado interno colombiano, dentro de la categoría de personas, se consideran objetivos militares tanto a los miembros de los grupos armados como también a aquellos que, a pesar de no serlo, toman parte activa en las hostilidades. En cuanto a los grupos armados, se atribuye dicha condición a los miembros de las fuerzas armadas organizadas que se encuentran bajo un mando responsable y que responden a un código de disciplina unificado, como a los grupos armados irregulares.

<sup>77</sup> Informe Final de la Fiscalía por el Comité establecido para examinar la campaña de bombardeos de la OTAN contra la República Federal de Yugoslavia, párr. 46.

<sup>78</sup> *Ibid.*, p. 46.

<sup>79</sup> TPIY. *Fiscal v. Zoran Kupreskic, Mirjan Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Drago Josipovic, Dragan Papic*. Sala de Primera Instancia. Sentencia del 14 de enero de 2000. par. 524.



Hoja No. 24. Directiva No. <sup>0003</sup> "Por medio de la cual se establecen las pautas para la persecución penal de los crímenes de guerra en el territorio nacional"

### 3.8. Atipicidad de las conductas ajustadas a las reglas del DIH

La prohibición de la conducta en los crímenes de guerra se determina atendiendo a un cierto marco de tolerancia establecido por las reglas propias de la guerra<sup>80</sup>. En efecto, la razón de ser del derecho de la guerra consiste en el establecimiento de ciertos límites de las prácticas propias de una actividad que representa en sí la injerencia en derechos que en un estado de paz sería inconcebible, como lo es la permanente supresión de la vida o la afectación de la integridad corporal de las personas por medios violentos<sup>81</sup>.

Es decir, si bien las prácticas propias de los combates inmersos en conflictos armados implican necesariamente un exceso en las normas que prohíben "matar" o "lesionar" en un estado de paz, esto es, cuando se mantiene la garantía de la seguridad general de los ciudadanos, en esta situación de conflicto representan actos propios del intercambio social. Aún dentro de esas prácticas es posible reconocer reglas de juego claras que en su conjunto establecen un límite de tolerancia con el fin de mantener un mínimo de trato humanitario entre las partes.

Dentro de ese sistema propio del derecho de la guerra se hallan, por tanto, normas de conducta que le indican al combatiente las formas adecuadas de tratar a su adversario, de modo que el sentido mínimo de la humanidad se mantenga. Estas normas de conducta son la fuente que sirven para interpretar la tipicidad o atipicidad de la conducta dentro de ese sistema de derecho. En este sentido, se puede pensar que dentro de ese sistema especial del derecho de la guerra existe un "marco de permisión" de las conductas de los combatientes tal como de manera análoga la institución del riesgo permitido opera respecto de los posibles excesos en el ejercicio de la libertad en un estado de paz.

Es por esto que las conductas cometidas en operaciones militares adelantadas por la fuerza pública que se ajusten a las normas y principios del DIH deberán ser consideradas atípicas, toda vez que las mismas, al estar permitidas por el derecho de guerra, no deben ser reprochadas penalmente. Sobre este punto, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-177 de 2001, reconoció que las normas del DIH son parte del ordenamiento jurídico interno y por lo tanto de obligatorio cumplimiento en escenarios de conflicto armado. En palabras de la Corte:

*"[e]n el caso colombiano, estas normas humanitarias tienen además especial imperatividad, por cuanto el artículo 214 numeral 2º de la Constitución dispone que "en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional*

<sup>80</sup> Cfr. WERLE, Gerhard. Menschenrechtsschutz durch Völkerstrafrecht, EN: ZStW 109, 1997, p. 808 y ss. Sobre que los crímenes de guerra son violaciones a las leyes de la guerra o usos de la guerra ver: GIERHAKE, Katrin. Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre. Berlin: 2005, p. 276 y ss.

<sup>81</sup> Cfr. "Durante la guerra se presenta un estado de ausencia del derecho, en el cual, no obstante, rigen todavía leyes jurídicas universales en la relación entre personas y entre Estados. Dada la continuidad de ese principio del derecho es posible aún separar lo jurídico de lo injusto. En la guerra la razón se invierte, se le calla de forma artificial, en tanto que las lesiones al derecho de los demás son excusadas ante sí mismas por medios de razonamientos. Durante la guerra se generan relaciones contrarias a la razón, en las cuales, sin embargo, no toda comprensión de la razón se llega a perder, pues lo injusto es determinado a su manera: "Existen reglas en la ejecución de una guerra" (Op. Cit., GIERHAKE, Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre, p. 276 y ss). Sobre la legitimación del derecho penal internacional ver: XXXV Jornadas Internacionales de Derecho Penal. Procesos de Paz: Derecho penal y justicia transicional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 95 y ss.



Hoja No. 25. Directiva No.

0003

"Por medio de la cual se establecen las pautas para la persecución penal de los crímenes de guerra en el territorio nacional"

*humanitario". Esto significa que, como ya lo señaló esta Corporación, en Colombia no sólo el derecho internacional humanitario es válido en todo tiempo sino que, además, opera una incorporación automática del mismo "al ordenamiento interno nacional, lo cual, por lo demás, es lo congruente con el carácter imperativo que, según ya fue explicado, caracteriza a los principios axiológicos que hacen que este cuerpo normativo integre el ius cogens"*<sup>82</sup>.

En este mismo fallo la Corte reconoció que, debido a que es un mandato constitucional y legal de la fuerza pública combatir a los grupos armados irregulares, y que en Colombia el cumplimiento de esta tarea se realiza bajo el marco del DIH, las muertes en combate que se ajusten a ese marco jurídico son conductas atípicas en el derecho penal. Sobre este punto aclaró que:

*"[...]no se remite a duda que los Estados tienen derecho a perseguir a los grupos alzados en armas y que, por ello, la muerte en combate que la Fuerza Pública ocasione a los miembros de estos grupos insurgentes no constituye jurídicamente un "homicidio", y no es tipificada como una conducta punible"*<sup>83</sup>  
(Subrayado fuera del texto original).

Con esta afirmación la Corte Constitucional confirmó justamente que las muertes ocasionadas en el marco de las hostilidades y en el enfrentamiento a los grupos armados irregulares por parte de la fuerza pública, son conductas atípicas en el derecho penal colombiano, siempre y cuando se ajusten a las normas y principios del derecho internacional humanitario.

#### **IV. DESARROLLO HISTÓRICO DE LA CRIMINALIZACIÓN DE LAS VIOLACIONES AL DIH EN LOS CONFLICTOS ARMADOS DE CARÁCTER NO INTERNACIONAL**

La ejecución de las hostilidades está determinada por una serie de principios de obligatorio cumplimiento para las partes beligerantes. Dentro de los esfuerzos y procesos de codificación de la conducción de la guerra, el derecho aplicable ha sido más extenso para la regulación de los conflictos internacionales. Frente a las disposiciones aplicables en situaciones de conflictos armados no internacionales, los Estados han sido más reticentes a las limitaciones humanitarias, como resultado de las necesidades y derechos que estos se reservan con el fin de hacer frente a posibles insurrecciones<sup>84</sup>.

Ahora bien, DIH tiene fuerza normativa en el derecho internacional por su carácter consuetudinario y no solo por su formalización en instrumentos internacionales. En consecuencia, es posible hablar de DIH antes de los Convenios de Ginebra de 1947, puesto que

<sup>82</sup> Corte Constitucional, Sentencia C- 225 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Véase también: Sentencia C-574 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.

<sup>83</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-177 de 2001. M.P. Fabio Morón Díaz: "De ahí que contrarie los dictados más elementales de la lógica, creer que por introducirse en el tipo penal un condicionamiento de esta naturaleza, se afianzaría la legalidad de la acción de las Fuerzas Militares en contra de los grupos alzados en armas, cuya validez, frente al ordenamiento jurídico resulta incuestionable, no sólo por cuanto constituye una manifestación inequívoca de la soberanía estatal, sino porque el derecho internacional la reconoce como legítima y la diferencia de las prácticas atroces de exterminio sistemático, que son las que considera genocidio político." (Subrayas y negrilla fuera del texto original)

<sup>84</sup> BUGNION, François, Droit international humanitaire coutumier. Ginebra: CICR, noviembre, 2007.



Hoja No. 26. Directiva No. 0003 "Por medio de la cual se establecen las pautas para la persecución penal de los crímenes de guerra en el territorio nacional"

este emana de la costumbre internacional y no solamente de los tratados y convenios que lo cristalizan. Sobre este punto la Corte Constitucional ha dicho que:

*"El derecho internacional humanitario ha sido fruto esencialmente de unas prácticas consuetudinarias, que se entienden incorporadas al llamado derecho consuetudinario de los pueblos civilizados. Por ello, la mayoría de los convenios de derecho internacional humanitario deben ser entendidos más como la simple codificación de obligaciones existentes que como la creación de principios y reglas nuevas"<sup>85</sup> (subrayado fuera de texto).*

Es importante diferenciar entre la prohibición de una conducta en el DIH y su criminalización. Una conducta puede estar prohibida en el derecho internacional sin que su comisión implique una sanción punitiva. Es decir, toda conducta criminalizada está prohibida, pero no toda conducta prohibida está criminalizada.

En el ámbito internacional se ha venido presentando una ampliación en la criminalización de las violaciones al DIH en los conflictos armados internos. Este proceso se ha evidenciado en la práctica de los Estados y se cristalizó como costumbre internacional en el año de 1977 con la adopción del Protocolo Adicional II relativo a la protección de víctimas en conflictos de carácter no internacional. En consecuencia, se puede afirmar que en Colombia se pueden investigar, juzgar y sancionar crímenes de guerra desde el año de 1977.

#### 4.1. Práctica internacional

La práctica internacional demuestra que desde hace varias décadas los Estados han considerado como criminales conductas contrarias al DIH, inclusive, cuando se cometen en conflictos armados internos. Así pues, tratar las violaciones del artículo común 3 como una base para la responsabilidad criminal individual es un asunto que ha sido afirmado y dispuesto por manuales militares nacionales y leyes domésticas.

Ejemplo de lo anterior es el Manual de Campo del Ejército de los Estados Unidos de 1958,<sup>86</sup> el cual señala que *"la mera violación del derecho de la guerra configura un crimen de guerra"*<sup>87</sup>. En este sentido, el Ejército de los Estados Unidos consideraba una violación del artículo común 3 como un crimen de guerra en virtud del cual se puede judicializar al personal militar<sup>88</sup>.

Así mismo, el Manual Militar Británico señalaba que *"cualquier otra violación de las Convenciones que no se refiera a graves violaciones, también son considerados crímenes de guerra"*<sup>89</sup>. Si bien el proyecto de Manual de las Fuerzas Militares Canadienses toma un acercamiento diferente, concuerda en que violaciones del artículo común 3 deben ser enjuiciadas<sup>90</sup>. Por su parte, el Código Penal Militar de Suiza de 1967 contenía un capítulo

<sup>85</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-225 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>86</sup> U.S. Department of the Army, the Law of Land Warfare, para. 11, Field Manual No. 27-10, 1956.

<sup>87</sup> UK War Office, the Law of War on Land, being part iii of the manual of Military LIW, para. 626, 1958.

<sup>88</sup> Op. Cit. MERON, p. 565. Del mismo modo: Manual Militar Alemán describe ciertas violaciones del artículo 3 común como graves violaciones al derecho internacional humanitario.

<sup>89</sup> UK War Office, the Law of War on Land, being part iii of the manual of Military LIW, para. 626, 1958.

<sup>90</sup> Op. Cit. MERON, p. 565.



Hoja No. 27. Directiva No. **0003** "Por medio de la cual se establecen las pautas para la persecución penal de los crímenes de guerra en el territorio nacional"

relativo a las ofensas contra el *jus gentium* en tiempos de conflicto armado. A pesar de que la norma solo hablaba de conflictos armados internacionales, esta fue interpretada en varias ocasiones por las Tribunales Militares suizos quienes consideraron que el artículo también aplicaba para conductas ocurridas en conflictos armados internos<sup>91</sup>.

A su vez, el Código Penal de Hungría de 1978 consideraba la responsabilidad penal individual por crímenes de guerra, como por ejemplo, la violencia en contra de la población civil ocurridas en áreas ocupadas u operacionales<sup>92</sup>. De igual forma, la ley penal de Bangladesh de 1973 proveía que los individuos podían ser responsables por la comisión de crímenes de guerra y por la violación de cualquier infracción a las reglas humanitarias aplicables en los conflictos armados dispuestas en los Convenios de Ginebra de 1949<sup>93</sup>. Por su parte, el Código Penal de Etiopía de 1957 contenía varias provisiones que castigaban la comisión de crímenes de guerra cometidos durante un conflicto armado o una ocupación<sup>94</sup>. El Código Penal de Mozambique de 1987 definía los crímenes de guerra como la violación de las normas humanitarias reconocidas internacionalmente, particularmente en conflictos armados, tales como el uso de medios y métodos de guerra ilegales o el abuso y trato cruel en contra de la población civil<sup>95</sup>.

