



**PERSECUCIÓN PENAL DE CRÍMENES IN-
TERNACIONALES: DIÁLOGO ABIERTO
ENTRE LA TRADICIÓN NACIONAL Y EL
DESARROLLO INTERNACIONAL**







PROF. DR. ALEJANDRO APONTE CARDONA

**PERSECUCIÓN PENAL DE
CRÍMENES INTERNACIONALES:
DIÁLOGO ABIERTO ENTRE LA
TRADICIÓN NACIONAL Y EL
DESARROLLO INTERNACIONAL**



fukl



© PROF. DR. ALEJANDRO APONTE CARDONA
© GRUPO EDITORIAL IBÁÑEZ
Carrera 69 Bis N° 36-20 Sur
Teléfonos: 2300731 - 2386035
Librería: Calle 13 N° 7-12
Tels.: 2835194 - 2847524
Bogotá, D.C. - Colombia
<http://webmail.grupoeditorialibanez.com>

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro por cualquier proceso reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo.

Ley 23 de 1982

ISBN: 978-958-9146-13-2

Diagramación electrónica: *Elizabeth Contreras S.*

® 2010.

PRESENTACIÓN

El presente trabajo es el resultado final del proyecto titulado, “Sistematización de la jurisprudencia penal internacional desde los referentes concretos del contexto colombiano en temas especialmente relevantes”, adelantado por el autor de este escrito, como consultor internacional, con el apoyo de la Fundación Konrad-Adenauer, programa Estado de Derecho, con sede en México. Para la Fundación Konrad, los desafíos teóricos, metodológicos y prácticos, que hoy en día suscita el derecho penal internacional, constituye una de las prioridades de su trabajo y ello no sólo en América Latina. Es así cómo, además, el programa Estado de Derecho, con sede en Montevideo, ha apoyado, desde hace ocho años, el Grupo latinoamericano de derecho penal Internacional, al cual pertenece el autor de este texto como experto colombiano del mismo, y que ha producido con especial compromiso una serie de publicaciones que buscan apoyar a la comunidad jurídica del continente, en el proceso de comprensión y manejo de temas relacionados con la justicia penal internacional.

De igual forma, para la facultad de ciencias jurídicas de la Universidad Javeriana de Bogotá, los desafíos que entraña el derecho penal internacional, constituyen hoy en día una de los aspectos de mayor relevancia en su trabajo y está comprometida en su estudio. Por esa razón, el autor, como profesor investigador de la facultad, celebra la coedición que se hace del presente libro que, además, es un resultado acorde con los objetivos del Grupo de investigación en teoría jurídica y política, denominado hoy investigación en justicia social, al cual aporta el departamento de derecho penal de la facultad, que nutre la discusión teórica desde una perspectiva dogmático-penal y sociológica.

En desarrollo del proyecto de investigación, que se adelantó durante el año 2009, en los días 12 y 13 de noviembre de ese año, se llevó a cabo un taller de trabajo práctico, con la presencia de un número aproximado de 30 funcionarios de distintas instituciones estatales, tales como la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación, jueces y magistrados del sistema de justicia penal y

miembros de la dirección de derechos humanos y DIH del Ministerio de Relaciones Exteriores, todos ellos comprometidos con la persecución penal nacional de crímenes internacionales. El documento se encuentra enriquecido con los muy valiosos aportes hechos por los asistentes al taller, que laboraron en grupos de trabajo durante dos días, apoyados por casos concretos presentados por el autor del texto.

El objetivo inicial del proyecto consistió en apoyar el trabajo adelantado por los distintos operadores judiciales, a partir de la ilustración de casos fallados por la jurisprudencia internacional, especialmente por el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda y la Corte Penal Internacional, en cinco temas concretos y complejos, de especial relevancia para nuestros operadores. No obstante, dicho objetivo se ha ampliado y el trabajo, como resultado final, es un texto de investigación y reflexión académica, que busca no sólo el apoyo a los operadores, sino el apoyo a la comunidad jurídica en general, en la reflexión conjunta de estos temas.

Los temas no se abordan sólo desde la perspectiva internacional y la jurisprudencia relevante, sino que se establecen puentes con nuestra propia tradición. En este sentido, es también un trabajo de derecho comparado, pero acotado sobre todo a partir del hecho de que no se comparan como tal las tradiciones, sino que se busca establecer, como se ha dicho, puentes y diálogos abiertos entre las mismas, todo ello en función de una depuración conceptual necesaria en nuestra comunidad jurídica y académica, y de una sofisticación argumentativa y metodológica.

Los cinco temas seleccionados para el estudio, son los siguientes: en primer lugar, se aborda la homologación o aplicación de normas que han regulado de manera tradicional los conflictos armados de carácter internacional a situaciones propias de conflicto armado interno que, además, constituyen hoy conflictos de gran ocurrencia. Paradójicamente, cuando las naciones de Occidente se empeñan en consolidar espacios territoriales donde no tengan lugar guerras internacionales, tienen lugar los más diversos conflictos de carácter interno. En desarrollo de este tema, se hace especial mención al homicidio en persona protegida, tan sensible en el caso colombiano y respecto del cual nuestra tradición es supremamente rica, particularmente a través de nociones como delitos atroces, o actos de “ferocidad y barbarie”, por ejemplo.

El segundo capítulo del trabajo estudia el desplazamiento forzado como crimen de guerra o, en el caso colombiano, entendido como infracción al derecho internacional humanitario. El tercer tema estudia las agresiones sexuales cometidas en desarrollo de conflictos armados, incluso cuando en su contexto o en ocasión del mismo, se agencian políticas genocidas, como es el caso de Ruanda. Por su parte, el cuarto capítulo aborda el reclutamiento ilícito en escenarios de conflicto armado interno, mientras que el quinto hace referencia a diversas formas de imputación de responsabilidad penal, fundadas sobre todo a partir de la prioridad en la investigación y sanción de los “más responsables”, o de los superiores jerárquicos.

En el estudio de estos temas, uno de los principales problemas a los cuales se enfrentan los operadores y la comunidad jurídica en general, es el tema del lenguaje, de los idiomas en los cuales se redactan las decisiones. Además y ello es lo más complejo, los dilemas relacionados con los idiomas, se hacen más arduos cuando se cruzan y se mezclan las tradiciones jurídicas y culturales. Por ejemplo, cuando se cruzan en la discusión, figuras propias de la tradición anglosajona, con figuras más propias de la tradición continental. Así, por ejemplo, en desarrollo de la tradición anglosajona, la fórmula de imputación de responsabilidad, conocida más como *control over the crime*, para su comprensión y traducción conceptual más acorde con nuestra tradición, se concibe como “dominio funcional del hecho”: la ciencia penal dialoga en torno a preocupaciones comunes en un mundo globalizado.

En razón a las consideraciones anteriores, en el presente trabajo se han comparado traducciones de las providencias y se ha discutido con expertos internacionales sobre el alcance y sentido de diversas expresiones. Al mismo tiempo que se han adelantado traducciones libres de piezas específicas. Como se dice empero, el tema de los idiomas y las traducciones constituye uno de los mayores desafíos para los juristas y, por ello, se recalca aquí el hecho de que se trata de establecer puentes y agenciar un diálogo abierto entre tradiciones jurídicas y culturales, más que de un ejercicio acrítico de importación sin matices de decisiones de tribunales internacionales. Por esa razón, además, no es éste un trabajo sobre estándares internacionales; al contrario, se parte de una visión crítica de los mismos, en la medida en que la noción de estándar ha venido siendo utilizada de manera descontextualizada, sin fundamento y sin contenidos reales. Es un tema

peligroso: no puede existir para los operadores jurídicos colombianos una especie de vasallaje, ni jurídico ni cultural, que los obligue a seguir, sin examen, presupuestos y pautas originadas en otros contextos. En contraste, se trata de aprovechar aportes de la jurisprudencia internacional, someterla a un examen crítico, contextualizarla y avanzar en el proceso complejo de depurar fórmulas más consistentes para la imputación de delitos muy exigentes en el caso colombiano. Los temas escogidos son, además, un punto de partida para el estudio sin pausa de los más diversos delitos.

El autor agradece, no sólo como consultor y profesor, sino como exbecario de la misma, a la Fundación Konrad, programa Estado de derecho, con sede en México, al director actual de la oficina, Christian Steiner y a su antiguo director, Rudolf Huber, por su interés sincero y su compromiso sin pausa en el diálogo abierto con los juristas latinoamericanos. También agradece a la oficina en Bogotá, por su apoyo irrestricto a las más diversas iniciativas y al proyecto que ha originado este libro. Agradece, igualmente, a cada uno de los operadores que contribuyeron a la redacción final del texto; la independencia crítica del sistema judicial colombiano es un hecho que es necesario siempre destacar, pues opera en condiciones de emergencia, impensables en otras tradiciones jurídicas y culturales. A ellos siempre un gesto de gratitud.

El autor agradece de manera muy especial, el apoyo paciente y juicioso de dos excelentes estudiantes de la facultad de ciencias jurídicas, quienes se desempeñaron como asistentes de investigación en el presente proyecto y quienes, además, participaron en el taller de trabajo conjunto con diversos operadores del sistema penal, agentes del Ministerio Público y miembros del grupo operativo interinstitucional de la dirección de derechos humanos y DIH del Ministerio de Relaciones Exteriores, e hicieron aportes valiosos a la reflexión final. Son ellos Diana Dajer y Alejandro Casas. Finalmente, agradece el autor al señor decano de la facultad, Carlos Ignacio Jaramillo y, con él, a Javier Celis, por su apoyo a la publicación no sólo de este trabajo, sino de diversos textos que estamos editando sobre este tema, en la colección de estudios internacionales. Lo mismo que al director del departamento de derecho penal, Andrés Ramírez, comprometido en la discusión libre e ilustrada, de los más diversos temas de nuestra disciplina.

CONTENIDO
PRESENTACIÓN 7

CAPÍTULO 1

HUMANIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO:
PUENTES ENTRE TRADICIONES JURÍDICAS Y CULTURALES
DIFERENTES

I. ESTÁNDARES DE PROTECCIÓN DERIVADOS DE LA HOMOLOGACIÓN
PARCIAL DE LAS LEYES DE LA GUERRA APLICABLES A CONFLICTOS INTERNOS .. 18

1. CONFLICTOS ARMADOS DE CARÁCTER INTERNO Y TRIBUNALES
PENALES INTERNACIONALES 18

2. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA (TPIY)...20

2.1. CONTEXTO HISTÓRICO 23

2.2. CRITERIOS PARA ESTABLECER LA EXISTENCIA DE UN CONFLICTO
ARMADO COMO CONTEXTO GENERAL DE IMPUTACIÓN DE LAS
CONDUCTAS 26

2.3. ¿CONFLICTO ARMADO INTERNO O CONFLICTO ARMADO
INTERNACIONAL? 29

2.4. PROSECUTOR V. FATMIR LIMAJ, ISAK MUSLIU & HARADIN BALA..... 32

2.5. LESA HUMANIDAD Y CRÍMENES DE GUERRA: LÍMITES NORMATIVOS Y
CONCEPTUALES SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL 35

2.5.1. *¿Qué se entiende por ataque generalizado y sistemático?* 37

2.5.2. *Ataque sistemático y generalizado y conflicto armado no son
términos equivalentes* 38

2.5.3. *¿Es correcta la noción de “población civil” respecto de los
delitos de la lesa humanidad?* 38

3. EL CASO DE RUANDA: ACTIVIDADES GENOCIDAS EN CONTEXTOS DE
CONFLICTO ARMADO 39

3.1. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA (TPIR) 40

3.2. CONTEXTO HISTÓRICO 42

3.3. EL CONFLICTO ARMADO INTERNO SEGÚN EL TPIR 43

3.4. PROSECUTOR V. JEAN PAUL AKAYESU..... 45

4. LA CORTE PENAL INTERNACIONAL 49

4.1. DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y CRÍMENES DE GUERRA 50

4.2. LA NOCIÓN DE CONFLICTO ARMADO EN EL ESTATUTO DE ROMA 52

4.3. EL HOMICIDIO COMO CRIMEN DE GUERRA EN EL ESTATUTO DE ROMA 57

4.4. CRÍMENES DE GUERRA Y CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD EN EL ESTATUTO
DE ROMA 60

II. EL CONFLICTO ARMADO INTERNO EN COLOMBIA Y EL HOMICIDIO EN PERSONA
PROTEGIDA..... 62

1. EL HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA 63

1.1.	CONFLICTO ARMADO COMO SUPUESTO FÁCTICO-NORMATIVO PARA IMPUTAR INFRACCIONES AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO	64
1.2.	EL PRINCIPIO DE DISTINCIÓN	66
1.2.1.	<i>El derecho internacional humanitario en Colombia: apropiación jurisprudencial de estatutos normativos humanitarios</i>	68
1.2.2.	<i>Derecho internacional humanitario y humanización de la guerra</i>	71
1.3.	EL CASO COLOMBIANO Y LA AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO DE PROTECCIÓN DE LAS NORMAS HUMANITARIAS: LA HUMANIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO	73
1.4.	ÁMBITOS TEMPORALES, GEOGRÁFICOS Y MATERIALES PARA DETERMINAR CUÁNDO TIENE LUGAR UNA SITUACIÓN DE CONFLICTO ARMADO ..	77
1.5.	COMBATIENTES, POBLACIÓN CIVIL Y PERSONAS FUERA DE COMBATE.....	78
1.5.1.	Combatientes	78
1.5.2.	<i>Personas civiles y población civil</i>	80
1.5.3.	<i>“Personas fuera de combate” en tanto “no combatientes”</i>	81
2.	DILEMAS PRÁCTICOS DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE DISTINCIÓN EN EL CONTEXTO DEL HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA	82
2.1.	LOS EX-COMBATIENTES EN TANTO PERSONAS PROTEGIDAS	83
2.2.	HOMICIDIOS COMETIDOS EN CONTEXTOS DE LA MAL LLAMADA “LIMPIEZA SOCIAL”	85
2.3.	ASESINATOS DE COMBATIENTES DEL MISMO GRUPO POR “FALTAS A LA DISCIPLINA”	87
3.	DECISIONES RECIENTES DEL SISTEMA PENAL COLOMBIANO: CONSOLIDACIÓN DE LA PERSECUCIÓN PENAL NACIONAL DEL HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA COMO CRIMEN INTERNACIONAL	88
3.1.	SENTENCIA DE ENERO DE 2010: AVANCE CUALITATIVO EN LA PERSECUCIÓN PENAL DEL HOMICIDIO DE PERSONA PROTEGIDA	90
3.2.	ES IRRELEVANTE LA CALIFICACIÓN SOBRE LAS VÍCTIMAS QUE ADELANTAN LOS AUTORES	90
3.3.	UN APORTE A LA CLARIDAD SOBRE LA NOCIÓN DE PERSONA PROTEGIDA EN EL CÓDIGO PENAL	91
3.4.	LOS “ACTOS DE BARBARIE” EN CONTEXTOS DE CONFLICTO ARMADO INTERNO	92
3.5.	LOS MAL DENOMINADOS “FALSOS POSITIVOS” COMO HOMICIDIOS EN PERSONAS PROTEGIDAS	92

CAPÍTULO 2

DESPLAZAMIENTO FORZADO Y CONFLICTO ARMADO INTERNO: JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL RELEVANTE

I.	DESPLAZAMIENTO FORZADO: DESARROLLO CONCEPTUAL FRENTE A LAS EXIGENCIAS DE PERSECUCIÓN PENAL	97
	INTRODUCCIÓN.....	97

1.	UNA CUESTIÓN PREVIA: ¿QUÉ ES DESPLAZAMIENTO FORZADO?	100
2.	LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL DESPLAZAMIENTO FORZADO	104
3.	EL DESPLAZAMIENTO FORZADO INTERNO Y EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO.....	105
2.	NO SE PODRÁ FORZAR A LAS PERSONAS CIVILES A ABANDONAR SU PROPIO TERRITORIO POR RAZONES RELACIONADAS CON EL CONFLICTO.	106
II.	EL DESPLAZAMIENTO FORZADO INTERNO EN LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES. 107	
1.	LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.....	107
1.2.	EL ARTÍCULO 22 DEL PACTO DE SAN JOSÉ COMO MARCO GENERAL DE INTERPRETACIÓN DE LAS CONDUCTAS	108
1.3.	COLOMBIA FRENTE AL SISTEMA INTERAMERICANO: CONFLICTO ARMADO INTERNO Y DESPLAZAMIENTO FORZADO	109
2.	EL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA	113
2.2.	LA EXPULSIÓN (O DEPORTACIÓN) Y LA PERSECUCIÓN COMO MARCOS DE IMPUTACIÓN DEL DESPLAZAMIENTO FORZADO	113
2.3.	SOBRE LA DEPORTACIÓN: UNA PRÁCTICA EN LA DINÁMICA DE LA DENOMINADA “LIMPIEZA ÉTNICA”	115
2.4.	¿EXPULSIÓN O DEPORTACIÓN? CLARIDAD EN PERSPECTIVA PARA EL CASO COLOMBIANO	117
3.	LA CORTE PENAL INTERNACIONAL	118

CAPÍTULO 3

AGRESIONES SEXUALES EN CONFLICTOS ARMADOS:
EL APORTE DE LOS TRIBUNALES AD-HOC PARA LA ANTIGUA
YUGOSLAVIA Y PARA RUANDA

I.	EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL FRENTE A HECHOS ESPECIALMENTE DRAMÁTICOS	121
	INTRODUCCIÓN.....	121
1.	TRASCENDENCIA DE PRÁCTICAS DELEZNABLES	122
1.1.	DESARROLLO HISTÓRICO DEL TRATAMIENTO DADO A LAS AGRESIONES SEXUALES	124
1.2.	EL APORTE DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA	127
2.	LA MUJER Y SU ESPECIAL VULNERABILIDAD EN ESCENARIOS DE CONFLICTO DEGRADADO	128
3.	LA VIOLACIÓN COMO MUESTRA MÁS EVIDENTE DE LA VIOLENCIA SEXUAL	132
4.	DIVERSOS TIPOS DE VIOLENCIA SEXUAL.....	135
4.1.	VIOLACIÓN	135
4.2.	VIOLACIÓN COLECTIVA	136
4.3.	VIOLACIÓN MEDIANTE OBJETOS.....	137
4.4.	MUTILACIONES	138
4.5.	ESCLAVITUD SEXUAL Y PROSTITUCIÓN FORZADA.....	139

4.6.	EMBARAZO Y ESTERILIZACIÓN FORZADA.....	140
5.	LAS AGRESIONES SEXUALES COMO FACTOR CONSTITUTIVO DE GENOCIDIO EN RUANDA	141
5.1.	ESTATUTO DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA	141
5.2.	PROPAGANDA DE GÉNERO	141
5.3.	DIFICULTADES PROBATORIAS EN EL ELEMENTO SUBJETIVO	143
6.	VIOLENCIA SEXUAL COMO CRIMEN DE GUERRA	145
6.1.	CONSAGRACIÓN DE LAS CONDUCTAS EN INSTRUMENTOS INTERNACIONALES.....	146
6.2.	AGRESIONES SEXUALES: ¿SUSCEPTIBLES DE SER IMPUTADAS EN EL MARCO DE LA TORTURA EN PERSONA PROTEGIDA?	149
6.3.	PRONUNCIAMIENTOS DEL TPIY Y DEL TPIR.....	152
7.	VIOLENCIA SEXUAL COMO CRIMEN DE LESA HUMANIDAD.....	157
II.	UNA REFERENCIA A LA SITUACIÓN COLOMBIANA	160
1.	HACIA LA VISIBILIZACIÓN DE LOS CRÍMENES SEXUALES EN CONFLICTO ARMADO . 161	
2.	EL MACHISMO COMO COMBUSTIBLE CULTURAL PARA LA COMISIÓN DE LOS CRÍMENES	163

CAPÍTULO 4

RECLUTAMIENTO DE MENORES EN ESCENARIOS DE CONFLICTO ARMADO: EL NIÑO COMO INSTRUMENTO DE GUERRA

I.	LOS MENORES RECLUTADOS: VÍCTIMAS Y VICTIMARIOS	165
	INTRODUCCIÓN.....	165
1.	PANORAMA GENERAL DEL RECLUTAMIENTO ILEGAL COMO CRIMEN INTERNACIONAL	165
2.	EL RECLUTAMIENTO	168
3.	FORMAS DE RECLUTAMIENTO.....	169
3.1.	RECLUTAMIENTO FORZOSO	170
3.2.	RECLUTAMIENTO ESTATAL.....	170
3.3.	RECLUTAMIENTO “VOLUNTARIO”.....	172
4.	EL MENOR RECLUTADO COMO VÍCTIMA: UNA EXIGENCIA DE TRABAJO INTERINSTITUCIONAL	175
5.	ÁMBITO DE PROTECCIÓN RESPECTO DE LA EDAD	178
6.	CUERPOS NORMATIVOS.....	179
6.1.	ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL	179
6.2.	CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y PROTOCOLO ADICIONAL I	181
7.	SITUACIÓN PARTICULAR DE LOS NIÑOS Y NIÑAS DENTRO DEL CONFLICTO.....	182
8.	FACTORES QUE HACEN DEL MENOR UN OBJETIVO ATRACTIVO PARA LOS GRUPOS ARMADOS	183
8.1.	FACILIDADES TECNOLÓGICAS	183
8.2.	ORFANDAD Y FALTA DE OPORTUNIDADES	184

8.3.	OBJETIVOS GENOCIDAS	185
8.4.	IDEOLOGÍA ATRACTIVA	187
8.5.	FUNGIBILIDAD	188
9.	ADIESTRAMIENTO	190
10.	RECLUTAMIENTO DE NIÑAS	192
II.	PROCESOS DE DESARME, DESMOVILIZACIÓN Y REINTEGRACIÓN (DDR)	195
1.	PROCESOS DE DDR: UN COMPROMISO INTERINSTITUCIONAL	195
2.	DESARME	197
3.	DESMOVILIZACIÓN	198
4.	REINTEGRACIÓN	199
III.	REFLEXIONES SOBRE EL RECLUTAMIENTO EN COLOMBIA	200
1.	DISPOSICIONES NORMATIVAS	200
2.	ELEMENTOS Y ESTRUCTURA DEL TIPO PENAL	202
3.	TRATA DE PERSONAS Y RECLUTAMIENTO FORZOSO: LÍMITES Y POSIBLE COMPLEMENTARIEDAD	204
4.	¿QUÉ HACER CON EL RECLUTAMIENTO FORZOSO DE ADULTOS CON EDADES CERCANAS A LOS 18 AÑOS?	205
5.	EL CONSENTIMIENTO NO OBRA COMO CAUSAL DE EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL	207

CAPÍTULO 5

RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR JERÁRQUICO: DESARROLLO INTERNACIONAL Y NACIONAL ALREDEDOR DE UN TEMA FUNDAMENTAL

I.	AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL CONTEXTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR JERÁRQUICO	209
	INTRODUCCIÓN.....	209
1.	LA MACROCRIMINALIDAD COMO PUNTO DE PARTIDA PARA LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL	210
2.	MÁS ALLÁ DE UNA MERA DIVISIÓN DE TRABAJO CRIMINAL CONVENCIONAL	211
3.	EL DENOMINADO “ESTÁNDAR YAMASHITA”	213
II.	INSTRUMENTOS INTERNACIONALES RELEVANTES.....	216
2.	ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL	217
3.	LA SANCIÓN POR OMISIÓN: TENDENCIA ACTUAL EN FÓRMULAS DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD	220
4.	OMISIÓN Y SUPERIOR JERÁRQUICO: CONEXIÓN DOGMÁTICA EN FUNCIÓN DE LA IMPUTACIÓN	221
III.	EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL: TEORÍAS DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL	222

1.	TEORÍA DE LA JOINT CRIMINAL ENTERPRISE (EMPRESA CRIMINAL COMÚN).....	222
1.1.	MACROCRIMINALIDAD Y EMPRESA CRIMINAL COMÚN	222
1.2.	LA UNIÓN EN TORNO AL PLAN O EMPRESA CRIMINAL COMÚN COMO FUNDAMENTO DE LA TEORÍA	223
1.3.	LA DISCUSIÓN EN TORNO DEL DOLO	225
1.4.	POSIBLE EXTENSIÓN INCONTENIBLE DE LA RESPONSABILIDAD PENAL	226
1.5.	FORMAS DE JOINT CRIMINAL ENTERPRISE	226
2.	COAUTORÍA BASADA EN EL DENOMINADO JOINT CONTROL OVER THE CRIME	230
3.	LA PROVIDENCIA CONTRA THOMAS LUBANGA: LAS TRADICIONES JURÍDICAS EN ACCIÓN	232
3.1.	SOBRE EL TIPO DE CONTRIBUCIÓN DE LOS INTERVINIENTES EN LOS HECHOS	234
3.2.	EL CASO LUBANGA: ¿COAUTORÍA POR DOMINIO FUNCIONAL DEL HECHO O AUTORÍA MEDIATA EN ESTRUCTURAS DE PODER?	238
4.	AUTORÍA MEDIATA A TRAVÉS DE ESTRUCTURAS ORGANIZADAS DE PODER	238
4.1.	¿PERMITE EL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO LA APLICACIÓN DE ESTA FÓRMULA DE AUTORÍA?	239
4.2.	FUNGIBILIDAD E INSTRUMENTALIZACIÓN SISTEMÁTICA DE LOS AUTORES MATERIALES	240
4.3.	RETICENCIA TRADICIONAL DE LA SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA PARA APLICAR LA TEORÍA	240
4.4.	DECISIONES PIONERAS DE LA FISCALÍA	241
4.5.	ANACRONISMO DE LA TESIS DE COAUTORÍA IMPROPIA EN CASOS DE VIOLACIONES DERECHOS HUMANOS Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO	242
5.	LA SALA PENAL: AVANCE TORTUOSO HACIA FÓRMULAS DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD AL SUPERIOR JERÁRQUICO	243
5.1.	LA SALA PENAL: AUTORÍA MEDIATA EN ESTRUCTURAS DE PODER MEDIANTE “INSTRUMENTO RESPONSABLE”	244
5.2.	EL FANTASMA PARALIZANTE DE LA POSIBLE IMPUNIDAD.....	246
5.3.	“LLENAR TODOS LOS VACÍOS DE IMPUNIDAD”: UNA PRETENSIÓN IMPOSIBLE .	248
6.	BREVE REFERENCIA A LA SENTENCIA CONTRA FUJIMORI	249
	BIBLIOGRAFÍA	253

CAPÍTULO 1

*HUMANIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL
HUMANITARIO: PUENTES ENTRE TRADICIONES
JURÍDICAS Y CULTURALES DIFERENTES*

“Humanizar” el derecho internacional humanitario: ésta ha sido una tarea que con toda clase de dificultades y desafíos, ha llevado a cabo el sistema judicial colombiano. El juez penal y el juez constitucional, se han empeñado en avanzar en este cometido, tanto más arduo en una sociedad que soporta una violencia casi endémica y, en todo caso, que padece un conflicto armado degradado, desideologizado y cuyas consecuencias perversas las sufren sobre todo los civiles indefensos, las víctimas de siempre, de las innumerables guerras que cruzan nuestro destino.

La guerra, un hecho fáctico pensado en la tradición del derecho público europeo, por fuera del derecho, ha tenido que ser trabajada y concebida por nuestros juristas desde el siglo XIX, a despecho de cualquier ideal, como un hecho relevante para el derecho; no para promoverla empero, sino para acotar sus efectos. La figura del derecho de gentes, de los delitos atroces, las nociones de ferocidad y barbarie, sirvieron como marcos generales de interpretación de las conductas cometidas por actores de la guerra, para ajustar los límites de sus acciones en función de víctimas inocentes; hoy, tienen los jueces a su haber el Código Penal vigente que, con el título II, capítulo único de la parte especial, introduce las infracciones al derecho internacional humanitario, al mismo tiempo que se cuenta con todas las disposiciones constitucionales que, sobre el derecho internacional humanitario, heredero legítimo del derecho de gentes, buscan ampliar los ámbitos de protección del DIH. Hoy, en procesos como el proceso especial de Justicia y Paz, se discute a diario sobre la comisión de infracciones al derecho internacional humanitario; se trata de exigencias concretas, reales. Y, como la guerra es un hecho cultural que no por lo deleznable y sombrío, deja de serlo en la historia humana, los aportes de tribunales internacionales, en su camino recorrido también con tropiezos, pueden serles de utilidad a nuestros operadores.

Es un hecho que enmarca el objetivo del presente capítulo: presentar al operador colombiano y todos los miembros de la comunidad jurídica en general, dichos aportes fundamentales, al mismo tiempo que se destaca nuestra propia tradición. Se hace un recorrido que en algunos tramos puede ser materia ya trabajada por algunos especialistas, pero que el autor, en innumerables encuentros con operadores y, desde luego, en su experiencia como profesor de generaciones que se aventuran en estos temas, concibe como necesario sistematizar y contextualizar en el ámbito más genérico de la persecución penal nacional de crímenes internacionales. Se agrega, a este recorrido, la reseña de las más recientes providencias del sistema penal colombiano, a fecha de cierre de elaboración de este escrito, marzo de 2010.

I. ESTÁNDARES DE PROTECCIÓN DERIVADOS DE LA HOMOLOGACIÓN PARCIAL DE LAS LEYES DE LA GUERRA APLICABLES A CONFLICTOS INTERNOS

Como se ha indicado previamente, en este capítulo se hará referencia a jurisprudencia internacional relevante sobre las nociones de conflicto armado interno e internacional, sobre el derecho internacional humanitario y sobre el crimen de guerra, infracción al derecho internacional humanitario en nuestra normatividad, del homicidio en persona protegida. También se hace una presentación del caso colombiano, enfatizando de manera especial la extensión del ámbito de protección del derecho humanitario, tradición importante y valiente del sistema judicial colombiano. Es una tradición que se enmarca, muy particularmente, en el énfasis de los aportes normativos del denominado “principio de distinción”.

1. CONFLICTOS ARMADOS DE CARÁCTER INTERNO Y TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES

En el contexto de las relaciones entre guerra y derecho suscitadas en los conflictos vividos en la antigua Yugoslavia y en Ruanda, la comunidad internacional de Occidente ha realizado importantes esfuerzos en las últimas décadas respecto del enjuiciamiento de autores de crímenes internacionales. Aún cuando los crímenes de guerra perpetrados durante los conflictos motivados por el desmembramiento de Yugoslavia y durante el genocidio en Ruanda, pusieron de relieve

la incapacidad de la comunidad internacional para castigar a los responsables de las violaciones del derecho internacional humanitario y, más importante aún, evitarlas, la indignación suscitada por estos dramas indujo al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas a la creación de dos Tribunales Penales Internacionales -uno para la antigua Yugoslavia y otro para Ruanda-, con el objetivo de juzgar las infracciones graves contra el derecho internacional humanitario cometidas en esos dos territorios. (Ello sirve de contexto general, desde luego, pero se entiende que en el terreno de la persecución concreta, se discutió también la comisión de otros crímenes internacionales)¹.

Hubo que esperar entonces los dramáticos acontecimientos, tras la desaparición de la antigua Yugoslavia, para que la comunidad internacional aceptase el establecimiento de un Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia, instituido en virtud de las resoluciones No. 808 y No. 827 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, aprobadas los días 22 de febrero y 25 de mayo de 1993. De otro lado, un segundo Tribunal fue constituido para juzgar las violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en Ruanda, de conformidad con la resolución No. 955 del Consejo de Seguridad, del 8 de noviembre de 1994.²

Uno de los aportes interesantes de la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales reseñados, concierne a la supresión de límites tan radicales entre la concepción sobre la existencia de conflicto armado interno y conflicto armado internacional. Esto, en razón a que en los conflictos ruandés y yugoslavo, tuvieron lugar situaciones en las cuales surgían elementos propios de uno y otro caso.³ (Ello, sin olvidar también y desde luego, el caso específico de Ruanda muy ligado a dinámicas de genocidio). En este sentido,

¹ Jacques STROUN, "Jurisdicción penal internacional, derecho internacional humanitario y acción humanitaria", en: *Revista Internacional de la Cruz Roja*, No. 144, noviembre 30 de 1997, p. 664.

² Paul TAVERNIER, "La experiencia de los tribunales penales internacionales para ex Yugoslavia y para Ruanda", en: *Revista Internacional de la Cruz Roja*, No. 144, noviembre 30 de 1997, p. 646.

³ *Ibidem*, p. 659. Para un estudio más profundo sobre la creación del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, se recomienda el texto de Christopher Greenwood, "The International Tribunal for Former Yugoslavia", en: *International Affairs*, Royal Institute of International Affairs, Vol. 69, No. 4, octubre de 1993, pp. 641-655.

“La responsabilidad penal individual por la comisión de crímenes de guerra es un principio del derecho internacional general sentado en el Tratado de Paz de Versalles y en el Estatuto del Tribunal de Nüremberg, pero cabe recordar que los crímenes a los que se refería el primero y en los que conoció el segundo comportaban violaciones de las leyes o usos de la guerra cometidas, precisamente, durante una guerra. Los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales amplían el ámbito de aplicación a todo tipo de conflicto armado de carácter internacional, pero nada disponen en cuanto a que, eventualmente, también pueda incurrirse en este tipo de crímenes en situación de conflicto armado sin carácter internacional. En este aspecto, la jurisprudencia de los Tribunales Penales instituidos por el Consejo de Seguridad resulta particularmente valiosa para determinar el alcance del ámbito del derecho internacional humanitario, ya que son las primeras instancias internacionales llamadas a conocer este tipo de crímenes”⁴.

A continuación se estudiará la jurisprudencia de estos dos tribunales, resaltando aquellos aspectos que pueden ofrecer herramientas de trabajo a los operadores nacionales al momento de interpretar las normas que nos rigen para el caso colombiano.

2. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA (TPIY)

Como se explicó con anterioridad,

“El 22 de febrero de 1993, en el marco de un conflicto armado, cuya existencia fuera considerada como una amenaza a la paz, dando lugar a la aplicación de medidas coercitivas y a la implementación de una operación para el mantenimiento de la paz, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas decidió, por resolución 808(1993), el establecimiento de un

⁴ Hortensia D.T. GUTIÉRREZ POSSE, “La relación entre el derecho internacional humanitario y los tribunales penales internacionales”, en: *International Review of the Red Cross*, marzo de 2006, No. 861, en: [http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/6u3nyj/\\$File/irrc_861_GPosse.pdf](http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/6u3nyj/$File/irrc_861_GPosse.pdf), p. 10.

tribunal internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia desde 1991”⁵.

El Estatuto del Tribunal, respecto de su competencia, determinó, en el artículo primero, que “el Tribunal Internacional está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de violaciones del derecho internacional humanitario cometidas a partir de 1991 en el territorio de la ex-Yugoslavia según las disposiciones del presente Estatuto”⁶.

A su vez, el artículo segundo del mismo señaló que:

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

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

⁵ Mónica PINTO, “La noción de conflicto armado en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia”, en: Gabriel Pablo Valladares (compilador), *Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas*, Lecciones y Ensayos, No. 78, Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, pp. 297 - 310.

⁶ Artículo 1º del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, Resolución No. 827 de 25 de mayo de 1993, Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

g) La expulsión o el traslado ilegal de un civil o su detención ilegal;

h) La toma de civiles como rehenes”⁷.

Por su parte, el artículo tercero del Estatuto, estableció que “el Tribunal Internacional tiene competencia para perseguir a las personas que cometan violaciones de las leyes o prácticas de guerra”. Los artículos cuarto y quinto le otorgaron competencia al Tribunal reseñado, respectivamente, para perseguir a las personas que hubiesen cometido genocidio y para juzgar a los presuntos responsables de crímenes contra la humanidad. Éste constituye un aspecto muy interesante en la medida en que, si bien el ámbito más general se relaciona con el conflicto armado interno, ello no significa que no haya tenido lugar, simultáneamente, la comisión de delitos contra la humanidad o genocidio. Al contrario, y esto es fundamental para el caso colombiano, en escenarios de graves violaciones de derechos humanos y DIH, se cometen toda suerte de delitos, concebidos hoy como crímenes internacionales, a más, desde luego, de la comisión de diversos delitos comunes. Sin embargo, esto no afecta la competencia más general de los tribunales.

De otra parte, es precisamente respecto a la caracterización del conflicto armado yugoslavo, donde radica el avance jurisprudencial de dicho Tribunal. Así,

“el Estatuto del Tribunal para la ex Yugoslavia de 1993 no incluyó entre los crímenes de competencia del Tribunal ni el artículo 3 común ni el Protocolo Adicional II de 1977. Solamente comprende las ‘infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949’ y las ‘violaciones a leyes y usos de la guerra’. De conformidad con lo expresado en el informe del Secretario General de las Naciones Unidas, estas últimas se referían a la Convención de la Haya de 1907 sobre normas y usos aplicables a la guerra terrestre y Reglamento anexo, tal cual fueron interpretadas y aplicadas por el Tribunal de Nüremberg. Resulta poco claro si la exclusión de normas aplicables a conflictos internos provino de considerar el conflicto de la ex Yugoslavia

⁷ Artículo 2º del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, Resolución No. 827 del 25 de mayo de 1993, Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

en su totalidad como un conflicto de carácter internacional. El Estatuto nada dice al respecto en forma explícita y el artículo 5, sobre crímenes de lesa humanidad, agrega cierta ambigüedad al señalar que el Tribunal tendrá competencia sobre crímenes de lesa humanidad cometidos en conexión con un conflicto armado de carácter internacional o interno”⁸.

Debe entenderse, en todo caso y como se ha dicho, que no se trata tanto de una ambigüedad, sino de la confluencia de diversos crímenes, en contextos generales de conflicto armado.

Ahora bien, para hacer un análisis comprensivo de la jurisprudencia del TPIY sobre los conflictos armados internos, es necesario hacer relación, así sea de manera general y sintética (ya que un estudio exhaustivo sobrepasa los límites de este trabajo), al contexto histórico del conflicto yugoslavo. Ello, para luego sí enfatizar el estudio de la jurisprudencia del Tribunal, particularmente de aquella relacionada con el caso *Prosecutor v. Dusko Tadic*, hito de esta corporación respecto de la caracterización de los conflictos armados internos. También se hará referencia al análisis efectuado en el caso *Prosecutor v. Limaj et al* por este Tribunal, respecto del hecho de cuándo se está en presencia de un conflicto armado interno, y de la providencia en la cual se imputa el caso concreto de homicidio sobre persona internacionalmente protegida por el DIH.

2.1. CONTEXTO HISTÓRICO

Respecto del contexto histórico que rodeó la creación del Tribunal, se destaca, básicamente, que se trata del conflicto que se desarrolló en el territorio de la República Socialista Federativa de Yugoslavia durante la primera mitad del decenio pasado (1990-1995) y, en especial, la crudeza del mismo en una de las ex Repúblicas, como es el caso de Bosnia Herzegovina.

⁸ Silvia A. FERNÁNDEZ DE GURMENDI, “El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: extensión de los crímenes de guerra a los conflictos armados de carácter no internacional y otros desarrollos relativos al derecho internacional humanitario”, en: Gabriel Pablo Valladares (compilador), *Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas*, Lecciones y Ensayos No. 78, Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, pp. 391 - 413.

Se debe enfatizar, al respecto, que Yugoslavia surgió como Estado-nación a partir de la configuración y reconfiguración de los imperios europeos, proceso que experimenta un hito con el advenimiento de las dos guerras mundiales⁹. Antes de 1990, la República Socialista Federativa de Yugoslavia estaba compuesta por seis Repúblicas: Eslovenia, Croacia, Bosnia-Herzegovina, Macedonia, Montenegro y Serbia. Cabe resaltar que Yugoslavia surgió como un Estado al final de la Segunda Guerra Mundial, inspirado en principios federativos y democráticos. No obstante lo anterior, tras la muerte del Mariscal Tito en 1980, artífice de la unión de los territorios de Eslovenia, Croacia, Bosnia-Herzegovina, Montenegro, Serbia, Macedonia y las provincias autónomas de Kosovo y Vojvodina, salieron a la luz viejas discrepancias étnicas y religiosas entre las distintas Repúblicas¹⁰.

Las diferencias se agudizaron por problemas económicos, producidos tras la caída del muro de Berlín en 1989 y la posterior disolución del Pacto de Varsovia. Con posterioridad y ligado ello a estos sucesos, se inician pugnas étnicas internas que derivan en un proceso de escisión del territorio yugoslavo, originado también por la declaración de independencia de Croacia y Eslovenia, el 25 de junio de 1991, debido principalmente al temor que causaba el mensaje ultranacionalista de los líderes serbios, al mando de Slobodan Milosević¹¹. En marzo de 1992, el conflicto se acentuó cuando los ciudadanos de Bosnia-Herzegovina se pronunciaron a través de un referéndum a favor de su independencia de la República Federal¹².

Esta posición no fue aceptada por el denominado “Parlamento del Pueblo Serbio” (constituido por los bosnios de la etnia serbia), el cual proclamaba a su vez la independencia de la “República Serbia de Bosnia-Herzegovina”. Este hecho, unidos a la pretensión de separarse

⁹ Para un análisis sucinto del proceso de formación de Yugoslavia durante este período ver: Rafael A. PRIETO SANJUÁN (coordinador), *Tadic, Internacionalización de conflictos armados internos y responsabilidad individual, Grandes Fallos de la Justicia Penal Internacional 1*, Pontificia Universidad Javeriana, Biblioteca Jurídica, Bogotá, 2005, pp. 30 y ss.

¹⁰ Mariana Meyer, *Mecanismos de justicia penal internacional ad-hoc, la realidad y la posibilidad de un idealismo pragmático*, Centro Argentino de Estudios Internacionales, en: <http://www.caei.com.ar/ebooks/ebook12.pdf>, p. 16.

¹¹ Igualmente, para un análisis sobre las causas que llevaron a la desintegración de Yugoslavia ver: Rafael A. PRIETO SANJUÁN, *Op. cit.*, p. 36 y ss.

¹² Mariana MEYER, *Op. cit.*, p. 17.

de la nueva República de Bosnia-Herzegovina y de unirse con todos los serbios de la antigua Yugoslavia para dar vida a la “Gran Patria Serbia”, ya que ello representaba un antiguo ideal de este grupo.¹³

Con este mismo propósito, los serbios –que para abril de 1992 ya habían constituido una nueva República Federal de Yugoslavia, integrada por los territorios de Serbia y Montenegro-, iniciaron un proceso de “purificación étnica”, “que incluyó ejecuciones sumarias, desapariciones forzadas de personas, torturas, tratamientos crueles, inhumanos y degradantes, detenciones arbitrarias, violaciones sistemáticas, embarazos y prostitución forzadas de mujeres”¹⁴. En desarrollo de esta empresa criminal, militares y paramilitares serbios trasgredieron normas de DIH y cometieron actos calificados por la comunidad internacional como “genocidas”. (Fue un momento dramático de comisión de toda suerte de crímenes atroces). Para finales de 1992, existía un número aproximado de 50,000 personas muertas y 2 millones de personas desplazadas o refugiadas; a su vez, Serbia ocupaba militarmente el 70% del territorio de lo que era la antigua Yugoslavia y no estaba dispuesta a renunciar al territorio conquistado¹⁵.

En este contexto, ante la grave situación humanitaria que vivía la antigua Yugoslavia, y por la falta de una respuesta, tanto por parte de la Comunidad Europea, como por parte de los Estados involucrados hasta ese momento, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas decidió intervenir y dictar resoluciones más claras, con el objetivo de poner fin al conflicto o, por lo menos, como es el telos más claro en el DIH, de mermar sus consecuencias¹⁶. De esta manera, en 1992, se dejó entrever la posibilidad de adoptarse medidas que sancionaran a los directamente responsables, como lo evidenció la Resolución No. 764, del 13 de julio de 1992, que señaló expresamente “que todas las partes tienen el deber de cumplir con las obligaciones impuestas por el derecho internacional humanitario, especialmente los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, y que quienes cometieran u ordenaran

¹³ *Ibíd*em, p. 17.

¹⁴ *Ibíd*em, p. 17.

¹⁵ *Ibíd*em, p. 17.

¹⁶ *Ibíd*em, p. 17.

la comisión de violaciones graves de los Convenios son considerados personalmente responsables de dichas violaciones¹⁷.

No obstante, no fue sino hasta el 22 de febrero de 1993, que el Consejo decidió crear un tribunal penal internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves al derecho internacional humanitario, cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia desde 1991¹⁸. De esta forma, el Consejo de Seguridad fundamentó su actuación en el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas y, luego de expresar su alarma por la violación generalizada al derecho internacional humanitario en la antigua Yugoslavia, con la inclusión de asesinatos en masa y la continuación de una “depuración étnica”, determinó que dicha situación constituía una amenaza a la paz y la seguridad internacional, por lo que estableció la “necesidad de poner fin a los crímenes y tomar medidas eficaces para hacer comparecer ante la justicia a los responsables”¹⁹.

2.2. CRITERIOS PARA ESTABLECER LA EXISTENCIA DE UN CONFLICTO ARMADO COMO CONTEXTO GENERAL DE IMPUTACIÓN DE LAS CONDUCTAS

La jurisprudencia del denominado, por sus siglas en español TPIY, ha tenido la posibilidad de enfrentar un dilema que se presenta a todo tribunal, en cuanto al acento -si es más de tipo fáctico o normativo-, para establecer la existencia de un conflicto armado. De esta forma, superando criterios más o menos complejos, el Tribunal

¹⁷ Para mayor información ver: Resolución No. 764 de 13 de julio de 1992 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

¹⁸ Concretamente, por medio del numeral primero de la Resolución No. 808 de 22 de febrero de 1993 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, éste decidió establecer un “tribunal internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991”.

¹⁹ Mariana MEYER, Op. cit., p. 18. Para un análisis detallado sobre el establecimiento del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia ver, entre otros: James C. O'Brien, “The international tribunal for violations of international humanitarian law in the former Yugoslavia”, en: *The American Journal of International Law*, Vol. 87, No. 4, octubre de 1993, pp. 639-659. Igualmente, se recomienda estudiar la Resolución No. 808 de 22 de febrero de 1993 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y la Resolución 827 de 25 de mayo de 1993, del mismo órgano.

se ha inclinado por una descripción del conflicto armado a partir de elementos de carácter objetivo²⁰.

En el caso *Prosecutor v. Dusko Tadic*, tras establecer criterios para decidir sobre su propia competencia, la Sala de Apelación se ocupó en una primera instancia de la licitud de la constitución de ese Tribunal Internacional y, en especial, del poder del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para crearlo²¹. De otra parte, y como cuestión que adquiere mucha importancia en perspectiva, para efectos de la configuración de los conflictos armados internos según el TPIY, en esta providencia la Sala de Apelaciones efectuó también importantes aportes respecto del derecho aplicable a los conflictos armados y a la configuración de los mismos.

Una de las excepciones preliminares interpuestas por la defensa para denegar la competencia material del TPIY para estudiar este proceso, consistió en afirmar que el Tribunal Internacional carecía de dicha competencia para conocer los actos imputados contra el acusado, por cuanto no se reunían los elementos constitutivos de los crímenes bajo su competencia. Lo anterior, toda vez que Dusko Tadic fue acusado por 132 cargos referentes a infracciones graves de los Convenios de Ginebra, violaciones de las leyes y costumbres de la guerra y crímenes de lesa humanidad, bajo la configuración normativa que de los mismos adelantó consigo el Estatuto del Tribunal.

Ahora bien, ante la insistencia del apelante respecto de la no existencia de un conflicto armado al momento de los hechos que le fueron imputados, al estudiar su competencia material, la Sala de Apelaciones del TPIY fijó su jurisprudencia respecto a los conflictos armados, dejando así establecido que el derecho internacional humanitario rige la conducta de los conflictos armados internos e internacionales y que el alcance temporal y geográfico de los mismos se extiende más allá del tiempo y lugar exactos en que tuvieron lugar las hostilidades. En este sentido, aunque los Convenios de Ginebra

²⁰ Mónica PINTO, en: *Loc. cit.*, pp. 297 - 310.

²¹ Para una referencia mayor a las consideraciones efectuadas por el tribunal sobre su competencia y legitimidad, ver: Rafael A. PRIETO SANJUÁN, *Op. cit.*, p. 56. También se aclara que se utilizará para el presente estudio la traducción del fallo del caso Tadic del 7 de Mayo de 1997 del TPIY, adelantada en el libro compilado por este autor citado. Se hará referencia a la página del libro donde se encuentra el aparte pertinente de la providencia.

guardan silencio respecto del alcance geográfico de los conflictos armados internacionales, las disposiciones sugieren que, por lo menos algunas de las normas de los Convenios, se aplican en todo el territorio de la partes en conflicto y no sólo en aquellos lugares donde tienen lugar fáctica y estrictamente las hostilidades²².

En virtud de lo expuesto, el referido Tribunal señaló que:

“existe un conflicto armado siempre que se apele a la fuerza armada entre los Estados o violencia armada prolongada entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados, o entre tales grupos dentro de un Estado. El derecho internacional humanitario se aplica desde el inicio de tales conflictos armados y se extiende más allá de la cesación de hostilidades hasta que se celebra un tratado general de paz; o, en el caso de conflictos internos, se alcanza un acuerdo de paz. Hasta ese momento, el derecho internacional humanitario continúa aplicándose en el territorio entero de los Estados en guerra o, en el caso de conflictos internos, todo el territorio bajo control de una parte, si ahí tiene lugar o no un combate real”²³.

El Tribunal cerró así su argumentación respecto a la competencia material que tenía para conocer el caso que se estudia, toda vez que,

“estas circunstancias serían precisamente cubiertas por los hechos ocurridos en ex Yugoslavia desde 1991 hasta el verano de 1992, época en que sucedieron los crímenes alegados y conducen a la Sala de Apelación a concluir que los crímenes

²² *Ibíd*em, p. 68.

²³ *Ibíd*em, p. 69. Para el caso de los operadores colombianos, ésta es una consideración fundamental. El autor de este escrito, no sólo en el taller que ha estado ligado a la producción de este documento, sino en diversos encuentros celebrados con todo tipo de operadores, ha constatado la dificultad que surge para éstos cuando se trata de establecer pautas temporales y espaciales que configuren una situación propia de conflicto armado. Sobre todo, ha encontrado la reiterada –aunque ahora mucho menor– concepción según la cual existe conflicto armado cuando existen combates; es decir, el conflicto se reduciría a la situación fáctica del combate. Es desde luego, una dificultad propia de un caso particular como es el colombiano, en el cual coexisten situaciones propias de la paz y situaciones propias de la guerra. En un mismo territorio se vive simultáneamente la paz y la guerra. Es un tema que debe resolverse con criterios combinados, fácticos y normativos. Sobre este tema se insistirá en este documento.

imputados fueron cometidos con ocasión de un conflicto armado”²⁴.

De otro lado, respecto de los conflictos armados internos, la Sala dio cuenta de que el marco geográfico y temporal de referencia era igualmente amplio, puesto que las personas objeto de protección del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, no son sólo quienes están ligadas de manera inminente o inmediata a los escenarios de combate. Se amplía así el ámbito de protección²⁵.

2.3. ¿CONFLICTO ARMADO INTERNO O CONFLICTO ARMADO INTERNACIONAL?

Una vez establecida la existencia de un conflicto armado, el TPIY pasó a determinar su caracterización del conflicto como conflicto de carácter interno o internacional. Así, la Sala de Apelación del Tribunal Internacional resolvió esta cuestión mediante una interpretación teleológica de su Estatuto, la cual le permitió fundamentar sus argumentos respecto de cómo los conflictos en la antigua Yugoslavia, atravesaron algunas fases propias de conflicto armado interno, junto a otras de carácter internacional. Es un dato muy complejo e interesante, propio de una situación específica²⁶. El Tribunal recordó, además

²⁴ *Ibidem*, p. 70. Es de resaltar, que en la traducción que se ha acogido en el presente documento del caso *Prosecutor v. Dusko Tadic*, en texto ya reseñado, los traductores precisaron que “la acusación indica que en 1992 los serbios de Bosnia tomaron control del Opstina de Prijedor y que establecieron un campo de prisioneros en Omarska. En adelante, se argumenta que los crímenes fueron cometidos contra civiles al interior y exterior del campo de prisioneros de Omarska, como parte de la toma de poder de los serbios de Bosnia y la consolidación de su poder en la región de Prijedor, que era, a su vez, parte de una campaña militar mayor de los serbios de Bosnia, para obtener control sobre el territorio Bosnio”.

²⁵ Valga precisar que, respecto de la protección de estas personas, el artículo 2º del Protocolo II, adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, señala que: “el presente Protocolo se aplicará sin ninguna distinción de carácter desfavorable por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión o creencia, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, fortuna, nacimiento u otra condición o cualquier otro criterio análogo (denominada en adelante ‘distinción de carácter desfavorable’), a todas las personas afectadas por un conflicto armado en el sentido del artículo 1”.

²⁶ Para un análisis detallado de la evolución del derecho internacional en cuanto a los conflictos armados no internacionales antes y después de la sentencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia sobre el caso *Prosecutor*

que, al adoptar la Resolución No. 827, la intención del Consejo de Seguridad era reprimir las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en los conflictos yugoslavos, al margen de la naturaleza interna o internacional de los mismos²⁷.

De esta forma, para los jueces, el conflicto en la antigua Yugoslavia se internacionalizó como consecuencia de la participación del ejército Croata en Bosnia-Herzegovina, así como por la participación del ejército federal yugoslavo, tanto en las hostilidades en Croacia como en Bosnia-Herzegovina. Pero, en la medida en que éstas se limitaban a meras contiendas entre las fuerzas del gobierno Bosnio y las fuerzas rebeldes serbias en Bosnia-Herzegovina, el conflicto se concebía como conflicto de carácter interno. Se destaca, en todo caso, que la simultaneidad de elementos enunciados, sería corroborada por dos acuerdos humanitarios concluidos por las partes contendientes²⁸.

En cuanto al primer acuerdo –Acuerdo del 22 de mayo de 1992, concluido bajo los auspicios del Comité Internacional de la Cruz Roja entre el gobierno y las partes Serbia, Musulmana y Croata de Bosnia-Herzegovina, éste se hallaba expresamente prohijado por el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, aplicable a los conflictos armados internos. Así, sobre este asunto, concluyó el Tribunal que este convenio reveló que las partes del mismo, consideraban los conflictos armados como conflictos de carácter interno²⁹.

v. Dusko Tadic, ver: Thòmas Hoffmann, "The gentle humanizer of humanitarian law – Antonio Cassese and the creation of customary law of non-international armed conflict", en: Carsten Stahn & Larissa van den Herik (editores), *Future perspectives on international criminal Justice*, T.M.C. Arec Press, La Haya, 2009, pp. 58-80. En el artículo citado se explora la hipótesis de que la aludida sentencia constituyó una especie de vehículo para 'humanizar' el derecho internacional humanitario, extendiendo el margen de protección de los conflictos armados internacionales a aquellos no internacionales. Es un concepto muy sugestivo y, en relación con el caso colombiano, desde ahora se puede establecer que en nuestro país toda la jurisprudencia, tanto constitucional como penal, ha hecho enormes esfuerzos para 'humanizar' –entendido como extensión de su ámbito de protección a las personas protegidas–, el derecho internacional humanitario.

²⁷ Juan BAUTISTA DELGADO, *El derecho internacional humanitario a la luz del Estatuto y de la jurisprudencia del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia*, Editorial Comares, Granada, 2000, p. 44.

²⁸ *Ibidem*, p. 45.

²⁹ *Ibidem*, p. 46.

Respecto del segundo acuerdo –Memorando de Entendimiento del 27 de Noviembre de 1991–, éste fue firmado bajo el patrocinio del CICR, entre los representantes de la República federativa de Yugoslavia, del Ejército Popular Yugoslavo, de la República de Croacia y de la República de Serbia. Para la Sala, este acuerdo refleja la existencia de una fase internacional del conflicto, al no fundamentarse éste, necesariamente, en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra. De ello se podría deducir que se trata de un acuerdo complementario aplicable en los conflictos armados internacionales para desarrollar el contenido de las disposiciones básicas de los Convenios de Ginebra. De esta manera, el no estar el acuerdo fundamentado en el artículo 3 común y, atendiendo a su carácter complementario de las normas básicas aplicables a los conflictos armados internacionales, obraría como una prueba para el Tribunal de que las partes consideraban las hostilidades en Croacia como de naturaleza internacional³⁰.

Por último, sobre este caso es menester resaltar que el Tribunal estableció una especie de test para señalar cuándo se está en presencia de un conflicto armado. Así, en primer lugar, citando el fallo de la Sala de Apelación del proceso mencionado, el TIPY aclaró que el criterio para determinar la existencia de un conflicto armado, está dado en tanto éste existe cada vez que se recurre a la fuerza armada entre Estados o a un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y los grupos armados organizados, o entre tales grupos en un Estado³¹.

A su vez, respecto del concepto de conflicto armado prolongado entre las fuerzas gubernamentales y grupos armados organizados, en el párrafo 562 de la sentencia en alusión, el Tribunal manifestó lo siguiente:

“El criterio aplicado por la Sala de Apelación en cuanto a la existencia de un conflicto armado para efectos de las disposiciones del artículo 3 común, se concentra en dos aspectos de un conflicto: su intensidad y la organización de las partes en este conflicto. En un conflicto armado de carácter interno o mixto, estos criterios estrechamente vinculados sirven, como

³⁰ *Ibidem*, p. 47.

³¹ Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Sala de Primera Instancia, sentencia del 7 de mayo de 1997, párr. 561. Traducción tomada del texto compilado por Rafael A. PRIETO SANJUÁN, *Op. cit.*, p. 300.

mínimo, solamente con el objetivo de distinguir un conflicto armado del bandolerismo, de insurrecciones no organizadas y de corta duración o de actividades terroristas, que no están incluidas en el derecho internacional humanitario”³².

2.4. PROSECUTOR V. FATMIR LIMAJ, ISAK MUSLIU & HARADIN BALA

Una vez establecidos los requisitos generales para concebir la existencia de un conflicto armado, de acuerdo con el TPIY, a continuación se analizará el caso *Prosecutor v. Fatmir Limaj y otros*, ilustrativo de la forma como este Tribunal ha imputado diversos delitos cometidos bajo el contexto de conflicto armado interno.

En esta providencia, el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia revisó la acusación presentada por el Fiscal contra Fatmir Limaj, Haradin Bala e Isak Musliu –tres miembros del Ejército de Liberación de Kosovo (ELK)–, los cuales fueron procesados por crímenes cometidos por ellos y otros miembros del ELK, entre mayo y julio de 1998, contra civiles serbios y albaneses de Kosovo, quienes eran considerados colaboradores de los serbios en Kosovo central.

La acusación manifestó que por lo menos 35 civiles fueron detenidos y retenidos en un campo de prisión en la villa de Llapushnik por fuerzas del ELK, durante un período prolongado de tiempo bajo condiciones inhumanas, siendo sometidos a torturas y actos inhumanos y degradantes. Igualmente, el Fiscal alegó que 14 personas fueron asesinadas en el transcurso de la detención, mientras otras 10 fueron asesinadas cerca a las montañas de Berishe, cuando el ELK abandonó el campo de prisión por un ataque de las fuerzas de Serbia. Fatmir Limaj, Haradin Bala e Isak Musliu, fueron acusados por su participación en estos actos por cargos de homicidio y tortura, entre otros.

En este sentido, respecto de la relación de este caso con los conflictos armados internos, es de resaltar que estos tres sujetos fueron procesados, entre otras razones, por haber cometido crímenes de guerra, con base en el artículo tercero del Estatuto del TPIY. Así, el Tribunal estableció que los actos fueron cometidos en el marco de un conflicto armado en Kosovo, entre las fuerzas serbias y el ELK.

³² *Ibidem*, p. 301.

Hechas las anteriores precisiones, a continuación se hará un recuento del análisis efectuado por la Sala en el presente caso, para establecer que los actos cometidos por los procesados ocurrieron en el marco de un conflicto armado.

En primer lugar, para entender el fallo en alusión, es importante hacer referencia al artículo 3° del Estatuto del TPIY, en virtud del cual se establece la competencia del Tribunal respecto de las violaciones de las leyes o prácticas de guerra, de la siguiente manera:

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

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

Como se evidencia en la disposición citada, considerando que ésta prevé que el Tribunal tiene competencia para perseguir a las personas que cometan violaciones de las leyes o prácticas de guerra, la Sala debía establecer en este caso si las violaciones cometidas tuvieron lugar en el marco de un conflicto armado. Lo anterior, toda vez que para que el artículo 3° en referencia pudiese aplicarse, se debían satisfacer dos requisitos preliminares: la existencia de un conflicto armado, ya sea interno o internacional, en el momento en que las violaciones a la normatividad fueron cometidas y, de otro lado, los actos cometidos por el acusado debieron haber estado relacionados con dicho conflicto armado³³.

³³ Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, *Prosecutor v. Fatmir Limaj y otros*, Sala de Primera Instancia, sentencia del 30 de noviembre de 2005, párr. 83.

En este orden de ideas, la Sala señaló que para establecer la existencia de un conflicto armado de carácter interno, deben ser analizados dos criterios *caso por caso* -los cuales están dados por el caso *Prosecutor v. Dusko Tadic* que se analizó anteriormente: (i) la intensidad del conflicto y (ii) el nivel de organización de las partes. De otro lado, precisó el Tribunal que estos criterios se utilizan con el propósito, como mínimo, de distinguir un conflicto armado de actos de delincuencia, insurrecciones desorganizadas y de corta duración, o de meras actividades terroristas, que no están sujetas al derecho internacional humanitario³⁴.

A partir del test señalado, la Sala estableció que en el caso en referencia, en la fecha de ocurrencia de los hechos, existía un conflicto armado en Kosovo entre las fuerzas de Serbia y el ELK, al tiempo que, durante esa época, el ELK tenía un nivel de organización tal, que le permitía dar instrucciones y direcciones a sus diferentes unidades, mientras que los hechos del caso en referencia con el ELK, permitían concluir que en aquellos se configuraba un nexo entre la conducta alegada y el conflicto armado.

Nótese que, como se deduce del análisis efectuado por el Tribunal, al determinar lo que éste entiende por conflicto armado, aquél no enfatiza en la existencia fáctica de los combates como componente para establecer la existencia de dicho conflicto; por el contrario, al delimitar la ocurrencia de un conflicto armado interno, la Sala dio relevancia a la *intensidad* del conflicto de manera general y a la organización de las partes. Lo anterior se infiere al recordar que, al establecer su jurisdicción bajo el artículo 3º, el TPIY no distinguió los asesinatos ocurridos en el transcurso de la detención, de aquellos producidos cerca a las montañas de Berishe, cuando el ELK abandonó el campo de prisión por el ataque de las fuerzas de Serbia. Así, si el combate

³⁴ *Ibíd*em, párr. 84. Debe aclararse, que en el caso colombiano, esa noción de intensidad, tan enfatizada por el Tribunal que se estudia, puede ser muy útil, precisamente para establecer la potencialidad, o bien de combates o, lo que ocurre con mayor frecuencia, de la ocurrencia de grandes acciones criminales como masacres, etc., en territorios en los cuales se viven situaciones de aparente calma, pero que están condicionados o determinados por la presencia latente o inminente de grupos armados ilegales. Un conflicto puede ser intenso, cuando se perpetúa en el tiempo sin solución, aún sin presentarse acciones concretas de combates. (Siempre y cuando, desde luego, las “partes”, es decir, los actores de la guerra, permanezcan organizados y preserven presencia territorial).

hubiese sido el elemento determinante para señalar la ocurrencia de un conflicto armado interno, el Tribunal hubiera distinguido estas dos cuestiones, en tanto sólo la última se produjo en combate.

2.5. LESA HUMANIDAD Y CRÍMENES DE GUERRA: LÍMITES NORMATIVOS Y CONCEPTUALES SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL

Para desarrollar este aparte, se toma como base el caso *Prosecutor v. Fatmir Limaj y otros*, ilustrado por el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, al cual se hizo referencia previamente. Como se vio en su momento, se imputaron a los responsables, crímenes de guerra, particularmente el homicidio como crimen de guerra. Pero la providencia también es importante, respecto de la diferencia que en ella se adelanta entre crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. A propósito, se puede percibir hoy, en el caso colombiano, cierta dificultad en diversos operadores y en miembros de la comunidad jurídica en general, para establecer diferencias entre estos dos tipos de crímenes, sobre todo cuando ellos tienen lugar en el mismo escenario de conflicto armado interno. Para algunos de ellos, o existe lesa humanidad o crímenes de guerra, siendo su existencia excluyente. Pero es un error y, en esta medida, es interesante dar cuenta de la siguiente discusión, propiciada, además, por estatutos normativos que pueden ocasionar algunas confusiones al momento de ser imputadas las conductas.

Sea lo primero aclarar, al ilustrar los argumentos del Tribunal respecto del tema señalado, que el artículo 5 del Estatuto le otorga competencia respecto de los crímenes contra humanidad, señalando así:

“Artículo 5. Crímenes contra la humanidad. El Tribunal Internacional está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de los siguientes crímenes cuando éstos han sido cometidos en el curso de un conflicto armado, de carácter internacional o interno, y dirigidos contra cualquier población civil:

- a) Asesinato;
- b) Exterminación;
- c) Reducción a la servidumbre;
- d) Expulsión;

- e) Encarcelamiento;
- f) Tortura;
- g) Violaciones;
- h) Persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos;
- i) Otros actos inhumanos”.

Al estudiar un cargo contra los procesados, teniendo como base el artículo 5 del Estatuto, el TPIY precisó los requisitos que dicho Estatuto establece para que un crimen se constituya como crimen contra la humanidad. En primer término, el Tribunal señaló que sería así, sólo cuando el crimen es cometido en el curso de un conflicto armado, requerimiento que implica una prueba de que en realidad existió un conflicto armado en el tiempo y lugar relevantes para el caso y que, objetivamente, los actos del acusado tuvieron un nexo geográfico y temporal con el conflicto³⁵.

Sin embargo, precisa el Tribunal que en este caso la prueba de un nexo entre los crímenes y el conflicto armado no es requerida, aun cuando los actos u omisiones debieron haber sido cometidos en el curso del conflicto armado; así, el único nexo requerido es aquel entre los actos del acusado y el ataque a la población civil, ocurrido en el curso de un conflicto armado³⁶. Esto se explica, valga la aclaración, debido a que la norma establece, a diferencia del artículo 135 de nuestro Código Penal, que el crimen debió haber sido cometido en el curso de un conflicto armado, no en ocasión y en desarrollo del mismo³⁷.

³⁵ Es importante poner de manifiesto que la conclusión del TPIY que se comenta, tiene explicación en tanto el artículo 5 del Estatuto exige, como se deriva de su texto literal, que los crímenes contra la humanidad contenidos en dicha disposición, debieron haber sido cometidos en el curso de un conflicto armado, de carácter internacional o interno, y dirigidos contra cualquier población civil.

³⁶ Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, *Prosecutor v. Fatmir Limaj y otros*, Sala de Primera Instancia, sentencia del 30 de noviembre de 2005, párr. 180.

³⁷ Parece una diferencia apenas sutil, pero es relevante; lo es, además, en el caso colombiano, como se ha recalcado aquí, para no restringir el conflicto armado interno, a las acciones fácticas del combate.

2.5.1. ¿Qué se entiende por ataque generalizado y sistemático?

El Tribunal también estipuló que, para que un crimen sea concebido como crimen contra la humanidad bajo el artículo 5 del Estatuto, los actos del acusado deben formar parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra cualquier población civil. De igual forma, determinó que la jurisprudencia general de dicho Tribunal estableció que los elementos generales requeridos para que tenga lugar la aplicación de la citada disposición, son que: (i) debe haber tenido o tener lugar un ataque, (ii) que los actos del perpetrador deben hacer parte de dicho ataque, (iii) el ataque debe estar dirigido contra cualquier población civil, (iv) el ataque debe ser generalizado o sistemático y (v) el perpetrador debe saber que sus actos hacen parte del patrón de crímenes generalizados o sistemáticos dirigidos contra la población civil y que sus actos se enmarcan dentro de dicho patrón³⁸.