Así mismo, el Acta sobre Crímenes de Guerra de Países Bajos de 1952 establecía que su ámbito de aplicación abarcaba cualquier crimen de guerra cometido en cualquier conflicto armado en el cual Holanda estuviese envuelto. Además, explícitamente establecía la noción de crimen de guerra ocurrido en conflictos armados internos<sup>96</sup>. Del mismo modo, el Código Penal sueco consideraba como crimen contra el derecho internacional cualquier violación grave del DIH (convencional o consuetudinario)<sup>97</sup>. Finalmente, se encuentra el Código Penal de Tailandia promulgado en 1955, el cual establecía la responsabilidad penal de los individuos que en situaciones de conflicto armado de carácter no internacional cometieran violaciones en perjuicio de los prisioneros de guerra<sup>98</sup>.

La naturaleza criminal de las infracciones al DIH también fue manifestada en la Convención para el Mejoramiento de la Situación de los Militares Heridos en Ejércitos en Campaña (Convención de Ginebra de 1864); la Convención para el Mejoramiento de la Situación de los Heridos y Enfermos de los Ejércitos en Campaña (Convención de Ginebra de 1906); la Convención para el Mejoramiento de la Situación de los Heridos y Enfermos de los Ejércitos en Campaña (Convención de Ginebra de 1929); la Convención Relativa al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra (Convención de 1929 sobre los Prisioneros de Guerra); la Convención de La Haya de 1907 y sus Regulaciones Anexas; el Tratado de Versalles de 1919; y el Tratado de Sévres de 1920.

<sup>91</sup> ZIEGLER A. Domestic prosecution and international co-operation with regard to violations of international humanitarian law: the case of Switzerland. 1997, 5 *Revue suisse de droit international et droit europe.*, pp. 561-68.

<sup>92</sup> Código Penal de Hungría de 1978, artículos 158 al 163.

<sup>93</sup> Tribunal de Crímenes Internacionales de Bangladesh, Acta de 1973, Sección 3.2.

<sup>94</sup> ENGELSCHION T. S. Prosecution of war crimes and violations of human rights in Ethiopia. 1994, 8 *Yearbook of African law* 50.

<sup>95</sup> Código Penal de Mozambique de 1987, artículo 83.

<sup>96</sup> Países Bajos, Acta de Crímenes de Guerra de Julio de 1952, artículo 1.

<sup>97</sup> GRADITZKY, Thomas. La responsabilidad penal por violación del derecho internacional humanitario aplicable en situación de conflicto armado no internacional. 31-03-1998 Artículo, *Revista Internacional de la Cruz Roja*.

<sup>98</sup> LA HAYE, Eve. *War Crimes in Internal Armed Conflict*. Cambridge University Press: 2008, p. 153.



Hoja No. 28. Directiva No.

0003

"Por medio de la cual se establecen las pautas para la persecución penal de los crímenes de guerra en el territorio nacional"

De igual forma, existen otro tipo de manifestaciones no convencionales por medio de las cuales los Estados han reconocido la existencia de los crímenes de guerra. Por ejemplo, este es el caso de las Instrucciones para el Gobierno de los Ejércitos de los Estados Unidos de América en el Campo (conocido como "Código Lieber de 1863"). El Código Lieber es considerado como el primer intento de codificación de las leyes y costumbres de la guerra. Aunque sólo fue aplicable a las fuerzas estadounidenses, refleja un resumen de las costumbres existentes en ese momento.

También se puede mencionar en este sentido el Proyecto para la Convención Internacional sobre la Condición y Protección de los Civiles de Nacionalidad Enemiga que se Encuentran en Territorio Perteneiente u Ocupado por un Beligerante (Proyecto para la Convención de Tokio de 1934); la Declaración de Renunciar al Uso, en Tiempo de Guerra, de proyectiles por debajo de los 400 gramos de peso (Declaración de San Petersburgo de 1868). El preámbulo de este último dispone que existen tres principios básicos para librar las hostilidades; (i) que el único objetivo legítimo durante la guerra sea la debilitación de la fuerzas armadas del enemigo; ii) que debe existir un límite a los medios que pueden ser utilizados con las fuerzas enemigas; iii) que las leyes y costumbres de la guerra no condonen la violencia contra aquellas personas *hors de combat*. Así mismo, se tiene el Proyecto de una Declaración Internacional sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra ("Proyecto de Declaración de Bruselas de 1874"); el Manual de Oxford de 1880, el cual fue elaborado por el Instituto de Derecho Internacional para ayudar a los gobiernos en la formulación de la legislación nacional sobre las leyes y costumbres de la guerra; y finalmente el Proyecto de Convenio para la Protección de la Población Civil contra nuevas Máquinas de Guerra ("Proyecto de Convención de Ámsterdam de 1938").

#### 4.2. Precedentes jurisprudenciales

Desde 1940 se pueden encontrar pronunciamientos judiciales relativos a la responsabilidad penal por la comisión de crímenes de guerra. Se destacan principalmente dos decisiones: (i) las emitidas por el Tribunal Penal Militar de Núremberg y (ii) el caso de *Estado de Israel v. Adolf Eichmann*.

La Carta de Londres – instrumento que creó el Tribunal de Núremberg – estableció la responsabilidad penal individual basándose en el Pacto Briand-Kellogg de 1928. De acuerdo con la interpretación del mencionado Tribunal, las disposiciones del Pacto Briand-Kellogg establecen responsabilidades penales por su violación, pues una guerra ilegal puede ser tratada como un "crimen internacional". Esto lo argumentó el Tribunal de Núremberg teniendo en cuenta lo establecido en el Protocolo de Ginebra de 1924 para la Resolución Pacífica de las Disputas Internacionales y la Resolución de la Octava Asamblea de la Liga de las Naciones. Al respecto, el Tribunal de Núremberg aclaró que:

*"[...] La Convención de la Haya de 1907 prohibió el recurrir a ciertos métodos para conducir un conflicto armado. Estos incluían el trato inhumano de prisioneros, el uso de armas envenenadas, el uso inadecuado de la bandera de tregua, y cuestiones similares. Muchas de estas prohibiciones han sido impuestas mucho antes de la fecha de la Convención, pero desde 1907 han sido crímenes castigables como ofensas contra las leyes de la guerra. La Convención de la Haya en ninguna parte designa esas prácticas como criminales, ni hay ninguna mención a que una Corte juzgue y castigue a los ofensores. Por muchos años, sin*



Hoja No. 29. Directiva No. 0003 "Por medio de la cual se establecen las pautas para la persecución penal de los crímenes de guerra en el territorio nacional"

embargo, los tribunales militares han juzgado y sancionado individuos culpables de violar reglas de guerra establecidas por la Convención<sup>99</sup> (subrayado fuera de texto).

Además, el Tribunal de Núremberg afirmó "que para determinar la responsabilidad penal individual no es una barrera la ausencia de provisiones convencionales que criminalicen tales violaciones"<sup>100</sup>. De esta forma, es claro que desde 1945 con el Tribunal de Núremberg se han juzgado penalmente a individuos por la comisión de crímenes de guerra. En el mencionado caso, si bien se trató de crímenes cometidos en el marco de un conflicto de carácter internacional, fueron perpetrados por ciudadanos alemanes en territorio alemán.

Posteriormente, en 1962 se juzgó y condenó a Adolf Eichmann por la comisión de crímenes de guerra perpetrados en la Segunda Guerra Mundial. El cargo imputado por crímenes de guerra contemplaba conductas como homicidio, deportación y tratos inhumanos, entre otros. En la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Estado de Israel del 29 de mayo de 1962, se citó al Tribunal de Núremberg para aclarar el carácter consuetudinario de los crímenes de guerra. Al respecto la Corte mencionó que:

"El Tribunal Militar Internacional ha establecido que los crímenes de guerra (como fueron definidos en el Artículo 6 de la Carta del Tribunal) eran expresiones del derecho internacional existentes al momento de la creación del tribunal en 1945, mientras que la Carta del Tribunal debe considerarse declarativa de los principios del derecho internacional en vista de su reconocimiento como tal por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas"<sup>101</sup> (subrayado fuera de texto).

Así pues, para la Corte Suprema de Justicia del Estado de Israel en el caso Eichmann, los crímenes de guerra para el año de 1945 ya eran violaciones que conllevaban una sanción de carácter penal. Es importante recordar que el caso de Eichmann, si bien se encuadra en medio de un conflicto armado de carácter internacional, trata de delitos cometidos en un conflicto armado doméstico.

#### **4.3. Cristalización de la costumbre internacional sobre la criminalización de las violaciones al DIH**

Todo lo anterior demuestra que desde la década de 1940 existía una práctica generalizada respecto a la criminalización de conductas contrarias a las normas y costumbres de la guerra en conflictos armados no internacionales. Ahora bien, esta práctica internacional, sumada a la *opinio iuris*, se cristalizó como costumbre internacional en 1977 con el Protocolo Adicional II relativo a la protección de víctimas en conflictos de carácter no internacional. De esta manera, desde el 8 de junio de 1977 puede hablarse propiamente de la penalización de crímenes de guerra.

<sup>99</sup> Tribunal Penal Internacional de Núremberg. Juzgamiento, p. 40. EN: KELSEN, Hans. Will the Judgment in the Nuremberg Trial constitute a Precedent in International Law? *The International Law Quarterly*. Vol 1, No 2. (1947), p. 160.

<sup>100</sup> Ibid. p. 445-47.

<sup>101</sup> Ibid. p. 7.



Hoja No. 30. Directiva No. 0003 "Por medio de la cual se establecen las pautas para la persecución penal de los crímenes de guerra en el territorio nacional"

Ahora bien, la penalización de los crímenes de guerra desde 1977 no se debe al carácter convencional del Protocolo Adicional II sino a que es el momento en que la práctica se vio cristalizada en costumbre. Esta fue precisamente la argumentación utilizada por la Corte Internacional de Justicia en el caso de *Actividades militares y para-militares en y contra Nicaragua (Nicaragua v. Estados Unidos)*. En este caso, la Corte estableció que el artículo común 3 a los cuatro Convenios de Ginebra constituye costumbre independiente de su codificación. Al respecto dijo la Corte que:

*"Las obligaciones en los términos del Artículo 1 y el Artículo 3 común no se derivan solamente de la Convención, sino de los principios generales del derecho humanitario del que la Convención únicamente le da una expresión específica"*<sup>102</sup> (subrayado fuera de texto).

Esta interpretación de que el artículo común 3 es la cristalización de una costumbre, y que por ende, es vinculante para toda la comunidad internacional sin perjuicio de que los Estados hayan ratificado el instrumento que lo contiene, es expuesta por la doctrina en los siguientes términos:

*"Si bien la declaración de la Corte es ambigua, parece sugerir que cuando las Convenciones de Ginebra fueron adoptadas, el Artículo 1, así como el Artículo 3, fue declaratorio de principios humanitarios, con lo que la Corte se refería, en ese contexto, a costumbre internacional"*<sup>103</sup> (subrayado fuera de texto).

De la misma forma debe entenderse que el Protocolo Adicional II de 1977 es declaratorio de una costumbre internacional, a saber, la práctica internacional de la penalización de los crímenes de guerra. Esto no quiere decir que antes de la fecha mencionada no existiera penalización por este tipo de delitos – lo que ya se demostró anteriormente –, sino que en 1977 se cristalizó una práctica que ya venía siendo una regla de conducta de los Estados. Así mismo, es importante recalcar que en el caso *Tadic*, el TPIY declaró que el artículo común 3, para el momento de los hechos, ya era parte de la costumbre internacional<sup>104</sup>. Igualmente, el TPIR, en el caso *Akayesu*, declaró que las normas contenidas en el artículo común 3 eran costumbre internacional al momento de los sucesos ocurridos en Ruanda<sup>105</sup>.

De la misma manera, si bien la sentencia del caso *Nicaragua v. Estados Unidos* es de 1986, los hechos sobre los que versa son de la década de 1970. Es decir, al decidir el fallo en 1986, la Corte declaró que para el momento de los hechos – década de 1970 – el artículo común 3 relativo a los conflictos de carácter no internacional ya era costumbre. Lo anterior permite concluir que en Colombia es posible investigar, juzgar y sancionar crímenes de guerra desde el 8 de junio de 1977, momento en que esta práctica internacional se vio cristalizada en el Protocolo Adicional II.

## V. APLICACIÓN EXTEMPORANEA DE LOS CRIMENES DE GUERRA

<sup>102</sup> Corte Internacional de Justicia. *Nicaragua v. Estados Unidos. Actividades militares y para-militares en y contra Nicaragua*. párr. 220, 1986.

<sup>103</sup> Op. Cit. MERON, p. 353

<sup>104</sup> TPIY, *Fiscal v. Tadic*, Sala de Primera Instancia, Decisión del 11 de noviembre de 1999, párr. 89-98.