Al respecto, cabe especificar que el término *generalizado*, hace referencia a la naturaleza de larga escala del ataque, así como al número de víctimas, mientras que *sistemático* alude más a la naturaleza organizada de los actos de violencia y a la improbabilidad de que los mismos hubiesen ocurrido aleatoriamente³⁹.

³⁸ Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, *Prosecutor v. Fatmir Limaj y otros*, Sala de Primera Instancia, sentencia del 30 de noviembre de 2005, párr. 181.

³⁹ Precisa el Tribunal que la evaluación de aquello que constituye un ataque generalizado y sistemático, es un ejercicio relativo y en función de las circunstancias, que dependerá del estado mismo de esa población civil que habría sido objeto del ataque. Para tal efecto, deberá entonces el juez identificar la población objeto del ataque y, a la luz de los métodos, los recursos y el resultado del ataque contra la población, determinar si el mismo fue efectivamente un ataque generalizado o sistemático. En este sentido, las consecuencias del ataque contra la población afectada, el número de víctimas, la naturaleza de los actos o cualquier patrón identificable de crímenes, puede ser tenido en cuenta para establecer si el ataque satisface alguno o los dos requerimientos de adelantarse con generalización o sistematicidad contra la población civil. *Ibidem*, párr. 183.

2.5.2. *Ataque sistemático y generalizado y conflicto armado no son términos equivalentes*

Al precisar los elementos referidos, el Tribunal aclaró que *ataque y conflicto armado* no son nociones equivalentes⁴⁰. Así, el ataque es definido como acciones o conductas que entrañan la comisión de actos de violencia que se dirigen contra la población civil, el cual debe ser generalizado o sistemático, siendo estas condiciones disyuntivas y no acumulativas⁴¹.

Por otra parte, en cuanto a la necesidad de que el ataque sea dirigido contra la población civil, el Tribunal estableció que esta expresión entraña el hecho de que, en el contexto de un crimen contra la humanidad, la población civil debe ser el objeto primario del ataque.⁴² Lo anterior, teniendo en cuenta que, bajo la costumbre internacional, existe una prohibición absoluta respecto de la dirección de ataques contra la población civil. Igualmente, bajo el contexto del artículo 5, el término “población civil” debe interpretarse ampliamente, al tiempo que se alude a la población, como preponderantemente civil, lo cual no se altera si dentro de la misma se encuentran combatientes que hubiesen depuesto las armas⁴³.

2.5.3. *¿Es correcta la noción de “población civil” respecto de los delitos de la lesa humanidad?*

En este contexto, se debe agregar, y es un tema que se refiere también al Estatuto de Roma, que la noción de población civil puede ser equívoca; es decir, desde el punto de vista del derecho público, de la teoría del Estado –en términos más ortodoxos–, se entiende que frente a los Estados en situación de paz, se coloca la sociedad civil; mientras que, en cambio, frente a los actores armados en un conflicto, la sociedad civil se convierte en población civil. Por eso no es exacta la noción

⁴⁰ Sobre la relación entre los crímenes contra humanidad y los crímenes de guerra se sugiere ver: W. J. FENRICK, “Crimes in combat: the relationship between crimes against humanity and war crimes”, en: *Guest Lecture Series of the Office of the Prosecutor*, Corte Penal Internacional, La Haya, 5 de marzo de 2004.

⁴¹ Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, *Prosecutor v. Fatmir Limaj y otros*, sentencia del 30 de noviembre de 2005, párr. 182 y 183.

⁴² *Ibidem*, párr. 185.

⁴³ *Ibidem*, párr. 186.

de población civil para hacer referencia a delitos de lesa humanidad; sería más exacta como referencia a crímenes de guerra. No obstante, hoy los contextos se mezclan, así como las realidades fácticas. En el caso colombiano, una persona en la ciudad de Bogotá, por ejemplo, en innumerables zonas donde hay paz consolidada, sería parte de la sociedad civil, pero si dicha persona se moviliza cien o doscientos kilómetros y se encuentra de pronto en escenarios de conflicto armado, puede convertirse en miembro de la población civil no combatiente. Y, en este escenario, puede ser objeto de los más diversos delitos: es, ante todo, persona civil protegida.

Ahora bien, conforme a la sentencia que se estudia y, luego de analizar los elementos requeridos para que el TPIY adquiriera competencia con base en el artículo 5 del Estatuto, el Tribunal determinó que en el caso que se comenta, la competencia no estaba satisfecha, toda vez que, luego de considerar la evidencia, la Sala concluyó que en el tiempo de los hechos no hubo un ataque por parte del Ejército de Liberación de Kosovo dirigido contra una población civil⁴⁴. No obstante, respecto del homicidio, concebido como crimen de guerra, bajo el artículo 3 del Estatuto, como se explicó en anteriores apartes, el Tribunal sí imputó responsabilidad a algunos de los procesados por este crimen, luego de comprobar la ocurrencia de un conflicto armado que permitiese la aplicación de la citada disposición y de sopesar los hechos y la evidencia presentada para imputar este delito.

3. EL CASO DE RUANDA: ACTIVIDADES GENOCIDAS EN CONTEXTOS DE CONFLICTO ARMADO

A continuación, y para acotar el trabajo respecto de los estándares o criterios de interpretación de cuándo se está ante un conflicto armado interno, se hará referencia al caso de Ruanda que, además, tiene la particularidad de haberse tratado, en dicho país, de un conflicto y confrontación armada, pero caracterizado por la ocurrencia de hechos constitutivos de genocidio. (Ello, sin desconocer que también y por supuesto, en el caso de los Balcanes, sobre todo por la ocurrencia de actos de “limpieza étnica”, también se presentaron hechos más ligados a actividades genocidas).

⁴⁴ *Ibidem*, párr. 228.

3.1. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA (TPIR)

El Tribunal Penal Internacional para Ruanda fue constituido el 8 de noviembre de 1994 por la Resolución No. 955 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, con el cometido de contribuir al restablecimiento y al mantenimiento de la paz en Ruanda y de favorecer la reconciliación nacional. Lo anterior, mediante el enjuiciamiento de los presuntos responsables de actos de genocidio y de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidos en el territorio de Ruanda, así como de ciudadanos ruandeses presuntos responsables de tales actos, y de otras violaciones perpetradas entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994, en el territorio de Estados vecinos, a los cuales se hará referencia con posterioridad⁴⁵.

Antes de ahondar en el contexto histórico que condicionó la creación del TPIR –por sus siglas en español– es importante destacar una diferencia fundamental entre el contexto de establecimiento de esta jurisdicción penal internacional y la creación del TPIY en el caso yugoslavo. Así, cuando en 1993 se instituyó el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, existía aún un conflicto armado y los territorios de los países involucrados estaban divididos y eran controlados por las partes adversarias. Por el contrario, la situación político-militar de Ruanda había cobrado una relativa estabilidad en noviembre de 1994⁴⁶.

Esto se explica al recordar que los horrendos crímenes cometidos en Ruanda, tuvieron lugar de manera concentrada en un tiempo extremadamente corto, siendo esta particularidad parte principal de los estudios y reflexiones en torno a la situación en ese país africano. De esta forma, es dable preguntar: ¿cómo fue posible la concentración casi apocalíptica del horror en tan poco tiempo? ¿Qué estructuras culturales, económicas, sociales y políticas lo hicieron posible? Se trata de hechos hoy indagados en la comunidad internacional y que, a su vez, adquieren gran importancia en contextos de aplicación posterior en el tiempo de fórmulas propias del derecho penal internacional.

⁴⁵ Cécile APTEL, “El Tribunal Penal Internacional para Ruanda”, en: *Revista Internacional de la Cruz Roja*, No. 144, noviembre 30 de 1997, p. 721. Valga aclarar, que El TPIR fue instituido tras una solicitud oficial formulada por el gobierno de Ruanda.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 724.

De otro lado, es pertinente poner de manifiesto en este punto que, si bien el Estatuto del Tribunal para la antigua Yugoslavia de 1993 no incluyó entre los crímenes de competencia del mismo, el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, ni el Protocolo Adicional II de 1977, el Estatuto del Tribunal para Ruanda sí hizo referencia explícita a estas normatividades, al considerar como crímenes de guerra las violaciones al derecho internacional humanitario cometidas en el marco de conflictos armados no internacionales. De hecho, el Estatuto del TPIR –diseñado sobre la premisa de que el conflicto de Ruanda era no internacional–, confirió al Tribunal en alusión, en su artículo 4, competencia para juzgar infracciones graves a las normas comentadas. Así, la disposición en referencia señala que:

“El Tribunal Internacional para Ruanda tendrá competencia para enjuiciar a las personas que cometan u ordenen la comisión de graves violaciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados y del Protocolo Adicional II de los Convenios, de 8 de junio de 1977. Dichas violaciones comprenderán los actos siguientes, sin que la lista sea exhaustiva:

- a) Los actos de violencia contra la vida, la salud y el bienestar físico o mental de las personas, especialmente el homicidio y el trato cruel como la tortura, la mutilación o cualquier otra forma de castigo corporal;
- b) Los castigos colectivos;
- c) La toma de rehenes;
- d) Los actos de terrorismo;
- e) Los ultrajes a la dignidad personal, en particular los tratos humillantes o degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier otra forma de agresión indecente;
- f) El saqueo;
- g) La aprobación de sentencias y la realización de ejecuciones sin un fallo previo pronunciado por un tribunal constituido regularmente y que haya ofrecido todas las garantías judiciales consideradas indispensables por los pueblos civilizados;

h) Las amenazas de perpetración de cualquiera de los actos precedentes”⁴⁷.

3.2. CONTEXTO HISTÓRICO

En la primavera de 1994, más de 500.000 personas fueron asesinadas en Ruanda, en uno de los más cruentos genocidios de la historia. La matanza comenzó apenas unas horas después de que fuese derribado en un atentado el avión en que viajaban, tras negociaciones de paz en Tanzania, los presidentes de Ruanda y de Burundi, antes de aterrizar en el aeropuerto de Kigali. Al parecer, el genocidio se había planeado hacía mucho tiempo y lo único que faltaba era un hecho que obrara como detonador del mismo. Durante meses la Radio-Télévision Libre des Mille Collines (RTMC) difundió diariamente propaganda racista incitando a la violencia, fomentando el odio e instando a los radio oyentes a que exterminaran a los tutsis, a quienes se referían como inyenzi⁴⁸. Así mismo, este hecho fue significativo respecto de políticas de odio que, al lado de hechos culturales fundamentales, propiciaron la perpetuación, por ejemplo, de todo tipo de agresiones sexuales contra mujeres inermes.

En este sentido, se ha señalado que el genocidio fue planeado y ejecutado con cuidado a partir de listas preparadas, lo cual coadyuvó al hecho de que un número desconocido e imposible de establecer, de individuos portadoras de machetes, de garrotes con clavos o de granadas, asesinara metódicamente a quienes figuraban en las listas. A su vez, participó en este exterminio prácticamente cada segmento de la sociedad ruandesa: médicos, enfermeras, profesores, sacerdotes, monjas, comerciantes, funcionarios gubernamentales de todos los rangos e incluso niños, tema al cual se volverá en su momento⁴⁹.

En razón al hecho de que la población de Ruanda se encontraba dividida en dos etnias, los hutus y los tutsis, la identidad étnica de

⁴⁷ Artículo 4º del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, aprobado por la Resolución No. 955 del 8 de noviembre de 1994, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

⁴⁸ Chris MAINA PETER, “El Tribunal Penal Internacional para Ruanda: sancionar a los asesinos”, en: *Revista Internacional de la Cruz Roja*, No. 144, noviembre 30 de 1997, p. 741.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 742.

una persona pasó a ser en Ruanda su condena a muerte o la garantía de su supervivencia⁵⁰. Se agrega que las fuerzas armadas ruandesas y las milicias de los interahamwe (los que están unidos) y de los impuzamugambi (los que combaten juntos) encabezaron la cruzada; ello, al mismo tiempo que sus principales objetivos eran los tutsis y los hutus moderados.

De otro lado, paradójicamente, las masacres tuvieron lugar mientras un contingente de las fuerzas de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz –Misión de Asistencia de las Naciones Unidas para Ruanda (UNAMIR)– se encontraba en el país para facilitar las negociaciones de paz entre el Gobierno hutu de entonces y el Frente Patriótico Ruandés predominantemente tutsi (FPR). Así, bajo el contexto reseñado, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda fue instituido para procesar a las personas responsables de haber instigado, ordenado y perpetrado el genocidio.⁵¹

3.3. EL CONFLICTO ARMADO INTERNO SEGÚN EL TPIR

Dando cabida a un ámbito totalmente nuevo para tribunales de esta naturaleza, tal como se ha dicho y en virtud de lo dispuesto en el artículo 4 del Estatuto, el TPIR fue concebido como Tribunal competente para procesar a las personas que habían cometido graves violaciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 relativos a la protección de las víctimas de los conflictos y del Protocolo adicional de 1977, relativo a la protección de las víctimas de conflictos armados no internacionales.

En virtud de lo anterior, atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda en materia de conflictos armados, es importante hacer referencia, al respecto, a tres consideraciones adelantadas por este Tribunal. En primer lugar, con referencia al hecho fundamental relacionado con la existencia o no de conflicto armado, en este caso interno, en el caso *Prosecutor v. Rutaganda* y haciendo alusión a cómo se debe establecer la ocurrencia de un conflicto armado en el marco del artículo 3 común, el Tribunal determinó, en ejercicio sencillo y obvio, que “la definición de un conflicto armado *per se* se

⁵⁰ *Ibidem*, p. 742.

⁵¹ *Ibidem*, p. 742.

formula en abstracto; el que una situación pueda o no ser descrita como un ‘conflicto armado’ que satisface los criterios del Artículo 3 Común, ha de decidirse en cada caso concreto”.⁵²

En segundo término, respecto a la interpretación del concepto de conflicto armado, el Tribunal señaló, en el caso *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, que este concepto,

“sugiere la existencia de hostilidades entre fuerzas armadas organizadas, en mayor o menor grado. Por lo tanto, quedan por fuera los disturbios y tensiones internas”.⁵³

Por último, respecto de la interpretación del artículo 3 común, el Tribunal en alusión sostuvo en el caso referido anteriormente que:

“El artículo 3 común se aplica ‘En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional’ (...). No obstante, conviene destacar que la determinación de la intensidad del conflicto no internacional no se deja a la valoración subjetiva de las partes en conflicto. Conviene recordar que los cuatro Convenios de Ginebra, así como los dos Protocolos, se adoptaron para proteger las víctimas y las potenciales víctimas en los conflictos armados. Si la aplicación del derecho internacional humanitario dependía sólo de la valoración subjetiva de las partes en conflicto, en la mayoría de los casos habría una tendencia a que las partes minimizaran el conflicto. Por ello, sobre la base de criterios objetivos, el artículo 3 común y el Protocolo adicional

⁵² Tribunal Penal Internacional para Ruanda, *Prosecutor v. Rutaganda*, Sala de Primera Instancia, sentencia de 6 de diciembre de 1999. Providencia citada en: Corte Constitucional, sentencia C-291 de 25 de abril de 2007, MP: Manuel José Cepeda Espinosa, Aparte 1.1. (Se trata, como se verá, ésta última, de una sentencia que recoge años de tradición constitucional de protección de personas protegidas en Colombia y que estudia sistemáticamente la normatividad internacional).

⁵³ Tribunal Penal Internacional para Ruanda, *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, Sala de Primera Instancia, sentencia de septiembre 2 de 1998, párr. 620. Es de resaltar que en el presente documento se utilizará la traducción no formal de la sentencia citada, contenida en: Sandra P. Ávila González y otros, *Akayesu: la primera condena internacional por genocidio*, Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de abogado, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana, 2005, en: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere7/DEFINITIVA/TESES%2021.pdf>.

II se aplican cuando se establece que existe un conflicto armado interno que satisface ciertos criterios preestablecidos⁷⁵⁴.

Una vez establecidos, en términos generales, los requisitos que el TPIR concibe para que un conflicto específico sea concebido como conflicto armado interno, es pertinente hacer alusión a un caso que evidencia la interpretación dada por el Tribunal reseñado a esta noción, a saber, el caso *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*.

3.4. PROSECUTOR V. JEAN PAUL AKAYESU

En el presente caso, fallado por la Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, en sentencia del 2 de septiembre de 1998, a la cual se ha hecho referencia de manera general, el procesado Jean Paul Akayesu fue acusado por genocidio, crímenes de lesa humanidad y violaciones al artículo 3 común de los Convenios de Ginebra. Lo anterior, toda vez que, en términos generales, el fiscal alegó que mientras que Akayesu desempeñaba la función de burgomaestre del municipio de Taba en Ruanda, teniendo bajo su cargo funciones ejecutivas y de mantenimiento del orden público en su municipio, al menos 2.000 tutsis fueron asesinados en el mismo, entre el día 7 de abril y finales de junio de 1994.

El fiscal señaló que los hechos fueron perpetrados abiertamente y eran de tal magnitud que, en su calidad de burgomaestre, Jean-Paul Akayesu necesariamente los debió haber conocido. De igual forma, aunque tenía la autoridad necesaria para hacerlo y la responsabilidad para ello, el acusado nunca intentó impedir las masacres de tutsis en el municipio, ni solicitó de manera alguna la asistencia de las autoridades regionales o nacionales para reprimir la violencia.⁵⁵ (Nótese que aquí surgen fórmulas de imputación de responsabilidad del superior jerárquico, que luego serán analizadas en este trabajo).

⁵⁴ *Ibidem*, párr. 602 - 603. La parte correspondiente es analizada en el libro de Alejandro VALENCIA VILLA, *Derecho internacional humanitario*, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2007, p. 88. Nótese y así lo hace el autor reseñado, que para el caso colombiano es importante recalcar el hecho de la irrelevancia de la concepción política de cualquier actor, sobre la existencia del conflicto o el carácter que éste asuma.

⁵⁵ Tribunal Penal Internacional para Ruanda, *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, Sala de Primera Instancia, sentencia de septiembre 2 de 1998, párr. 12.

En relación con los cargos por los cuales Akayesu fue acusado, se encuentran, entre otros, el de homicidio, trato cruel y ultrajes a la dignidad personal, en particular los tratos humillantes o degradantes, la violación, la prostitución forzada y otras infracciones en tanto violaciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, formuladas en el artículo 4a) (homicidio) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda. En este sentido, para determinar si las violaciones alegadas eran de competencia del Tribunal, éste analizó los elementos del conflicto armado interno, con base en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y el Protocolo adicional II a los mismos.

De acuerdo con el Tribunal, antes de analizar los elementos de los crímenes mencionados contenidos en el artículo 4 del Estatuto, era necesario profundizar en el marco de aplicación del artículo 3 común y del Protocolo adicional II con relación a la situación que existía en Ruanda en 1994, al momento en que ocurrieron los hechos, ilustrados en la Resolución de Acusación contra Akayesu. Al respecto, el TPIR señaló que los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo adicional I, se aplican por regla general a los conflictos armados de carácter internacional, mientras que el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, proporciona también una protección humanitaria mínima a todas las personas afectadas por un conflicto de carácter no internacional, protección desarrollada y completada por el Protocolo adicional II de 1977⁵⁶.

Así, entonces, señaló la Sala que, respecto del derecho internacional humanitario, se distinguen claramente los marcos de aplicación entre las situaciones de conflicto armado internacional, en las cuales las normas de los conflictos armados se aplican en su conjunto; las situaciones de conflicto no internacional (interno), en los cuales son aplicables el artículo 3 común y el Protocolo adicional II; y los conflictos armados en los que sólo se puede aplicar el artículo 3 común.⁵⁷ Se trata de una conclusión fundamental, desde el punto de vista del derecho comparado, respecto del tema relacionado con los criterios desarrollados por diversos tribunales, para concebir cuándo

⁵⁶ *Ibidem*, párr. 601.

⁵⁷ *Ibidem*, párr. 601.

se está ante un conflicto armado internacional o un conflicto armado interno.

En concordancia con lo anterior, la Sala determinó que no basta con establecer que un conflicto responde a los criterios definidos por el artículo 3 común para que el artículo 4 del Estatuto y, por consiguiente, el Protocolo adicional II, sean aplicables. Esto, pues cuando se alega la comisión de crímenes, de acuerdo con el artículo 3 común y el Protocolo adicional II, que tienen un umbral de aplicación mayor, la Fiscalía debe probar que los criterios de aplicabilidad del artículo 3 común y del Protocolo adicional II se cumplen. Ello, en tanto el Protocolo adicional II es un instrumento jurídico dirigido a la protección de víctimas en conflictos de carácter no internacional. Por lo tanto, la Sala consideró necesario y razonable que, antes de decidir si hubo violaciones graves de las disposiciones del artículo del Estatuto, cuando se haga referencia específica al Protocolo adicional II en los cargos contra el acusado, debe probarse que el conflicto es tal y que satisface los requisitos del Protocolo adicional II.⁵⁸ Se trata de un procedimiento estricto de aplicación del derecho internacional humanitario.

Hechas las anteriores consideraciones, el Tribunal procedió a determinar cuándo se está en presencia de un conflicto armado no internacional bajo los supuestos previstos por el artículo 3 común. Así, citando al caso *Prosecutor v. Dusko Tadic* del TPIY, el Tribunal Internacional para Ruanda recordó que existe un conflicto armado, siempre que se recurra al uso de la fuerza armada entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados, o entre tales grupos dentro de un Estado. En este sentido, el derecho internacional humanitario se aplica desde el inicio de tales conflictos armados y se extiende más allá de la cesación de hostilidades hasta que, en el caso de conflictos internos, se alcanza un acuerdo pacífico.⁵⁹ (Se debe destacar aquí el telos que le da sentido último al DIH: se trata de la posibilidad de un mecanismo ético-político que propicia el acercamiento entre las partes en conflicto, en la perspectiva de una posible negociación o solución negociada de dicho conflicto).

⁵⁸ *Ibidem*, párr. 618.

⁵⁹ *Ibidem*, párr. 619.

De igual forma, el Tribunal concluyó que, para pronunciarse sobre la existencia de un conflicto armado interno en el territorio de Ruanda en la época de los hechos alegados, será necesario apreciar la intensidad del conflicto y la organización de las partes en conflicto.⁶⁰

En este sentido, el Tribunal estableció que en el tiempo y lugar de ocurrencia de los hechos, de acuerdo con las pruebas presentadas, se demostró que existía una situación concebible como guerra civil entre dos grupos, las fuerzas gubernamentales, las FAR y el FPR, los cuales tenían un nivel de organización relevante para satisfacer el criterio de organización de las partes del conflicto que permitía señalarlo como interno; al tiempo que el nivel de intensidad del conflicto permitía también caracterizarlo como conflicto armado interno⁶¹.

Por otra parte, en lo que respecta a la interpretación del Protocolo II adicional adelantada por el Tribunal, éste señaló que las condiciones materiales que se debían cumplir para la aplicación del mismo al momento de los hechos alegados en la Resolución de Acusación, eran las siguientes: (i) que hubiese un conflicto en el territorio de una Alta Parte contratante, es decir Ruanda, entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados; (ii) que los grupos armados organizados estuviesen bajo la dirección de un mando responsable; (iii) que las fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados ejerciesen sobre una parte del territorio un control tal que les permitiese realizar operaciones militares sostenidas y concertadas; y (iv) que las fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados fueren capaces de respetar los presupuestos del Protocolo II⁶².

⁶⁰ *Ibidem*, párr. 620.

⁶¹ *Ibidem*, párr. 621.

⁶² *Ibidem*, párr. 623. Precisando las nociones reseñadas, el TPIR manifestó que un conflicto armado dista de los desordenes internos por el nivel de intensidad del conflicto y el grado de organización de las partes en conflicto. De otro lado, expresó que los términos “fuerzas armadas” “de una Alta Parte contratante”, serían definidos ampliamente, de tal forma que contemplasen todas las fuerzas armadas descritas en las legislaciones internas. Igualmente, las fuerzas armadas disidentes debían estar bajo la dirección de un mando responsable, de lo que se deduce un grado de organización entre las fuerzas armadas disidentes, o los grupos armados organizados. Así, este grado de organización debía ser tal, que les permitiese realizar operaciones militares sostenidas y concertadas, e imponer disciplina en nombre de la autoridad *de facto*. Además, estas fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados, debían ejercer sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permitiese realizar operaciones militares sostenidas y concertadas, y aplicar el Protocolo adicional II. *Ibidem*, párr. 625 y 626.

Una vez adelantadas las anteriores consideraciones y analizado el material probatorio del caso, el TPIR declaró que existía prueba suficiente para demostrar que en Ruanda hubo un conflicto de carácter no internacional al momento en que tuvieron lugar los hechos alegados en la Resolución de Acusación.⁶³ Lo anterior, pues fue demostrado,

“que había un conflicto entre el FPR a órdenes del General Kagame, y las fuerzas gubernamentales, las FAR. El FPR extendió su control en el territorio ruandés de los límites convenidos en los Acuerdos de Arusha, en más de la mitad del país a mediados de mayo de 1994 y condujo operaciones militares sostenidas y concertadas hasta el cese al fuego del 18 de julio de 1994, que puso fin a la guerra. Las tropas del FPR eran disciplinadas y obedecían a una jerarquía estructurada y respondían ante la autoridad. El FPR había declarado también al Comité Internacional de la Cruz Roja que lo vinculaban normas de derecho internacional humanitario”⁶⁴.

Nótese, entonces y de acuerdo con lo expuesto, que el Tribunal se detiene en la fundamentación coherente de las normas que son aplicables a un tipo específico de conflicto. Es un trabajo depurado que sirve como marco general de imputación de diversas conductas. Se rescata, al igual que en el caso del Tribunal para la antigua Yugoslavia, la referencia a la intensidad del conflicto que, en el caso de Ruanda, fue relativamente fácil de comprobar en una situación fáctica muy concreta. El análisis adelantado sirve, tanto como el anterior, de base para la comprensión de procesos de imputación de otras conductas que son materia de análisis en este texto.

4. LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

La creación de una Corte Penal Internacional con jurisdicción permanente, constituye un hecho significativo, con efectos reales y simbólicos, al establecer mecanismos de responsabilidad penal internacional individual, por una Corte que no es creada *ad hoc*, ni es resultado del triunfo de unos Estados sobre otros al final de

⁶³ *Ibidem*, párr. 627.

⁶⁴ *Ibidem*, párr. 627.

una guerra.⁶⁵ El Estatuto de Roma, adoptado el 17 de julio de 1998, codificó por primera vez los crímenes de guerra de manera orgánica y detallada en el artículo 8 del mismo, el cual contiene la lista de actos más amplia y precisa hasta ahora incluida en un instrumento multilateral vinculante al respecto.⁶⁶ Así, en su primer numeral, el artículo 8 establece que la Corte tiene competencia respecto de los crímenes de guerra —específicamente cuando éstos se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes⁶⁷.

4.1. DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y CRÍMENES DE GUERRA

De otro lado, en el numeral 2, dicha disposición determina los actos cometidos contra las personas o los bienes protegidos por las disposiciones de los Convenios de Ginebra de 1949, violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco del derecho internacional, entendidos como crímenes de guerra. Igualmente, el mismo numeral señala las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 en caso de ocurrencia de conflicto armado que no sea de índole internacional, que constituyen crímenes de guerra, si son actos cometidos contra personas que no participan directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que

⁶⁵ Ello, desde luego, sin perjuicio de todas las reflexiones y discusiones que siempre serán pertinentes, acerca de la posible o no supremacía valorativa de ciertas naciones, del hecho de que se trata, en todo caso, de una creación propia de la cultura de occidente, y que muchos países no han incorporado aún el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Para una análisis sobre cómo fue incorporado el Estatuto al ordenamiento interno colombiano, permítase la remisión al texto de Alejandro Aponte, “Persecución nacional de crímenes internacionales: el caso colombiano”, en: Kai AMBOS y Ezequiel MALARINO (editores), *Persecución nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Instituto Max-Planck para derecho penal internacional de Friburgo y Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, octubre de 2003, pp. 201-258.

⁶⁶ Silvia A. FERNÁNDEZ DE GURMENDI, en: *Loc. cit.*, pp. 391 - 413.

⁶⁷ Para un análisis sobre la evolución de la persecución internacional de los crímenes de guerra ver: Theodor MERON, “Reflections on the prosecution of war crimes by international tribunals”, en: *The American Journal of International Law*, Vol. 100, No. 3, julio de 2006, pp. 551-579.

hayan depuesto las armas y los que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, lesiones, detención o por cualquier otra causa.

Ahora bien, el mismo artículo establece una especie de ámbito de aplicación por *afirmación* y por *negación*. Así, en cuanto a la afirmación, determina que esta disposición aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional y, en cuanto a la negación, estipula que no se aplica a situaciones de disturbios y tensiones internas, como motines, actos aislados y esporádicos de violencia u otros actos de carácter similar, sino que, por el contrario, 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.

Al respecto, es menester adelantar dos consideraciones en cuanto al concepto de conflicto armado interno consagrado en este artículo, a saber: (i) la relación entre el derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional, y (ii) la comprensión de la noción de conflicto armado según el Estatuto de Roma. Así, en cuanto a la relación existente entre el derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional, es pertinente señalar que ambos comparten raíces comunes, toda vez que en la actualidad gran parte de las normas de derecho internacional humanitario son penalizadas como crímenes de guerra. No obstante, es absolutamente necesario preservar la auto-restricción al pretender transportar estándares del derecho humanitario directamente al derecho penal internacional, puesto que ambos poseen distintos principios de interpretación⁶⁸.

De esta manera, aun cuando un crimen de guerra constituye una violación seria de las leyes y costumbres aplicables a los conflictos armados, que deriva en responsabilidad ante el derecho internacional, aquellas son, en efecto, un conjunto de reglas secundarias que criminalizan una sección del conjunto de reglas primarias encontradas en el derecho internacional humanitario. Igualmente, es de resaltar que, condicionando el desarrollo y la interpretación del derecho internacional humanitario, se encuentra la tradicional tensión entre las cuestiones

⁶⁸ Ver, a propósito, Robert CRYER, Hakan FRIMAN, Darryl ROBINSON y Elizabeth WILMSHURST, *An introduction to international criminal law and procedure*, Cambridge University Press, 2007, p. 11.

militares y las humanitarias, entre la guerra y el derecho.⁶⁹ En este punto se pone de presente que, toda vez que los crímenes de guerra constituyen violaciones serias al derecho internacional humanitario, es necesario referirse a los principios relevantes que inspiran a este último conjunto de normas con el propósito de interpretar el derecho penal internacional en esta materia⁷⁰.

Así mismo, aún cuando el derecho internacional humanitario y los crímenes de guerra tienen objetivos similares, cual es la protección de la dignidad humana y de aquellos mínimos regulados jurídicamente que no pueden desconocerse en situaciones de negación del derecho, ambos tienen un campo de aplicación diferente y sus consecuencias son, a su vez, disímiles. En este sentido, los crímenes de guerra están destinados a regular el comportamiento de los individuos en caso de serias violaciones que afectan a la comunidad internacional en su conjunto, mientras que el derecho internacional humanitario está destinado a regular la guerra de forma tal que se acoten los efectos de la misma.⁷¹

Es un tema muy complejo que se adentra en las tensiones y límites propios de la protección penal general de derechos humanos, entendida esta protección de manera general, de tal forma que incluye los crímenes de guerra o, en nuestro caso en el Código Penal, las infracciones al derecho internacional humanitario. En términos prácticos: el DIH enuncia los mínimos que deben ser respetados en situaciones en las que el derecho es negado fácticamente por situaciones de guerra, mientras que la norma penal que sanciona las infracciones a dicha normatividad, castiga los casos puntuales en los que no se respetan estos mínimos.

4.2. LA NOCIÓN DE CONFLICTO ARMADO EN EL ESTATUTO DE ROMA

Ahora bien, en cuanto a la comprensión de la noción de conflicto armado según el Estatuto de Roma, es relevante poner de presente que el elemento esencial para que se conciba la ocurrencia de un crimen

⁶⁹ *Ibidem*, p. 224.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 221.

⁷¹ *Ibidem*, p. 227.

de guerra, es su conexión con un conflicto armado⁷². Sin embargo, es en este punto donde se presentan ambigüedades de interpretación respecto de aquello que se entiende por tal. Así, como señala un autor muy activo en estos temas,

“Los elementos del tipo objetivo de los crímenes de guerra en el ER pueden dividirse entre elementos contextuales aplicables al conjunto, o al menos a una parte importante de los subtipos penales recogidos en el Art. 8.2 ER, y los elementos específicos de cada figura delictiva. A su vez, entre los primeros cabe distinguir entre los elementos contextuales de carácter material que deben concurrir a los efectos de que el comportamiento típico tenga la naturaleza de crimen de guerra (por ejemplo su producción en el contexto de un conflicto armado) y los elementos contextuales jurisdiccionales cuya concurrencia, sin afectar a la naturaleza del crimen, determina que la Corte, tenga jurisdicción material sobre los mismos (por ejemplo, el carácter internacional o no internacional del conflicto armado en el contexto del cual se producen)”⁷³.

Agrega, además el autor citado:

“Los elementos contextuales de carácter material se pueden subdividir entre aquéllos relativos a la existencia de un conflicto armado en cuyo marco se desarrolla el comportamiento típico y aquéllos relativos al carácter protegido del sujeto u objeto pasivo sobre el que recae dicho comportamiento. Dentro del primer grupo se encuentran los requisitos de que el comportamiento típico: (i) se desarrolle en el contexto de un conflicto armado; y (ii) esté relacionado con el conflicto armado. Ni el ER ni los EC contienen una definición del concepto ‘conflicto armado’, si bien el art. 8.2(d) enfatiza su distinción de ‘las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos’. Por tanto, la definición de lo que constituye

⁷² *Ibidem*, p. 232.

⁷³ Héctor OLÁSULO ALONSO, “Apuntes prácticos sobre el tratamiento de los crímenes de guerra en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, en: Héctor Olásulo Alonso, *Ensayos sobre la Corte Penal Internacional*, Pontificia Universidad Javeriana, Colección Internacional, Bogotá, 2009, p. 357.

conflicto armado deberá ser desarrollada por la jurisprudencia de la Corte (...)”⁷⁴.

De otro lado, se puede señalar que el Estatuto de Roma tampoco contiene una definición de las expresiones “en el contexto de un conflicto armado” y “relacionado con un conflicto armado”, por lo que la Corte deberá asimismo precisar su significado. Igualmente, en cuanto a los elementos contextuales de carácter jurisdiccional anteriormente señalados, éstos se pueden dividir entre aquéllos relativos a la naturaleza internacional o no internacional del conflicto armado y aquéllos relativos al umbral de gravedad necesario para que la Corte pueda ejercer su jurisdicción. De esta forma, en relación con los primeros subtipos del artículo 8.2(a) y (b), éstos requieren o exigen el carácter internacional del conflicto armado. Por su parte, los subtipos del artículo 8.2(c), requieren el carácter no internacional del conflicto armado⁷⁵.

Por último, es de resaltar el análisis efectuado por la Corte Constitucional de Colombia, respecto de la configuración de los crímenes de guerra consagrados por el artículo 8 del Estatuto de Roma, el cual, dicho sea de paso, recoge violaciones a los principios y usos fundamentales de la guerra consagradas en los Convenios de la Haya de 1899 y 1907, de Ginebra de 1925, los Convenios de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos Adicionales, así como definiciones consagradas en otras normas convencionales sobre el uso de ciertas armas de guerra⁷⁶.

Así, en primer lugar, la Corte Constitucional constató,

“que dada la forma como fue incorporada la lista de crímenes de guerra, con mención a las violaciones incluidas en los Convenios de Ginebra de 1949 y a conductas contenidas en otros instrumentos, un mismo hecho podría quedar cobijado por varias de las conductas descritas en los distintos apartados. No obstante, ello sólo supone que en derecho penal internacional es posible que se presente el concurso de conductas punibles”⁷⁷.

⁷⁴ *Ibíd.*, p. 357.

⁷⁵ *Ibíd.*, p. 362.

⁷⁶ Corte Constitucional, sentencia No. C-578 de 30 de julio de 2002, MP: Manuel José Cepeda Espinoza, Aparte 3.1.3.4.4.1.1.3.

⁷⁷ *Ibíd.*, Aparte .3.1.3.4.4.1.1.3.

La Corte Constitucional también señaló,

“que los Protocolos I y II, adicionales a los Convenios de Ginebra, incluidos tácitamente bajo la expresión ‘otras serias violaciones a las leyes y costumbres aplicables en conflicto armado’ (artículo 8.2. literales b) y e), ER)’, complementan las normas de derecho internacional humanitario y las leyes y costumbres de la guerra y precisan de mejor manera las conductas consideradas como crímenes de guerra”⁷⁸.

En tercer término, en el estudio para la comprensión de los conflictos internos en el derecho internacional, la Corte Constitucional precisó que,

“una de las mayores innovaciones del Estatuto es que éste valoriza la reciente evolución de jurisprudencia internacional que penaliza los crímenes de guerra cometidos en conflictos armados internos, de tal manera que la expresión guerra no se refiere sólo a los conflictos armados de orden internacional”⁷⁹.

De otro lado, especial énfasis merece el hecho de que, según la Corte,

“las definiciones empleadas cobijan a organizaciones armadas no estatales, de conformidad con los desarrollos del derecho internacional humanitario. En otras palabras, los miembros de grupos armados irregulares, al igual que los integrantes de la fuerza pública regular, pueden ser sujetos activos de estos crímenes. Otro aspecto importante consagrado en el Estatuto de Roma en relación con los conflictos armados que no tengan carácter internacional, es el hecho de no incluir las condiciones de control territorial y mando responsable que señala el Protocolo II, con lo cual se amplía el ámbito de conflictos internos en los que pueden presentarse este tipo de crímenes”⁸⁰.

Se trata, como se ve, de un ámbito ampliado de protección, que intenta consultar, pese a las dificultades de aplicación de normas que hacen referencia a ventajas militares en casos concretos, etc., nuevas

⁷⁸ *Ibidem*, Aparte .3.1.3.4.4.1.1.3.

⁷⁹ *Ibidem*, Aparte .3.1.3.4.4.1.1.3.

⁸⁰ *Ibidem*, Aparte .3.1.3.4.4.1.1.3.

realidades, sobre todo relacionadas con la existencia de conflictos degradados, politizados, confusos, como en el caso colombiano. Aunque suene ello paradójico, los intentos por estandarizar grandes territorios, no sólo para consolidar contextos económicos y construir bloques económicos, sino para evitar las guerras, como es el caso de la Unión Europea, contrastan con toda suerte de situaciones de carácter interno que tiene lugar en otros países, difíciles de catalogar, que van desde acciones de resistencia cultural o de grupos étnicos contra políticas estatales o gubernamentales antidemocráticas, de acciones de mafias o grupos de narcotraficantes que controlan territorios rurales o urbanos, hasta la mezcla de toda suerte de actores y violencias que se retroalimentan en conflictos casi atávicos y que conviven con instituciones frágiles en la realidad, pero fuertes en discursos que se auto-reproducen simbólicamente y retóricamente.

Se trata de conflictos de toda índole que perviven en el orden interno, mientras que las normas y la jurisprudencia hacen verdaderos malabares y esfuerzos por concebir el carácter de los mismos y de quienes en ellos se mueven. Baste señalar, por ejemplo, para el caso colombiano, los enormes interrogantes que surgen hoy en día, respecto de los ámbitos de imputación de conductas cometidas por nuevos actores de la violencia endémica del país, como son los miembros de las bandas criminales emergentes, las denominadas “bacrim”. ¿Cómo catalogar estas conductas? ¿Son ellas cobijadas o no por el DIH? ¿El énfasis se da en el estudio de los actores o en el estudio de los hechos que cometen? Por ejemplo: el día 22 de marzo de 2010 se reportó una masacre terrible en un municipio del departamento de Córdoba, más de 10 personas fueron muertas en una acción armada indiscriminada y se tejen toda suerte de hipótesis sobre los móviles. ¿Son estas personas muertas personas protegidas, si se tiene en cuenta que son zonas tradicionales de graves conflictos? ¿Hasta dónde se puede ampliar el ámbito de protección de las normas humanitarias? ¿Se trata de personas muertas por meros delincuentes?⁸¹.

⁸¹ En un encuentro académico del autor de este escrito, con operadores del sistema judicial, en el departamento del Cauca, apoyado por la Oficina de Naciones Unidas contra la droga y el delito, en el mes de marzo de 2010, una fiscal especialmente activa, puso de presente el caso de cómo hoy, miembros de nuevas bandas emergentes, han llevado a cabo sobre mujeres civiles indefensas, agresiones sexuales sistemáticas y adelantadas con el propósito de causar temor y aterrorizar a la población en escenarios degradados. La fiscal sugería, con muy

Se trata de desafíos muy agudos para todo el sistema judicial; de nuevo y como ocurre de manera cíclica cada cierto número de años en nuestro país respecto de la violencia generada por los diversos actores, el denominado, en sociología criminal, “poder de definición”, entrará en escena, condicionado por toda suerte de elementos de la coyuntura política, social y económica.

4.3. EL HOMICIDIO COMO CRIMEN DE GUERRA EN EL ESTATUTO DE ROMA

En relación con el Estatuto de Roma, el artículo 8 del mismo, en el aparte c de su numeral segundo, señala las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 en caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, que constituyen crímenes de guerra si son actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hubieren depuesto las armas y los que hubieren quedado fuera de combate por enfermedad, lesiones, detención o por cualquier otra causa. En este sentido, la citada norma entiende como una de esas violaciones graves del artículo 3 común, “los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura”.

De otro lado, en este punto cabe precisar que, conforme al artículo 9 del Estatuto de Roma, los elementos de los crímenes del mismo, que ayudarán a la Corte a interpretar y aplicar los artículos 6, 7 y 8, junto con el Estatuto y sus Reglas de Procedimiento y Prueba, constituyen el primer orden jerárquico de derecho aplicable por la Corte de acuerdo con el artículo 21 del mismo instrumento.⁸² En este sentido, la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional realizó el “Proyecto de texto definitivo de los Elementos de los Crímenes”, adoptado por el

buenos argumentos, que estos casos no podían ser concebidos simplemente como crímenes comunes, en razón al carácter de delinquentes comunes que en principio, ligados a lógicas de actuación del narcotráfico, tendrían los actores. Es decir, abogaba por el análisis, más de los hechos y sus repercusiones, que por el mero análisis del carácter de los actores.

⁸² Knut DÖRMANN, *Elements of war crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court*, ICRC, Cambridge, United Kingdom, 2004, p. 2.

documento U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.2 (2000), conforme al cual quedó establecido que los elementos del crimen de guerra de homicidio en conflicto armado no internacional son los siguientes:

- a- Que el autor haya dado muerte a una o más personas;
- b- Que esa persona o personas hayan estado fuera de combate o hayan sido personas civiles o miembros del personal sanitario o religioso que no tomaban parte activa en las hostilidades;⁸³
- c- Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían esa condición;
- d- Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él; y
- e- Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

La introducción a los elementos de los crímenes de guerra establecidos en el Estatuto de Roma señala que, respecto a los dos últimos elementos enumerados para cada crimen, incluyendo el homicidio en conflicto armado no internacional: (i) 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; (ii) 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; y (iii) 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”⁸⁴.

De esta forma, como señala Knutt Dörmann, la Comisión Preparatoria de los Elementos de los Crímenes, quiso establecer en el documento algunos criterios particularmente relevantes para todos los delitos contenidos en el artículo 8 del Estatuto, razón por la cual decidió incluir en el texto una introducción que es específicamente aplicable a

⁸³ En la expresión “personal religioso” se incluye el personal militar no confesional y no combatiente que realiza una función análoga (nota explicativa de la misma disposición).

⁸⁴ Kai AMBOS, *La Corte Penal Internacional*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2008, p. 431.

todos los crímenes de guerra contenidos en dicha disposición.⁸⁵ Ahora bien, a primera vista, la redacción de esos tres elementos expuestos es difícil de entender, pues en la definición del elemento subjetivo, da la impresión de que se requiere total conocimiento de los hechos que constituyen el conflicto armado;⁸⁶ sin embargo, el conocimiento que es requerido bajo este estándar, es aquel incluido en el artículo 30 del Estatuto de Roma, donde se establece el elemento de intencionalidad.⁸⁷ Así, cuando se exige que el autor tenga “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’”, el autor necesitaría conocer el nexo entre sus actos y el conflicto armado.⁸⁸

Se trata de un tema absolutamente fundamental y se relaciona, desde la perspectiva continental, con el dolo para imputar la conducta. Así, una persona no puede alegar a su favor una especie de error de prohibición, por ejemplo, ya que prima el hecho fáctico incuestionable de la guerra, y no un conocimiento normativo de pormenores de la confrontación. El tema es complejo: en una versión de Justicia y Paz, para citar un caso y frente a hechos constitutivos de reclutamiento forzoso de menores, un versionado, jefe paramilitar, fue inquirido por

⁸⁵ Knut DÖRMANN, *Op. cit.*, p. 15.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 21.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 21. En este sentido, como señala Valencia Villa, concibiendo criterios dogmático-penales, pero mediados por discusiones de derecho penal internacional, “la intención y el conocimiento son dos elementos constitutivos de los crímenes de competencia de la Corte, es decir, se requieren dolo y percepción subjetiva del autor para que se configure un crimen”. En consecuencia, actúa con intención quien en relación con una conducta se propone incurrir en ella, así como quien, en relación con el resultado o consecuencia de su acción o conducta, se propone causarlo o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos. Alejandro VALENCIA VILLA, *Derecho...*, 2007, pp. 262 y 263.

⁸⁸ Knut DÖRMANN, *Op. cit.*, p. 21. Dörmann indica, igualmente, que en los trabajos preparatorios de los Elementos de los Crímenes, las opiniones se encontraban divididas en dos grupos, en aquello que se relaciona con el conocimiento que debía tener el autor del crimen, respecto de las circunstancias fácticas que convertían una situación en situación propia de conflicto armado, así como sobre la prueba del vínculo o nexo señalado. Así, de un lado, la mayoría creyó que era necesario que el fiscal probase que el acusado era consciente de al menos algunas circunstancias de hecho, reconociendo que había eventos en los que era tan *obvia* la existencia de un conflicto armado, que no se requería prueba adicional, aun cuando hay ocasiones donde la prueba del conocimiento sí es necesaria. Por otra parte, la opinión contraria insistía en que ni siquiera se debía requerir un elemento subjetivo sobre la existencia de un conflicto armado. *Ibidem*, p. 22.

la fiscal sobre la comisión de este crimen de guerra, ante lo cual él dijo que no sabía que lo era en su momento, pero que aceptaba los cargos en vista de la situación de conflicto armado en que se encontraba; y, de hecho, tales cargos fueron formulados en audiencia posterior.⁸⁹

Podría pensarse que existen mínimos incuestionables que deben respetarse por el solo hecho de la existencia fáctica de un conflicto armado. ¿Puede, por ejemplo, alegarse un error de prohibición directo, por parte de un combatiente cuando, por tradición social y cultural, por el hecho de crecer y de socializarse en la guerra, y de hacerlo en el contexto de sociedades ultramachistas, éste haya sometido a “servicios sexuales” a una mujer reclutada? ¿Puede alegarse el hecho de que no sabía que ello era un crimen de guerra? Hoy la tendencia es que ello no es posible, de acuerdo con las normas citadas. Debe aclararse, además y por eso el tema es hoy extremadamente complejo, que los elementos de los crímenes, al igual que las reglas de procedimiento y prueba que confluyen en la interpretación de las normas del Estatuto de Roma, han sido incorporados al derecho público interno colombiano por medio de la Ley No. 1268 de diciembre 31 de 2008. Es decir, los criterios constituyen ley de la República y deben armonizarse correctamente con las normas y la jurisprudencia que regula de manera general la persecución penal nacional de las infracciones al derecho internacional humanitario. Se trata de exigencias hoy insoslayables para la dogmática penal, en aspectos claves como el dolo, el conocimiento o no de las prohibiciones propias de las leyes de la guerra, del error de prohibición, etc.

4.4. CRÍMENES DE GUERRA Y CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD EN EL ESTATUTO DE ROMA

Sea pertinente en este punto introducir un matiz o diferencia, entre crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Así, de conformidad con el artículo 7 del Estatuto de Roma, la expresión

⁸⁹ Para una mayor ilustración sobre este tema, ver el trabajo adelantado con base en la presencia activa y sistemática de los miembros del Área de Justicia en decenas de audiencias propias del proceso de Justicia y Paz, de Alejandro Aponte (Coordinador del Área de Justicia). *Informe de primera fase*, Observatorio Internacional de DDR y Ley de Justicia y Paz, Centro Internacional de Toledo para la Paz, Madrid-Bogotá, diciembre de 2008, pp. 37 y ss.

“crímenes de lesa humanidad” es empleada para describir los actos inhumanos – a partir de una construcción normativo-cultural de la noción de humanidad, muy ligada a conceptos occidentales–, que se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, ya sea en tiempo de guerra externa, conflicto armado interno o de paz⁹⁰. En este orden de ideas, como precisó la Corte Constitucional en sentencia No. C-578 de 2002, aun cuando originalmente el concepto de crimen de lesa humanidad exigía una conexión con la existencia de un conflicto armado y la participación de agentes estatales, el derecho penal internacional reconoce en la actualidad que algunas de las conductas incluidas bajo la categoría de crímenes de lesa humanidad, pueden ocurrir fuera de un conflicto armado y sin la participación estatal⁹¹. Esta aclaración es fundamental y consistente con el caso colombiano, en el cual, además desde luego de actores estatales involucrados en la comisión de crímenes internacionales, actúan actores armados que cometen toda suerte de delitos, entre ellos, los crímenes internacionales.

En la providencia aludida, la Corte Constitucional destacó que la definición de crímenes de lesa humanidad del Estatuto de Roma está compuesta por seis elementos, los cuales son: (i) que se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático; (ii) que éste sea dirigido contra la población civil; (iii) que implique la comisión de actos inhumanos, enumerando así aquellos que podrían constituir crímenes de lesa humanidad dentro del contexto de un ataque –por ejemplo, el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación o traslado forzoso de población o la encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional–; (iv) que se presente el conocimiento de que se trata de un ataque sistemático o generalizado contra una población civil; (v) para los actos de persecución solamente, se ha de tomar en cuenta los fundamentos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género; y (vi) el contexto dentro del cual puede ocurrir un crimen de lesa humanidad puede ser en tiempos de paz, de guerra internacional o de conflicto interno⁹².

⁹⁰ Corte Constitucional, sentencia No. C-578 de 30 de julio de 2002, MP: Manuel José Cepeda Espinoza, Aparte 3.1.3.4.4.1.1.2.

⁹¹ *Ibidem*, Aparte .3.1.3.4.4.1.1.2.

⁹² *Ibidem*, Aparte .3.1.3.4.4.1.1.2.

Sea este el momento para hacer referencia a la discusión académica que, con los más diversos operadores judiciales y a manera de taller, en desarrollo del presente trabajo, tuvo lugar los días 12 y 13 de noviembre de 2009. Esto, pues en la misma, ante la pregunta de un asistente respecto a qué se entiende por delito de lesa humanidad, es siempre importante aclarar que técnicamente en Colombia no hay una consagración de delitos de lesa humanidad, pero existen tipos penales en la legislación penal interna que tienen la connotación de tales crímenes. Por ejemplo, la desaparición forzada o el desplazamiento forzado regulado en el artículo 180 del Código Penal. Pero se trata de un hecho fundamental que debe tenerse siempre en cuenta, sobre todo, porque en el caso colombiano, no puede establecerse la exigencia para los operadores, de probar el elemento contextual propio de los crímenes de lesa humanidad; es una exigencia para los operadores de la Corte Penal Internacional. En nuestro caso, incluso un solo caso de desaparición forzada, debe investigarse y sancionarse. Por su puesto, ello no exime a los operadores, de la obligación y necesidad, como se ha insistido aquí, de hacer relación siempre a los contextos en los cuales se cometieron los crímenes y, en este sentido, la referencia a la sistematicidad y a la generalización⁹³.

II. EL CONFLICTO ARMADO INTERNO EN COLOMBIA Y EL HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA

Particular mención merece en el presente análisis sobre el conflicto armado interno, la aplicación en Colombia del tipo penal de homicidio en persona protegida, con referencia a ciertos estándares internacionales existentes en materia de derecho internacional humanitario, al mismo tiempo que se hace mención al desarrollo propio que nuestro sistema de justicia ha hecho del tema. Ello se

⁹³ En relación con este tema, el autor ha sostenido, de otra parte, que en la práctica judicial hoy, *el concierto para delinquir*, simple o agravado, obra en dicha práctica como una especie de sustituto del elemento contextual: en la imputación y demostración de la “pertenencia” a un grupo irregular, los operadores hacen juicios propios de demostración del denominado “elemento contextual”, a propósito del Estatuto de Roma. Ver, al respecto, Alejandro Aponte, “Colombia”, en: Kai AMBOS, Ezequiel MALARINO y Gisela ELSNER (editores), *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional*, Fundación Konrad-Adenauer, Montevideo, Marzo de 2008, pp. 159-211.

adelanta con el propósito de apoyar fórmulas de interpretación de los operadores judiciales, teniéndose en cuenta siempre los límites propios de este trabajo, que consisten en el énfasis que se hace en el estudio de jurisprudencia internacional relevante para nuestro caso. No obstante, se hará referencia, también, a jurisprudencia constitucional y a recientes decisiones de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, que expresan una tendencia, muy reciente, de aplicación coherente y sistemática, especialmente, del artículo 135 del Código Penal. Esto, sin perjuicio y precisamente aprovechando este legado, del hecho de que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y todo el sistema penal, han sido celosos siempre en la preservación de la protección de los civiles en el marco del conflicto armado interno.

1. EL HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA

En el título II del Código Penal se introduce, en capítulo único, el título sobre delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario. Se trata de un conjunto de normas muy interesante, algunas muy complejas para imputar y, de hecho, poco imputadas hasta el momento, que tienen dos columnas vertebrales: la noción de *persona protegida* y la noción de *bienes protegidos*, regulados éstos desde el artículo 154. Cada una de estas normas, introduce un párrafo para la comprensión de qué se entiende por persona protegida y qué se entiende por bienes protegidos, normas que a su vez se remiten a tratados internacionales⁹⁴. En relación con el tema que nos ocupa, el artículo 135 del Código Penal, dispone, en su primera parte, lo siguiente:

“El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, ocasione la muerte de persona protegida conforme a los Convenios Internacionales sobre Derecho Humanitario ratificados por Colombia, incurrirá en prisión de treinta (30) a cuarenta (40) años, multa de dos mil (2.000) a cinco mil (5.000)

⁹⁴ Para profundizar en el análisis específicamente penal relacionado con el homicidio en persona protegida, con talleres de caso, con estudios de ámbitos de imputación para este delito, el autor se permite la remisión al texto de Alejandro APONTE, *Protocolo para el reconocimiento de violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, con énfasis en homicidio en persona protegida*, Vicepresidencia de la República de Colombia, Bogotá, 2008.

salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de quince (15) a veinte (20) años”.

Como se ve, la disposición señalada hace referencia expresa a los tratados internacionales, por lo que resulta necesario avanzar en fórmulas de interpretación que combinen la enorme tradición en nuestro país relacionada con los denominados delitos atroces, con criterios y pautas de interpretación desarrolladas a nivel internacional. Siempre y se subraya ello especialmente, teniendo en cuenta las particularidades del caso colombiano, hecho fundamental que se ha resaltado en este escrito.

Por su parte, el párrafo de la citada disposición establece qué se entiende por persona protegida conforme al derecho internacional humanitario, a saber: (i) los integrantes de la población civil, (ii) las personas que no participan en hostilidades y los civiles en poder de la parte adversa, (iii) los heridos, enfermos o náufragos puestos fuera de combate, (iv) el personal sanitario o religioso, (v) los periodistas en misión o corresponsales de guerra acreditados, (vi) los combatientes que hayan depuesto las armas por captura, rendición u otra causa análoga, (vii) quienes antes del comienzo de las hostilidades fueron considerados como apátridas o refugiados y (viii) cualquier otra persona que tenga aquella condición en virtud de los Convenios I, II, III y IV de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales I y II de 1977 y otros que llegaren a ratificarse.

1.1. CONFLICTO ARMADO COMO SUPUESTO FÁCTICO-NORMATIVO PARA IMPUTAR INFRACCIONES AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

En primer lugar, como se colige del enunciado del artículo 135 del Código Penal, para aplicar el tipo penal de homicidio en persona protegida, es fundamental considerar que el homicidio tiene lugar cuando éste se produce “con ocasión y en desarrollo” de conflicto armado. En este punto es importante el desarrollo que ha tenido el tema en los tratados internacionales y en la jurisprudencia de los tribunales internacionales, así como también la apropiación que de todo este desarrollo normativo y jurisprudencial, hace nuestra jurisprudencia, constitucional y penal. En esta dirección y desde el

ámbito constitucional colombiano, al analizar la Corte Constitucional el tipo penal en cuestión, en providencia muy importante, la sentencia No. C-291 de 2007, una vez se estableció que “el supuesto necesario para la aplicación del Derecho Internacional Humanitario es la existencia de un conflicto armado”, se entiende que la determinación de su ocurrencia “debe realizarse no en abstracto, sino en atención a las características de cada caso particular”⁹⁵. De conformidad con lo anterior, entonces, ha sido señalado por la sentencia en alusión que:

“Para efectos de establecer en casos concretos si un determinado conflicto ha trascendido el umbral de gravedad necesario para ser clasificado como un conflicto armado interno, la jurisprudencia internacional ha recurrido principalmente a dos criterios: (i) la intensidad del conflicto, y (ii) el nivel de organización de las partes”⁹⁶.

De esta forma, en el caso concreto del derecho penal, tanto el fiscal como el juez penal revisan y recogen los postulados ya desarrollados a nivel internacional y les confiere un contenido concreto. Éste es, además, el sentido del texto que se presenta: ilustrar los puentes que tejen los tribunales nacionales e internacionales. Estos puentes no se dan, empero, de manera automática, sino que deben, eso sí, pasar por toda suerte de matices y de sutilezas de acuerdo con las exigencias propias del caso colombiano. Pero el recorrido que aquí se hace, muestra la comunicación entre los operadores. La noción de “intensidad” es, por ejemplo, un aspecto clave en este cometido de establecer puentes de comunicación entre los operadores que, caso a caso, le darán aplicación a estos presupuestos indispensables. Es importante, además, insistir siempre en una cuestión de principio que es fundamental:

⁹⁵ Valga poner de presente que la Corte Constitucional llegó a la citada conclusión a partir del caso *Prosecutor v. Rutaganda*, del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, sentencia de diciembre 6 de 1999. Corte Constitucional, sentencia C-291 de 25 de abril de 2007, MP: Manuel José Cepeda Espinosa, Aparte 1.1.

⁹⁶ En este sentido, la Corte Constitucional llegó al resultado señalado luego de hacer un recuento de lo entendido por intensidad del conflicto y nivel de organización de las partes por el Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia en el caso *Prosecutor v. Fatmir Limaj y otros*, sentencia de noviembre 30 de 2005. *Ibidem*, Aparte 1.1.

“Para efectos de la aplicación del Derecho Internacional Humanitario, la existencia de un conflicto armado se determina jurídicamente con base en factores objetivos, independientemente de la denominación o calificación que le den los Estados, Gobiernos o grupos armados en él implicados”⁹⁷.

1.2. EL PRINCIPIO DE DISTINCIÓN

El principio de distinción en el DIH se deriva del postulado según el cual se debe proteger a la población civil de los efectos de la guerra, ya que en tiempos de conflicto armado sólo es aceptable el debilitamiento del potencial militar del enemigo⁹⁸. No se trata de exterminarlo. Tanto más fundamental es ello en el caso de un conflicto degradado como el nuestro, en el cual se ha atentado sin piedad contra seres desarmados, inermes, tildados de enemigos. Por eso, “el deber general de distinguir entre civiles y combatientes es un deber básico de las partes en todo conflicto armado no internacional, en el sentido de diferenciar en todo momento entre los civiles y los combatientes, para efectos de preservar a las personas civiles y sus bienes”⁹⁹.

Como se evidencia en lo anterior, uno de los fundamentos del delito de homicidio en persona protegida, reside en la consagración del principio de distinción en tanto, en ocasión y en desarrollo de conflicto armado, se obliga a distinguir a los combatientes y a quienes

⁹⁷ Sobre este punto también es relevante poner de presente que “la aplicación del Derecho Internacional Humanitario no implica un reconocimiento ni de la legitimidad de las razones o causas invocadas por los grupos armados disidentes que toman parte en los conflictos armados, ni tampoco –desde ninguna perspectiva– un reconocimiento de insurgencia o de beligerancia a la luz del Derecho Internacional Público”. *Ibidem*, Aparte 1.1. Debe aclararse, respecto de esta providencia, que ella recoge elementos de una tradición jurisprudencial muy rica del juez constitucional colombiano. Prácticamente desde el mismo momento de entrada en vigencia de la Carta Política de 1991, la Corte abordó el estudio del tema, de manera sistemática y de acuerdo con nuestra propia tradición de guerras civiles y de conflicto armado endémico.

⁹⁸ *Ibidem*, Aparte 3.1. Es importante poner de manifiesto que, como se verá más adelante, según la Corte, “el DIH se aplica automáticamente cuando están dadas las condiciones de índole *temporal, espacial y material*”, regla que debe orientar al operador para reforzar sus argumentos sobre la existencia de un conflicto armado.

⁹⁹ *Ibidem*, Aparte 3.2.

participan directamente de las hostilidades, de las personas protegidas conforme al derecho internacional humanitario. En consecuencia, para que el principio de distinción sea respetado en la práctica, el DIH “exige claridad conceptual respecto de los conceptos de ‘combatientes’, ‘personas civiles’, ‘población civil’ y ‘personas fuera de combate’”¹⁰⁰. En este punto, agrega la Corte en providencia anterior y fundamental sobre el tema y respecto de la tradición colombiana, que,

“...las partes en conflicto deben diferenciar entre combatientes y no combatientes, puesto que estos últimos no pueden ser nunca un objetivo de la acción bélica. Y esto tiene una razón elemental de ser: si la guerra busca debilitar militarmente al enemigo, no tiene por qué afectar a quienes no combaten, ya sea porque nunca han empuñado las armas (población civil), ya sea porque han dejado de combatir (enemigos desarmados), puesto que ellos no constituyen potencial militar”¹⁰¹.

Además, señala la Corte que, de acuerdo con el artículo 4º del Protocolo II, se establecen “criterios objetivos para la aplicación del principio de distinción, ya que las partes en conflicto no pueden definir a su arbitrio quién es o no es combatiente y, por ende, quién puede ser o no objetivo militar legítimo”¹⁰².

De otro lado, se pone de manifiesto que, para la Corte Constitucional, la distinción entre población combatiente y no combatiente tiene consecuencias fundamentales que implican obligaciones para las partes. Así,

“en primer término, tal y como lo señala la regla de inmunidad del artículo 13, las partes tienen la obligación general de proteger a la población civil contra los peligros procedentes de las operaciones militares. De ello se desprende, como señala el numeral 2º de este artículo, que esta población, como tal, no puede ser objeto de ataques militares, y quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla. Además, esta protección general de la población civil contra los peligros de la guerra implica también que no

¹⁰⁰ *Ibíd*em, Aparte 3.3.

¹⁰¹ Corte Constitucional, sentencia C-225 de 18 de mayo de 1995, MP: Alejandro Martínez Caballero, párr. 28.

¹⁰² *Ibíd*em, párr. 29.

es conforme al derecho internacional humanitario que una de las partes involucre en el conflicto armado a esta población, puesto que de esa manera la convierte en actor del mismo, con lo cual la estaría exponiendo a los ataques militares por la otra parte¹⁰³.

1.2.1. *El derecho internacional humanitario en Colombia: apropiación jurisprudencial de estatutos normativos humanitarios*

Sea este el lugar, en el contexto del principio de distinción, para hacer breve referencia a aspectos fundamentales en el proceso de incorporación del derecho internacional humanitario y rescatar la amplia tradición de tratamiento que estas normas y su impacto regulativo de la guerra, han tenido en la jurisprudencia constitucional y penal colombianas. Es en este punto, además, del principio de distinción y las consecuencias que lo acompañan, que se puede observar la gran especificidad del caso colombiano y, en esta dirección, la extensión del ámbito de protección de las normas humanitarias, precisamente en función de la protección de los civiles ajenos al conflicto armado. Así, se tiene que providencias de la Corte Constitucional, desde el momento mismo de expedición de la Carta Política de 1991, se han encargado de dar el estatuto jurídico que deben tener normas que regulen y acoten las consecuencias de la guerra. Por ejemplo, las sentencias No. C-574 de 1992, No. C-088 de 1993, No. C-225 de 1995 y No. C-221 de 2007, estas dos últimas ya citadas, constituyen un camino rico de elaboración jurisprudencial.

Es un recorrido, además, que también hace referencia a la historia normativa misma de los tratados internacionales. Por ejemplo, se establece que “no hubo en la Constitución de 1886, ni en las anteriores, disposición alguna que definiera la posición del ordenamiento interno colombiano respecto del derecho internacional general o del derecho internacional convencional¹⁰⁴. De la misma forma, es posible afirmar que, en materia del derecho internacional convencional, la Carta de

¹⁰³ *Ibíd*em, párr. 30.

¹⁰⁴ Corte Constitucional, sentencia C-574 de 28 de octubre de 1992, MP: Ciro Angarita Barón, Aparte 2, a.

1886 no hizo un reconocimiento positivo de su valor jerárquico, puesto que no existió en ésta una norma que expresamente confiriera a los tratados internacionales un grado determinado dentro de la jerarquía normativa del orden jurídico colombiano. La única referencia que al respecto contenía la anterior Carta Política, era la consignada en su artículo 121, a propósito de las facultades de las cuales quedaba investido el presidente de la República en virtud de la declaratoria de estado de sitio¹⁰⁵. Esta fue una norma fundamental y debe entenderse en conjunto con otras figuras excepcionales, como son el delito de rebelión, las amnistías, los indultos, fórmulas que en general estuvieron concebidas en el horizonte de las guerras civiles del siglo XIX y que perduran aún con grandes variaciones¹⁰⁶.

De esta forma, conforme a la citada disposición, durante la guerra exterior o la conmoción interior, el presidente debía respetar los parámetros y restricciones a la conducción de hostilidades que, tanto el derecho de la Haya como el derecho de Ginebra, imponen en aras de la protección de la población civil, de los no combatientes y de las víctimas de los conflictos armados¹⁰⁷. Ello, en la medida en que el artículo hacía referencia al respeto del *derecho de gentes* en caso de hallarse el país en estado de sitio. Por esa razón, además, debe entenderse que el DIH, incorporado a la Carta Política de 1991 como estatuto regulador de los estados de excepción, es un heredero legítimo del antiguo derecho de gentes. Debe siempre entenderse que, pese a que en numerosas ocasiones, el uso del derecho de gentes se hizo más con el propósito de ampliar el margen de incidencia del ejecutivo sobre los

¹⁰⁵ *Ibíd.*, Aparte 2, a.