<sup>105</sup> TPIR, *Fiscal v. Akayesu*, Sala de Primera Instancia, Decisión del 2 de septiembre de 1998, párr. 603 a 605.



0003

Hoja No. 31. Directiva No. \_\_\_\_\_ "Por medio de la cual se establecen las pautas para la persecución penal de los crímenes de guerra en el territorio nacional"

Teniendo en cuenta que se pretende aplicar el DIH como ingrediente normativo de los tipos penales colombianos para un momento en donde no existían crímenes de guerra tipificados en Colombia, vale la pena recordar que el derecho penal internacional y el DIH están íntimamente ligados y que la jurisprudencia internacional ha considerado la posibilidad de castigar una conducta como un crimen de guerra si se contextualiza y se relaciona con el conflicto armado.

Tal vez el caso más parecido que se ha ventilado en un sistema de protección regional de derechos humanos es el de *Kononov v. Latvia*, donde un excombatiente guerrillero estaba siendo procesado por crímenes de guerra cometidos en el territorio actual de República de Latvia durante la ocupación soviética de la segunda guerra mundial. La imputación de cargos por crímenes de guerra no sólo ocurrió más de 50 años después de los hechos, sino que los mismos habían sido cometidos en un momento donde el DIH estaba menos desarrollado que en 1985.

En efecto, para el momento de la comisión de los hechos, ni siquiera existían los Convenios de Ginebra. Por esta razón, el sindicado llevó el caso a la Corte Europea de Derechos Humanos, donde alegó que su persecución penal era violatoria de su derecho a no ser sujeto de una pena retroactiva. En este caso, la Corte Europea de Derechos Humanos consideró que:

*"El demandante mantiene que no podía prever que los actos en litigio serían juzgados constitutivos de crímenes de guerra y que sería procesado posteriormente. Alega en primer lugar que en 1944 no era más que un joven soldado en situación de combate tras las líneas enemigas y separado del contexto internacional descrito anteriormente y, en estas circunstancias, no podía prever que los actos por los que fue condenado serían considerados crímenes de guerra. En segundo lugar, era políticamente impredecible que fuera procesado [...] En cuanto al hecho de si se puede considerar que, a pesar del hecho de que estaba basado exclusivamente en el derecho internacional, la calificación de los hechos en litigio como crímenes de guerra era lo suficientemente accesible y previsible para el demandante en 1944, el Tribunal recuerda que previamente ha declarado que la responsabilidad penal de un simple soldado (guardia fronteriza) estaba definida con suficiente accesibilidad y previsibilidad, en particular, por la obligación de respetar los instrumentos internacionales de los derechos humanos, incluso si estos, no habían sido ratificados por el Estado en cuestión en el momento de los hechos, no permitía inferir la responsabilidad penal individual del demandante. El Tribunal considera que incluso un simple soldado no podría rendirse total y ciegamente a órdenes que violaban de manera flagrante no sólo los principios jurídicos propios de su país, sino también los derechos humanos internacionales y, sobre todo, el derecho a la vida, que es el valor supremo en la escala de los derechos humanos. [...] Es cierto que el código penal de 1926 no contenía ninguna referencia a las leyes y costumbres internacionales de la guerra y que estas leyes y costumbres internacionales no habían sido objeto de una publicación oficial en la URSS o en la RSS de Letonia. Sin embargo, este aspecto no podría ser decisivo. Se deduce claramente de las conclusiones formuladas en los apartados [anteriores] que las leyes y costumbres internacionales de la guerra eran en si suficientes en 1944 para basar la responsabilidad penal individual del demandante. [...] Por estos motivos, el Tribunal juzga razonable concluir que el demandante podía prever en 1944 que*

AM



Hoja No. 32. Directiva No. **0003** "Por medio de la cual se establecen las pautas para la persecución penal de los crímenes de guerra en el territorio nacional"

los actos en litigio serían calificados de crímenes de guerra<sup>106</sup> (subrayado fuera de texto).

En consecuencia, para la Corte Europea de Derechos Humanos, la protección de los principios básicos de la humanidad debe primar sobre los postulados de la aplicación temporal de la ley, y en consecuencia, es posible aplicar extemporáneamente delitos calificados como crímenes de guerra.

- **Aplicación extemporánea de crímenes de guerra en Colombia: precedente de la Corte Suprema de Justicia**

Uno de los casos más paradigmáticos en la aplicación del derecho internacional en el sistema penal colombiano puede encontrarse en la sentencia de casación de la Sala Penal del 26 de diciembre del año 2010<sup>107</sup>. En esta ocasión, la Sala se enfrentó a una situación de particular dificultad pues revertía un enfrentamiento entre el principio de legalidad, el cual impera en los sistemas jurídicos modernos, frente a la debida sanción y calificación de crímenes internacionales.

El caso versaba sobre conductas cometidas por un desmovilizado de las autodefensas que militaba en el bloque "Montes de María" en el marco de operaciones armadas ocurridas entre noviembre de 1998 y abril de 2004. Tales conductas fueron tipificadas por la Fiscalía General de la Nación como violaciones al DIH, en el entendido de que se cometieron en el desarrollo y con ocasión al conflicto armado interno que vive nuestro país. Entre otras, se trató de homicidios en personas protegidas, desplazamiento forzado, torturas, toma de rehenes, violencia sexual, destrucción y apropiación de bienes protegidos.

En el desarrollo de la audiencia preliminar el Magistrado con Funciones de Control de Garantías de la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla impuso medida de aseguramiento por los delitos correspondientes haciendo la salvedad de que, teniendo en cuenta que las infracciones al DIH están tipificadas por nuestra legislación interna solo a partir de la entrada en vigencia de la Ley 599 de 2000, esto es, desde el 25 de julio de 2001, a todos aquellos actos cometidos antes de esa fecha se les aplica la norma anterior, es decir, se les califica como crímenes comunes. Lo anterior en virtud del principio de legalidad estricto que por décadas ha sido uno de los bastiones fundamentales de los sistemas jurídicos modernos.

Una vez surtidos los procesos, tanto los representantes de las víctimas como la Fiscalía General de la Nación y el representante del Ministerio Público interpusieron recurso de casación. Según las víctimas, el artículo común 3 de los Convenios de Ginebra son aplicables así no estuvieran vigentes en el Código Penal para la época de la comisión de los hechos, precisamente por el carácter obligatorio de las normas del derecho penal internacional.

Para dar respuesta a este interrogante la Sala inició reconociendo que Colombia, mediante la Ley 5ª de 1960 aprobó e incorporó a nuestro sistema jurídico los cuatro Convenios de Ginebra de

<sup>106</sup> Corte Europea de Derechos Humanos. Kononov v Latvia, application no. 36376/04, Grand Chamber ECtHR, 17 de mayo de 2010, párr. 234-44.

<sup>107</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Penal. Rad. No. 33039 del 26 de diciembre de 2010, M.P. José Leónidas Bustos Martínez.



Hoja No. 33. Directiva No. 0003 "Por medio de la cual se establecen las pautas para la persecución penal de los crímenes de guerra en el territorio nacional"

1949; y que por medio de la Ley 11 de 1992 y la Ley 171 de 1994, los Protocolos Adicionales de 1977, respectivamente.

De igual forma este Tribunal recordó las variadas experiencias en el contexto internacional en las que a pesar de la ausencia de norma o ley se han aplicado penas por la comisión de delitos internacionales, afirmando que esto demuestra que la costumbre y jurisprudencia internacional, en especial la desarrollada por los Tribunales Internacionales de Núremberg y Tokio, han reconocido el carácter criminal de las infracciones al DIH, inclusive en la ausencia de tipificaciones penales<sup>108</sup>. Así, determinó la Sala que:

*"[...] tratándose de crímenes internacionales la legalidad supone la integración de los tratados internacionales a los sistemas jurídicos domésticos con plenos efectos como ley previa para hacer viable su sanción, así los mismos no estuvieran formalmente tipificados en la legislación nacional al momento de su comisión, tal como se ha concluido en procesos adelantados por las Cortes Supremas de Justicia de Uruguay, Argentina, Chile y Perú entre otros"*<sup>109</sup>.

En este sentido, la Sala estableció que los tratados internacionales suscritos por el Estado son vinculantes independientemente de si la ley interna los concreta o viabiliza. Así mismo, la Corte sostuvo que, justo por esta razón, desde su entrada en vigencia es legítimo investigar y castigar las conductas prescritas por tales instrumentos pues se entienden incorporadas al ordenamiento jurídico. La Sala concluyó que dado que las normas del DIH contenidas en los cuatro Convenios de Ginebra y sus dos Protocolos Adicionales tienen rango de tratado internacional de derechos humanos, son incorporadas automáticamente a la legislación interna desde que se surtieron todos los pasos para su inserción en el sistema jurídico interno.

Desde dicho precedente, *"[...] no importa que la ley que tipifica los crímenes contra el D.I.H. sólo tenga como límite temporal de su inicio el 25 de julio de 2001, ya que desde que los Tratados internacionales fueron suscritos y ratificados por nuestro país, se adquirió la obligación de su positivización y sanción"*<sup>110</sup>. Por lo tanto, en el caso la Sala concedió la razón a las víctimas determinando que sí era procedente tipificar las conductas cometidas por el procesado como violaciones al DIH, a pesar de que al momento de su comisión estas no hubiesen sido tipificadas en el Código Penal colombiano<sup>111</sup>.

Con esta decisión la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia no solo aplicó directamente las normas de DIH incluidas en los Convenios de Ginebra de 1949, sino que además reconoció la norma de derecho internacional consuetudinario que predica la responsabilidad penal individual de quienes cometen crímenes de guerra en conflictos armados internos<sup>112</sup>, tal y como en su momento lo hicieron los Tribunales Internacionales de Núremberg y de Tokio.

<sup>108</sup> Ibid., p. 31.

<sup>109</sup> Ibid., p. 32.

<sup>110</sup> Ibid., p. 34.

<sup>111</sup> Ibid., p. 36.

<sup>112</sup> Esto último ha sido establecido por el estudio de derecho internacional consuetudinario auspiciado por el Comité Internacional de la Cruz Roja. Este afirma que las violaciones graves al derecho internacional humanitario, ya sean cometidas en conflictos armados internacionales o internos, constituyen crímenes de guerra y que en virtud del derecho internacional consuetudinario quienes los cometan son penalmente responsables por ello. (Comité Internacional de la Cruz Roja. El derecho internacional humanitario consuetudinario. J.-M. Henckaerts, L. Doswald-Beck, Edits., & M. S. García, Trad. Buenos Aires: Argentina, 2007).



Hoja No. 34. Directiva No.

0003

"Por medio de la cual se establecen las pautas para la persecución penal de los crímenes de guerra en el territorio nacional"

Adicionalmente, la Corte Suprema de Justicia siempre ha considerado que en Colombia son aplicables los crímenes internacionales independientemente de su tipificación interna. Entre otras razones, debido a que para ese tipo de delitos el principio de legalidad no opera de manera tan estricta, como si ocurre con los delitos comunes. De esta forma, con respecto a los crímenes internacionales, como los crímenes de guerra, la jurisprudencia ha aplicado un principio de legalidad flexible. Si bien se reconoce la importancia y las garantías procesales y sustanciales que derivan del principio de legalidad, la Corte ha determinado que existen normas de derecho internacional que tienen plena aplicación en el derecho interno y que, por ende, permiten flexibilizar<sup>113</sup>, algunos principios tradicionales del derecho penal.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha determinado que:

*"[e]n cambio, 'por la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad [...] 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 dichos valores', lo cual implica que principios del derecho penal tradicional se afecten con mayor intensidad en aras de la realización de otros de mayor relevancia, como el de protección de la dignidad humana, fundamento de los Estados civilizados"*<sup>114</sup>.

En este sentido, la Corte ha sostenido que es posible armonizar el principio de legalidad junto con los principios que derivan de las obligaciones del Estado en materia de persecución de infracciones al DIH y al derecho internacional de los derechos humanos. Por ende, resulta procedente conferirle la categoría de crímenes de guerra a ciertas conductas subyacentes que ya se encuentran tipificadas en el ordenamiento interno así no tengan esta categoría. La misma decisión indica que:

*"[e]n ese sentido, es posible mantener la tipificación de la conducta y la pena vigente al momento de ejecución de la conducta y el desvalor de la misma pero apreciado en el momento de su persecución penal, con lo cual se articula el principio de legalidad penal tradicional y los cometidos de verdad, justicia y reparación, tan en la base del lenguaje del derecho penal internacional"*<sup>115</sup>.

Ahora bien, justo en virtud del principio de legalidad, la incorporación de los crímenes internacionales en el ordenamiento jurídico colombiano no se podría hacer asumiéndolos como tipos penales, dado que, para ese momento, los crímenes de guerra no eran tipos autónomos en el Código Penal.