¹⁰⁶ Son figuras que le permiten por ejemplo, a un autor colombiano pionero en esta discusión, sostener cómo en nuestro país, al amparo de esta figuras y muy especialmente, de acuerdo con la tradición de aplicación del derecho de gentes, incluso mucho antes que fuera desglosado el derecho internacional humanitario en Europa, ya se aplicaban en Colombia normas de este carácter; se aplicaban en la práctica las leyes de la guerra. Ver, Iván OROZCO ABAD, *Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y derecho en Colombia*, segunda edición de 2006, respecto de la primera de 1992, Temis, Bogotá. También, se cita aquí un texto con referencias muy interesantes, de aplicación tradicional de normas humanitarias, mucho antes de ser éstas desglosadas en el derecho público europeo: Alejandro VALENCIA VILLA, *La humanización de la guerra: derecho internacional humanitario y conflicto armado en Colombia*, Tercer Mundo Editores y Ediciones Uniandes, Bogotá, primera edición agosto de 1991, segunda edición febrero de 1992.

¹⁰⁷ Corte Constitucional, sentencia C-574 de 28 de octubre de 1992, MP: Ciro Angarita Barón, Aparte 2, a.

derechos y garantías, se trataba de un estatuto regulador del impacto de los decretos sobre dichos derechos y garantías. Tenía, sobre todo, una función protectora.

Esta protección especial fue reforzada con la aprobación, por parte del Parlamento colombiano, de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, mediante la ley 5 de 1960, y la posterior ratificación de los mismos. Por lo tanto, y más allá de lo dicho respecto de nuestra tradición, la aplicación obligatoria del DIH en sí y, por ende, del artículo tercero común a los cuatro Convenios, tiene una historia de por lo menos cuarenta años en Colombia.¹⁰⁸ Lo expresado incidió, sin duda, en la perspectiva correcta que tuvieron los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente que reformó la Carta, respecto de la importancia para el caso colombiano, tanto del derecho internacional de los derechos humanos, como del derecho internacional de los conflictos armados. La Carta de 1991 confirma y refuerza, tanto la obligatoriedad del derecho internacional de los derechos humanos, como la del DIH¹⁰⁹. (Ello, además, en la perspectiva muy bien desarrollada por la Corte, del uso del bloque de constitucionalidad).

Es pertinente señalar, además, que en el artículo 214, numeral 2°, de la Constitución de 1991, se consagró el valor fundamental del derecho internacional humanitario cuando, al regular los parámetros a que se sujetan las atribuciones presidenciales durante los estados de excepción, se dispuso que: “En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”¹¹⁰. Así, de acuerdo con ello, como lo señala la Corte Constitucional:

“No se exige, en tales condiciones, ratificación o adhesión al convenio o al tratado. **En otros términos, con la incorporación de este principio los constituyentes quisieron ante todo proteger los valores humanitarios reconocidos universalmente por la comunidad internacional, abstracción hecha del derecho que los consagra**” (resaltado dentro del texto)¹¹¹.

¹⁰⁸ *Ibíd*em, Aparte 2, a.

¹⁰⁹ *Ibíd*em, Aparte 2, c.

¹¹⁰ *Ibíd*em, Aparte 2, c.

¹¹¹ *Ibíd*em, Aparte 2, c.

1.2.2. *Derecho internacional humanitario y humanización de la guerra*

En providencia ya citada, la Corte Constitucional establece que el DIH es una forma, no de legitimar la guerra, mas sí de humanizarla. Así, la Corte estableció que:

“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. Y a su vez (...), esta humanización de la guerra tiene una especial trascendencia constitucional en la búsqueda de la paz. En efecto, de manera insistente, la doctrina nacional e internacional han señalado que las normas humanitarias no se limitan a reducir los estragos de la guerra sino que tienen una finalidad tácita que puede ser, en ocasiones, mucho más preciosa: esta normatividad puede también facilitar la reconciliación entre las partes enfrentadas, porque evita crueldades innecesarias en las operaciones de guerra. De esa manera, al reconocer una mínima normatividad aplicable, una mínima racionalidad ética, el derecho internacional humanitario facilita un reconocimiento recíproco de los actores enfrentados, y por ende favorece la búsqueda de la paz y la reconciliación de las sociedades fracturadas por los conflictos armados (...). Además, la aplicación del derecho internacional humanitario no menoscaba la responsabilidad del gobierno de mantener o restablecer el orden público, como lo precisa el artículo 3º del Protocolo II”¹¹²

En este sentido, la Corte Constitucional hizo especial énfasis en que la perspectiva de la humanización de la guerra no significa que el Protocolo II esté legitimando la existencia de los conflictos armados internos o el recurso a los instrumentos bélicos por grupos armados irregulares. Lo anterior, toda vez que la paz no debe ser entendida tan sólo como ausencia de conflictos, sino como la posibilidad de tramitarlos pacíficamente. Se trata, además, de una postura asumida por el juez penal de manera reiterada, es decir, todo el sistema judicial adopta esta postura. Así, la Sala Penal de la Corte, en un caso muy

¹¹² Corte Constitucional, sentencia No. C-225 de 18 de mayo de 1995, MP: Alejandro Martínez Caballero, párr. 21.

interesante en el cual se juzgó una acción de guerra, por fuera de los parámetros regulativos de la misma, con la comisión de actos de ferocidad y barbarie, de acuerdo con la legislación penal contenida en el Código Penal de 1980, estableció lo siguiente:

“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, porque, a mas de reducir los estragos de las confrontaciones bélicas, dicho ordenamiento, fruto de los pactos internaciones y de la conciencia de la humanidad, apunta estratégicamente a lo que Kant definió elocuentemente como el modo de ‘hacer la guerra según principios tales que sea siempre posible salir de ese estado natural y entrar en un estado jurídico’ (‘Principios metafísicos del derecho’, p. 190). Sólo 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”¹¹³.

De esta forma confluyen los diferentes jueces en el rescate al sentido último de las leyes humanitarias: acotar el conflicto, acercar a las partes, propiciar espacios de reconocimiento en los mínimos de humanidad por todos compartida.

¹¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 25 de septiembre de 1996, proceso con radicado No. 12051, MP: Jorge Aníbal Gómez Gallego. Para un análisis de este tema en el cual se estudia esta providencia, en el contexto de la tradición colombiana de delitos atroces y de las nociones de “ferocidad” y “barbarie”, ver el texto de Alejandro Aponte: “Civiles y conflicto armado en la jurisprudencia de la sala penal de la corte suprema de justicia”, en: *Derecho penal y criminología*, Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Volumen XXVII, Número 81, mayo - agosto de 2006, pp. 15- 46.

1.3. EL CASO COLOMBIANO Y LA AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO DE PROTECCIÓN DE LAS NORMAS HUMANITARIAS: LA *HUMANIZACIÓN* DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Especial atención, en el caso colombiano, además de lo expuesto hasta el momento, merece el análisis efectuado por la Corte Constitucional respecto del artículo 1º del Protocolo II en la sentencia No. C-225 de 1995, toda vez que éste regula el ámbito de aplicación material del mismo; al tiempo que, en palabras de la Corte,

“... establece unos requisitos ‘ratione situationis’ más estrictos que el artículo 3º común a los Convenios de Ginebra 1949. En efecto, mientras que el artículo 3º común regula todo conflicto armado interno que desborde el marco de los disturbios interiores o las tensiones internas, el Protocolo II exige que los grupos irregulares tengan un mando responsable y un control territorial tal que les permita realizar operaciones militares concertadas y sostenidas, y aplicar las normas humanitarias”¹¹⁴.

Se trata de uno de los avances fundamentales de las normas humanitarias, desde los convenios de Ginebra de 1949, justamente teniendo en cuenta el hecho de que, a diferencia del momento en que éstos fueron concebidos, desde los años 60 se generalizaron las luchas revolucionarias en nuestro continente, al mismo tiempo que en Europa se hacían cada vez más evidentes confrontaciones que involucraban a las colonias contra países del centro de Europa.

A su vez, ésta ha sido la base para que, en el terreno penal concretamente y en el caso del artículo 135 del Código Penal, se haya concebido el carácter de combatientes a miembros de grupos irregulares, para hacer así posible la imputación del homicidio en persona protegida –ello, incluso, tratándose de actores que no habían sido concebidos tradicionalmente en el país como combatientes, como es el caso de miembros de grupos paramilitares. Así las cosas, las imputaciones de diversas conductas que constituyen infracciones al derecho internacional humanitario, en tanto delitos, serían hoy muy difíciles en un proceso como el de Justicia y Paz, sin haberse dado

¹¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-225 de 18 de mayo de 1995, MP: Alejandro Martínez Caballero, párr. 25.

primero toda esta apropiación jurisprudencial de elementos básicos que configuran las normas humanitarias. Se tiene en el país, como base normativa entonces, tanto el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra que contienen exigencias mínimas que en todo caso deben ser respetadas y el Protocolo II, más específico y que desarrolla el artículo 3 común.

Atendiendo al artículo 214 de la Constitución, el cual, como se expresó con anterioridad, señala que en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario, la Corte indicó que el citado mandato constitucional es un imperativo, en virtud del cual, se determina que el derecho internacional humanitario, incluyendo obviamente el Protocolo II, se aplica en Colombia en todo caso, sin que sea necesario estudiar, incluso, si el enfrentamiento alcanza los niveles de intensidad exigidos por el artículo 1º estudiado.¹¹⁵

De esta manera, la Corte Constitucional abre el ámbito de aplicación y de protección de esta norma y, en general, de las normas humanitarias, teniendo en cuenta el proceso ya reseñado. Es un hecho que puede desconcertar a observadores extranjeros y el autor de este trabajo lo ha discutido ampliamente con algunos autores que desde una perspectiva europea, se acercan con extremas dificultades al caso colombiano: ellos no entienden este proceso de ampliación de los ámbitos de protección. Sin embargo, haciendo uso de la interpretación emanada del artículo 214 de la Carta Política colombiana, la Corte Constitucional estableció que, al tenor de lo dispuesto en la norma constitucional acerca de cómo “en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”, incluso,

“...frente a situaciones de violencia que no adquieran connotación bélica o las características de un conflicto armado, las exigencias de tratamiento humanitario derivadas del derecho internacional humanitario de todas formas se mantienen. Las normas humanitarias tienen así una proyección material para tales casos, pues pueden también servir de modelo para la regulación de las situaciones de disturbios internos. Esto significa que, en el plano interno, la obligatoriedad de las reglas del derecho humanitario es permanente y constante, pues

¹¹⁵ *Ibíd.*, párr. 25.

estas normas no están reservadas para guerras internacionales o guerras civiles declaradas. Los principios humanitarios deben ser respetados no sólo durante los estados de excepción sino también en todas aquellas situaciones en las cuáles su aplicación sea necesaria para proteger la dignidad de la persona humana¹¹⁶.

No se trata, por supuesto, de aplicar las normas del derecho humanitario, para proteger civiles que se encuentran en medio del atraco a un banco, a en medio de una marcha pacífica que degenera en acciones vandálicas o de meros tumultos, incluso si están ligados éstos a escenarios políticos o a la violencia endémica que sufre el país. Pero sí se trata de abrir el marco de protección de civiles frente a actores que ejercen controles territoriales, que usan a los civiles en el conflicto, que los involucran de buena o de mala manera en toda clase de situaciones propias de un conflicto armado degradado y difuso. Además, constituye un marco de ampliación propicio, justamente en estos escenarios degradados y desideologizados, en los cuales los actores se confunden y se mezclan.

Podría decirse, por ejemplo, que cuando se trata de víctimas originadas por acciones de un grupo conformado por meros narcotraficantes, que adelantan persecuciones contra civiles para hurtar sus tierras, o casos similares, no son o no serían casos amparados por el DIH. Pero, si un ejército de narcotraficantes, en escenarios claros de conflicto armado, actúa al servicio de las guerrillas o de las autodefensas y hacen parte de la máquina de guerra que sistemáticamente comete crímenes de la más diversa índole, ¿en este caso sería posible la aplicación del DIH? ¿Serían los civiles, en este caso, personas protegidas? En otros escenarios quizá no, en el nuestro, en cambio, es más probable que lo sean. Y los ejemplos se multiplican por decenas, tanto más hoy que se escucha, en nuevos escenarios de violencia, la aparición de toda clase de alianzas y mezclas entre actores de la guerra, que usan el narcotráfico como el gran combustible para sus acciones.

Esta expansión de los ámbitos de protección de las normas humanitarias, es uno de los máximos logros de la jurisprudencia

¹¹⁶ *Ibidem*, párr. 25.

constitucional, seguida por la jurisprudencia penal y por los operadores judiciales colombianos; y es, a su vez, un logro que permite diferenciar este proceso, de aquel de incorporación y/o homologación de las normas que regulan los conflictos armados internacionales al derecho público interno y a la regulación de los conflictos armados internos que se ha dado en otros países. Ello causa desconcierto, como se ha dicho, en algunos observadores extranjeros que ven en ello una exacerbación del ámbito de protección. No obstante, en el caso colombiano esto tiene un máximo sentido, en la medida en que se trata de un conflicto armado degradado y descompuesto, en el cual la mayor cantidad de víctimas ha sido constituida por seres indefensos, que no sólo mueren en medio de los combates propios de las guerras, sino que mueren, sobre todo, en medio de las fatales incriminaciones mutuas que hacen los actores de la guerra, acerca de su posible pertenencia, de cualquier forma, al bando contrario. La lógica de enemistad perversa ha convertido a todos en enemigos potenciales y, por esa razón, se abre el ámbito de protección.

No se debe olvidar, además y en relación con el presente texto, que su objetivo es también demostrar cómo el caso colombiano es particular y específico y no debe parecerse obligadamente a ningún caso, a nombre de la supuesta obediencia a estándares internacionales. En este sentido, si de manera gráfica puede ser permitido utilizar alguna fórmula para decantar esta evolución y compararla con casos foráneos, podría decirse que, mientras en otras latitudes se puede enfatizar más lo que es dable hacer en la guerra, por parte de los actores armados, para desde allí construir mínimos, en nuestro caso el énfasis radica más en lo que no se puede hacer, en ampliar el espectro de persona protegida, en cerrar las puertas a los actores de la guerra, incluidas las fuerzas armadas institucionales, y por eso tiene sentido la apelación a la norma constitucional que los rige, respecto de los alcances de sus acciones. Es, desde esa perspectiva, que más se puede aprovechar, al mismo tiempo, y es el sentido de este documento, el desarrollo que a nivel internacional ha tenido el esfuerzo de homologación y estandarización de las leyes de la guerra a nivel interno. Desde la especificidad, es más fácil aprovechar lineamientos que bien pueden ser más generales.

1.4. ÁMBITOS TEMPORALES, GEOGRÁFICOS Y MATERIALES PARA DETERMINAR CUÁNDO TIENE LUGAR UNA SITUACIÓN DE CONFLICTO ARMADO

Para finalizar este aparte y antes de proseguir con el estudio de conceptos claves, es importante, también en función de la jurisprudencia, destacar que en la providencia de la Corte Constitucional, que recoge una tradición jurisprudencial en Colombia, se estableció que “el DIH se aplica automáticamente cuando están dadas las condiciones de índole *temporal, espacial y material*”.¹¹⁷ En consecuencia y de la mano de la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia, en aspectos ya reseñados, la Corte determinó que se entiende:

1. Por *términos temporales* que,

“el derecho internacional humanitario se aplica desde la iniciación de tales conflictos armados, y se extiende más allá de la cesación de hostilidades hasta que se haya logrado una conclusión general de la paz; o en caso de conflictos internos, cuando se logre un arreglo pacífico”;¹¹⁸

2. Por *términos geográficos* que el DIH,

“se aplica, tanto a los lugares en los que materialmente se desarrollan los combates u hostilidades armados, como a la totalidad del territorio controlado por el Estado y los grupos armados enfrentados, así como a otros lugares en donde, si bien no ha habido materialmente una confrontación armada, se han dado hechos que se relacionan de cerca con el conflicto armado”;¹¹⁹ y

3. Por *términos materiales* que,

“para que un determinado hecho o situación que ha ocurrido en un lugar en el que no se han desarrollado los combates

¹¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-291 de 25 de abril de 2007, MP: Manuel José Cepeda Espinosa, Aparte 1.2.

¹¹⁸ *Ibidem*, Aparte 1.2.1.

¹¹⁹ La Corte Constitucional aclara: “Así lo ha explicado el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia al precisar que *no existe una correlación necesaria entre el área donde se desarrollan los combates como tales, y el alcance geográfico de las leyes de la guerra*. En este sentido, cita el caso del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, *Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vokovic*, Sala de Apelaciones, sentencia del 12 de junio de 2002. *Ibidem*, Aparte 1.2.2.

armados quede cubierto bajo el ámbito de aplicación del Derecho Internacional Humanitario, es necesario que tal hecho o situación guarde una relación cercana y suficiente con el desarrollo del conflicto”.¹²⁰

Es importante señalar que, según la corporación, “las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario vinculan tanto a los miembros de las fuerzas armadas estatales, como a los de los grupos armados que se les oponen”¹²¹.

1.5. COMBATIENTES, POBLACIÓN CIVIL Y PERSONAS FUERA DE COMBATE

A continuación se hará referencia a las nociones de combatientes, población civil y personas fuera de combate, así como al estudio que de las mismas ha adelantado el tribunal constitucional colombiano. Lo anterior, considerando que, como se señaló anteriormente, la aplicación del principio de distinción requiere claridad conceptual respecto de estas categorías, los cuales, como se verá más adelante, son relevantes al resolver algunos dilemas prácticos surgidos en el contexto de la persecución penal del homicidio en persona protegida.

1.5.1. *Combatientes*

Al precisar la noción de “combatiente”, la Corte Constitucional señaló que a la luz del DIH éste puede ser entendido en sentido genérico y en sentido específico. De esta manera:

“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

¹²⁰ Precisa la Corte que “la jurisprudencia internacional ha proporcionado distintos criterios para determinar la existencia de un nexo cercano entre un determinado hecho o situación y el conflicto armado internacional o interno en el que ha tenido lugar; así, ha señalado que tal relación cercana existe *en la medida en que el crimen sea moldeado por o dependiente del ambiente en el que se ha cometido* –v.g. el conflicto armado. *Ibíd*em, Aparte 1.2.3.

¹²¹ *Ibíd*em, Aparte 1.3.2.

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’.¹²²

En este punto es pertinente señalar que en los conflictos armados internos la población civil suele adquirir cierto grado de participación, por lo que resulta relevante evaluar cuál es el grado de participación de los civiles que asumen ciertas tareas a favor de uno de los actores del conflicto, para lo cual el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra consagra como disposición básica para los conflictos armados internos el hecho de que el mínimo humanitario aplicable requiere como sujetos de aplicación, entre otros, la protección de las personas que no participan “directamente” en las hostilidades. Todo ello, dentro de un marco muy ampliado de protección de los civiles, siendo éste el punto de partida, tal como se ha subrayado en diversas referencias. En nuestra tradición, incluso aquellos que de alguna forma “colaboran” con actores irregulares en escenarios de conflicto, por supuesto, los “simpatizantes”, o aquellos que se mueven en estos territorios monopolizados por actores irregulares, en tanto actores desarmados, son considerados población civil no combatiente y deben ser protegidos: no pueden ser objetos de represalias o ataques por los actores armados ni por las fuerzas armadas institucionales, ni tampoco pueden ser criminalizados por el Estado a través del derecho penal aplicado a enemigos.

De otro lado, al establecer la noción de combatiente en un sentido general, incluyendo aquí tanto a quien combate en los conflictos armados internacionales como a la persona que participa directamente de las hostilidades en el caso de las confrontaciones internas, es importante adelantar una remisión a la *Guía interpretativa del concepto de participación directa en las hostilidades en el Derecho Internacional Humanitario*, elaborada por el Comité Internacional de la Cruz Roja. Al definir el concepto de “participación directa en las

¹²²

Ibídem, Aparte 3.3.1.

hostilidades”, este instrumento aporta la noción de población civil en el caso de los conflictos armados no internacionales a partir del principio de distinción, afirmando así que son civiles “todas las personas que no son ni los miembros de las fuerzas armadas de una parte del conflicto, ni los participantes de un levantamiento en masa”, por lo que tienen derecho a la protección del ataque directo al menos y por el tiempo en que participen directamente en las hostilidades.¹²³

1.5.2. *Personas civiles y población civil*

En términos de la Corte Constitucional, en providencia que se viene estudiando:

“Para los efectos del principio de distinción en su aplicación a los conflictos armados internos, el término ‘civil’ se refiere a las personas que reúnen las dos condiciones de (i) no ser miembros de las fuerzas armadas u organizaciones armadas irregulares enfrentadas y (ii) no tomar parte en las hostilidades, sea de manera individual como ‘personas civiles’ o ‘individuos civiles’, o de manera colectiva en tanto ‘población civil’. La definición de ‘personas civiles’ y de ‘población civil’ es similar para los distintos propósitos que tiene en el Derecho Internacional Humanitario en su aplicación a los conflictos armados internos – por ejemplo, se ha aplicado jurisprudencialmente la misma definición de ‘civil’ para efectos de caracterizar una determinada conducta, en casos concretos, como un crimen de guerra o como un crimen de lesa humanidad”¹²⁴.

Igualmente, señaló la Corte que “una persona civil, para los efectos del principio de distinción en los conflictos armados no internacionales, es quien cumple las dos condiciones de no ser miembro de las Fuerzas Armadas o de los grupos armados irregulares enfrentados, y de no tomar parte activa en las hostilidades”¹²⁵.

¹²³ Carlos Alberto MEJÍA WALKER, *Elementos para el análisis del conflicto armado colombiano: a propósito del combatiente y la persona que participa directamente en las hostilidades como protagonistas de la confrontación*, documento en mimeógrafo, Observatorio Internacional de la Ley de Justicia y Paz, Centro Internacional de Toledo Para la Paz-CITPAX, Área de Justicia, Medellín, 2009, p. 9.

¹²⁴ Corte Constitucional, sentencia C-291 de 25 de abril de 2007, MP: Manuel José Cepeda Espinosa, Aparte 3.3.2.

¹²⁵ *Ibíd.*, Aparte 3.3.2.

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

Según el tribunal constitucional colombiano, la protección establecida por el principio de distinción cubija, dentro de la categoría más amplia de “no combatientes”, a las personas que, habiendo participado en las hostilidades, han sido puestas fuera de combate, ya sea por (i) estar en poder de otro actor armado en el conflicto, (ii) no poder defenderse en razón de estar inconscientes, haber naufragado, estar heridas o estar enfermas, o (iii) haber expresado en forma clara su intención de rendirse, absteniéndose de actos hostiles y de intentos de evasión.¹²⁶ En esta dirección, es relevante señalar que una subregla del principio de distinción, establece la prohibición de atacar a las personas fuera de combate. Es así como, se entiende por *personas puestas fuera de combate* a quienes habiendo participado en las hostilidades, han dejado de hacerlo por captura o retención, inconsciencia, naufragio, heridas, enfermedad, rendición u otra circunstancia análoga¹²⁷. Más aún, cuando “la prohibición de atacar a las personas puestas fuera de combate está consagrada en el Artículo 3 Común de los Convenios de Ginebra de 1949, y forma parte del derecho consuetudinario”¹²⁸.

En concordancia con lo anterior, es de resaltar que:

“La garantía fundamental de la prohibición del homicidio en el contexto de conflictos armados no internacionales, como la mayoría de las demás garantías fundamentales, cubija a los *no combatientes*, es decir, a los civiles y a las personas fuera de combate, mientras que no tomen parte directamente en las hostilidades”¹²⁹.

¹²⁶ La protección de las personas puestas fuera de combate “está prevista en el Artículo 3 Común de las Convenciones de Ginebra y en el artículo 7 del Protocolo Adicional II, y además es una norma de derecho internacional consuetudinario que ha sido aplicada en tanto tal por los Tribunales Penales para Ruanda y Yugoslavia, los cuales han explicado que en el marco de conflictos armados internos, la protección provista por el Artículo 3 Común a las Convenciones de Ginebra (que tiene carácter consuetudinario) ampara, en general, a las personas que por una razón u otra, incluyendo las que se acaban de enumerar, ya no estaban directamente involucradas en los combates”. *Ibíd.*, Aparte 3.3.3.

¹²⁷ *Ibíd.*, Aparte 3.4.6.

¹²⁸ *Ibíd.*, Aparte 3.4.6.

¹²⁹ *Ibíd.*, Aparte 5.4.3.

De esta forma, “la violación de esta prohibición conlleva responsabilidad penal en tanto crimen de guerra, si están dados los elementos constitutivos del delito, tal y como los ha precisado la jurisprudencia internacional”¹³⁰.

Ahondando en lo anterior, la Corte Constitucional también estableció que, independientemente de la posible configuración del crimen de guerra de homicidio en persona civil o en persona fuera de combate,

“el acto material subyacente, v.g. el de tomar la vida de una persona amparada por el principio de distinción, puede dar lugar a la configuración de otros tipos de delitos bajo el Derecho Internacional Humanitario, entre los cuales se cuentan el genocidio y los crímenes de lesa humanidad de exterminio, persecución, ataques contra civiles o violencia contra la persona; depende en cada caso del contexto en el cual se cometió el acto y de la presencia de las distintas condiciones específicas para la configuración de estas figuras delictivas”¹³¹.

Se aclara en este punto, eso sí, que se debe ser muy preciso en ello y mantener siempre ámbitos de imputación de las conductas bien diferenciados, de manera que no se truquen ellas y no se presente confusiones o casos de concurso aparente. Además y tal como se ha insistido en este trabajo, se debe tener en cuenta siempre que pueden confluír, en un mismo escenario, delitos concebidos como delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra; además, de confluír delitos ordinarios: es cuestión de construir correctamente los tipos de concurso material heterogéneo.

2. DILEMAS PRÁCTICOS DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE DISTINCIÓN EN EL CONTEXTO DEL HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA

De acuerdo con las consideraciones adelantadas respecto de los no combatientes y de las personas puestas fuera de combate, es posible concluir que si la situación de hecho de cada caso concreto permite aplicar el principio de distinción del DIH, podría ser posible

¹³⁰ *Ibíd*em, Aparte 5.4.3.

¹³¹ *Ibíd*em, Aparte 5.4.3.

imputar el tipo penal de homicidio en persona protegida bajo estos supuestos. Esto, claro está, siempre y cuando sea cometido con ocasión o en desarrollo de un conflicto armado, considerando las condiciones materiales, geográficas y espaciales para aplicar el DIH a las que se hizo referencia con antelación. Todo el proceso de imputación de los delitos, debe respetar, desde luego, cada contexto particular; tanto más es ello importante, respecto del contexto tan específico del caso colombiano.

2.1. LOS EX-COMBATIENTES EN TANTO PERSONAS PROTEGIDAS

Para ilustrar esta situación, se hace referencia a las conclusiones expuestas por uno de los grupos de trabajo conformados en el taller que se adelantó con diversos funcionarios y que enriqueció el presente documento. En uno de los grupos, se trabajaron diferentes casos relativos al homicidio en persona protegida, con base en preguntas que guiaron la resolución de los mismos a partir de los elementos teóricos contenidos en el documento. Uno de los casos fue elaborado a partir de hechos discutidos en el marco del proceso de Justicia y Paz en Colombia, en el cual estuvo involucrado un jefe paramilitar que comandó un grupo de familiares ligados a la comisión de crímenes internacionales. Se señaló entonces que:

“El 21 de julio de 2002, en un municipio del departamento del Magdalena, se ocasionó la muerte de una persona que había estado recluida en un centro penitenciario. De acuerdo con la información suministrada, la víctima había sido detenida porque pertenecía a un grupo guerrillero y, al recuperar la libertad, manifestó a integrantes del grupo paramilitar ‘Los Rojas’ (el cual hizo parte del Bloque Norte de las AUC), su deseo de pertenecer a dicha organización. El jefe paramilitar que comandaba el grupo de ‘Los Rojas’ ordenó dar muerte a esta persona.

En cuanto a las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que fue cometido el asesinato, se determinó que la víctima fue llevada hasta una finca bajo la excusa de ser presentado a los comandantes, con el fin de que le fuera permitido ingresar a la organización. De inmediato, se impartió la orden de amarrarlo, para luego propiciarle un disparo en la cabeza. Posteriormente, el cuerpo fue desmembrado por

iniciativa de los miembros de la organización que estaban al mando del jefe paramilitar¹³².

En relación con lo planteado en este caso, en el taller se manifestó que el homicidio relatado sí ocurrió con ocasión y en desarrollo del conflicto armado interno con base en los criterios temporales, geográficos y materiales de aplicación del DIH, indicándose así que el tipo penal a imputar es el de homicidio en persona protegida, pues, entre otras razones, se está frente a una persona que ostentaba la calidad de civil en el momento de ocurrencia de los hechos. De esta manera, se arguyó que, en razón de los criterios dados por la Corte Constitucional en la Sentencia No. C-291 de 2007, y en consonancia con los Convenios de Ginebra (artículo 3 común), el criterio de distinción parte del supuesto de constatar si tuvo lugar o no la participación directa de la persona en las hostilidades.

Ante esto, en la discusión suscitada se precisó que, en relación con la aplicación de la figura del bloque de constitucionalidad, el criterio de distinción entre combatientes y no combatientes, está precisamente relacionado con la calidad de combatiente o de la participación directa en las hostilidades, sin que eso signifique ni presuponga el reconocimiento de un carácter político. Así las cosas, la víctima del presente caso constituía un no combatiente, pues no participaba en las hostilidades para el momento de su muerte; esto, pues, aun cuando la víctima había pertenecido antes a un grupo guerrillero, para el momento de los hechos no ostentaba la calidad de combatiente¹³³.

¹³² Caso elaborado a partir de una versión libre realizada en el marco del proceso de Justicia y Paz en Colombia, por un jefe paramilitar que comandó el grupo de “Los Rojos”, el cual hizo parte del Bloque Norte de las autodenominadas “Autodefensas Unidas de Colombia”.

¹³³ Para el sistema judicial hay claridad en este aspecto. Así, por ejemplo, en auto de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, se decidió un conflicto de competencia a favor del juez especializado, tratándose de homicidio en persona protegida –y no de homicidio agravado– cuando, según relata el caso, fue muerto un desmovilizado de las autodefensas, por miembros del ejército nacional. Según se reseña en el auto, citando el llamamiento a juicio, el sujeto muerto, “ya había adquirido la calidad de no combatiente, esto es, libre y voluntariamente decidió desmovilizarse del grupo de autodefensas Centauros, en otras palabras, era un civil como cualquier otro que no participa del conflicto armado en que vive nuestro País”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, colisión de competencia del 2 de diciembre de 2008, proceso con radicado No. 30743, MP: José Leonidas Bustos.

2.2. HOMICIDIOS COMETIDOS EN CONTEXTOS DE LA MAL LLAMADA “LIMPIEZA SOCIAL”

Otro caso que se discutió, hizo referencia al asesinato de personas, en lógicas ligadas a la mal denominada “limpieza social”. Así, según reza el caso,

“En el mes de octubre de 2001, frente a un colegio ubicado en un sector residencial de la ciudad de Santa Marta, un hombre del cual se desconoce su identidad, acostumbraba quitarse la ropa y hacer actos obscenos justo a la hora de salida de los estudiantes del mencionado colegio.

Las profesoras del plantel educativo y algunos habitantes de la zona manifestaron su inconformidad frente a los actos de tal individuo al grupo de ‘Los Rojas’, el cual hizo parte del Bloque Norte de las AUC, pues ‘estaban cansados del exhibicionismo’. Las educadoras y la comunidad en general sabían que dicha organización adelantaba acciones de la mal llamada ‘limpieza social’.

Atendiendo el llamado de la comunidad, miembros del grupo indicado, dieron la orden de asesinar a la persona objeto de la ‘denuncia’, a quien le fue propinado un tiro en la cabeza en el lugar en el que comúnmente permanecía”¹³⁴.

En este caso, la mayoría de los operadores, coincidieron en que este asesinato, aún en contextos degradados y de extrema intolerancia, se debía imputar homicidio agravado, justo en función de la intolerancia y no como homicidio en persona protegida. Un dato interesante, en este sentido, es el hecho de que incluso en situaciones de guerra pueden ocurrir este tipo de crímenes y ello no significa, necesariamente, que sean crímenes de guerra. Por ejemplo, en casos documentados de derechos humanos, en los cuales agentes estatales actúan en conjunto con delincuentes comunes y se producen muertes de homosexuales y prostitutas, serían casos situados en lógicas más cercanas a la lesa humanidad. Ello, si se demuestra, siempre en la

¹³⁴ Caso elaborado a partir de una versión libre realizada en el marco del proceso de Justicia y Paz en Colombia, por un jefe paramilitar que comandó el grupo de “Los Rojas”, el cual hizo parte del Bloque Norte de las AUC.

perspectiva internacional, que se trata de ataques sistemáticos y generalizados¹³⁵.

Ahora, bien, cuando se discutieron en el taller, casos en los cuales, a diferencia del caso anterior, sobre la muerte del exhibicionista, se trata de muertes de prostitutas, mendigos, homosexuales, que se han adelantado como parte de una política de ataque indiscriminado contra el “enemigo”, y en función de supuestas ventajas militares, estos casos sí podrían ser eventualmente concebidos como infracciones al derecho internacional humanitario. En muchos frentes, en efecto, se hacía referencia a estas personas, como “correos” humanos o personas que llevaban información al enemigo: no se trataba de meros casos aislados, sino de verdaderas empresas de eliminación de civiles en dinámicas de enemistad¹³⁶. No se debe olvidar, eso sí, que la definición o concepción que un actor tenga de sus víctimas, no es relevante frente al derecho internacional humanitario. La persona es protegida, con independencia de toda calificación de los actores. Respecto del caso, cabe agregar, finalmente, que diversos asistentes al taller, propusieron la discusión en torno a una posible responsabilidad penal de aquellos miembros de la comunidad o miembros de las directivas del colegio, ya que ellos debían saber —una especie de dolo eventual— cuáles podrían ser

¹³⁵ Se debe tener en cuenta, además, para el proceso de imputación, que la legislación penal, más allá de las normas que constituyen en sí delitos internacionales, como es el caso del desplazamiento forzado o la tortura o la desaparición forzada, cuenta con normas que también deben ser concebidas en la dinámica de la protección penal de derechos humanos. Por ejemplo, el numeral 3 del artículo 58 del Código Penal que consagra como circunstancia de mayor punibilidad, la comisión de la conducta inspirada en “móviles de intolerancia y discriminación”. Así, más allá de una decisión política sobre sujetos especiales de protección, el Código Penal abre el marco de dicha protección, de tal manera que los móviles enunciados, pueden servir de contexto para demostrar la existencia de crímenes internacionales.