<sup>113</sup> "Hay que ser enfáticos en señalar que dicha flexibilidad al principio de legalidad es atendible exclusivamente a las cuatro categorías de los llamados delitos internacionales, vale decir a los crímenes de genocidio, agresión, de lesa humanidad y contra el derecho internacional humanitario" (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Radicado No. 33039, 16 de diciembre de 2010).

<sup>114</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Radicado No. 33118, 15 de mayo de 2013. Ver también: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Radicado No. 33039, 16 de diciembre de 2010.

<sup>115</sup> Ibid.

*AM*



Hoja No. 35. Directiva No.

0003

"Por medio de la cual se establecen las pautas para la persecución penal de los crímenes de guerra en el territorio nacional"

## VI. ELEMENTOS GENÉRICOS REQUERIDOS PARA LA IMPUTACIÓN DE CRÍMENES DE GUERRA

Acorde a lo señalado previamente, el DIH ha evolucionado hasta permear las legislaciones domésticas, de modo que determinadas infracciones al mismo son criminalizables. Ahora bien, para que una conducta configure un delito calificado como un crimen de guerra se requiere la verificación de ciertos elementos objetivos. Así, el conflicto armado juega un papel esencial en la configuración de este delito. En efecto, el conflicto armado constituye, dentro de la estructura del tipo penal, una circunstancia de modo que, a su vez, entraña un condicionamiento temporal. No se trata de *ocasionar* algo, se trata de actuar *con ocasión y en desarrollo de* un conflicto armado. Por ello, incluso en un escenario de conflicto, los homicidios que se cometan sin tener ningún tipo de relación con el conflicto armado no pueden imputarse como homicidios en persona protegida.

Como bien se ha mencionado de forma reiterada, el DIH se activa automáticamente ante la constatación de un conflicto armado, sin alterar el estatus de las partes. Esto resulta relevante en la medida que las partes podrán ser acusadas de la comisión de un crimen de guerra sin que sea necesario un auto-reconocimiento de combatiente. En relación con lo anterior, la Corte Constitucional ha señalado que:

*"El DIH se aplica automáticamente cuando están dadas las condiciones de índole temporal, espacial y material; tales condiciones hacen que "el ámbito temporal y geográfico tanto de los conflictos armados internos como de los internacionales se extienda más allá del tiempo y lugar exactos de las hostilidades"; que "una violación de las leyes o costumbres de la guerra [pueda], por lo tanto, ocurrir durante un tiempo y en un lugar en los que no se desarrolla un combate efectivo como tal. (...) el requisito de que los actos del acusado estén relacionados de cerca con el conflicto armado no se incumple cuando los crímenes son remotos, temporal y geográficamente, de los combates como tales"; y que "las leyes de la guerra [puedan] frecuentemente abarcar actos que, aunque no han sido cometidos en el teatro del conflicto, se encuentran sustancialmente relacionados con éste"<sup>116</sup>.*

Ahora bien, cumplidos los criterios requeridos para determinar la existencia del conflicto armado será posible proceder a analizar si una determinada conducta configura un crimen de guerra. Para efectos de lo anterior, es necesario verificar que la conducta se ha ejecutado en conexión con el conflicto armado. A este respecto, ha señalado el TPIY que *"es suficiente que los crímenes alegados se encuentren estrechamente relacionados con las hostilidades ocurriendo en otras partes de los territorios controlados por las partes en conflicto"*<sup>117</sup>. Así pues, el conflicto armado no tiene que tener una relación causal con la comisión del delito, para determinar si la conducta está estrechamente relacionado con el conflicto armado. Se debe al menos probar que el conflicto armado jugó un papel importante en la capacidad de los autores para cometerlo, su decisión de cometerlo, la manera en que se cometió o la finalidad por la cual se cometió<sup>118</sup>.

<sup>116</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-291 de 2007. MP: Manuel José Cepeda.

<sup>117</sup> TPIY. Fiscal v. Dusko Tadic, Sala de Apelaciones, Decisión sobre la moción de defensa del 2 de octubre de 1995, párr. 67.

<sup>118</sup> TPIY. Fiscal v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic. Sala de Apelaciones. Sentencia del 12 de junio de 2002.



Hoja No. 36. Directiva No. 0003 "Por medio de la cual se establecen las pautas para la persecución penal de los crímenes de guerra en el territorio nacional"

Del mismo modo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha dispuesto que:

*"El elemento de violencia sistemática o macro-criminalidad, es esencial para diferenciar estos delitos de los crímenes ordinarios y no puede entenderse como una referencia a su masividad (como lo sería el elemento de generalidad), sino como la necesidad de que no sea aislado y particularmente en el caso de los crímenes de guerra a que tenga un nexo con el conflicto armado como parte de un plan o política, pues es claro que el conflicto armado exige per se una violencia generalizada contra la población civil que a través de una investigación de contexto permita diferenciarlo de crímenes ordinarios como un daño en bien ajeno o de un homicidio. En este sentido, la doctrina ha señalado que no todos los crímenes cometidos durante el conflicto armado son crímenes de guerra y en este sentido, los actos ordinarios criminales – homicidio, violación, hurto, abusos, fraudes - no se convierten automáticamente en crímenes de guerra porque exista una situación de conflicto armado, sino que debe existir un nexo entre los actos y el conflicto, lo cual es muy distinto a señalar que tienen que cometerse de manera masiva. El nexo con el conflicto armado, ha sido interpretado como la relación estrecha del crimen con las hostilidades, es decir, que el conflicto armado debe jugar un rol sustancial en la decisión del perpetrador, en su habilidad para cometer el crimen o en la manera como la conducta fue finalmente cometida. En consecuencia, el elemento sistemático implica la existencia de un nexo del crimen con el conflicto armado"<sup>119</sup> (subrayado fuera de texto).*

En cuanto a los criterios que se pueden tomar en cuenta para establecer si una determinada conducta se encuentra relacionada con el conflicto armado, el TPIY ha señalado algunos de ellos. No obstante, cabe mencionar que estos no son taxativos ni necesariamente acumulables, es decir, que no es ineludible que se verifique la existencia de todos para relacionar una conducta al conflicto armado. Los elementos que se consideran ilustrativos para establecer el nexo necesario para calificar una conducta como vinculada al conflicto armado son:

1. Que el conflicto armado haya jugado una parte sustancial en la **habilidad** del autor para cometer la conducta, es decir, en su capacidad o disposición para cometerla.
2. Que el conflicto armado haya jugado una parte sustancial en la **decisión** del autor para cometer la conducta, es decir, en la resolución del individuo para cometerla.
3. Que el conflicto armado haya jugado una parte sustancial en la **forma** en la cual se cometió la conducta, es decir, en el modo de proceder al cometerla.

<sup>119</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 2013. MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.



Hoja No. 37. Directiva No. 0003 "Por medio de la cual se establecen las pautas para la persecución penal de los crímenes de guerra en el territorio nacional"

4. Que el conflicto armado haya jugado una parte sustancial en el **propósito** con el cual se cometió la conducta, es decir, en el ánimo o intención con la cual se cometió<sup>120</sup>.

Para la determinación del nexo no puede perderse de vista que el conflicto armado no se restringe a las acciones de combate. El conflicto armado no es absorbido por los combates; estos incluso pueden ser residuales.

En territorios donde hay presencia consistente de actores armados o donde se ejercen acciones permanentes contra la población civil, la mera potencialidad de la confrontación es un hecho suficiente para imputar conductas violatorias al DIH. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia es clara en señalar que el conflicto armado no se restringe a los combates:

*"En ese escenario, es claro que el conflicto armado se desarrolla a través de distintas manifestaciones, una de ellas el combate entre las fuerzas armadas que protagonizan las hostilidades, no siendo esa su única forma de materialización. Así, las acciones militares "sostenidas y concertadas" incluyen labores de patrullaje y todas aquellas dirigidas a ejercer control sobre ciertos sectores de la población o la restricción de su movilización, entre otras, siendo a partir de la constatación de su presencia que puede predicarse precisamente la existencia de un control territorial. Naturalmente, cualquiera sea la manifestación del conflicto, subsiste para los miembros de las organizaciones armadas ilegales la obligación de mantener al margen de su accionar a las personas y bienes protegidas por el D.I.H. [...]"<sup>121</sup> (subrayado fuera del texto).*

Por su parte, el TPIR expresó que el nexo no puede ser abstracto, sino que al ente investigador le corresponde probar más allá de toda duda el nexo entre el delito y el conflicto en cada caso concreto:

*"El término "nexo" no debe ser entendido como algo vago e indefinido. Es de la incumbencia de la Fiscalía el presentar esos hechos y probar, más allá de la duda, la existencia de dicho nexo (o relación) (...)"<sup>122</sup>.*

Finalmente, la Corte Penal Internacional tuvo la oportunidad de referirse a dicho nexo y determinó que quien comete las conductas debe conocer el vínculo entre el delito y el conflicto armado, o las circunstancias fácticas que componen el conflicto<sup>123</sup>.

## VII. EL DIH Y LAS CONSECUENCIAS DE SU APLICACIÓN

<sup>120</sup> TPIY, Fiscal v. Dusko Tadic, Decisión de la Sala de Apelaciones sobre jurisdicción, Sentencia del 2 de octubre de 1995, párr. 70.

<sup>121</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 27 de enero de 2010, radicado 29753, M.P. José Leónidas Bustos Martínez.

<sup>122</sup> TPIR. Fiscal v. Clément Kayishema y Obed Ruzindana. Sala de Apelaciones, Sentencia del 21 de mayo de 1999. párr. 188.

<sup>123</sup> Corte Penal Internacional, Fiscal vs. Thomas Lubanga Dyilo. Sala de Primera Instancia, Sentencia del 14 de marzo de 2012. párr. 1350.



Hoja No. 38. Directiva No. **0003** "Por medio de la cual se establecen las pautas para la persecución penal de los crímenes de guerra en el territorio nacional"

El DIH no solo asigna obligaciones al Estado, sino que impone obligaciones a todas las partes que participan en el conflicto<sup>124</sup>. Así lo reconoció la Corte Constitucional:

*"La obligatoriedad del derecho internacional humanitario se impone a todas las partes que participen en un conflicto armado, y no solo a las Fuerzas Armadas de aquellos Estados que hayan ratificado los respectivos tratados. 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 [...]"<sup>125</sup> (subrayado fuera del texto).*

De esta manera, el DIH vincula tanto a las fuerzas militares como a los grupos armados ilegales y los responsabiliza por no respetar los mínimos de trato humanitario aplicables a los conflictos armados. En ese sentido, ninguno de los actores puede alegar el incumplimiento del DIH por parte de la otra parte, para justificar su propio incumplimiento. Lo anterior por el carácter no recíproco de las obligaciones que establece el DIH, que buscan garantizar los derechos básicos y la dignidad de las personas que no hacen parte del conflicto.

#### **7.1. El DIH no legitima el conflicto armado**

El DIH de ninguna manera significa una validación del conflicto, sino que surge con el propósito de limitar los métodos y medios de acción que pueden ser usados por las partes en conflicto. Al respecto, la Corte Constitucional sostiene lo siguiente:

*"El derecho humanitario en manera alguna legitima la guerra. Lo que busca es garantizar que las partes en contienda adopten las medidas para proteger a la persona humana. Las normas humanitarias, lejos de legitimar la guerra, aparecen como una proyección de la búsqueda de la paz, que es en el constitucionalismo colombiano un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento [...]"<sup>126</sup>.*

De manera similar se pronunció la Corte Suprema de Justicia que, sobre el sentido real de las leyes humanitarias y el reconocimiento del conflicto, consideró:

<sup>124</sup> Al respecto, ver el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra; el artículo 19 de la Convención de La Haya para la Protección de los Bienes Culturales. El artículo 22 del Segundo Protocolo a la Convención de la Haya para la Protección de los Bienes Culturales y el artículo 1 del Protocolo II a la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales.

<sup>125</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-225 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>126</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-225 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.



Hoja No. 39. Directiva No.

0003

“Por medio de la cual se establecen las pautas para la persecución penal de los crímenes de guerra en el territorio nacional”

*“Es que del reconocimiento de la guerra o de los conflictos armados como una realidad y, por ende, del altruista propósito de sujetar a los combatientes a unas reglas que limiten sus métodos y medios de acción, con el fin de proteger a la persona humana, no se sigue alegremente que el derecho internacional humanitario legitima la guerra o la existencia de los conflictos armados o de grupos insurrectos o la recurrencia a formas inhumanas de ataque o a potentes instrumentos de desolación por parte de las asociaciones armadas irregulares [...]. Solo con el compromiso de los enfrentados en el conflicto, tanto los irregulares como la fuerza pública, de humanizar la terrible confrontación bélica, de evitar las crueldades innecesarias en las operaciones militares de uno u otro bando, para que no siga acreciendo el rencor y el deseo de venganza, se conserva la esperanza de la paz en la república y de la reconciliación entre los opositores armados [...]”<sup>127</sup> (subrayado fuera del texto).*

Así, el énfasis frente al DIH no reside en lo que pueden hacer los actores de la guerra, sino en lo que no pueden hacer respecto a la población civil y demás personas protegidas. Es por ello que, en el caso colombiano, ha tenido lugar una evolución, tanto en la jurisprudencia como en la normatividad misma, que puede ser concebida como humanización del DIH<sup>128</sup>.

#### **7.2. Los actos contra el DIH son independientes de su valoración por parte de los actores del conflicto**

Los actos que constituyen un atentado contra el DIH no están sujetos a la valoración que realicen las partes sobre el conflicto armado, sobre el estatus de las partes o sobre el carácter de las personas protegidas por las normas humanitarias. Por esa razón, es indiferente la noción justificativa que un actor pueda tener sobre el conflicto y, sobre todo, sobre las víctimas.

Así, por ejemplo, en innumerables narraciones de hechos que han tenido lugar en el marco de los procesos penales del proceso de Justicia y Paz, algunos “versionados” han señalado a personas civiles desarmadas, muertas fuera de combate, como “integrantes de la guerrilla” a los cuales se les “daba de baja”<sup>129</sup>. Estas expresiones que degradan a la persona que ha fallecido, y que son usadas como justificaciones, son indiferentes para el juicio del fiscal al momento de llenar de contenido la situación fáctica del conflicto y el carácter mismo de la persona protegida victimizada.

De igual forma, es indiferente el discurso de un actor del conflicto que niega la existencia de víctimas o que considera que es válido el sacrificio de personas inocentes por los propósitos por los que se lucha. El DIH se aplica de manera independiente a este recurso discursivo. De esta manera, la aplicación en casos concretos de las normas que sancionan las infracciones al DIH tiene lugar de manera independiente a estas técnicas discursivas y justificativas.

<sup>127</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 25 de septiembre de 1996, radicado 12051, M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

<sup>128</sup> Al respecto ver: APONTE, Alejandro. Persecución penal de crímenes internacionales. Diálogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional, Fundación Konrad-Adenauer, Universidad Javeriana: Bogotá, p. 17 y ss.

<sup>129</sup> Sobre el uso de diversas expresiones utilizadas para degradar a las víctimas o para justificar los actos cometidos contra ellas, véase el Primer informe del área de justicia del Observatorio Internacional de la Ley de Justicia y Paz, del CITpax, dirigida por Alejandro Aponte Cardona (Bogotá-Madrid: diciembre de 2008, primera fase), 37-ss.



Hoja No. 40. Directiva No. 0003 "Por medio de la cual se establecen las pautas para la persecución penal de los crímenes de guerra en el territorio nacional"

Al respecto, es muy importante recordar uno de los descubrimientos más interesantes de la sociología criminal en el siglo pasado, el cual está relacionado con las denominadas "técnicas de neutralización"<sup>130</sup>. Estas constituyen los "argumentos", "razones" o "justificaciones" políticas, morales o sociales, para disminuir el impacto moral y jurídico de las acciones cometidas. Por ejemplo, la degradación de la víctima —es decir, el hecho de justificar su muerte porque ella sería, miembro o simpatizante del "enemigo"— constituye una técnica de neutralización de la calidad de la víctima. Sobre todo, se trata de una técnica para neutralizar el reproche social, moral, jurídico o político relacionado con la acción cometida. Una víctima degradada sería una víctima justificada.

Este hecho, que se enmarca en un ámbito más sociológico, político y filosófico, tiene su correlato —como se verá más adelante— en el aspecto propiamente dogmático penal del ejercicio de imputación de la conducta. Así mismo, en el terreno jurídico y político la concepción que quien comete una infracción al DIH tenga sobre la víctima es indiferente para el fiscal.

Además, en el terreno dogmático, el conocimiento exhaustivo de las leyes de la guerra por parte de quien las viola es indiferente para la imputación. Es decir, un imputado no puede alegar a su favor el desconocimiento de aquellas normas que limitan los efectos de la confrontación y que, en su entorno cultural o en su formación en la guerra, se justifican como parte inevitable de la guerra.

Por lo tanto, no se puede alegar, por ejemplo, que por razones culturales o por el machismo existente en una región, que una agresión sexual cometida contra una mujer haga parte de los rituales del conflicto. No se puede invocar el desconocimiento de las normas que prohíben las agresiones o la esclavitud forzada por el hecho de vivir o haber vivido en contextos o ámbitos machistas o de degradación de las mujeres. El contexto fáctico elemental de estar en una situación de conflicto armado basta para la exigencia sobre el conocimiento de las normas que prohíben acciones contra personas protegidas<sup>131</sup>. Incluso, el hecho de que la conducta haga parte de una tendencia predecible no la hace menos reprochable. Por el contrario, permite la imputación transversal de diversos delitos por ser una consecuencia previsible de un plan criminal.

De la anterior conclusión, también se deriva el hecho de que la existencia de actos de terrorismo dentro del conflicto armado, no le restan a este su carácter. El Comité Internacional de la Cruz Roja se expresó en esta dirección:

*"La eventual existencia de actos de terrorismo —prohibidos por el DIH— no modifica la calificación jurídica del conflicto. Se trata de un conflicto armado de*

<sup>130</sup> Al respecto ver: BARATTA, Alessandro. Criminología crítica y crítica del derecho penal. México: Siglo XXI editores, 1989, p. 75.

<sup>131</sup> "En una audiencia adelantada en el proceso de Justicia y Paz, en la ciudad de Medellín, un jefe paramilitar que era confrontado por una fiscal muy acuciosa del caso reconoció que, en su momento, él mismo desconocía algunas reglas específicas sobre el reclutamiento de menores. No obstante, en dicha audiencia, identificó casos de reclutamiento como casos efectivos de violación de las reglas humanitarias. Además, agregó a su narración el hecho de que todos los comandantes debieron saber que el reclutamiento de menores constituye una infracción al DIH, por hallarse en escenarios de conflicto. Al respecto, consultar el primer informe del área de justicia del observatorio internacional del CITpax, que cubrió numerosas audiencias de versiones libres de jefes paramilitares en su primera fase" (Op. Cit. APONTE, p. 37).



0003

Hoja No. 41. Directiva No. 0003 "Por medio de la cual se establecen las pautas para la persecución penal de los crímenes de guerra en el territorio nacional"

*carácter interno, en el cual son aplicables el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo adicional II [...]"<sup>132</sup>.*

De igual forma, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha establecido lo siguiente:

*"También es importante recordar que el hecho de que se perpetren actos terroristas dentro del contexto de un conflicto armado no afecta por lo demás el carácter jurídico de ese conflicto, aunque, como se indicó, puede generar la responsabilidad penal individual del perpetrador o de su superior por dichos actos, en la medida en que constituyen violaciones graves del derecho y las costumbres de la guerra [...]"<sup>133</sup>.*

Por último, es necesario reiterar que para la existencia del conflicto no se requiere el reconocimiento expreso del Gobierno sino que constituye un hecho notorio. Así lo reconoció la Corte Suprema de Justicia<sup>134</sup> al manifestar lo siguiente:

*"La realidad colombiana es evidente, existe un conflicto no internacional, y para ello no se requiere la manifestación expresa del Gobierno, pues el conflicto es un hecho y no una declaración [...]"<sup>135</sup>.*

### **7.3. La imputación de una infracción al DIH no genera un cambio en el estatus de las partes**

La imputación de un delito de guerra no implica que se otorgue un estatus especial de beligerancia con rango o impacto internacional al imputado o al grupo al cual pertenezca. Al contrario, el proceso de imputación reafirma que con independencia de la concepción que un actor tenga sobre sí mismo o sobre las víctimas, el hecho fáctico mismo del conflicto le impone el respeto de las leyes humanitarias.

Por ello, es relevante recordar el artículo común 3 a los Convenios de Ginebra que, en su apartado final, luego de exigir a las partes el respeto a las reglas mínimas humanitarias en los contextos de conflicto armado no internacional, establece que "la aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las partes en conflicto"<sup>136</sup>.

En la misma vía se pronunció la Corte Constitucional cuando examinó la exequibilidad del protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949<sup>137</sup>:

<sup>132</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, Informe sobre Colombia, 2004, p. 6.

<sup>133</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe: terrorismo y derechos humanos. 22 de octubre de 2002.

<sup>134</sup> El término conflicto armado interno no internacional ha sido utilizado en diversas oportunidades por la Corte Suprema de Justicia. Ver al respecto: sentencias del 21 de julio de 2004 (radicado 14538), 15 de febrero de 2006 (radicado 21330), 12 de septiembre de 2007 (radicado 24448), 27 de enero de 2010 (radicado 29753) y noviembre 24 de 2010 (radicado 34482); autos del 15 de julio de 2009 (radicado 32040), 21 de septiembre de 2009 (radicado 32022) y 30 de septiembre de 2009 (radicado 32553).

<sup>135</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 23 de marzo de 2011, radicado 35099, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

<sup>136</sup> La Corte Internacional de Justicia señaló que el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra es una norma que ha alcanzado el carácter de *jus cogens*. Corte Internacional de Justicia, Nicaragua vs. Estados Unidos de América (Actividades militares y paramilitares en y en contra de Nicaragua), sentencia del 27 de junio de 1986, decisión de fondo, párr. 218-220.

<sup>137</sup> Adoptada por la Ley 171 de 1994.

*JM*



0003

Hoja No. 42. Directiva No. \_\_\_\_\_ "Por medio de la cual se establecen las pautas para la persecución penal de los crímenes de guerra en el territorio nacional"

*"De un lado, el artículo 3° común señala que la aplicación de sus disposiciones 'no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las partes en conflicto'. Esta pequeña frase implicó, en su momento, una verdadera revolución jurídica, puesto que permitió que, en los conflictos internos, la aplicación de las normas humanitarias dejara de estar subordinada al reconocimiento de beligerancia de los insurrectos. (...) Por consiguiente, en un conflicto armado no internacional, los alzados en armas son sujetos de derecho internacional humanitario, puesto que están obligados a respetar las normas humanitarias, ya que estas son normas de ius cogens imperativas para todas las partes del conflicto. Pero esos rebeldes no devienen, por la sola aplicación del derecho humanitario, sujetos de derecho internacional público, puesto que siguen sometidos al derecho penal interno del Estado respectivo, y pueden ser penados por haber tomado las armas e incurrido en perturbación del orden público [...]"<sup>138</sup> (subrayado fuera del texto).*

Esta posición también fue adoptada por la Corte Suprema de Justicia que, sobre el caso particular, consideró:

*"Se advierte, en primer lugar, que la constatación de la existencia de un conflicto armado no internacional, es decir, de una situación de hecho, es una cuestión completamente distinta al reconocimiento del estado de beligerancia de los actores del conflicto. Hoy, jurídicamente, está descartado por el artículo 3° común a los Convenios de Ginebra que la aplicación de las normas humanitarias tenga efecto jurídico sobre el estatuto de las partes contendientes [...]"<sup>139</sup>.*

En conclusión, la infracción al DIH no genera un cambio en el estatus de las partes, ni que se reconozca un estatus especial de beligerancia.

#### **VIII. CASO ESPECIAL: EL DELITO DE HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 135 DE LA LEY 599 DE 2000**

La prohibición del homicidio de personas civiles y fuera de combate encuentra sustento en varios principios que rigen el DIH. Así lo reconoce la Corte Constitucional al sostener lo siguiente:

*"[...] en el marco de los conflictos armados internos la privación del derecho a la vida de las personas civiles o fuera de combate, equivale igualmente a la violación de prohibiciones imperativas, como lo son el principio de distinción, la prohibición de atacar a la población civil o la prohibición de ataques indiscriminados y armas de efectos indiscriminados [...]"<sup>140</sup> (subrayado fuera del texto).*

<sup>138</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-225 de 1995, Alejandro Martínez Caballero.

<sup>139</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 21 de septiembre de 2009, radicado 32022, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez. En igual sentido, ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 27 de enero de 2010, radicado 29753, M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

<sup>140</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-291 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

*SM*



Hoja No. 43. Directiva No. 0003 "Por medio de la cual se establecen las pautas para la persecución penal de los crímenes de guerra en el territorio nacional"

Ahora bien, la naturaleza pluriofensiva de las conductas cometidas con ocasión y en desarrollo del conflicto armado y la agudeza de la confrontación bélica en Colombia generaron la necesidad de tipificar, entre otros, el homicidio en persona protegida.

En efecto, el Código Penal, ley 599 de 2000, incorpora un título completo<sup>141</sup> sobre infracciones al DIH que corresponden, en principio, a numerosos actos concebidos en el Estatuto de Roma<sup>142</sup>, como crímenes de guerra. Se trata de conductas que se hayan cometido "con ocasión y en desarrollo" del conflicto armado interno.