¹³⁶ Éste es, también, uno de los temas más discutidos por el autor de este escrito, en tanto director del Área de justicia del Observatorio internacional de la Ley de Justicia y Paz, con operadores que trabajan en este proceso especial; hay una marcada tendencia a considerar estos casos, o bien como homicidios agravados o como crímenes más cercanos a crímenes de lesa humanidad. Pero, como se dice, también hay un número importante de operadores que los conciben como infracciones al DIH. Al respecto y para ahondar en este tema, se permite la remisión al texto de Alejandro Aponte, “Fórmulas de imputación de conductas delictivas que constituyen crímenes internacionales en el ámbito de Justicia y Paz”, en: Centro Internacional de Toledo para la Paz, Observatorio Internacional de DDR y Ley de Justicia y Paz, *Segundo Informe*, Área de Justicia, Madrid-Bogotá, noviembre de 2009, pp. 17-86.

las consecuencias de su “denuncia” o “llamado” a integrantes de un grupo irregular. Son temas complejos, propios de una realidad en la cual existe una privatización de la coerción y de la sanción a diversas conductas.

2.3. ASESINATOS DE COMBATIENTES DEL MISMO GRUPO POR “FALTAS A LA DISCIPLINA”

Otro grupo de casos que ha causado dificultad en los operadores en los procesos de imputación, son casos relacionados con ejecuciones adelantadas al interior de grupos irregulares, contra integrantes de las mismas, en función de la mal llamada “disciplina” al interior del grupo. Por ejemplo, el siguiente caso:

“El 23 de febrero de 2002, se causó la muerte a un miembro de un grupo paramilitar en un municipio de Magdalena. La persona asesinada había realizado algunas extorsiones en el municipio de Ciénaga, zona que no se le había asignado por parte del grupo paramilitar para realizar extorsiones.

Debido a que no se le había impartido dicha orden y a que, además de realizar las extorsiones en nombre de la organización, éste se apropiaba de los dineros recaudados de dicha actividad, al interior de la organización ordenaron la muerte de la persona señalada.

Un primo de la víctima, que también pertenecía al grupo armado, lo sacó de la casa de la novia y, luego de engañarlo para montarlo en una barca y llevarlo mar adentro, procedieron a dispararle estando en alta mar. Posteriormente, a la víctima le fue abierto el estómago para arrojarlo con este corte al océano, con el fin de que el cuerpo se hundiera y desapareciera para siempre¹³⁷.

Para un número muy reducido de operadores, el numeral 6 del artículo 135 del Código Penal, sólo se aplicaría para combatientes

¹³⁷ Este hecho fue confesado por un postulado en una versión libre en el marco del proceso de Justicia y Paz adelantado en Colombia y hace referencia al “homicidio de miembros de la organización en aplicación de su régimen disciplinario interno”. Observase, en la narración del caso, cómo se ilustra el drama explícito de la paraestatalidad: se narra, de la manera más natural, la repartición de territorios en los cuales se podía expropiar a las personas y en cuáles no, al mismo tiempo que se ilustra el hecho de que las consecuencias directas del desacato era en una mayoría de casos la propia muerte.

rendidos o puestos fuera de combate, cuando son del bando contrario, pero no se aplicaría para combatientes del mismo bando. No obstante, una mayoría, en vista de que los mismos instrumentos internacionales no hacen esta restricción, se inclina, lo cual sería más acertado, por la aplicación del numeral 6 también para casos de muertes al interior del mismo grupo. Se trata de casos en los cuales se aplican las normas que protegen el DIH. Basta recordar, por ejemplo, también, las historias macabras de asesinatos masivos de guerrilleros rasos ordenados por superiores jerárquicos.

3. DECISIONES RECIENTES DEL SISTEMA PENAL COLOMBIANO:
CONSOLIDACIÓN DE LA PERSECUCIÓN PENAL NACIONAL DEL
HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA COMO CRIMEN INTERNACIONAL

Si se lleva a cabo un balance de la persecución penal del homicidio en persona protegida hasta mediados del año 2007, y se contrasta con años más recientes, es posible encontrar avances significativos en la aplicación de la norma, pero restringido ello especialmente a la Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario y a jueces especializados. También, desde luego, al interior del proceso de Justicia y Paz, es donde se lleva a cabo la discusión más sofisticada sobre imputación de este delito, siendo de esperar muy pronto que tenga lugar la concreción de los procesos a través de sentencias definitivas. Pero no había casos fundamentales ventilados por la Sala Penal de la Corte, para citar el caso del juez de mayor jerarquía. Apenas ahora llegan tímidamente casos por esta vía, aunque debe anotarse que desde el año 2009 y, especialmente, en el 2010, la Sala Penal ha encontrado mejores oportunidades para ilustrar este delito.

Se trata, no obstante, de casos en un número muy restringido. La mayoría de ellos siguen siendo casos en los cuales la Sala Penal resuelve, mediante autos, conflictos de competencia. Precisamente por la carencia de casos la Sala, como ella misma lo ha dicho, sólo de manera excepcional puede ella, a través de autos, adelantar algunas hipótesis, mínimas, pero necesarias, de posible tipificación de las conductas. Los conflictos de competencia, en una mayoría de casos, se dan entre homicidios agravados por indefensión de las víctimas y homicidios en persona protegida. Éste ha sido el clásico dilema para los operadores judiciales y hasta hoy constituye el 90 por ciento de los casos ventilados ante la Sala Penal de la Corte, por lo menos en

su carácter de Sala de casación penal.¹³⁸ (Es decir, por fuera de su actuación en los casos de Justicia y Paz para los cuales está previsto otro procedimiento).

Para los efectos del presente texto, se citan providencias que se sitúan en el contexto señalado, advirtiendo, además, que ya en los mismos autos que resuelven conflictos de competencia y a diferencia de casos ocurridos hasta el 2007, la Sala Penal se inclina más acertadamente a dirimir dicho conflicto a favor, por decirlo así, de los jueces especializados. Es decir, viene prevaleciendo más la noción de homicidio en persona protegida.

Hay que agregar, además, que también los conflictos de competencia se producen frente al homicidio con fines terroristas. Pero se debe entender que no se trata de fenómenos terroristas, sino de crímenes de guerra y, en nuestro caso, de infracciones al DIH, dentro de las cuales, claro está, también existen actos terroristas en desarrollo de conflicto armado, tal como lo establece el artículo 144 del Código Penal. Así, por ejemplo, en hechos ocurridos el 11 de septiembre de 2001, en zona de conflicto del departamento del Tolima, disputada por actores armados, fue asesinado un campesino inermes, luego de ser sustraído brutalmente de su vivienda. En este caso, se discutió si se trataba de homicidio con fines terroristas y, rápidamente y con buen criterio, el juez de instancia, descartó esa fórmula de imputación, pues, a su juicio, no se trata de crear zozobra mediante el homicidio, sino de ocasionar la muerte de persona protegida.

Pero el dilema más agudo se presentó, en este caso y ello es reiterado, por la confusión originada por una norma en concreto y que sugiere la ocurrencia de un concurso aparente; se trata del numeral 9 del artículo 104 que, en función del homicidio agravado, hace relación a las personas protegidas, concebido frente al artículo 135, más específico. La Sala designa al juez especializado, que le corresponde juzgar el homicidio en persona protegida. Lo importante en que no hace relación a un posible homicidio con fines terroristas, lo cual sería

¹³⁸ Ver, un balance con base en providencias del sistema judicial, del estado de la persecución penal de este delito, para el año 2007, en: Alejandro Aponte, "Colombia", en: Kai AMBOS, Ezequiel MALARINO y Gisela ELSNER (editores), *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional*, Fundación Konrad-Adenauer, Montevideo, marzo de 2008, pp. 159-211.

completamente inapropiado. Se debe tener en cuenta, en efecto, que cualquier acto puede generar zozobra en una comunidad o en una población, por eso no se puede imputar el terrorismo como una especie de marco generalizado de imputación, de manera que se pierda de vista la comisión efectiva de crímenes internacionales, sustituidos entonces por crímenes genéricos de terrorismo, que disimulan las verdaderas conductas cometidas¹³⁹.

3.1. SENTENCIA DE ENERO DE 2010: AVANCE CUALITATIVO EN LA PERSECUCIÓN PENAL DEL HOMICIDIO DE PERSONA PROTEGIDA

Más allá de estos autos, la Sala Penal, en providencia del 27 de enero de 2010, resolvió el recurso extraordinario de casación, interpuesto contra providencia del 28 de agosto de 2008 – se debe destacar la celeridad en este caso en la solución de la demanda. El caso, típico de actuación de miembros de grupos de autodefensas en un municipio de la zona norte del país, narra la muerte de miembros de un grupo indígena calificados por los homicidas como auxiliares de la guerrilla. Las muertes se produjeron en diferentes lugares, algunos fueron muertos en el acto, mientras que otros indígenas fueron muertos luego de ser raptados por hombres armados.

3.2. ES IRRELEVANTE LA CALIFICACIÓN SOBRE LAS VÍCTIMAS QUE ADELANTAN LOS AUTORES

La Sala recoge argumentos muy sólidos adelantados por la vista fiscal del Ministerio Público, en los cuales se hace relación a dos cuestiones fundamentales resaltadas en este escrito. Una de ellas: la Sala sustrae del ámbito discursivo de los actores la calificación de sus acciones y, sobre todo, la calificación de las víctimas. Es decir, no se enreda en el alegato de los actores sobre las víctimas, ni sobre sus propios ideales, sino que hace relación a la aplicación directa de las normas humanitarias a partir de hechos fácticos propios del conflicto armado; el segundo: no restringe el conflicto al combate y, por lo tanto,

¹³⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, colisión de competencia del 22 de julio de 2009, proceso con radicado No. 32041, MP: Jorge Quintero Milanés.

concibe las personas muertas como civiles inermes muertos fuera de combate, pero en escenarios de conflicto armado¹⁴⁰.

3.3. UN APORTE A LA CLARIDAD SOBRE LA NOCIÓN DE PERSONA PROTEGIDA EN EL CÓDIGO PENAL

La Sala enfrenta, en primer lugar, un tema ya expuesto y es la aparente repetición que se incurre en el Código Penal vigente, entre el numeral 9 del artículo 104 y el artículo 135 que hace relación genérica a personas protegidas. La Sala resuelve el dilema, haciendo alusión a los antecedentes legislativos de la norma y estableciendo que el numeral 9 del artículo 104, restringe al ámbito de aplicación de persona internacionalmente protegida, a aquellas personas establecidas en el artículo 1, numeral 1 de la Ley 169 de 1964, es decir, a jefes de Estado o personas de similar jerarquía. Ello, mientras que el artículo 135 sí hace relación a persona protegida por el DIH. Se trata, como lo dice la Sala en otro auto que resuelve un conflicto de competencia similar, de un tipo penal “distinto y autónomo, con riqueza descriptiva mucho más amplia y, por ello, con alcances diferentes, dirigidos precisamente a regular situaciones no previstas en otras normas”¹⁴¹.

Se trata de una salida plausible frente a los dictados de una norma que por su referencia tan general, causa confusión a los operadores, ya que, en realidad, *personas protegidas*, en el sentido del DIH, son las personas traídas a colación por el artículo 135. Se debe seguir la providencia para evitar estas confusiones que acarrearán desgaste judicial innecesario y que crean contextos problemáticos de imputación de las conductas. Luego, la Sala con buen criterio desarrolla argumentos para comprender el alcance y significado de la noción de persona protegida según el artículo 135, argumentos que deben guiar el trabajo de los operadores y que coinciden con el desarrollo jurisprudencial nacional e internacional que en este trabajo se ha destacado.

¹⁴⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 27 de enero de 2010, proceso con radicado No. 29563, MP: José Leonidas Bustos, 1.5.

¹⁴¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, colisión de competencia del 16 de septiembre de 2009, proceso con radicado No. 32583, MP: Jorge Luis Quintero Milanés.

3.4. LOS “ACTOS DE BARBARIE” EN CONTEXTOS DE CONFLICTO ARMADO INTERNO

Se debe agregar, además, que en un auto que resuelve otro conflicto de competencia, muy reciente, del mes de diciembre de 2009, la Sala aborda un caso según el cual miembros del ejército, actuando en conjunto con miembros de grupos irregulares, perpetraron dos masacres de civiles inocentes. Fue capturado un miembro del grupo irregular, éste se acogió al mecanismo de sentencia anticipada y es interesante destacar que se imputaron cargos por concierto para delinquir, homicidio múltiple en persona protegida y “actos de barbarie”, de acuerdo con el artículo 145 del Código Penal.

Es decir, para la Fiscalía, la masacre, con muy buen criterio, en escenarios de conflicto armado, constituye un conjunto de homicidios en persona protegida, pero el contexto general en el cual se comete, puede ser concebido como actos de barbarie. Esta norma es residual, sólo se aplica cuando no existan otras normas para aplicar y, en general, puede decirse que se aplicaría a contextos fácticos complejos que no necesariamente constituyen delitos independientes (de lo contrario habría un caso de concurso aparente).¹⁴² Es una norma que debe interpretarse, además, en el marco de la tradición colombiana de delitos atroces y en función de las nociones que en su momento guiaron el juicio de los jueces, de “actos de ferocidad y barbarie”.

3.5. LOS MAL DENOMINADOS “FALSOS POSITIVOS” COMO HOMICIDIOS EN PERSONAS PROTEGIDAS

Se agrega, finalmente, que la Sala Penal de la Corte, avanza en la denominación más adecuada de aquellos casos conocidos como “falsos positivos”. Se trata, para explicar el caso desde el punto de vista del derecho comparado, de personas muertas sin piedad fuera de combate, ajenas al conflicto armado, pero que son puestas en escena como “positivos”, es decir, como logros de las fuerzas armadas frente a las guerrillas, todo con el propósito de obtener beneficios en la

¹⁴² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, colisión de competencia del 9 de diciembre de 2009, proceso con radicado No. 32949, MP: Jorge Luis Quintero Milanés.

guerra. Numerosos hechos, ligados al escandaloso número de casos ventilados y denunciados en el año 2009, se encuentran en etapa de investigación y aún no llegan a la etapa de juzgamiento. La Sala se ha ocupado de casos anteriores a la vigencia del Código Penal y los ha resuelto teniendo en cuenta el principio de legalidad. Es decir, como homicidios agravados. Esto es correcto, si se trata de casos anteriores a la vigencia del Código Penal, pero lo interesante es que se discute, al interior del sistema penal, sobre el hecho de que se trata ante todo, en una gran mayoría de casos, de homicidios en persona protegida.

Así se ventiló, por ejemplo, en otro caso que suscitó un conflicto de competencias. Este caso, en virtud del cual se produjo la muerte de civiles fuera de combate, en un principio fue asumido por la justicia penal militar. Hubo sobreseimiento, pero se trató de una decisión revocada y el proceso, como es debido, fue asumido por la justicia penal ordinaria. En este punto, ocurrió un hecho interesante, tal como reza el auto:

“La Juez Penal del Circuito de Cauca aduce que de conformidad con los hechos probados se trata de un *falso positivo*, es decir, de la muerte de un civil acaecida fuera de combate en procura de obtener beneficios, conducta que se adecua al delito de homicidio en persona internacionalmente protegida, en cuanto se trata de un integrante de la población civil (artículo 135 de la Ley 599 de 2000), cuya competencia para la fase del juicio corresponde a los jueces penales del circuito especializado (artículo 35 de la Ley 906 de 2004), comportamiento que si bien no estaba tipificado para la época en que ocurrieron los hechos (1999) lo cierto es que desde julio de 1978 Colombia ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos y desde 1970 ratificó la Convención sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad”¹⁴³.

La Sala Penal, como es evidente, rechaza la argumentación en función del principio de legalidad. Éste es un hecho que debe recalcarse: no se pueden deducir tipos penales ad-hoc inexistentes al

¹⁴³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, colisión de competencia del 9 de febrero de 2009, proceso con radicado No. 31210, MP: María del Rosario González.

momento de los hechos, utilizando para ello los Tratados o instrumentos internacionales. Es un procedimiento en el cual se incurre, con base en la confusión entre ámbitos de protección de derechos humanos diferentes entre sí, tal como se ha reseñado en este escrito, por ejemplo, el ámbito de protección constitucional, de protección de derechos humanos como lo hace el Sistema interamericano de Derechos Humanos y el ámbito de protección penal. Ésta es, además y así hay que defenderla, una postura clara hoy de la Sala Penal en procesos tanto más complejos como es el caso del proceso de Justicia y Paz: debe prevalecer el principio de “legalidad estricta”¹⁴⁴.

Pero lo que sí es muy interesante y rescatable, es la argumentación que hace aquí la juez respecto de cómo estos casos de muertes fuera de combate, en función de beneficios en la guerra, constituyen casos claros de homicidios en personas protegidas y no de homicidios agravados. El tema es de legalidad y se deben imputar las normas vigentes para la ocurrencia del hecho, pero una salida posible y coherente con estos límites, radica en la fundamentación en torno a la comisión de crímenes internacionales; el énfasis radica en los argumentos que se usan en la providencias. En esta dirección, es muy rescatable el esfuerzo hecho por la jueza en su concepción sobre el delito. Es un procedimiento recurrente en el sistema judicial que ha preservado el principio de legalidad, pero ha ilustrado los hechos como corresponde. Por ejemplo, en el caso especialmente crítico de las masacres de “Honduras”, “la Negra” y “la Mejor esquina”, ocurridas en vigencia del Código Penal anterior, la Sala Penal, en providencia de casación, sanciona por homicidios con fines terroristas y acciones concebidas en esta lógica, pero argumenta y la vista fiscal de la Procuraduría es muy importante en ello, en función de la comisión de crímenes internacionales¹⁴⁵. La fuerza de la decisión radica en la argumentación, no necesariamente en los delitos imputados.

¹⁴⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 11 de marzo de 2010, proceso con radicado No. 33301, MP: Alfredo Gómez Quintero. Dice así de manera concluyente la Sala: “Así, los hechos referidos en los casos (...) sucedidos antes de entrar la Ley 599 de 2000, no resisten el calificativo de crímenes de guerra y sí el de homicidios agravados en virtud del principio de legalidad estricta”. (Consideraciones, numeral 2).

¹⁴⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 25 de octubre de 2001, proceso con radicado No. 18499, MP: Nilson Pinilla Pinilla.

En la misma dirección comentada frente a este grupo de casos concebidos como “falsos positivos”, y aunque también aquí se respetó el principio de legalidad como era debido, se pronunció la Sala Penal por vía de casación penal, en otra decisión muy reciente que será reseñada en su momento, pues en virtud de ella, los casos de falsos positivos, no se ven como acciones individuales, sino cohesionadas por órdenes de superiores jerárquicos¹⁴⁶.

Como se ve entonces, en esta referencia a decisiones recientes del sistema penal, éste avanza en la consolidación de fórmulas de imputación más claras del delito que se estudia. Éstas, a su vez, servirán de marco de referencia para la imputación de otras conductas que constituyen, a nivel internacional, crímenes de guerra y en el derecho penal interno, infracciones al derecho internacional humanitario.

De algunas de estas conductas, críticas en el caso colombiano, se ocupará el presente escrito en los capítulos siguientes, destacando aportes de la jurisprudencia internacional, que pueden apoyar el juicio cada vez más complejo y problemático que deben adelantar nuestros operadores.

¹⁴⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 21 de octubre de 2009, proceso con radicado No. 25682, MP: Yesid Ramírez Bastidas.



CAPÍTULO 2

DESPLAZAMIENTO FORZADO Y CONFLICTO ARMADO INTERNO: JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL RELEVANTE

I. DESPLAZAMIENTO FORZADO: DESARROLLO CONCEPTUAL FRENTE A LAS EXIGENCIAS DE PERSECUCIÓN PENAL

INTRODUCCIÓN

El desplazamiento forzado interno se ha convertido en una de las grandes tragedias humanas de nuestros tiempos, tragedia que ha creado, a su vez, un reto sin precedentes para la comunidad internacional, a saber: encontrar respuestas, desde la perspectiva internacional, a un fenómeno que se configura cada vez más como una crisis interna.¹ Desde la década de 1980, el desplazamiento forzado interno se ha erigido como un desafío de dimensiones humanitarias, estratégicas y políticas para la agenda internacional². Las normas sobre derecho internacional humanitario también han venido sufriendo transformaciones en función de este delito, ya que una de las causas principales del fenómeno está directamente relacionada con los conflictos armados internos. Esta realidad adquiere una mayor gravedad en un caso como el colombiano, en el cual el crimen del desplazamiento forzado ha estado ligado a políticas sistemáticas, generalizadas y seguidas por décadas, de saqueo de propiedades y de monopolización armada de amplios territorios. Contrasta, además, el drama del desplazamiento con el gran déficit de persecución penal del delito.

¹ Roberta COHEN y Francis M. DENG, *Masses in flight, the global crisis of internal displacement*, Brookings Institution Press, Washington D.C., 1998, p. XIX.

² *Ibidem*, p. 1.

Como advierte un autor que se ha acercado al fenómeno desde la teoría del derecho,

“el desplazamiento interno es producido por múltiples causas involuntarias, de las cuales las más importantes por su incidencia contemporánea son las graves violaciones de Derechos Humanos y especialmente los ataques a la población civil en el marco de los conflictos armados regulados por el Derecho de la guerra”³.

En igual sentido, el Comité Internacional de la Cruz Roja ha puesto de manifiesto que,

“el desplazamiento interno suele ser la consecuencia de violaciones del DIH o de la inobservancia de otras normas destinadas a proteger a las personas en situaciones de violencia, como las estipuladas en el derecho de los derechos humanos. Por lo general, las personas civiles huyen de una zona en conflicto porque los beligerantes son indiferentes a sus derechos o las atacan deliberadamente”⁴.

Es nuestro caso, “en el contexto del conflicto colombiano, la influencia del lenguaje del Derecho de la guerra en el tratamiento del desplazamiento forzado tiene profundas implicaciones. La visibilidad del desplazamiento interno se ha construido desde la perspectiva del conflicto armado”⁵. Es importante poner de manifiesto que, según señala el autor citado, ello no es necesariamente positivo en el terreno de las políticas públicas, sobre todo por temas relacionados con el etiquetamiento de las víctimas; sin embargo, para el derecho penal, el conflicto armado constituye un contexto general relacionado con las posibilidades mismas de imputar el delito, aunque éste también se produce en el horizonte de los crímenes de lesa humanidad, por fuera del conflicto armado. (Artículo 180 del Código Penal)⁶.

³ Roberto Carlos VIDAL LÓPEZ, *Derecho global y desplazamiento interno, creación, uso y desaparición del desplazamiento forzado por la violencia en el derecho contemporáneo*, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2007, p. 127.

⁴ Comité Internacional de la Cruz Roja, *Desplazados internos*, mayo de 2008, en: [http://www.icrc.co.za/WEB/SPA/sitespa0.nsf/htmlall/p0867/\\$File/ICRC_003_0867.PDF](http://www.icrc.co.za/WEB/SPA/sitespa0.nsf/htmlall/p0867/$File/ICRC_003_0867.PDF), p. 3.

⁵ Roberto VIDAL LÓPEZ, *Op. cit.*, p. 145.

⁶ Para ahondar en este tema con énfasis en el caso colombiano desde la perspectiva propiamente penal, el autor se permite remitir a un texto de su autoría, en el cual, además, se adelanta un análisis del artículo 180 y del artículo 159 del

La protección y atención de los desplazados ha dependido, en muy buena medida, del reconocimiento y de la aplicación efectiva del derecho internacional humanitario, con ello, por ende, de la existencia de un conflicto armado interno. Los debates entre el Estado y los actores no estatales del conflicto han afectado significativamente la protección jurídica de los desplazados en dos sentidos: uno positivo, en cuanto la Corte Constitucional, especialmente activa en este campo, ha ampliado el marco de protección de los desplazados, y uno negativo, considerando, por parte de la cabeza del poder ejecutivo saliente, sobre todo, la negación de la existencia de un conflicto armado en Colombia y que numerosos miembros de grupos armados no reconocen en el DIH prescripciones obligatorias⁷. No obstante, el hecho fáctico-jurídico del conflicto armado ha sido concebido por el legislador como base para una de las normas que castigan esta práctica que, a su vez, ha constituido base de sanción de este delito en tribunales como el de la antigua Yugoslavia.

De igual forma, es clara la influencia que el tratamiento dado al desplazamiento forzado a nivel internacional ha tenido en las respuestas que el ordenamiento jurídico colombiano le ha dado al mismo⁸. En

Código Penal y en el cual se proponen diversas fórmulas de imputación del delito de desplazamiento forzado como delito de ejecución permanente: Alejandro Apon- te, *El desplazamiento forzado como crimen internacional en Colombia. Reglas, principios y fórmulas de imputación*, Colección monográficos 1, Observatorio Internacional, DDR, Ley de Justicia y Paz, Centro Internacional de Toledo para la Paz, Bogotá, septiembre de 2009.

⁷ Roberto VIDAL LÓPEZ, *Op. cit.*, p. 146.

⁸ El fin de la Guerra Fría evidenció la complejidad del problema de los desplazados internos en varios lugares del mundo. La evaluación de la problemática de los desplazados en Colombia fue llevada a cabo por el representante del Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas para los Refugiados, Francis M. Deng, cuya visita al país entre el 10 y el 18 de junio de 1994, permitió elaborar un reporte en el que se adelantaba un recuento histórico de los antecedentes y evolución del fenómeno, enumerando luego un listado de elementos de diagnóstico y una serie de recomendaciones de política para el Estado y para las organizaciones nacionales e internacionales, de la sociedad civil. Estos elementos constataban la preocupación de la comunidad internacional por la situación de los desplazados de Colombia, representando un impulso para que el país comenzara a crear soluciones que remediaran este fenómeno. Ver: Andrés FRANCO, "Los desplazados internos en Colombia: una conceptualización política para el logro de soluciones a largo plazo", en: *Colombia Internacional*, No. 42, abril-junio, Centro de Estudios Internacionales, Universidad de los Andes, 1998, pp. 5-26; y Jorge GONZÁLEZ, *El camino hacia la categorización del desplazado como sujeto especial de derechos*, Tesis de Grado, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2002. p.30.

este sentido, la Ley 599 de 2000 incluyó el tipo penal de “Deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil” como un delito contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, señalando así en el Artículo 159 que:

“El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado y sin que medie justificación militar, deporte, expulse, traslade o desplace forzadamente de su sitio de asentamiento a la población civil, incurrirá en prisión de diez (10) a veinte (20) años, multa de mil (1.000) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de diez (10) a veinte (20) años”.

Considerando el contexto internacional de preocupación por el desplazamiento forzado expuesto con anterioridad, es necesario precisar y analizar cómo ha concebido la comunidad internacional el desplazamiento forzado como crimen de guerra en conflictos armados internos, configurando así lo que constituye una especie de estándar internacional de interpretación de éste fenómeno, estudio que se hará en los siguientes apartes.

1. UNA CUESTIÓN PREVIA: ¿QUÉ ES DESPLAZAMIENTO FORZADO?

Antes de analizar el tratamiento del desplazamiento forzado en contextos internacionales, es pertinente adelantar algunas distinciones conceptuales entre *desplazamiento forzado* y *refugio*, considerando que son realidades que en muchas ocasiones convergen en un conflicto armado interno y cuya distinción es útil para aplicar el tipo penal contenido en el Artículo 159 del Código Penal, en el caso colombiano⁹. Así, aun cuando refugiados y desplazados hacen parte del género migración –entendido como un “movimiento de población hacia el territorio de otro Estado o dentro del mismo que abarca todo movimiento de personas sea cual fuere su tamaño, su composición

⁹ Como se ve, en este escrito se hace énfasis en el tipo penal que corresponde a la infracción al derecho internacional humanitario, pero se debe tener en cuenta que, fuera del proceso de Justicia y Paz, en el cual se viene discutiendo la aplicación de este delito, los escasos casos que han sido fallados, lo han sido sobre todo por la violación del artículo 180.

o sus causas”–, cada una de estas movilizaciones de personas tiene características especiales¹⁰.

En razón a las diferencias entre estas figuras, los Estados y la comunidad internacional han adoptado criterios y elaborado conceptos buscando aclarar este complejo escenario, que sirve de contexto a la múltiple vulneración de derechos de refugiados y desplazados, de acuerdo con las particularidades de cada situación. Sin embargo, valga resaltar que, dado que las cuestiones migratorias se debaten a nivel nacional, regional y mundial, a pesar de varios esfuerzos internacionales por adoptar términos estandarizados y comunes para todos los Estados sobre estas realidades, aún no se han podido establecer definiciones unívocas y aceptadas universalmente¹¹.

Desde la perspectiva del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, en términos generales, cuando una persona migra de un lugar a otro, no por su voluntad, sino porque es obligada a ello, se entra en el terreno del refugio y del desplazamiento interno.¹² Es así como los inmigrantes, especialmente los que emigran por motivos económicos, eligen trasladarse para mejorar sus perspectivas de futuro y las de sus familias; pero los refugiados, por su parte, tienen que desplazarse para poder salvar sus vidas o preservar su libertad.¹³ Por otro lado, cuando los civiles cruzan una frontera internacional, ingresando en otro país en un intento por escapar de enfrentamientos

¹⁰ OIM, *Glosario sobre migración*, Derecho Internacional sobre Migración N° 7, Ginebra, 2006, en: http://www.iom.int/jahia/webdav/site/myjahiasite/shared/shared/mainsite/published_docs/serial_publications/greenbook7_spa.pdf, p. 40.

¹¹ *Ibidem*, p. 3.

¹² El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), fue creado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1950, como uno de los esfuerzos realizados por la comunidad internacional en el siglo XX para brindar protección y asistencia a los refugiados. El ACNUR busca soluciones duraderas para las personas refugiadas mediante programas de repatriación, reasentamiento y de integración local, a la vez que actúa de conformidad con su Estatuto y de acuerdo con la Convención de las Naciones Unidas relativa al Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967. El derecho internacional de los refugiados es el marco jurídico fundamental de las actividades humanitarias del ACNUR. Además, el Comité Ejecutivo del Programa del Alto Comisionado y la Asamblea General de las Naciones Unidas han autorizado la intervención del ACNUR en favor de las personas apátridas, las personas cuya nacionalidad es objeto de controversia y las personas desplazadas en el interior de su propio país.

¹³ ACNUR, *La protección de los refugiados y el papel del ACNUR*, 2007, en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/5756.pdf>, p. 6.

bélicos o de violaciones de derechos humanos, son considerados refugiados y, como tales, son protegidos por un sólido cuerpo legislativo internacional¹⁴.

No obstante, aquellos que permanecen *dentro* de sus países de origen, incluso a pesar de tener que huir por razones similares o idénticas a aquellas de los refugiados, son calificados como desplazados internos y, legalmente, quedan bajo la protección de sus propios gobiernos – incluso si el propio gobierno es el causante de su huida, o si éste se ha mostrado incapaz de proteger a sus ciudadanos de grupos insurgentes o de la violencia generalizada¹⁵. En el caso colombiano, ello podría dar pie para entender los conflictos que surgen entre la empresa constitucional de protección de los desplazados, y el déficit de políticas públicas en el poder ejecutivo, por no hacer referencia, desde luego, a políticas agrarias, escandalosas, clasistas y que, lejos de buscar la protección del desplazado, se aprestan más, descontando las dádivas ignominiosas, a ofrecer mayor servicio a las empresas criminales del saqueo generalizado.

Una definición generalmente aceptada del término refugiado, y aquella que aplica en Colombia, está dada por el artículo primero de la Convención de Ginebra de 1951 Sobre el Estatuto de los Refugiados, de la cual Colombia es parte, reformada por el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, firmado en Nueva York en 1967.¹⁶ Es así como, según esto, es refugiada la persona que con “fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera

¹⁴ Ese cuerpo legislativo está compuesto por el denominado derecho internacional de los refugiados, cuya base es la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados.

¹⁵ ACNUR, *Los desplazados internos, preguntas y respuestas*, 2007, en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/5755.pdf>, p. 5.

¹⁶ La Convención de 1951 fue concebida, en parte, para dar respuesta a los problemas de millones de refugiados de la Segunda Guerra Mundial, que todavía estaban dispersos por Europa. En ella se aborda la cuestión de quién es un refugiado y el tipo de protección legal y de asistencia que debería recibir de los estados signatarios, así como los derechos sociales que deben serle garantizados. Actualmente, 147 Estados son parte de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o del Protocolo de 1967. Para mayor información, ver: ACNUR, *La Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados*, 2007, en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/5754.pdf>.

del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país”¹⁷.

De otra parte, la definición adoptada en Colombia sobre desplazamiento está contenida en la Ley 387 de 1997, cuyo artículo 1° estipula que es desplazada,

“toda persona que se ha visto forzada a migrar dentro del territorio nacional abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertad personales han sido vulneradas o se encuentran directamente amenazadas con ocasión de cualquiera de las siguientes situaciones:

Conflicto armado interno; disturbios y tensiones interiores, violencia generalizada, violaciones masivas de los Derechos Humanos, infracciones al Derecho Internacional humanitario u otras circunstancias emanadas de las situaciones anteriores que puedan alterar drásticamente el orden público”¹⁸.