A continuación se realizará un análisis detallado del tipo penal homicidio en persona protegida para establecer los elementos que deben verificar los fiscales para imputar este delito. Lo anterior por cuanto la correcta imputación de las conductas que constituyen crímenes internacionales es fundamental para el debido cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado, en materia de persecución penal de las violaciones a los derechos humanos y el DIH, así como la garantía plena de los derechos de las víctimas. De igual forma, es fundamental para el logro de una cada vez más coherente y consistente tarea de persecución penal nacional de crímenes internacionales.

#### **8.1. Consideraciones previas: uso de fuentes internacionales para la imputación del delito**

Para el delito analizado las fuentes del DIH son de suma importancia. En efecto, las fuentes internacionales permiten dotar de contenido a varios de los elementos de este tipo penal. Además, como ya se mencionó, este tipo penal surge para dar cumplimiento a las obligaciones internacionales que adquirió Colombia al suscribir los distintos tratados de DIH.

Los tratados internacionales sobre DIH suscritos por Colombia ocupan un lugar especial en el sistema de fuentes del derecho colombiano. Se trata de normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto<sup>143</sup>. Esto significa que se consideran incorporados a la Constitución Política y forman un conjunto normativo de igual rango, que precisan y complementan el sentido de las cláusulas constitucionales<sup>144</sup>.

A su vez, que los tratados sobre DIH tengan la misma fuerza vinculante que la Constitución genera importantes efectos jurídicos. En palabras de la Corte Constitucional:

*"El hecho de que las normas que integran el bloque de constitucionalidad tengan jerarquía constitucional hace de ellas verdaderas fuentes de derecho, lo que significa que los jueces en sus providencias y los sujetos de derecho en sus comportamientos oficiales o privados deben atenerse a sus prescripciones (...).*

<sup>141</sup> Título II de la parte especial del Código Penal, "Delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario".

<sup>142</sup> Incorporado en el ordenamiento jurídico colombiano mediante la Ley 742 de 2002.

<sup>143</sup> El bloque de constitucionalidad en sentido estricto, que incluye "aquellos principios y normas que han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato expreso de la Carta, por lo que entonces tienen rango constitucional, como los tratados de derecho humanitario" (Corte Constitucional, Sentencia C-582 de 1999; también ver la C-291 de 2007).

<sup>144</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-067 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.



Hoja No. 44. Directiva No.

0003

*“Por medio de la cual se establecen las pautas para la persecución penal de los crímenes de guerra en el territorio nacional”*

*Dado el rango constitucional que les confiere la carta, las disposiciones que integran el bloque superior cumplen la cuádruple finalidad que les asigna Bobbio, a saber, servir de i) regla de interpretación respecto de la dudas que puedan suscitarse al momento de su aplicación; ii) la de integrar la normatividad cuando no exista norma directamente aplicable al caso; iii) la de orientar las funciones del operador jurídico, y iv) la de limitar la validez de las regulaciones subordinadas [...]<sup>145</sup> (subrayado fuera del texto).*

En ese orden de ideas, cualquier disposición incluidas las normas penales deben ser interpretadas y analizadas a la luz de lo establecido por estos tratados. Así mismo, los operadores deben considerar las interpretaciones realizadas por las distintas instancias internacionales encargadas de interpretar los tratados:

*“En virtud del artículo 93 de la CP, los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, de lo cual se deriva que la jurisprudencia de las instancias internacionales encargadas de interpretar esos tratados constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales [...]*<sup>146</sup>.

En ese sentido, el uso técnico y consistente de las fuentes internacionales busca dotar de contenido a los elementos normativos del tipo penal vigente al momento de la comisión de las conductas. Este es el caso del homicidio en persona protegida: las fuentes internacionales llenan de contenido una norma penal vigente, pero no entran a sustituirla o a desnaturalizarla.

## **8.2. Estructura del tipo penal**

El delito de homicidio en persona protegida se encuentra consagrado en el artículo 135 del Código Penal. El delito está ubicado en el Título II, que consagra los delitos contra las personas y los bienes protegidos. El artículo en mención establece:

*“Artículo 135. Homicidio en persona protegida. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, ocasione la muerte de persona protegida conforme a los Convenios Internacionales sobre Derecho Humanitario ratificados por Colombia, incurrirá en prisión de treinta (30) a cuarenta (40) años, multa de dos mil (2.000) a cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de quince (15) a veinte (20) años.*

<sup>145</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-067 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>146</sup> Corte Constitucional, sentencia 010 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero. Reiterado, entre otras, en la C-370 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.



0003

Hoja No. 45. Directiva No. \_\_\_\_\_ "Por medio de la cual se establecen las pautas para la persecución penal de los crímenes de guerra en el territorio nacional"

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

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

Como se observa, el tipo penal contiene una serie de elementos normativos que lo especifican y que, a su vez, sirven de sustento para las diversas normas subsiguientes. Se trata de un tipo penal que debe ser llenado de contenido cuidadosamente por los fiscales con base en diversas fuentes, tanto de carácter nacional como internacional.

### **8.3. Autor de la conducta**

El legislador dispuso que el sujeto activo de la conducta fuera indeterminado. En efecto, la redacción del artículo 135 del Código Penal permite imputarle el homicidio en persona protegida a cualquiera de las partes que intervienen en el conflicto armado sin importar si se trata de actores legales o ilegales, o incluso, si se trata de personas que tomen parte activa en las hostilidades sin ser parte de un grupo armado o de las fuerzas armadas.

Frente a los grupos armados ilegales, la imputación de la conducta bajo los parámetros del DIH se realiza con independencia de la denominación que reciba el grupo armado al que pertenezca el sujeto que comete la conducta. Por lo tanto, para determinar la naturaleza del grupo armado irregular solo será necesario establecer si el grupo cumple con un nivel mínimo de organización y el umbral mínimo de hostilidades. Igualmente, recuérdese que para la imputación del tipo de homicidio en persona protegida lo importante es que el hecho guarde una conexión con el conflicto armado, independientemente de quién lo cometa. Esto siempre y cuando no se trate de meros delincuentes organizados, de simples bandas criminales, grupos de mafiosos u organizaciones ligadas al crimen transnacional.

### **8.4. Titular del ámbito de protección**

SM



0003

Hoja No. 46. Directiva No. \_\_\_\_\_ "Por medio de la cual se establecen las pautas para la persecución penal de los crímenes de guerra en el territorio nacional"

El sujeto pasivo es, por definición legal, calificado. La protección que extiende la norma se deriva de las circunstancias contextuales particulares en las cuales se comete el ilícito. La norma busca tutelar las garantías que se le han reconocido a la población civil y a los no combatientes de manera general en el marco del DIH.

Para efectos de determinar quiénes son los sujetos protegidos por el DIH, y por lo tanto, los sujetos pasivos del delito, a continuación se hará referencia a los diferentes sujetos que se mencionan en el párrafo del artículo 135 del Código Penal y luego a unos casos que merecen un análisis separado.

### **8.5. Ámbito de protección de la norma penal**

El sentido de la prohibición de la conducta descrita en el tipo penal del homicidio en persona protegida responde a la necesidad de mantener a salvo a aquellas personas que no se han hecho parte de un conflicto armado internacional o de un conflicto armado interno, tal como ya se ha expuesto en este estudio. En efecto, los civiles en un conflicto armado se encuentran en un alto grado de vulnerabilidad. La legitimación de la prohibición de utilizarlos como objetivos militares se halla en la protección de la expectativa de cualquier ciudadano que no ha consentido a hacer parte de un conflicto armado y tiene la potencialidad de ser afectado en un enfrentamiento.

En este orden de ideas, la prohibición de la conducta parte del reconocimiento de la posibilidad de terminar con la vida sólo de los miembros del grupo combatiente adversario en el marco de las reglas propias de la guerra. Tomar dolosamente como objetivo militar en el marco de un conflicto a aquellos que no hacen parte de él y tienen, por tanto, inmunidad respecto de las agresiones, es la conducta que excede el marco de normalidad de las reglas propias de la guerra y aquello que define el marco de protección de la expectativa de los civiles de mantenerlos por fuera de aquellos conflictos que no han hecho parte. De este modo, la definición del tipo no puede, por consiguiente, interpretarse como una simple "lesión al derecho de la vida" de un civil<sup>147</sup>. Se trata más bien de la prohibición de exceder las reglas propias de la guerra tomando como objeto militar a aquellos que no hacen parte del conflicto.

### **8.6. Homicidios cometidos contra civiles fuera de escenarios de combate**

El sistema penal colombiano ha ilustrado numerosos casos de muertes de civiles desarmados fuera de combate por parte de miembros de las fuerzas armadas. Mediante la utilización de

<sup>147</sup> El derecho penal no sanciona la "vulneración" o "lesión de los bienes jurídicos", sino la contradicción de la norma. El énfasis del análisis de todo tipo penal debe ubicarse por tanto en la función que cumple la conducta prohibida respecto del sentido de todo el ordenamiento jurídico. Ver al respecto: WELZEL, Hans. Estudios sobre el sistema del derecho penal. EN: Estudios de derecho penal, Buenos Aires: 2002, p. 15 y ss. (48 y ss.) versión original en alemán: Studien zum System des Strafrechts (1939), EN: Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, Berlin 1975, p. 120 y ss. (140); JAKOBS, Günther. Problemas de legitimación del Derecho penal ¿Protección de bienes jurídicos?, EN: Ius puniendi. Sistema penal integral, Vol.1 2015, 159 y ss.; Imputación, fundamentos y determinación de la conducta no permitida, EN: Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania, p. 13 y ss.

SM



Hoja No. 47. Directiva No. 0003 "Por medio de la cual se establecen las pautas para la persecución penal de los crímenes de guerra en el territorio nacional"

distintos móviles, como el rapto o el engaño, civiles son asesinados en escenarios ajenos al combate, pero en el contexto general del conflicto armado.

Cuando estos homicidios tienen como causa el conflicto armado y son cometidos en contra de personas protegidas por el DIH, deben ser imputados como homicidio en persona protegida.

En ese sentido, como ya se mencionó, para que un homicidio se considere cometido con ocasión y en desarrollo del conflicto armado no es necesario que el homicidio se haya cometido en medio o en desarrollo de los combates. Lo que se debe demostrar es el nexo concreto entre el homicidio y el conflicto armado.

Así, por ejemplo, en un caso conocido por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, la Corte determinó que aunque el homicidio de un joven —cometido por miembros de la fuerza pública— fue realizado por fuera de combate, guardaba estrecha relación con el conflicto armado interno y, por lo tanto, debía catalogarse como un homicidio en persona protegida:

*“Aunque los militares adujeron que la muerte del menor se produjo en desarrollo de un combate contra miembros de la banda delincuencia de ‘los Triana’ que dijeron opera en el sector donde ocurrieron los sucesos, dicha justificación fue desvirtuada [...] la oprobiosa práctica de los llamados falsos positivos, en virtud de la cual miembros de las fuerzas armadas causan la muerte a ciudadanos inermes ajenos al conflicto armado, [...] para después mostrarlos ante la opinión pública y sus superiores como bajas de un grupo armado ilegal en supuestos escenarios de combate y a partir de ello obtener beneficios como permisos, felicitaciones en la hoja de vida o ascensos, se encuentra íntimamente vinculada con el conflicto armado interno, pues este es condición necesaria para que tengan lugar tales desmanes. [...] Lo expuesto resulta suficiente para concluir que la víctima, al no tener la condición de combatiente, ni participar en las hostilidades propias del conflicto armado interno colombiano, tenía el carácter de civil, y como tal, gozaba del status de persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario [...]”<sup>148</sup>.*

Precisamente, este es uno de los puntos más difíciles en la investigación de este tipo de casos: la prueba efectiva del nexo entre los homicidios de civiles y el conflicto armado. Para ello, el fiscal debe considerar los criterios establecidos en la directiva como criterios orientadores para definir si el homicidio tuvo como causa el conflicto interno.

Una vez identificada la relación con el conflicto armado, corresponde establecer si la víctima era un no combatiente. Si se verifica que se trataba de una persona protegida por el DIH, se debe imputar el delito como homicidio en persona protegida.

Los casos en los que existan dudas sobre la calidad de la víctima estas deben ser analizadas a la luz de las obligaciones que tienen las fuerzas militares en el marco del DIH y en consideración a

<sup>148</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 28 de agosto del 2013, radicado 36460. M.P. María del Rosario González Muñoz.



FBI 0003

Hoja No. 48. Directiva No. 0003 "Por medio de la cual se establecen las pautas para la persecución penal de los crímenes de guerra en el territorio nacional"

que, en el desarrollo de sus tareas, las Fuerzas Militares deben proteger a la población civil y tomar todas las medidas necesarias para que no se vea afectada por las operaciones militares.

Para la determinación de la participación directa o indirecta de la víctima al momento de su muerte, es necesario acudir a lo expuesto en esta directiva sobre el concepto de participación directa en las hostilidades. Debe tenerse presente que un miembro de la población civil solo pierde su condición de persona protegida cuando asume el papel de combatiente y solo por el tiempo en que actúa como combatiente. Una vez termina su participación, no puede ser atacado. Por su parte, una persona que no participa directamente en las hostilidades, bajo ninguna circunstancia puede ser atacada.

Por último, es necesario realizar una investigación integral de los hechos en contexto, ya que estos no siempre tienen lugar de manera aislada ni son hechos cometidos necesariamente por individuos que actúan por su propia cuenta. Así, para citar un caso, la Corte Suprema de Justicia reconoció la generalidad de estos hechos:

*"En sus inicios, al tratarse de hechos singulares se los valora como casos aislados resultado de voluntades individuales y la responsabilidad penal se orienta y recae en ejecutores de menor o residual grado, pero dada su secuencia devienen en casos plurales de características similares [...]"<sup>149</sup>.*

#### **8.7. Persona internacionalmente protegida del artículo 104 del Código Penal frente a la persona protegida prevista en el artículo 135**

El numeral 9 del artículo 104 del Código Penal establece como circunstancia de agravación del homicidio que la conducta se haya cometido en contra de una "persona internacionalmente protegida, diferente a las contempladas en el título II de este libro"<sup>150</sup>.

La Corte Suprema de Justicia estableció que esta norma se restringe a aquellas personas previstas en el numeral 1 del artículo 1 de la Ley 169 de 1964. Es decir, a jefes de Estado o personas de similar jerarquía con protección internacional. Por el contrario, el artículo 135 del Código Penal hace relación a personas protegidas por el DIH<sup>151</sup>.

<sup>149</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 21 de octubre de 2009, radicado 25682, M.P. Yesid Ramirez Bastidas.

<sup>150</sup> Este es el título que contempla las infracciones al derecho internacional humanitario.

<sup>151</sup> Al respecto ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto del 16 de septiembre de 2009, radicado 32583, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 27 de enero de 2010, radicado 29753, M.P. José Leonidas Bustos Martínez.



Hoja No. 49. Directiva No.

0003

"Por medio de la cual se establecen las pautas para la persecución penal de los crímenes de guerra en el territorio nacional"

### **8.8. Sobre la intención y el conocimiento como requisito para la imputación de crímenes internacionales**

Al tratarse de un crimen internacional que, aunque debe ser imputado de conformidad con lo establecido en el Código Penal colombiano, es relevante hacer referencia a lo señalado en el artículo 30 del Estatuto de Roma<sup>152</sup>, que sobre la atribución de responsabilidad dispone:

#### *"Artículo 30. Elemento de intencionalidad*

- 1. Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si los elementos materiales del crimen se realizan con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen.*
- 2. A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien:*
  - a) En relación con una conducta, se propone incurrir en ella;*
  - b) En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos.*
- 3. A los efectos del presente artículo, por "conocimiento" se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Las palabras "a sabiendas" y "con conocimiento" se entenderán en el mismo sentido".*

Lo que establece esta disposición se complementa por lo establecido en el instrumento denominado "Elementos de los Crímenes"<sup>153</sup> del Estatuto de Roma<sup>154</sup>, que sobre la determinación de la intencionalidad del autor dispone lo siguiente:

- "3. La existencia de la intención y el conocimiento puede inferirse de los hechos y las circunstancias del caso.*
- 4. Con respecto a los elementos de intencionalidad relacionados con elementos que entrañan juicios de valor, como los que emplean los términos "inhumanos" o "graves", por ejemplo, no es necesario que el autor haya procedido personalmente a hacer un determinado juicio de valor, a menos que se indique otra cosa [...]"*

<sup>152</sup> Incorporado al ordenamiento jurídico colombiano a través de la Ley 742 de 2002.

<sup>153</sup> El documento al que se hace mención fue realizado para darle cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 9 del Estatuto de Roma. En efecto, este artículo establece que los elementos de los crímenes, competencia de la Corte Penal Internacional, serán aprobados por una mayoría de dos tercios de los miembros de la Asamblea de los Estados Partes. Esta disposición se incorporó al Estatuto de Roma por la preocupación de muchas delegaciones, en las que algunos de los crímenes del Estatuto aún no eran definidos con suficiente especificidad y claridad para alcanzar los estándares del derecho penal interno y asegurar que el principio de legalidad se respetara.

<sup>154</sup> El texto de estos Elementos de los Crímenes se reproduce de Documentos Oficiales de la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, primer periodo de sesiones (Nueva York: 3 a 10 de septiembre de 2002 (publicación de las Naciones Unidas, no. de venta S.03.V.2 y corrección), segunda parte. B). Los Elementos de los Crímenes adoptados en la Conferencia de Revisión de 2010 se reproduce de Documentos Oficiales de la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Kampala. 31 de mayo a 11 de junio de 2010 (publicación de la Corte Penal Internacional, RC/11).



Hoja No. 50. Directiva No. 0003 "Por medio de la cual se establecen las pautas para la persecución penal de los crímenes de guerra en el territorio nacional"

En ese orden de ideas, tal como se expresó en su momento, las valoraciones sobre el modo de actuar, sobre las conductas y sobre las mismas víctimas o hechos victimizantes no se dejan al arbitrio valorativo de quien comete los crímenes.

Así mismo, respecto a la conciencia de la existencia del conflicto armado para la imputación de crímenes de guerra<sup>155</sup>, el Estatuto de Roma menciona lo siguiente:

- "a) No se exige que el autor haya hecho una evaluación en derecho acerca de la existencia de un conflicto armado ni de su carácter internacional o no internacional;*
- b) En ese contexto, no se exige que el autor sea consciente de los hechos que hayan determinado que el conflicto tenga carácter internacional o no internacional;*
- c) Únicamente se exige el conocimiento de las circunstancias de hecho que hayan determinado la existencia de un conflicto armado, implícito en las palabras "haya tenido lugar en el contexto de y que haya estado relacionada con él [...]"*

De lo anterior se deduce que el conocimiento no se extiende a las causas del conflicto ni a los elementos descriptivos de su naturaleza<sup>156</sup>. Es suficiente que el sujeto activo de la conducta tenga conocimiento y conciencia de las circunstancias fácticas<sup>157</sup> para que la conducta le sea imputable, con previa verificación de los demás elementos. Dicha conciencia no debe ser calificada. Basta con inferir la existencia de un conflicto armado en un determinado contexto para que la conducta pueda ser imputada en su aspecto subjetivo.

Así pues, para imputar una infracción al DIH no se requiere que la persona imputada sea especialista en los límites y posibilidades de acción en un conflicto armado en términos jurídicos, incluso si la noción de conflicto armado presupone una valoración jurídica. Lo que se destaca es el presupuesto fáctico insoslayable de encontrarse los actores en una situación de conflicto armado. Es una cuestión de carácter eminentemente fáctico: se está en un contexto innegable de conflicto, lo cual determina las acciones y las consecuencias<sup>158</sup>.

Así como no puede aducirse como excusa la existencia del conflicto para los delitos que se cometan, tampoco puede alegarse su desconocimiento. Al contrario, la existencia de una guerra degradada desde el punto de vista fáctico supone una mayor exigencia en el respeto a las personas protegidas. Más severo debe ser un sistema penal con los actores de la guerra cuanto más degradado sea un conflicto.

Por otro lado, la Corte Penal Internacional en el caso contra Thomas Lubanga enfatizó en el conocimiento que tenía Lubanga de la existencia del conflicto armado en sí o de las "circunstancias fácticas que establecen la existencia de un conflicto armado"<sup>159</sup>.

<sup>155</sup> Artículo 8 del Estatuto de Roma.

<sup>156</sup> DÖRMANN, Knut. Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court. CICR: Cambridge, 2004, p. 21.

<sup>157</sup> Ibid. p. 27.

<sup>158</sup> Sobre las implicaciones concretas que tiene ello para el caso colombiano, ver: APONTE, Alejandro. Persecución penal nacional del homicidio en persona protegida: alcances y límites del derecho penal en contextos de justicia transicional EN: Derecho Penal Internacional. Textos escogidos, volumen II, editorial Ibáñez, Bogotá, 2014, p. 352-389.

<sup>159</sup> Corte Penal Internacional, Fiscal v. Thomas Lubanga Dyilo, Juicio del 14 de marzo de 2012, párr. 1350.



**FISCALÍA**  
GENERAL DE LA NACIÓN

FEJ 0003

Hoja No. 51. Directiva No. \_\_\_\_\_ "Por medio de la cual se establecen las pautas para la persecución penal de los crímenes de guerra en el territorio nacional"

En conclusión, respecto a la comisión de infracciones al DIH, un actor no puede alegar una especie de error de prohibición, o incluso una especie de error de tipo en un escenario de conflicto armado<sup>160</sup>. El solo hecho de encontrarse fácticamente en un contexto de conflicto armado, sin necesidad de ningún tipo de declaración formal, es suficiente para que le sea imputado el delito de homicidio en persona protegida a título de dolo.

### **8.9.No existe la modalidad culposa en el homicidio en persona protegida**

Una de las reglas básicas del principio de culpabilidad está contenida en el artículo 21 del Código Penal, el cual define las modalidades de la conducta punible. Este artículo determina que *"la culpa y la preterintención solo son punibles en los casos expresamente señalados en la ley"*. A diferencia del homicidio simple y el homicidio calificado, el homicidio en persona protegida no admite modalidad culposa, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 21 reseñado.

Sin embargo, hay que partir del presupuesto de que el bien jurídico tutelado por este tipo penal son las personas protegidas por el DIH. Se trata de un tipo penal pluriofensivo que, si bien protege la vida, lo hace en cuanto es expresamente protegida por el DIH en escenarios de conflicto armado. Por consiguiente, inclusive en los casos donde no se pueda calificar la conducta como homicidio en persona protegida (ya sea porque la conducta no es dolosa o porque en el momento de ocurrencia de los hechos no existía el homicidio como crimen de guerra en el Código Penal vigente), sí se puede imputar como homicidio culposo inscrito y relacionado con el conflicto armado, lo que lo hace un crimen de guerra independientemente de la calificación típica que reciba a raíz de la variación en el dolo<sup>161</sup>. Adicionalmente, hay que tener en cuenta que, aunque los crímenes de guerra en el Código Penal vigente no admiten modalidad culposa, en el derecho penal internacional es posible cometer estos crímenes cuando no se cuenta con el conocimiento de que un subordinado está cometiendo un crimen de guerra<sup>162</sup>.

<sup>160</sup> Lo que no excluye posibilidades muy concretas en las que tenga lugar el error de tipo. Por ejemplo, casos en los cuales soldados combatientes en territorios apartados, hostiles y en las condiciones más adversas puedan entrar erróneamente a confundir la condición de un civil con la de un combatiente de un grupo armado ilegal o en otros casos similares.

<sup>161</sup> En cualquier caso, se entenderá como dolo los conocimientos y la voluntad de realización que tenga el autor acerca del acontecer delictivo. En el caso del homicidio en persona protegida el objeto del conocimiento y la voluntad corresponde específicamente a la calidad de "civil" de quien es objeto militar de la agresión en combate. Conforme a las reglas propias de la guerra, la participación en un combate parte de un conflicto armado internacional o interno presupone, por tanto, *tener un mínimo de conocimiento* de quien es objeto de la agresión es en efecto un combatiente, más no un civil. En otras palabras: conforme a un concepto normativo de dolo, no es dable argumentar con el fin de negar la existencia del dolo que el combatiente "no sabía" que la víctima de la agresión era un civil y no un miembro del grupo adversario. La constatación del dolo resultará si a partir de una interpretación del actuar en contexto el combatiente, conforme al sentido de su competencia en el combate, debía presuponer que estaba atacando a un civil y no a un adversario. No basta, por lo tanto, argumentar la "carencia" del conocimiento o "conciencia" sobre aspectos que se presumen del conocimiento propio de un combatiente para descartar la existencia del dolo. La indiferencia en este caso es una forma misma de expresión de la conducta que se le debe equiparar al dolo. Ver al respecto: RAGUÉS, Ramón. El dolo y su prueba en el proceso penal. Bogotá: 2002, especialmente p. 323 y ss., 345 y ss., 357 y ss.; ver también SÁNCHEZ-VERA, Javier. Nuevas tendencias normativas en el concepto y la prueba del dolo. EN: Revista de Derecho Penal y Criminología, Universidad Externado de Colombia, Vol. 26, Núm. 79, 2005, p. 99 y ss.; JAKOBS, Günther. Vorsatzbegriff, EN: Rechtswissenschaft, Juli 2010, p. 308.