Cabe finalizar este apartado sobre las distinciones conceptuales y de facto entre migración, refugio y desplazamiento, estableciendo la relevancia de esta diferenciación en Colombia. Es así como, si se considera que en los países vecinos los refugiados colombianos no son pocos, es primordial tener criterios claros para establecer quién es desplazado y quién es refugiado de acuerdo con la legislación nacional e internacional, así como determinar con certeza el marco jurídico que propende por el aseguramiento de los derechos de los individuos que pertenecen a cada uno de estos grupos. El tema conceptual es interesante, ya que el autor de este escrito, con base en un seguimiento sistemático a la jurisprudencia sobre este delito y a las dificultades de los operadores para imputarlo, ha percibido que los verbos rectores que configuran el tipo penal del artículo 159, presentan diversas dificultades para los operadores; ellos se refieren a diversas formas en que podría concebirse un desplazamiento en escenarios de conflicto armado, como deportación, traslado, y desplazamiento forzado propiamente dicho,

¹⁷ OIM, *Op. cit.*, p. 60.

¹⁸ Artículo Primero de la Ley 387 de 1997, “por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado, la atención, protección, consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en la República de Colombia”.

mientras que el artículo 180 hace referencia concreta al traslado por la fuerza, es decir, cuando se ocasione el “traslado de residencia”.

2. LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL DESPLAZAMIENTO FORZADO

La compilación de los Principios Rectores del Desplazamiento Forzado Interno fue elaborada por el Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas para el Desplazamiento Interno, con base en un estudio exhaustivo de las disposiciones jurídicas internacionales que amparan a este grupo poblacional. Estos Principios compilan, en esencia, lo dispuesto sobre desplazamiento interno en el derecho internacional de los derechos humanos, en el derecho internacional humanitario y –por analogía– en el derecho internacional de los refugiados. De igual forma, contribuyen a la interpretación de las normas que hacen parte de este sistema de protección de una forma integral, dada su división en principios generales, principios relativos a la prevención contra los desplazamientos, principios relativos a la protección durante el desplazamiento, principios relativos a la asistencia humanitaria y principios relativos al regreso, al reasentamiento y a la reintegración.

En este contexto y respecto del desplazamiento forzado en conflictos armados internos y el alcance de los Principios, el texto de los mismos se encarga de especificar que éstos reflejan y no contradicen la normativa internacional de derechos humanos y de derecho internacional humanitario, sirviendo así de orientación al representante del secretario general sobre la cuestión de los desplazados internos, a los Estados afectados por el fenómeno de los desplazamientos internos, a todas las demás autoridades, grupos y personas en sus relaciones con los desplazados internos, y a las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales en su trabajo cotidiano con las poblaciones desplazadas¹⁹.

¹⁹ Al respecto, ver la nota introductoria contenida en el documento en referencia, a saber: Informe del Representante del Secretario General, Sr. Francis M. Deng, presentado con arreglo a la resolución No. 1997/39 de la Comisión de Derechos Humanos, *Principios rectores del desplazamiento forzado interno*, febrero de 1998.

Los Principios Rectores no tienen un carácter vinculante para los Estados a nivel internacional, pues se constituyen como una guía no obligatoria para los mismos en casos de desplazamiento interno; sin embargo, en Colombia han adquirido gran relevancia, toda vez que la Corte Constitucional ha determinado que algunas de las disposiciones contenidas en los Principios forman parte del bloque de constitucionalidad, pues recogen las obligaciones internacionales del Estado colombiano en virtud de distintos tratados existentes en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención de los Derechos del Niño, la Convención sobre la Eliminación de toda Forma de Discriminación contra la Mujer, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, el artículo 3º Común de los Convenios de Ginebra y el Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra²⁰.

Para la Corte Constitucional, dadas las especiales circunstancias de vulnerabilidad y debilidad de los desplazados, los derechos constitucionales que les garantiza la Carta Política adquieren manifestaciones específicas que pretenden responder a las particularidades de su condición –siendo ésta la perspectiva desde la cual se aborda la aplicación e interpretación de los Principios Rectores que se vienen comentando–²¹. (Recuérdese, a propósito, la sucesión de autos y providencias que han tenido lugar en los últimos años en el país, en función de la protección de los desplazados y alentados por el denominado “enfoque diferencial”).

3. EL DESPLAZAMIENTO FORZADO INTERNO Y EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

El derecho internacional humanitario prohíbe, de manera expresa, a las partes en conflictos armados, obligar a los civiles a abandonar

²⁰ Corte Constitucional, sentencia T-025 de 22 de enero 2004, MP: Manuel José Cepeda Espinoza, Anexo 3.

²¹ *Ibidem*, Anexo 3. Para mayor información sobre la naturaleza jurídica de los principios Rectores del Desplazamiento Interno y la interpretación dada a los mismos por la Corte Constitucional. Ver: Roberto Carlos Vidal López, *Op. cit.*, p. 74 y ss.

sus hogares. En este sentido, las normas del derecho de la guerra se erigen como un instrumento diseñado para prevenir y sancionar el desplazamiento forzado²². El Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), prohíbe el desplazamiento forzado en conflictos armados internos, estableciendo para tal efecto en su Artículo 17 dos impedimentos específicos al respecto, a saber:

1. No se podrá ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a no ser que así lo exijan la seguridad de las personas civiles o razones militares imperiosas. Si tal desplazamiento tuviera que efectuarse, se tomarán todas las medidas posibles para que la población civil sea acogida en condiciones satisfactorias de alojamiento, salubridad, higiene, seguridad y alimentación; y

2. NO SE PODRÁ FORZAR A LAS PERSONAS CIVILES A ABANDONAR SU PROPIO TERRITORIO POR RAZONES RELACIONADAS CON EL CONFLICTO.

La primera de las prohibiciones señaladas hace referencia, tanto a los desplazamientos individuales como a los colectivos o en grupos de la población civil, dentro del territorio estatal donde el conflicto armado tiene su desarrollo²³. De otro lado, dicha prohibición contempla, a su vez, ciertas excepciones: la seguridad de la población civil o razones militares imperiosas, las cuales deben ser evaluadas minuciosamente;²⁴ son excepciones que, igualmente, por parte de los operadores judiciales, deben ser interpretadas de la forma más restrictiva posible y considerando el espíritu garantista del derecho

²² CICR, *Desplazados internos*, 2008, en: [http://www.icrc.co.za/WEB/SPA/sitespa0.nsf/htmlall/p0867/\\$File/ICRC_003_0867.PDF](http://www.icrc.co.za/WEB/SPA/sitespa0.nsf/htmlall/p0867/$File/ICRC_003_0867.PDF), p. 6.

²³ Esta cuestión es fundamental si se considera, a modo de ejemplo, que en una audiencia de imputación de cargos en el proceso de Justicia y Paz, la defensa, en un caso particular, insistía en que el artículo 159 no se podía imputar, en el caso de un solo desplazado, pues según el defensor, éste artículo hace referencia genérica a la población civil en un sentido colectivo. No obstante, es claro que la noción cobija tanto a un individuo, como a una comunidad de desplazados.

²⁴ Alejandro VALENCIA VILLA, *Derecho...*, 2007, p. 427.

internacional humanitario²⁵. Por su parte, la segunda prohibición consiste en no obligar a los civiles a abandonar su propio territorio por motivos relacionados con el conflicto armado²⁶.

Por último, respecto de la prohibición del desplazamiento forzado contemplada en el Protocolo II, cabe señalar que ese desplazamiento forzado puede ser igualmente resultado de conductas que también están proscritas por otras normas del derecho internacional humanitario, como lo son los ataques y las amenazas contra la población civil y la destrucción de los bienes civiles.²⁷ (Se trata, ya en el terreno del derecho penal, de aquellas conductas que pueden ser concebidas como *delitos base* y que confluyen, en concurso material heterogéneo, con el desplazamiento forzado como tal).

II. EL DESPLAZAMIENTO FORZADO INTERNO EN LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES

1. LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La grave violación a los derechos humanos que el desplazamiento forzado lleva consigo, es una realidad que no ha pasado desapercibida en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Como referencia para los operadores jurídicos colombianos, se ha considerado pertinente hacer alusión concreta a pautas desarrolladas por este Sistema para abordar el delito, en tanto violación de derechos humanos. Lo interesante es que la Convención Interamericana de Derechos Humanos, base de los pronunciamientos de la Corte Interamericana, no hace mención expresa del desplazamiento forzado interno, ante lo cual se hace necesario evidenciar cómo ha imputado esta corporación responsabilidad internacional a los Estados parte de la Convención por este hecho.

Este ejercicio se hace sin perder de vista un tema fundamental que ya ha sido expuesto y subrayado: existen diferentes ámbitos de

²⁵ *Ibíd.* p. 429. Por otro lado, para un análisis detallado de las implicaciones de estas excepciones en Colombia ver: Roberto VIDAL LÓPEZ, *Op. cit.*, pp. 143 y ss.

²⁶ Alejandro VALENCIA VILLA, *Derecho...*, 2007, p. 428.

²⁷ *Ibíd.*, p. 429.

protección de los derechos humanos que no deben confundirse. Existe el ámbito constitucional el cual se ha enfatizado especialmente en este escrito; existe el ámbito de protección propio del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y existe el ámbito de protección penal de los derechos humanos. Éste es, por esencia, más reducido, restrictivo, está limitado por las exigencias de legalidad, de prohibición de retroactividad y por los principios generales del derecho penal material y procesal penal. No se deben confundir los ámbitos de protección, hecho que suele suceder en la actualidad, cuando se mezclan los ámbitos, se desconoce el principio de legalidad, se usa la analogía en penal, se extiende la noción de lesa humanidad de manera antitécnica delitos que no lo son, se pregona la supuesta imprescriptibilidad a nivel interno de numerosos delitos, a despecho de la ley y de la Constitución, etc. Las decisiones del juez constitucional, del juez del Sistema Interamericano, son pautas de interpretación para el operador judicial, penal, pero no pueden sustituir y menos negar, ni los principios, ni las normas penales y procesales que rigen su actuación. Es en función de ese apoyo a la interpretación, que se hace relación aquí al tratamiento que hace el Sistema Interamericano de este delito.

1.2. EL ARTÍCULO 22 DEL PACTO DE SAN JOSÉ COMO MARCO GENERAL DE INTERPRETACIÓN DE LAS CONDUCTAS

El primer caso en el que la Corte imputa responsabilidad internacional a un Estado por desplazamiento forzado interno, y en el cual se sientan las bases sobre cómo interpreta la Corte los hechos constitutivos de esta materia según la Convención Americana, es el de la *Comunidad Moiwana Vs. Suriname*, caso en virtud del cual la Corte entró a fallar los hechos ocurridos el 29 de noviembre de 1986 en el Estado demandado, cuando se efectuó una operación militar en la aldea de Moiwana, en razón a la cual, agentes del Estado y sus colaboradores, dieron muerte a varios miembros de la comunidad, al tiempo que quemaron y destruyeron sus propiedades, forzando así a algunos sobrevivientes a desplazarse internamente²⁸. Con base en lo expuesto, el Tribunal enfocó la responsabilidad del Estado por el

²⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la *Comunidad Moiwana v. Suriname*, sentencia del 15 de junio de 2005, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

desplazamiento interno de las víctimas del caso, a partir de la violación del artículo 22 de la Convención Americana –el cual consagra el derecho de circulación y residencia–, en relación con el artículo 1.1 de la misma, que dispone la obligación de los Estados de respetar los derechos contenidos en la Convención.

El tribunal interamericano estableció que, en primer lugar, la libertad de circulación es una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona, al tiempo que señaló que para el caso en alusión, eran relevantes los Principios Rectores del Desplazamiento Forzado Interno, siendo ellos útiles para ilustrar el contenido y alcance del artículo 22 de la Convención, en el contexto de desplazamiento. A partir de lo anterior, la Corte expresó que el Estado demandado no había establecido las condiciones ni provisto los medios para que los miembros de la comunidad regresaran voluntariamente, en forma segura y con dignidad a sus tierras, razón por la cual declaró que Suriname había violado el artículo 22 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de dicho Tratado, en perjuicio de los miembros de la comunidad Moiwana, condenándolo, por consiguiente, a la reparación del daño.

1.3. COLOMBIA FRENTE AL SISTEMA INTERAMERICANO: CONFLICTO ARMADO INTERNO Y DESPLAZAMIENTO FORZADO

A partir del precedente referido, en otros casos más, la Corte se ha pronunciado sobre el desplazamiento forzado, siendo Colombia protagonista de éstos como Estado demandado; a saber: el caso de la *Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*²⁹ y el caso de las *Masacres de Ituango Vs. Colombia*³⁰. En el primero de éstos, los hechos aluden a una

²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la *Masacre de Mapiripán v. Colombia*, sentencia del 15 de septiembre del 2005, fondo, reparaciones y costas.

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de las *Masacres de Ituango v. Colombia*, sentencia del 1° de julio de 2006, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Se señala, igualmente, que en el *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*, aun cuando los representantes de las víctimas alegaron la presunta violación del derecho a la libre circulación y residencia consagrado en el artículo 22 de la Convención Americana, en relación con el desplazamiento de habitantes del lugar de la masacre, la Corte consideró que ello no había sido alegado en el momento procesal adecuado, por lo cual no se pronunció respecto de la presunta violación de este artículo. Ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso

masacre perpetrada en el municipio de Mapiripán, Meta, municipio en el cual, en los días 15 y 20 del mes de julio de 1997, aproximadamente un centenar de miembros de grupos paramilitares, con la colaboración, tolerancia y aquiescencia de agentes del Estado, privaron de la libertad, torturaron y asesinaron a por lo menos 49 civiles, tras lo cual destruyeron sus cuerpos y arrojaron los restos al río Guaviare. Con base en los hechos y las pruebas, la Corte consideró probado que, si bien los hechos fueron cometidos por las autodefensas, la preparación y ejecución de la masacre no habría podido perpetrarse sin sucesivas acciones y omisiones de varios miembros de las Fuerzas Armadas del Estado, siendo este hecho base para imputar la responsabilidad internacional de Colombia por la masacre y sus consecuencias³¹.

De otro lado, en razón a que la masacre produjo, a su vez, el desplazamiento de familias enteras, la Corte analizó esta cuestión a partir del artículo 22,1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 4.1, 5.1, 19 y 1.1 de la misma. En este sentido, la Corte volvió a señalar, como lo había hecho en el caso de la *Comunidad Moiwana Vs. Suriname*, que la libertad de circulación es una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona, para luego invocar, de nuevo, la relevancia que en casos de desplazamiento forzado interno tiene el contenido de los Principios Rectores de Desplazamiento Forzado Interno, útiles al ilustrar la interpretación y el alcance del artículo 22 de la Convención.

de *Pueblo Bello v. Colombia*, sentencia del 31 de enero de 2006, fondo, reparaciones y costas.

³¹ En este punto es relevante tener en cuenta que la Corte consideró que, en cuanto a la responsabilidad internacional del Estado en este caso, para establecer que se ha producido una violación de los derechos consagrados en la Convención, no se requiere determinar la culpabilidad de sus autores o su intención, como tampoco es preciso identificar individualmente a los agentes a los cuales se atribuyen los hechos violatorios. De esta manera, para la Corte Interamericana, es suficiente demostrar que existió apoyo o tolerancia de funcionarios estatales en la comisión de los hechos que constituyeron la infracción de los derechos reconocidos en la Convención, o que existió omisión en su comportamiento. A su vez, esa responsabilidad internacional puede generarse por actos de particulares en principio no atribuibles al Estado, en este caso los paramilitares; lo expresado, con base en la existencia de deberes de protección de la población civil a cargo del Estado, derivados del DIH. La atribución de responsabilidad penal es un ejercicio más estricto, tal como se ha dicho, sobre todo porque está proscrita la responsabilidad objetiva, y porque de hecho se trata de responsabilidad estrictamente individual.

Por otra parte, la referida corporación estableció que el desplazamiento ocurrido a causa de la masacre de Mapiripán, debía ser analizado en el contexto particular del conflicto armado interno colombiano. Ante esto, se erige un nuevo elemento de análisis que adelanta la Corte en este caso, en cuanto al tratamiento dado al desplazamiento forzado en Colombia por este órgano, al establecer que las regulaciones sobre desplazamiento contenidas en el Protocolo II a los Convenios de Ginebra de 1949, resultan especialmente útiles para la aplicación de la Convención Americana en el conflicto armado interno colombiano. De esta forma, la Corte Interamericana introdujo el derecho internacional humanitario como un elemento de interpretación de la Convención en materia de desplazamiento. En esta dirección y a partir del desplazamiento, se puede también, en función del presente trabajo, observar los argumentos del Sistema Interamericano respecto de violaciones al derecho internacional humanitario que han tenido lugar, paradójicamente, en países que han firmado un pacto o Convención propia para Estados que apoyan sus instituciones, en principio, sobre la base de la paz –no lograda empero– como condición de validez de las normas jurídicas³².

En concordancia con lo anterior, la Corte manifestó que el desplazamiento forzado interno de los familiares de las víctimas de la masacre, no podía ser desvinculado de otras violaciones a los derechos humanos declaradas en la sentencia, siendo éstas la agresión a su integridad personal, la falta al deber estatal de investigar los hechos y la violación del artículo 19 de la Convención, por la desprotección a la que fueron sometidos quienes eran niños y niñas al momento de ser desplazados. Igualmente, para la Corte, los familiares de las víctimas vieron vulnerado su derecho a una vida digna. Con base en estos elementos de juicio, mediante una interpretación en perspectiva del artículo 22 de la Convención, tomando en cuenta las normas de

³² Para una análisis sobre cómo el Sistema Interamericano, especialmente la Comisión interamericana, a partir de la noción de vida y dignidad, desglosa el derecho internacional humanitario e impone su respeto, a pesar de que la Convención Americana no contiene normas humanitarias propiamente dichas, ver: Alejandro APONTE, *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario: una relación problemática*, a publicarse en el mes de junio de 2010 por la Fundación Konrad-Adenauer, sede Montevideo, en el contexto del trabajo del grupo latinoamericano de estudios sobre derecho penal internacional.

interpretación señaladas y de conformidad con el artículo 29.b de la misma –que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos–, la Corte consideró que el artículo 22.1 de la Convención protegía el derecho a no ser desplazado forzosamente dentro de un Estado parte. Consecuentemente, condenó a Colombia por incumplimiento de sus obligaciones internacionales, con la consiguiente obligación de reparar a las víctimas.

En cuanto al segundo caso reseñado, éste alude a dos masacres perpetradas en los corregimientos La Granja y El Aro en el Municipio de Ituango, departamento de Antioquia, en junio de 1996 (masacre en La Granja) y noviembre y octubre de 1997 (masacre en El Aro), donde varios paramilitares, luego de matar a numerosos habitantes, robaron el ganado de las víctimas e incendiaron los pueblos. La base para imputar la responsabilidad internacional en esta ocasión, recayó en el hecho de que las masacres fueron efectuadas gracias a varias acciones y omisiones de miembros de las fuerzas armadas colombianas. De otro lado, las masacres –junto al amedrentamiento por parte de paramilitares y los daños sufridos–, provocaron el desplazamiento interno de familias enteras.

La Corte consideró que Colombia había violado el artículo 22 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, por el desplazamiento forzado producido. Ello, en razón a que, al igual que en los dos casos anteriores, el derecho de circulación y residencia constituye una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona, al tiempo que realizó una interpretación también en perspectiva, del artículo 22 de la Convención, señalando que éste protege el derecho a no ser desplazado forzosamente dentro de un Estado parte en la misma. La Corte también indicó que en este caso los Principios Rectores del Desplazamiento Forzado Interno resultaban relevantes al definir el contenido y el alcance del artículo 22 de la Convención en contextos de desplazamiento interno. En consecuencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos enfatizó de nuevo, en este caso, el hecho de que el desplazamiento producido se enmarcaba en una situación generalizada de desplazamiento forzado interno que afecta a Colombia y que es causada por el conflicto armado. Por tal motivo, la Corte enfocó de nuevo esta problemática a la luz, no sólo del derecho internacional de los derechos humanos, sino también del derecho internacional humanitario.

2. EL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA

Una vez se ha hecho referencia a las providencias del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, sobre todo porque en ellas, en lo que concierne a Colombia, se hace relación al desplazamiento en el contexto del conflicto armado interno, se reseñan ahora las providencias dictadas por tribunales internacionales, que son relevantes para el tema que nos ocupa. Así, en primer lugar, se hace referencia al tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. Para este tribunal, el desplazamiento forzado ha sido considerado como una conducta que se acomoda en algunos de los delitos que enuncia el artículo 5 del Estatuto del TPIY, como crímenes contra la humanidad.

2.2. LA EXPULSIÓN (O DEPORTACIÓN) Y LA PERSECUCIÓN COMO MARCOS DE IMPUTACIÓN DEL DESPLAZAMIENTO FORZADO

En virtud de dicha disposición, citada en anteriores apartes del presente documento, se le otorga competencia al TPIY para la investigación y juzgamiento de estos delitos, estipulando que este Tribunal está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de los siguientes crímenes, cuando éstos han sido cometidos en el curso de un conflicto armado, de carácter internacional o interno, y dirigidos contra cualquier población civil: (i) asesinato, (ii) exterminación o exterminio, (iii) reducción a la servidumbre, (iv) expulsión, (v) encarcelamiento, (vi) tortura, (vii) violaciones, (viii) persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos y (ix) otros actos inhumanos.

Como se desprende de la norma referida, el desplazamiento forzado no fue considerado, propiamente, como crimen contra la humanidad bajo el Estatuto del TPIY; sin embargo, varias de las conductas allí enunciadas, sí permitieron una adecuación del desplazamiento forzado como crimen contra la humanidad, enmarcándose así dentro de dos de los delitos allí enunciados, a saber: la *persecución* y la *deportación* (o expulsión)³³. Estas categorías serán explicadas a continuación,

³³ Al respecto, es importante aclarar que el término *expulsión* contenido en el literal d del artículo 5 del Estatuto del TPIY, es una traducción del término *deportation* en inglés, que corresponde a la versión original del Estatuto. Así, cuando en español el Estatuto se refiere a *expulsión*, en inglés el término sería más el de

de acuerdo con la argumentación seguida por el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, respecto del desplazamiento forzado en el contexto del conflicto en la antigua Yugoslavia.

En desarrollo de lo expuesto, sea lo primero señalar que algunos pronunciamientos del Tribunal en torno a la conducta mencionada, la conciben como una forma propia del crimen de *persecución*, establecido en el artículo 5, literal h, del Estatuto del Tribunal. Así, por ejemplo, en el caso *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, el TPIY señaló que la persecución puede asumir diferentes conductas criminales; sin embargo, manifestó también que, aun cuando el Estatuto del Tribunal sanciona la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos como crímenes contra la humanidad, el Estatuto no definió las formas que puede ella asumir³⁴. Por lo tanto, el TPIY indicó que debía hacer referencia a las normas consuetudinarias de derecho internacional, con el propósito de determinar dichas formas y de darle mayor contenido a la noción de persecución.³⁵ Así, el Tribunal señaló que la deportación o traslado forzado de civiles, constituye una forma de persecución³⁶. A su vez, para establecer qué significa la deportación o traslado forzado de civiles, el TPIY acudió a la definición adoptada al respecto por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en virtud del cual:

deportation o deportación. Como se ve, el tema del idioma es fascinante cuando se trata del derecho penal internacional. Por esa razón, además, el estudio de estos temas, comporta, necesariamente, un estudio de temas transversales de derecho comparado, de las tradiciones jurídicas, de los idiomas, de las culturas, etc. Un estudio muy interesante, relacionado con uso del lenguaje y las dificultades para traducir términos del derecho penal internacional, es el de Ezequiel Malarino y Emanuela Fronza, "Problemas de determinación de la norma penal y soluciones de interpretación en textos penales plurilingües en el ejemplo del Estatuto de Roma", en: Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Jan Woischnik (editores), *Temas actuales del derecho penal internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania y España*, Fundación Konrad-Adenauer, 2005, pp. 61-95.

³⁴ Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, Sala de Primera Instancia, sentencia del 3 de marzo de 2000, párrs. 218-219.

³⁵ *Ibidem*, párr. 219.

³⁶ Textualmente, la Sala del TPIY señaló que: "The Trial Chamber will now deal with the legal and factual elements of the forms of persecution specified in the indictment – the destruction and plunder of property, unlawful detention and the forcible transfer of civilians". *Ibidem*, párr. 234.

“Por ‘deportación o traslado forzoso de población’ se entenderá el desplazamiento forzoso de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional”³⁷.

Aunado a lo anterior, en el caso *Prosecutor v. Dario Kordic & Mario Cerkez*, el TPIY reiteró que el delito de persecución, como crimen contra la humanidad, no ha sido exhaustivamente definido o, mejor aún, no contiene una lista comprensiva de los actos que lo componen. No obstante, el Tribunal indicó que el Estatuto mismo debía contener unos límites claros respecto de la amplitud de ciertos actos que podrán entenderse constitutivos de la conducta de persecución³⁸.

En razón a lo anterior, el Tribunal señaló que cualquier conducta o acto que constituya el delito de persecución deberá revestir el mismo grado de seriedad y gravedad que aquellos enunciados bajo el artículo 5 del Estatuto. Al respecto, en el caso *Prosecutor v. Kupreskic et al*, el Tribunal estableció un test consistente en 4 criterios y elementos que tiene que cumplir una conducta para ser considerada como acto derivado del delito de persecución. Así, la conducta deberá: (i) implicar una denegación flagrante de los derechos; (ii) adelantarse con una base discriminatoria; (iii) tener lugar en el contexto del desconocimiento de los derechos fundamentales establecidos bajo el derecho internacional de los tratados o de la costumbre internacional; y (iv) contener un nivel de gravedad igual a los otros crímenes enunciados bajo el artículo 5 del Estatuto como crímenes contra la humanidad³⁹.

2.3. SOBRE LA DEPORTACIÓN: UNA PRÁCTICA EN LA DINÁMICA DE LA DENOMINADA “LIMPIEZA ÉTNICA”

Por otra parte, como se expresó con antelación, en otros casos el Tribunal ha ubicado los actos constitutivos de desplazamiento forzado dentro de otra categoría de los crímenes contra la humanidad:

³⁷ Artículo 7, numeral 2, literal d, del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

³⁸ Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, *Prosecutor v. Dario Kordic & Mario Cerkez*, Sala de Primera Instancia, sentencia del 26 de febrero de 2001, párr. 192.

³⁹ *Ibidem*, párr. 195.

la *deportación*. Al respecto, sea lo primero señalar que en el caso *Prosecutor v. Simic et al*, el Tribunal indicó que la deportación se encontraba íntimamente ligada al concepto de limpieza étnica.⁴⁰ Lo expresado, en razón a que, considerando el contexto propio de desarrollo político e histórico del conflicto yugoslavo, el TPIY entiende que un acto de desplazamiento forzado dentro del territorio de la Antigua Yugoslavia estaba íntimamente relacionado con un fin de discriminación; aseveración de gran importancia puesto que, si la conducta de deportación es analizada bajo otros supuestos y contextos históricos, tal vez no podría asumir esta cualidad y tendría que ser analizada bajo otro delito o crimen.

Valga señalar en este punto, que estos son datos muy interesantes que podrían incluso brindar información relevante para el caso colombiano, cuando algún tipo de desplazamiento, por ejemplo de indígenas o afrodescendientes, tenga lugar en contextos de discriminación o por razones similares. No obstante, la generalidad de los desplazamientos en Colombia tiene otros motivos: están muy íntimamente relacionado con la dinámica de la guerra, con acumulación de tierras, con privatización de las mismas, con empresas criminales de expropiación masiva de tierras.

De acuerdo con lo expuesto, se pone de presente que la conducta del desplazamiento forzado puede tener lugar de diversas formas bajo la interpretación del TPIY: se trata de la conducta de la deportación o traslado forzado de civiles, en tanto acto persecutorio.⁴¹ De igual manera, tanto la deportación como el traslado forzado de civiles hacen referencia a desplazamientos involuntarios e ilegales, o el movimiento, reubicación o retiro de individuos del territorio en el cual residen⁴².

⁴⁰ Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia, *Prosecutor v. Blagoje Simić, Miroslav Tadić, Simo Zarić*, Sala de Primera Instancia, sentencia del 17 de octubre de 2003, párr. 121 y ss.

⁴¹ *Ibidem*, párrs. 121 y ss.

⁴² *Ibidem*, párrs. 121 y ss.

2.4. ¿EXPULSIÓN O DEPORTACIÓN? CLARIDAD EN PERSPECTIVA PARA EL CASO COLOMBIANO

En este punto es importante recordar que, como se expresó anteriormente, el artículo 5, literal d, del Estatuto, en su versión en inglés, hace referencia al delito de la deportación como crimen contra la humanidad; sin embargo, el mismo literal en la versión traducida al español hace referencia al delito de la expulsión. Esta diferencia puede entrañar dificultades para el proceso de imputación penal y de interpretación ya que, tal como fue establecido por el Tribunal en el caso *Prosecutor v. Simic et al*, la expulsión es tan sólo un posible medio de coerción por medio del cual se puede dar la deportación, mientras que esta conducta también puede tener lugar por otros medios. En este sentido, habrá que tener claro que la conducta sancionada por el Estatuto del Tribunal en referencia, es la deportación, siendo la expulsión un medio a través del cual puede tener lugar la ocurrencia de dicha conducta.

Valga señalar al respecto, que en el Artículo 159 del Código Penal colombiano, que se refiere al desplazamiento forzado en situación de conflicto armado, ambos términos –deportación y expulsión– se utilizan como verbos rectores constitutivos de la misma infracción al derecho internacional humanitario. De esta forma, el operador colombiano tiene una explicación sobre el origen de las conductas y su tratamiento a nivel internacional, pero tiene a su mano un solo tipo penal con base en el cual se pueden imputar ambas conductas. Se simplifica así el proceso y los operadores no tienen que hacer deducciones complejas como lo ha hecho el Tribunal que es estudia.

Por último, es de resaltar que el Tribunal manifestó, en el caso *Prosecutor v. Simic et al.*, que los elementos de ambos delitos son bastante similares; así, en el caso que se comenta, el TPIY recordó el caso *Prosecutor v. Radislav Kristic*, para señalar que el desplazamiento forzado implica en sí una experiencia traumática que involucra el abandono del hogar de un individuo, la pérdida de una propiedad y el desplazamiento por medio de la coerción a otro lugar del territorio. Lo anterior, para establecer los siguientes componentes comunes a las dos figuras jurídicas mencionadas, los cuales se deben comprobar en el caso concreto en aras de establecer si un acto de deportación o traslado forzado ocurrió efectivamente: (i) el carácter ilegal del desplazamiento, (ii) el área de la cual la persona ha sido ilegalmente

desplazada y dentro de la cual permanecía y el destino al cual fue desplazada y (iii) la intención por parte del presunto responsable, de deportar o desplazar de manera forzosa a la víctima.⁴³

3. LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

En el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional existe una consagración de actos constitutivos de desplazamiento forzado como crimen de guerra. El artículo octavo del mismo establece, en su parte relevante para el presente estudio, que la Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra, en particular, cuando se cometan como parte de un plan o política, o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes. Se conciben, como “crímenes de guerra” para efectos del Estatuto, entre otros crímenes a los cuales se ha hecho referencia previamente, *las violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional*. En el marco de estos delitos, se encuentra el acto de “ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate o por razones militares imperativas”⁴⁴.

Sobre esta cuestión es pertinente agregar, como lo hace un autor citado, que conforme al artículo 9 del Estatuto de Roma, los Elementos de los Crímenes del mismo, que ayudarán a la Corte a interpretar y aplicar los artículos 6, 7 y 8, los cuales fueron adoptados por el documento U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.2 (2000) citado con antelación, son los siguientes:⁴⁵

- a- Que el autor haya ordenado el desplazamiento de una población civil;
- b- Que la orden no haya estado justificada por la seguridad de las personas civiles de que se trataba o por necesidades militares;
- c- Que el autor haya estado en situación de causar ese desplazamiento mediante la orden;

⁴³ *Ibidem*, párrs. 123 - 124.

⁴⁴ Estatuto de Roma de la Corte penal Internacional, artículo 8, numeral 2, literal e.

⁴⁵ Alejandro VALENCIA VILLA, *Derecho...*, 2007, p. 432.

- d- Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él; y
- e- Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Será importante, en perspectiva, hacer seguimiento a casos que en la Corte Penal Internacional se refieran al fenómeno del desplazamiento forzado. Por ahora, baste con agregar que el Estatuto avanza en dar claridad al fenómeno del desplazamiento como crimen internacional y contiene elementos que coinciden con aquellos contenidos en nuestra legislación penal. Se agrega, finalmente, que la interpretación de las necesidades militares de trasladar una población, debe ser siempre y en extremo restrictiva, de lo contrario, se pueden dejar de investigar actos constitutivos del desplazamiento forzado.



120

ALEJANDRO APONTE



CAPÍTULO 3

AGRESIONES SEXUALES EN CONFLICTOS ARMADOS: EL APORTE DE LOS TRIBUNALES AD-HOC PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA Y PARA RUANDA

I. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL FRENTE A HECHOS ESPECIALMENTE DRAMÁTICOS

INTRODUCCIÓN

El presente capítulo tiene como objetivo reseñar aspectos que son centrales respecto de la evolución que ha experimentado el concepto de agresión sexual en el ámbito internacional, con énfasis especial en las decisiones tomadas por tribunales internacionales en situaciones especialmente conflictivas. Estas realidades se pueden concebir como escenarios propios de conflicto armado o, como ocurre en el caso de Ruanda, de un verdadero genocidio, en el marco de un conflicto interno marcado por aspectos étnicos y culturales que lo individualizan en el contexto internacional. De hecho, además, la violencia étnica está presente no sólo en este país, sino que lo estuvo en la antigua Yugoslavia, lo que le confiere a estos contextos una diferencia importante, respecto, por ejemplo, del caso colombiano.

El tema relacionado con las agresiones sexuales que han tenido lugar en el marco de diversos conflictos, es un tema especialmente sensible, tanto más en el caso colombiano en el cual la violencia sexual en contextos de violaciones masivas de derechos humanos, no ha recibido la atención merecida; se trata, en efecto, de un tema marcado por la invisibilidad; de una cuestión que se diluye en el marco de la persecución penal nacional de otros delitos que terminan absorbiendo la atención del sistema judicial. Además, las conductas de agresión sexual se tornan invisibles, en la medida en que no son denunciadas por las víctimas.