<sup>162</sup> No se puede olvidar que el artículo 28 del Estatuto de Roma no sólo castiga los posibles crímenes de guerra que hayan cometido los subordinados aún cuando el comandante no tuviera conocimiento de que dichos crímenes se iban a cometer. En otras palabras, castiga la *omisión culposa* del superior de informarse sobre las conductas de sus subordinados, y de esta forma, sin compartir el elemento de intencionalidad del delito, se le castiga por la comisión de los crímenes de guerra de sus subordinados.



Hoja No. 52. Directiva No. **0003** "Por medio de la cual se establecen las pautas para la persecución penal de los crímenes de guerra en el territorio nacional"

Si bien existen situaciones que pueden ser concebidas como errores militares en escenarios de conflicto, son situaciones residuales que tienen que probarse de manera exhaustiva, de modo que en ningún caso supongan una excusa frente a la comisión de hechos dolosos.

Como se mencionó al principio del documento, el DIH impone obligaciones a las partes en conflicto para evitar que la población civil y los no combatientes sean víctimas. Por ello, no es posible que se alegue un error militar producto del desconocimiento de estas obligaciones, en especial las que establecen los principios de distinción y precaución.

En este punto, es necesario considerar lo establecido en el artículo 50 del Protocolo Adicional I, que aunque regula conflictos internacionales, hace referencia al alcance de la protección a los miembros de la población civil:

*"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 [...]" (subrayado fuera del texto).*

Así pues, las partes en conflicto deben ser especialmente cuidadosas en relación con las personas a las cuales dirigen su ataque. Por esta razón, los errores militares quedan reducidos a circunstancias excepcionales. Al respecto, el Comité Internacional de la Cruz Roja ha dicho lo siguiente:

*"[...] en caso de duda, ha de efectuarse una cuidadosa evaluación, en las condiciones y con las limitaciones de cada situación particular, para determinar si hay suficientes indicaciones que autoricen un ataque. No se puede atacar automáticamente a cualquiera que pueda resultar sospechoso [...]"<sup>163</sup>.*

Por otro lado, otros homicidios cometidos en escenarios de conflicto armado que no se cometen en desarrollo y con ocasión estricta del mismo no constituyen homicidios en persona protegida. Así, por ejemplo, homicidios por cobros de deudas a través de actos violentos o amenazas, no son homicidios en persona protegida.

En el caso de que un inferior o subalterno de las fuerzas armadas sea engañado o sea coaccionado ineludiblemente a la comisión de un homicidio en persona protegida, se entiende que esta persona no es responsable, pues actuó bajo causales de ausencia de responsabilidad, dispuestas en el artículo 32 del Código Penal.

Es importante anotar que, de acuerdo con el segundo inciso del numeral 4 del artículo 32 que regula la figura de la "obediencia debida" y, sobre todo, de acuerdo con lo dispuesto por la sentencia C-551 de 2001 de la Corte Constitucional, los homicidios dolosos en persona protegida no estarían amparados por la figura de la obediencia debida, ni pueden ser entendidos como homicidios culposos.

<sup>163</sup> HENCKAERTS, Jean-Marie y BECK, Doswald. Comité Internacional de la Cruz Roja: El derecho internacional humanitario consuetudinario, Comité Internacional de la Cruz Roja: Buenos Aires, 2007.



Hoja No. 53. Directiva No.

0003

"Por medio de la cual se establecen las pautas para la persecución penal de los crímenes de guerra en el territorio nacional"

Ahora bien, así como el tipo penal que se estudia no admite la modalidad culposa, tanto menos la modalidad preterintencional. No solo por la previsión mencionada en el artículo 21, es decir, que expresamente el artículo no la admite, sino por la misma inoperancia práctica de esta modalidad en la conducta.

#### 8.10. Concurso de conductas punibles

El homicidio en persona protegida es un delito, que en la mayoría de los casos, se comete en concurso bien sea material homogéneo o material heterogéneo, con las más diversas conductas. Es decir, el delito puede concurrir con otros homicidios en persona protegida o con lesiones en personas protegidas, entre otras<sup>164</sup>.

El fiscal del caso debe ser muy acucioso con la elaboración de los concursos cuando concurre el delito de homicidio en persona protegida con crímenes ordinarios. Sobre este tema se debe destacar algo fundamental: no todos los delitos que se cometen en escenarios de conflicto armado son infracciones al DIH. Los delitos contra el DIH pueden concursar con delitos ordinarios. Además, en un mismo sujeto activo pueden concurrir toda clase de delitos y no solo aquellos que constituyen crímenes internacionales. De igual forma, un sujeto puede ser responsable de acuerdo con diversas formas de autoría o participación.

#### 8.11. Circunstancias de mayor punibilidad

En razón de las diversas consideraciones expuestas, el tipo penal de homicidio en persona protegida es en sí mismo un tipo penal agravado, no solo en el sentido de la pena prevista, sino en razón a todas las circunstancias que fundamentan la noción de persona protegida.

Aun así, es posible que se presenten circunstancias de mayor punibilidad como las previstas en el artículo 58 del Código Penal. A manera de ejemplo, en una providencia dentro del proceso especial de justicia transicional se determinó:

*"Comoquiera que en lo que tiene que ver con el delito de homicidio en persona protegida las condiciones fácticas en las que se perpetraron evidencian suficientemente la presencia de las circunstancias genéricas de agravación punitiva que se establecen por el artículo 58 numerales 2°, 5°, 6°, 8° y 10° del CP., al estar acreditado los motivos abyectos de las muertes violentas, que como se vio derivan de los patrones de conductas –homicidios selectivos de supuestos colaboradores de la subversión o de la delincuencia común–; la condición de vulnerabilidad e indefensión de las víctimas, derivada no solo de sus*

<sup>164</sup> En el proceso especial de Justicia y Paz se han verificado cientos de casos de concurso entre el delito de homicidio en persona protegida y la tortura también en persona protegida. Así mismo, en concurso material heterogéneo con la conducta de desaparición forzada o de desplazamiento forzado.



Hoja No. 54. Directiva No. 0003 "Por medio de la cual se establecen las pautas para la persecución penal de los crímenes de guerra en el territorio nacional"

*imposibilidades de defensa al momento de los hechos, sino de la violencia estructural que simultáneamente las victimizaba; el interés del procesado en hacer más nocivas las consecuencias de estos homicidios; en cuanto al ocultamiento de los cadáveres y la falta de información oportuna de la suerte de las víctimas a los familiares; su interés en aumentar el sufrimiento de los mismos mediante actos de tortura; y sus actuaciones en coparticipación criminal, por lo que la Sala estima proporcionado tasar la pena a imponer el Cuarto máximo que se comprende entre 450 a 480 meses de prisión [...]*<sup>165</sup>.

No obstante, el fiscal debe ser autorre restrictivo en caso de aplicar estas circunstancias que solo tienen sentido en contextos muy específicos. No se pueden adoptar las circunstancias de mayor punibilidad previstas, por ejemplo, en el artículo 104 del Código Penal. Estas se hallan previstas solo para el caso del homicidio calificado. Aplicarlas al tipo penal que se estudia es equivalente a hacer una analogía *in malam partem* que está expresamente prohibida.

## IX. DIRECTRICES

1. Para determinar la existencia de un conflicto armado interno se debe verificar que: (i) la organización sea suficiente para considerarse un grupo armado; y (ii) que se cumpla con el umbral suficiente de hostilidades. En consecuencia, la determinación del conflicto armado obedece a criterios objetivos y no a la determinación política de los gobiernos domésticos. Es decir, habrá un conflicto armado cuando se cumplan los criterios decantados por la jurisprudencia internacional, en donde nada tiene que ver la cualificación que reciba por parte de los agentes del Estado.
2. Para examinar la organización suficiente del grupo armado se podrán tomar en cuenta, entre otros, los siguientes criterios: (i) la existencia una estructura de comando; (ii) la habilidad de efectuar operaciones militares organizadas; (iii) la existencia de un cierto nivel logístico; (iv) la existencia de un cierto nivel disciplinario y; (v) la habilidad de hablar a través de una sola voz por todo el grupo.
3. Para examinar la intensidad hostil suficiente del grupo armado se podrán tomar en cuenta, entre otros, los siguientes criterios: (i) el número de ataques y el incremento de la cantidad o la dispersión de los mismos en el territorio; (ii) que se evidencie el incremento del tamaño de las fuerzas gubernamentales y la distribución de armas; (iii) que el conflicto haya recibido atención internacional; (iv) la cantidad de víctimas; (v) el tipo de

<sup>165</sup> Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz. Sentencia del 2 diciembre de 2010, en contra del postulado Jorge Iván Laverde Zapata, alias "El Iguano", radicado no. 110016000253200680281, M.P. Uldi Teresa Jiménez, párr. 158.



Hoja No. 55. Directiva No. 0003 "Por medio de la cual se establecen las pautas para la persecución penal de los crímenes de guerra en el territorio nacional"

- armas utilizadas; (vi) la cantidad de tropas desplegadas; y (vii) la existencia de ceses al fuego y acuerdos de paz.
4. Para que se considere a una persona como miembro de un grupo armado (o combatiente en sentido genérico): (i) que se trate de un civil participante en las hostilidades; y (ii) que asuma una función continua de combate. A su vez, para ser considerado como un civil participante en las hostilidades se debe: (i) cumplir con el umbral del daño requerido; (ii) haber un nexo causal; y (iii) haber un nexo beligerante.
  5. La existencia de un grupo armado se deriva de la reunión objetiva de las condiciones mencionadas por la jurisprudencia internacional, en donde nada tiene que ver la presencia de una ideología política o filosófica al interior del grupo. Así mismo, el reconocimiento de una agrupación como grupo armado no afecta el estatus de las partes.
  6. El conflicto armado constituye, dentro de la estructura del tipo penal del crimen de guerra, una circunstancia de modo que, a su vez, entraña un condicionamiento temporal: se trata de actuar con ocasión y en desarrollo de un conflicto armado. Por ello, incluso en un escenario de conflicto, los homicidios que se cometan sin que el conflicto armado haya sido la causa para su realización, no pueden imputarse como homicidios en persona protegida. No todas las conductas criminales, cometidas en escenarios de conflicto armado, constituyen infracciones al DIH.
  7. Dogmáticamente, la categoría jurídica de combatiente solo se predica en conflictos armados de carácter internacional. En casos de conflictos armados internos la clasificación jurídica de los miembros de un grupo armado ha sido debatida ampliamente. La literatura especializada ha catalogado a los pertenecientes a dichos grupos bajo la categoría de miembros de un grupo armado irregular. No obstante, la Corte Constitucional colombiana ha decidido llamarlos como "combatientes en sentido genérico".
  8. La existencia de un conflicto armado interno hace que el régimen de derechos humanos deba ser interpretado a la luz del DIH. Esto implica que contra los pertenecientes a un grupo armado (llámese miembro de grupo armado irregular o combatiente en sentido genérico) se podrán planear y ejecutar operaciones que implique el uso letal de la fuerza.
  9. Debido al nivel de tecnicismo propio de la planeación y ejecución de las operaciones militares, a las circunstancias en que se toman esas decisiones y a la necesidad de contar con una respuesta efectiva durante las hostilidades, la fuerza pública debe contar con un margen de apreciación en la valoración del uso de la fuerza letal. Este margen de apreciación – que no constituye un estándar de discrecionalidad absoluta – le otorga al



0003

Hoja No. 56. Directiva No. \_\_\_\_\_ "Por medio de la cual se establecen las pautas para la persecución penal de los crímenes de guerra en el territorio nacional"

operador militar un rango de acción para la toma de decisiones en las operaciones militares.

10. En virtud de la jurisprudencia constitucional colombiana, las conductas cometidas por miembros de la fuerza pública en el marco del conflicto armado que se ajusten a las normas y principios del DIH son atípicas, por lo cual frente a las mismas no habrá lugar a reproche penal.
11. No toda transgresión al DIH puede ser considerada como un crimen de guerra. La criminalización de las violaciones al DIH ha sido primordialmente un desarrollo consuetudinario. La práctica de los Estados demuestra que al menos desde la década de 1940 se han venido criminalizando ciertas violaciones al DIH. Esta práctica fue cristalizada como costumbre internacional con el Protocolo Adicional II relativo a la protección de víctimas de conflictos armados de carácter no internacional del 8 de junio de 1977. En consecuencia, desde la fecha mencionada es posible investigar, juzgar y sancionar crímenes de guerra en Colombia.

Comuníquese y cúmplase.

Dada en Bogotá, D. C., a los 17 DIC. 2015

**EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT**  
Fiscal General de la Nación

	NOMBRE	FIRMA	FECHA
Proyectó	Paula Guerrero Salazar		16/12/2015
	Sebastián Briceño Mutis		16/12/2015
	Sergio Hoyos Robledo		16/12/2015
Aprobó	Sebastián Maclado		16/12/2015

Los arriba firmantes declaramos que hemos revisado el documento y lo encontramos ajustado a las normas y disposiciones legales vigentes y, por lo tanto, bajo nuestra responsabilidad lo presentamos para firma.