En este sentido, el sistema judicial puede ejercer en el contexto señalado una función pedagógica muy importante, en la medida en que puede estimular a las víctimas a la narración y denuncia de estos hechos, dándole el tratamiento digno y la discreción que ellas reclaman. Es una tarea que debe avalarse en dicho sistema, para citar un ejemplo, en la actuación de la Fiscalía en el marco del proceso de Justicia y Paz; así como, desde luego, en la de todos los operadores, la defensa, jueces, miembros del Ministerio Público, que han buscado, a pesar de las exigencias de un proceso de esta magnitud, dignificar a las víctimas¹.

Para la referencia al caso colombiano, se recuerda que el Código Penal consagra, en su artículo 138, dentro del título II de la parte especial y en el marco de los “delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario”, el delito de “acceso carnal violento en persona protegida”. Además, el artículo 139 consagra el delito de “actos sexuales violentos en persona protegida” y el artículo 140 introduce circunstancias de agravación especiales. De igual manera, en este contexto el artículo 141 consagra el delito de “prostitución forzada o esclavitud sexual”². Se trata de un conjunto de normas muy comprensivas que deben servir de apoyo a los operadores, sobre todo frente a la diversidad de formas o de maneras en que tienen lugar las agresiones sexuales en conflicto armado.

1. TRASCENDENCIA DE PRÁCTICAS DELEZNABLES

Como se ha dicho, y ello no sólo en nuestro caso, la violencia sexual utilizada en escenarios de conflicto armado ha sido concebida

¹ Éste es un hecho que ha corroborado personalmente el autor de este escrito, como director del área de justicia del Observatorio internacional para el seguimiento del proceso de DDR y la Ley de Justicia y Paz, del Centro Internacional de Toledo para la Paz, en la medida en que el trabajo se desarrolla, como se ha dicho previamente, con base en la asistencia personal del equipo del área a las diligencias de versión libre y a las diferentes audiencias que componen o estructuran el proceso. Se destaca entonces, de manera especial, el gran esfuerzo de la Fiscalía en dignificar las víctimas, más allá de la retórica con réditos políticos, que acompaña en muchas ocasiones la supuesta defensa o representación de las víctimas. Ver, al respecto, Alejandro APONTE, *Informe primera fase*, diciembre de 2008, Área de Justicia, Bogotá, pp. 44 y ss.

² Este último delito está situado en las fronteras con el delito de trata de personas; sin embargo, en escenarios de conflicto armado interno como el nuestro, puede ser concebido en el marco general del tema que nos ocupa.

como una especie de consecuencia colateral o natural del conflicto que, en términos prácticos, no implicaba necesariamente un enjuiciamiento de los perpetradores de estas conductas. No obstante, se han presentado avances en su investigación y castigo en tribunales internacionales, al mismo tiempo que, desde una perspectiva comparada, en el caso colombiano, surge hoy una mayor conciencia de este tema en todo el sistema judicial incluido, desde luego, el juez constitucional quien, a través de decisiones a favor de mujeres desplazadas por el conflicto armado interno por ejemplo, ha extendido su marco de protección al ámbito de su integridad y libertad sexual.

Para dimensionar la magnitud de crímenes sexuales que pueden ser cometidos en un escenario de conflicto, es relevante reseñar algunas de las cifras estimadas que arrojaron las investigaciones realizadas alrededor de conflictos como el de Yugoslavia y Ruanda. Estudios relacionados con el caso de Ruanda, por ejemplo, afirman que “aunque el número exacto de mujeres violadas nunca se sabrá, los testimonios de los sobrevivientes confirman que la violación era extremadamente amplia y que miles de mujeres fueron violadas”³.

Es muy importante destacar, además, en relación con estas cifras imposibles de concretar, que la recolección de este tipo de información se hace sumamente difícil, no sólo en razón al impacto psicológico que sufren las víctimas –lo que dificulta el desarrollo fluido de los procesos de denuncia y recolección de información–, sino también por el hecho de que, en un número importante de casos, las víctimas fueron asesinadas después de la perpetración del crimen o morían como resultado del mismo.

El escenario que tuvo lugar en Yugoslavia no dista mucho del escenario del país africano. Se afirma que “la mayoría de las cifras sobre la magnitud de la violación durante las guerras de Yugoslavia de 1991-1995, son simples aproximaciones. Estas aproximaciones son alarmantes, indicando la ocurrencia de un máximo de sesenta mil actos de violación y asalto sexual durante este periodo”⁴. Huelga

³ Binaifer NOWROJEE, *Shattered lives: sexual violence during the Rwandan genocide and its aftermath*, Human Rights Watch, Nueva York, 1996, en: <http://www.hrw.org/en/reports/1996/09/24/shattered-lives>, p. 2.

⁴ Mark ELLIS, “Breaking the silence: rape as an international crime”, en: *Case Western Reserve Journal of International Law*, 2006-2007, pp. 225-226.

comentar, más allá de las mismas cifras, cómo resulta evidente que el componente de violencia sexual dentro de un conflicto armado, ocupa un papel fundamental, en la medida en que ese tipo de agresiones, como lo veremos más adelante, infunde un daño en el tejido social que va más allá del daño producido sobre la víctima que lo padeció directamente.

1.1. DESARROLLO HISTÓRICO DEL TRATAMIENTO DADO A LAS AGRESIONES SEXUALES

En seguida se adelantará una reseña histórica básica del tratamiento de dichos delitos por parte de tribunales internacionales, en escenarios de conflicto, como es el caso de la antigua Yugoslavia y Ruanda⁵.

Una primera aproximación al delito de acceso carnal violento, como crimen internacional, fue adelantada por las denominadas “Instrucciones Lieber”, que consistieron en una serie de directrices para el comportamiento de las tropas americanas en el campo de batalla⁶. En esta primera aproximación, el acceso carnal violento fue clasificado como un crimen de “disciplina de las tropas”, que podía ser castigado con pena de muerte⁷. Al respecto, es importante destacar el hecho de que la primera mención a nivel internacional sobre estas conductas, haya provenido de un reglamento de comportamiento o disciplina militar, pues tal consagración evidencia que dicha práctica ha solido ser perpetuada por miembros de la milicia contra los enemigos, bien

⁵ *Ibíd.*, pp. 227-228.

⁶ Estas instrucciones, contenidas en una especie de código que entró en vigor en el año de 1863, son importantes en la medida en que constituyen el primer intento de codificación de las leyes y costumbres de la guerra que existían en aquella época. Sin embargo, contrariamente al Convenio de Ginebra, aprobado un año más tarde, ese código no tenía valor de tratado, ya que estaba destinado únicamente a las fuerzas nordistas de los Estados Unidos de América que luchaban en la guerra de Secesión. Sobre el Convenio de Ginebra, se recuerda que éste sentó las bases del derecho internacional humanitario contemporáneo. Éste se levantaba sobre los supuestos de ser normas permanentes, escritas, de alcance universal, destinadas a proteger a las víctimas de los conflictos, constituía, a su vez, un Tratado multilateral, abierto a todos los países, al mismo tiempo que contenía la obligación de prodigar cuidados sin discriminación a los militares heridos y enfermos y exigía el respeto e identificación, mediante un emblema (cruz roja sobre fondo blanco), del personal sanitario, así como del material y de los equipamientos sanitarios.

⁷ *Ibíd.*, p. 227.

como una técnica de guerra o, peor aún, como acciones propias de la consecución de botines de guerra.

Más adelante, en 1907, surgió a nivel internacional, una protección para la mujer que se concretó en la Convención o Convenios de la Haya, siendo éste un instrumento internacional que protegía a la mujer de forma mucho más amplia, pero a la vez menos concreta, disponiendo que se debía protección a la honra de la mujer. Esta definición tan amplia abría el paso para que no sólo el acceso carnal violento fuera considerado como un crimen, sino que otro tipo de conductas, como lo son el sexo oral forzado y otros abusos, comenzaran a ser consideradas en el escenario de la discusión internacional. (La discusión sobre la protección de la libertad sexual inicia con un énfasis marcado en la mujer y luego se abre campo hacia la agresión sexual contra los hombres también).

En el desarrollo histórico, político-normativo, relacionado con la protección sexual, en 1945 se reconoció al acceso carnal violento como un crimen con carácter no sólo nacional, sino internacional, mediante la “Control Council Law No. 10” adoptada por las fuerzas aliadas, una vez ocupada Alemania. Es así como, en su artículo segundo, numeral 2, literal c, se reconoció la violación como un crimen contra la humanidad, que sería conocido por los tribunales alemanes.

Sobre este aspecto hay que anotar, desde luego, que si bien esta consagración representa un paso importante, es evidente que su texto se queda corto en lo que hace a una definición concreta de lo que se entiende como violación, a la vez que deja por fuera otras conductas constitutivas de violencia sexual. Finalmente, en 1949, los Convenios de Ginebra, referentes al tratamiento de los prisioneros de guerra, establecieron la protección de las mujeres contra la violación o acceso carnal violento, como hoy se le denomina.

A pesar de los avances reseñados y de una conciencia internacional mayor a nivel de reglamentación y de producción normativa, el avance cualitativo más relevante sobre el tema que nos ocupa se ha dado a nivel jurisprudencial. De esta forma, se hará relación a providencias muy importantes que han tenido lugar en el ámbito internacional respecto de las agresiones sexuales en conflictos armados internos. Todo ello con el propósito de prestar herramientas a nuestros funcionarios, que puedan servir para abordar con mayor consistencia dichas agresiones ocurridas en el contexto del conflicto armado colombiano.

Así, a nivel internacional, la doctrina hace referencia a un antecedente remoto e importante, en el Tribunal Internacional Militar para el Lejano Oriente, el cual, en el contexto de la Segunda Guerra Mundial, investigó y juzgó a diversos militares por el delito de violación, a la vez que condenó a los superiores jerárquicos por permitir la ejecución de tales conductas por sus subalternos⁸. El mérito que le asiste a la decisión, radica en el hecho de que los estatutos de dicho tribunal no hacían referencia explícita al delito de acceso carnal violento y, no obstante, en un esfuerzo interpretativo de los miembros del cuerpo colegiado, fue posible que se adelantara el castigo de dichas conductas.

Pese a lo anterior, el tribunal no se ocupó del castigo de otras conductas constitutivas, por ejemplo, de prostitución forzada, perpetuadas sobre las denominadas *comfort women* y, en esa medida, muchas de estas conductas carecieron de un debido esclarecimiento y permitieron que ese tipo de violencia sexual pasara desapercibida en el espectro internacional. Hoy en día la comunidad internacional reconoce que las *comfort women* y los campamentos en las que se les explotaba sexualmente, no fueron mencionados en los tratados de paz con el Japón y, por lo tanto, quedaron por fuera del proceso de administración de justicia. De igual forma, “tampoco fueron reconocidas las demandas de indemnización oficial y otorgadas las disculpas, por parte de los responsables de dichas atrocidades, cuyo desarrollo debió haber sido llevado a cabo por el gobierno japonés”⁹.

Se trata, desde luego, de un proceso y de una evolución compleja y no todo se podría entrever en este momento¹⁰. Es por esa razón que hoy en día, como es el caso reseñado del Código Penal colombiano, existe para su regulación, por ejemplo, el artículo 139, reseñado con antelación.

⁸ *Ibidem*, p. 228.

⁹ *Ibidem*, p. 228.

¹⁰ Para mayor información sobre la posterior evolución de los procesos de responsabilidad por prostitución forzada sobre estas mujeres, ver: C. Sarah SON, “Japan’s National/Asian women’s fund for ‘comfort women’”, en : *Pacific Affairs*, University of British Columbia, Vol. 76, No. 2, Summer, 2003, pp. 209-233 y Christine M. CHINKIN, “Women’s International Tribunal on Japanese Military Sexual Slavery”, en: *The American Journal of International Law*, Vol. 95, No. 2, abril de 2001, pp. 335-341.

1.2. EL APORTE DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA

El siguiente paso que se dio en la jurisprudencia internacional, fue bastante significativo, pues implicó un gran salto cualitativo al reconocerse, por primera vez, el carácter de crimen de lesa humanidad y crimen de guerra de las agresiones sexuales. En este sentido, el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, en el caso *Prosecutor v. Dusko Tadic*, fue pionero al acusar a una persona natural por crímenes relacionados con la violencia sexual. El fiscal, en este caso, logró que se condenara a Dusko Tadic, usando normatividad internacional y nacional, que si bien no contenía este tipo de delitos tipificados (agresiones sexuales), sí contenía otro tipo de conductas como los tratos degradantes, que bajo una interpretación ampliada a favor de las víctimas, permitieron la protección de los derechos de las mismas. Cabe aclarar, por su parte, que en esta oportunidad se condenó al procesado por complicidad y encubrimiento de crímenes relacionados con violencia sexual.

En este orden de ideas, el Tribunal trae a colación los tratos degradantes, consagrados expresamente en la normativa interna de Yugoslavia, de la siguiente manera:

“Las disposiciones legales más directamente aplicables de la antigua Yugoslavia son aquellas que se encuentran en el capítulo XVI del Código Penal de la República Federal Socialista de Yugoslavia, titulado ‘Crímenes contra la Paz y el Derecho Internacional’. El artículo 142 de ese Código especifica una serie de actos delictivos, incluidos asesinatos, torturas o tratos inhumanos contra la población civil, causar grandes sufrimientos o lesiones corporales graves en el cuerpo y la salud, el traslado forzoso ilegal, el uso de medidas de intimidación y terror y la privación ilegal en campos de concentración”¹¹.

¹¹ En este acápite se ha optado por una traducción libre de la sentencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Sala de Primera Instancia, sentencia del 14 de julio de 1997, párr. 8. La versión original señala: “The most directly applicable statutory provisions of the former Yugoslavia are those found in Chapter XVI of the SFRY Penal Code, entitled “Crimes Against Peace and International Law”. Article 142 of that Code specifies a number of criminal

Nuevamente, el TPIY se pronunció sobre la comisión de agresiones sexuales en el caso *Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vokovic*¹². Esta vez, logrando la condena de los sindicados por el delito de violación, entendido éste dentro del marco de los crímenes de lesa humanidad. De ahí en adelante, la jurisprudencia internacional ha venido depurando el concepto de violencia sexual, siendo posible afirmar, hoy en día, que las agresiones sexuales constituyen uno de los aspectos más sensibles dentro de un conflicto armado, que consecuentemente reciben un tratamiento judicial severo. De esta forma, aunque es cierto que en el marco general de los crímenes de lesa humanidad pueden ser incluidas formas de agresiones sexuales, podría afirmarse que su forma más adecuada de aplicación, tiene lugar en el ámbito de los crímenes de guerra o infracciones al derecho internacional humanitario, como ocurre en el caso colombiano.

2. LA MUJER Y SU ESPECIAL VULNERABILIDAD EN ESCENARIOS DE CONFLICTO DEGRADADO

Es importante reconocer que, en escenarios como el africano e incluso, desde luego, el colombiano, han existido patrones sociales que identifican a la comunidad como machista y, en esa medida, la mujer se percibe, aún en muchos contextos sociales, como inferior al hombre e inclusive como un bien del que éste puede disponer libremente, tanto más en escenarios de violencia generalizada. Bajo esta perspectiva, los actores del conflicto suelen tener muy poco respeto por el papel de la mujer y la objetivizan con fines sexuales y de humillación al enemigo. Partiendo de esta base, no es de extrañarse que en una sociedad como la ruandesa, y la yugoslava, se hayan perpetuado tal cantidad de crímenes de índole sexual durante el periodo de conflicto.

Al respecto, se aclara sobre la reseña de aspectos culturales y sociológicos, que se hace relación a aquellos más resaltados a nivel

acts, including killings, tortures or inhumane treatment of the civilian population, causing great suffering or serious bodily injury to body and health, unlawful forced transfer, use of measures of intimidation and terror and the unlawful taking to concentration camps and other unlawful confinements”.

¹² Para mayor información, consultar: Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, *Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vokovic*, Sala de Primera Instancia, sentencia del 22 de Febrero de 2001.

internacional y sobre los cuales existe consenso en diversos estudios; pero se advierte, desde luego, que se trata de hechos muy complejos –culturales, étnicos y antropológicos–, que exigen estudios detallados para así no derivar en conclusiones apresuradas e irrespetuosas con estas comunidades. En el presente documento se hace relación a presupuestos mínimos, para contextualizar el trabajo de los tribunales internacionales y para entender sus decisiones.

En el caso del país africano, objeto del presente estudio, han sido especialmente críticos la discriminación y el maltrato a la mujer. En este sentido, un estudio llevado a cabo en dicho país recalca que:

“Desde una edad temprana, la educación que las niñas reciben de sus madres les inicia en su vida futura como esposas y madres, una mujer se hará cargo de la casa, así como del trabajo en el campo. Ella aprenderá cierto tipo de comportamientos, como mantener una actitud reservada, o ser sumisa. La fuerza de una familia se mide en el número de sus niños”¹³.

Otro factor decisivo en la posición que detentan las mujeres en este escenario, se encuentra definido por los bajos niveles de educación que ellas reciben. En cifras reconocidas por el gobierno de Ruanda, se dice que:

“en la década de 1980, las niñas representaban alrededor del 45 por ciento de los estudiantes en la escuela primaria. Entre los estudiantes de bachillerato, los niños son más numerosos que las niñas en una proporción de 9 a 1, y a nivel universitario, los hombres superan a las mujeres en una proporción de 15 a 1”¹⁴.

Debido a estos altos porcentajes y a otros factores como la falta de representación política al interior del congreso y, en general, en órganos decisorios, las mujeres se ven atrapadas en un círculo vicioso que las deshumaniza y permite que en momentos coyunturales, como son los conflictos armados, éstas sean víctimas de agresiones de toda índole, pero sobre todo sexuales. Peor aún, es el hecho de que en los

¹³ Binaifer NOWROJEE, *Op. cit.*, p. 14, citando a: Charles Ntampaka, *La Femme et la fille dans leur famille d'origine*, Kigali: Hagaruka, *Association pour la défense des droits de la Femme et de l'Enfant*, United States Embassy, 1993, pp. 24-25.

¹⁴ Binaifer NOWROJEE, *Op. cit.*, p. 15.

procesos pos-conflicto, se les segregue por su condición de víctimas y se dejen insatisfechas sus pretensiones, en lo que corresponde a una reparación integral que les permita reincorporarse, en la medida de lo posible, a la vida cotidiana.

Teniendo en cuenta este contexto, resulta muy fácil que las mujeres del bando enemigo sean tratadas con especial desprecio y odio, pues se entiende que cuando se ataca o viola a una mujer, se está infringiendo un daño a la misma comunidad a la que pertenece, en la medida en que éstas cumplen un papel fundamental en la conservación de dicho conglomerado, al ser las encargadas de la crianza de los hijos, del trabajo del campo y del apoyo a los combatientes. Adicionalmente, en sociedades como la de Ruanda, el linaje cultural se transmite por medio de los hijos varones, de ahí que las mujeres sean muchas veces vistas como unas “cargadoras de hijos”, y el promedio de hijos que cada una de ellas pueda llegar a ser de 6.2¹⁵. Lo anterior explica que al infringir daño a la mujer, generarle traumas o embarazarla con un hijo del enemigo, todo el tejido social se disuelva, eliminando la prolongación de la cultura enemiga –incurriendo así en lo que ya ha sido ampliamente reconocido por la jurisprudencia internacional como un genocidio y que se estudiará más adelante.

Desde el punto de vista comparado, el panorama colombiano, sólo a modo de contextualización, no dista mucho de aquel que se presentó en el continente africano –por lo menos en lo que atañe a ciertos aspectos sociales y culturales–, en la medida en que muchos de los aspectos presentes en éste, como la pobreza, el bajo índice de participación y educación y un profundo conflicto social, también se hacen patentes en el escenario colombiano. Así lo reconoce la Mesa de Mujer y Conflicto Armado, al afirmar que:

“Las formas de violencia sexual contra las mujeres utilizadas por los actores armados son diversas y consisten principalmente en: violación, abuso y acoso sexual, prostitución forzada, amenazas con contenido sexual, desnudez forzada, secuestro y esclavitud sexual de mujeres y niñas y mutilaciones sexuales; control de la reproducción sobre mujeres indígenas o afrocolombianas o de otras comunidades igualmente marginadas, imposición de prácticas de control de la

¹⁵ Charles NTAMPAKA, *Op. cit.*, pp. 13-54.

reproducción –como embarazo, aborto, anticoncepción y esterilización forzadas– sobre niñas y mujeres combatientes”¹⁶.

Cabe mencionar que, en el contexto del conflicto armado colombiano, un porcentaje importante de las agresiones sexuales son llevadas a cabo también por los miembros de la fuerza pública, hecho que cobra especial relevancia, teniendo en cuenta que éstos detentan una posición de garante dentro de la sociedad. Hoy en día, incluso, se cuestiona si la militarización es un factor que aumenta el fenómeno de la violencia sexual. El testimonio que se expone a continuación, recogido por la Mesa de Trabajo citada, es diciente respecto de la influencia de ciertas actuaciones de la fuerza pública, en la dinámica de la violencia sexual:

“La otra vez llegaron a una casa, al señor lo amarraron, le cogieron a la señora y a una hija y las violaron delante del esposo y los otros hijos. Ella dice que: ‘poner la denuncia y decir que el Ejército hizo eso conmigo es como decir que yo voy a buscar el camino hacia la muerte, porque si yo hago eso, no puedo volver a salir del pueblo’¹⁷.

Ello es de alguna manera explicable si se entiende, que todos los actores del conflicto, legales e ilegales, participan, en muchas regiones, de los mismos patrones culturales. A continuación se hará referencia a diversas formas de agresión sexual que han sido ilustradas a nivel internacional, jugando en ello un papel importante la jurisprudencia de los tribunales que se ha venido estudiando. Se hará referencia, en primer lugar, a la violación como una actividad crítica y central para el desarrollo normativo y jurisprudencial; al mismo tiempo que se subraya el tratamiento ampliado que se le ha dado a esta conducta, para luego, pasar a estudiar diversas formas de agresión sexual. Se advierte, además, que tanto en estos delitos como en el de reclutamiento ilegal, las modalidades diversas de las conductas y su comprensión, apoyan positivamente el trabajo de los operadores: existen las normas, pero es la sociología de las conductas, la que les otorga sentido.

¹⁶ Mesa de Trabajo Mujer y Conflicto Armado, *VI Informe sobre violencia sociopolítica contra mujeres, jóvenes y niñas en Colombia*, Bogotá, diciembre de 2006, pp.14-15.

¹⁷ Testimonio de una mujer del Catatumbo, Norte de Santander, *Ibíd*em, p. 16.

3. LA VIOLACIÓN COMO MUESTRA MÁS EVIDENTE DE LA VIOLENCIA SEXUAL

El papel asumido por el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia al momento de definir el delito de violación, resulta muy interesante, en tanto, al reconocer también el avance de otros tribunales internacionales hasta ese momento, el TPIY entendió que se estaba frente a un acceso carnal violento cuando se daba,

“la no consentida penetración, aun cuando leve, de la vagina o el ano de la víctima por parte del pene del perpetrador, o cualquier otro objeto usado por el mismo. También se entiende violación la penetración de la boca de la víctima por parte del pene del perpetrador, cuando dicha penetración ocurre sin el consentimiento de la víctima. El consentimiento para este propósito, debe ser dado de forma voluntaria y libre y será evaluado de acuerdo al contexto de las circunstancias que lo rodean”¹⁸.

Como se evidencia en el aparte citado, esta definición incorpora elementos novedosos, que amplían el marco de aplicación de este delito, permitiendo el procesamiento de una gran cantidad de sindicados de crímenes que involucraban agresiones sexuales. Un elemento de gran importancia dentro de dicha definición, está constituido por el fenómeno del consentimiento, en la medida en que hasta ese momento se tomaba como eje de la conducta la penetración forzada, escenario que dejaba por fuera una gran cantidad de situaciones en las que la penetración no era forzada, pues la víctima “consentía” en la misma, para evitar, por ejemplo, recriminaciones contra sus cónyuges e hijos. Así pues, cuando el Tribunal aclara que dicho consentimiento debe ser otorgado de manera libre y voluntaria, amplía el ámbito de aplicación de la norma, reconociendo que “la fuerza o la amenaza de la fuerza

¹⁸ Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, *Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vokovic*, Sala de Apelaciones, sentencia del 12 de junio de 2002, párr. 127-128. Se optó por una traducción libre de la sentencia en referencia, una traducción publicada y confiable. La versión original señala que: *the actus reus of the crime of rape in international law is constituted by: the sexual penetration, however slight: (a) of the vagina or anus of the victim by the penis of the perpetrator or any other object used by the perpetrator; or (b) the mouth of the victim by the penis of the perpetrator; where such sexual penetration occurs without the consent of the victim. Consent for this purpose must be consent given voluntarily, as a result of the victim's free will, assessed in the context of the surrounding circumstances.*

ofrece una clara evidencia de ausencia de consentimiento, sin embargo no es un elemento *per se* de la violación¹⁹.

No obstante, debe aclararse que el tema de consentimiento es muy problemático y su valoración, caso a caso, debe hacerse de manera absolutamente restrictiva y teniendo en cuenta las circunstancias de conflicto armado donde la víctima, en muchas ocasiones, debe decidir entre su vida o su integridad sexual, o entre la vida de sus allegados y su integridad, estando viciado el consentimiento en dichas circunstancias, incluso cuando lo ha expresado de forma aparentemente libre. Por esta razón, se deben tener en cuenta los avances que se han hecho hasta el momento en delitos como el reclutamiento ilegal o, incluso, el delito de trata de personas, cuando se expresa el consentimiento.

Nótese, desde ya, que la definición de violación anteriormente citada ha sido plenamente reconocida también por el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, al afirmar que:

“La Cámara encuentra persuasivo el análisis comparativo realizado en *Kunarac* y en esa medida adopta la definición de violación aprobada por la Cámara de Apelación del TPIY. Al hacer esto, la Cámara reconoce que otros actos de violencia sexual que no satisfagan dicha definición restringida, pueden ser procesados como otros crímenes de lesa humanidad, dentro de la jurisdicción de este tribunal, como son la tortura, persecución, esclavitud u otros tratos degradantes²⁰.”

En esta misma perspectiva, el TPIR, siguiendo la argumentación adelantada por el TPIY, realiza un aporte de considerable importancia, al reconocer que el *mens rea* de la violación es “la intención de efectuar la penetración sexual prohibida, con el conocimiento de que la misma ocurre sin el consentimiento de la víctima²¹”. Es fundamental entender

¹⁹ *Ibidem*, párr. 129.

²⁰ Tribunal Penal Internacional para Ruanda, *Prosecutor v. Semanza*, Sala de Primera Instancia, sentencia de 15 mayo de 2003, párr. 345. Para citar la providencia referida se ha acogido una traducción libre de la misma; en este sentido, el TPIR señala textualmente: *the Chamber finds the comparative analysis in Kunarac to be persuasive and thus will adopt the definition of rape approved by the ICTY Appeals Chamber. In doing so, the Chamber recognises that other acts of sexual violence that do not satisfy this narrow definition may be prosecuted as other crimes against humanity within the jurisdiction of this Tribunal such as torture, persecution, enslavement, or other inhumane acts.*

²¹ *Ibidem*, párr. 346.

que cuando identifica este elemento, el TPIR lo relaciona con los crímenes de lesa humanidad, de ahí que no tenga en cuenta elementos constitutivos de genocidio²².

Otro elemento innovador de la definición de violación, introducido por el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, gravita en torno a la ampliación del tipo penal al momento de incluir el sexo oral forzado. Este elemento había sido tradicionalmente excluido de la definición de violación, en el entendido de que ésta sólo tenía lugar con la penetración vaginal o anal. Así, la importancia de esta ampliación se hace evidente en escenarios de conflicto donde se utiliza el sexo oral para humillar a la víctima. Dicho escenario se ha presentado con frecuencia en conflictos como el estudiado hasta ahora, donde los Hutus, llenos del rencor agenciado en ellos por los dirigentes políticos, adelantaban actos de denigración del “enemigo” indefenso, como es el caso del sexo oral forzado y público.

Finalmente, en su definición, el TPIR reconoce que también constituye violación la que se realiza con cualquier objeto diferente al pene del penetrador. Este reconocimiento nuevamente busca amparar a miles de mujeres y niñas que fueron sometidas a situaciones extremadamente insalubres y denigrantes. Era frecuente, en efecto, que dentro del conflicto, algunas mujeres y niñas eran desnudadas y expuestas a la humillación pública, mientras a otras les eran introducidas piezas de ramas de árboles en la vagina. Este tipo de situaciones podrían llegar a ser, incluso, más traumáticas tanto desde el punto de vista fisiológico como el psicológico. De ahí que su inclusión como elemento central para imputar el delito y castigarlo, haya sido un logro muy importante del Tribunal que se viene citando.

²² No obstante, con base en la contextualización que más adelante se hará sobre el genocidio, se puede afirmar, desde ya que, en contextos como el de Ruanda y Yugoslavia, el *mens rea* de la violación debe ser interpretado de la mano de la intención de eliminar parcial o totalmente a la etnia en cuestión, bajo el entendido de que la violación acarreará tal perjuicio psicológico en la víctima y su núcleo familiar, que evitará la futura reproducción dentro del grupo. Las agresiones trascienden, sin duda, una violación al bien jurídico de la libertad sexual e integridad personal, y llegan a constituirse en conductas genocidas.

4. DIVERSOS TIPOS DE VIOLENCIA SEXUAL

Tal como se deduce del análisis hasta ahora adelantado, y de los resultados de investigaciones de campo llevadas a cabo a nivel internacional, dentro del conflicto armado al cual se hace referencia, tuvieron lugar varias formas de violencia sexual, que iban desde las propagandas contra el género –que se concretaban en agresiones sexuales de todo tipo– hasta las violaciones masivas y mutilaciones. Teniendo ello en cuenta, se pasa ahora a reseñar brevemente algunas de dichas formas y su materialización concreta dentro del conflicto armado en Ruanda. Valga aclarar que, para una mejor comprensión del contexto en el cual tuvieron lugar estos crímenes, se debe tener en cuenta la narración que se ha hecho previamente en el primera capítulo, de los hechos históricos más relevantes de los conflictos acaecidos especialmente en Ruanda y, cuando sea éste el caso, en Yugoslavia.

4.1. VIOLACIÓN

La forma de violación más generalizada, por decirlo de alguna manera, que constituyó una de las actividades más frecuentes en el conjunto de las diversas agresiones sexuales, es el acceso carnal violento. Así, en el marco generalizado de estas prácticas en el escenario de Ruanda, por ejemplo, se hizo evidente el “éxito” que la campaña de propaganda tuvo en el imaginario de los Hutus, en la medida en que dichas violaciones fueron acompañadas en ocasiones por frases como:

“Queremos ver qué tan dulces son las mujeres Tutsi. Ustedes las mujeres Tutsi creen que son muy buenas para nosotros. Queremos ver si las mujeres Tutsi son iguales a las Hutu. Si estuviéramos en paz tu nunca me aceptarías”²³.

Este panorama añadía un elemento agravante a la violación, en la medida en que dicha conducta era un vehículo para la materialización del odio entre las dos etnias, de ahí que algunos estudiosos del tema

²³ Llezlie L. GREEN, “Gender hate propaganda and sexual violence in the Rwandan genocide: an argument for intersectionality in international law”, en: *Columbia Human Rights Law Review*, summer, 2002, p. 749.

afirmen que las mujeres fueron probablemente el sector más afectado en el marco del conflicto que se vivió en dicho país.

4.2. VIOLACIÓN COLECTIVA

Una segunda categoría, dentro del grupo de las violaciones, se ve caracterizada por las violaciones grupales o *Gang Rape*. Este tipo de violación no era poco frecuente, teniendo en cuenta, además, la proporción entre hombres y mujeres presentes en los escenarios concretos del conflicto. Igualmente, en razón a que la mayoría de las masacres eran llevadas a cabo por milicias, éstas después tomaban a las mujeres sobrevivientes y las sometían a intensas violaciones grupales. Éste en sí deplorable escenario solía degradarse aún más, en la medida en que una vez terminaban las violaciones, las mujeres eran asesinadas, mutiladas o abandonadas a su propia suerte en lugares donde frecuentemente eran encontradas por otro grupo y sometidas a igual trato.

A continuación, se transcribe el relato de una mujer Tutsi sometida a este tipo de agresión, con el fin de dimensionar el alcance real de dichas atrocidades:

“El 9 de abril de 1994, me encontraron. Un grupo de Interahamwe me llevó al río Nyabarongo. Cuando llegué allí, un Interahamwe me dijo que sabía que el mejor método para comprobar si las mujeres tutsis eran como las mujeres hutus. Durante dos días, yo y ocho mujeres jóvenes fuimos tenidas en cautiverio y violadas por Interahamwe una después de la otra, tal vez por hasta veinte de ellos, yo conocía a tres de ellos (...). Todas las mujeres jóvenes que murieron en el río fueron violadas antes de ser arrojadas (...). En el tercer día, un Interahamwe vio que yo no era capaz de caminar más. Me dijo que ya me había muerto y me podía ir. Traté de salir, pero apenas podían caminar. Había sangre por todas partes y mi estómago estaba herido”²⁴.

²⁴ Binaifer NOWROJEE, *Op. cit.*, p. 26.

4.3. VIOLACIÓN MEDIANTE OBJETOS

Existió otro método de violencia sexual, cruel y aterrador, frecuentemente utilizado dentro del conflicto armado, consistente en las violaciones por medio de objetos diferentes al pene del perpetrador. Para comprender la magnitud de estas acciones, se transcribe el testimonio de una víctima que es muy dicente sobre la naturaleza inhumana y enfermiza que caracterizaba esta modalidad, a saber:

“Uno de ellos afiló el extremo de un palo, después mantuvieron abiertas mis piernas mientras me introducían el palo. Yo gritaba, lo hicieron tres veces hasta que estaba sangrando por todas partes, entonces me dijeron que me fuera (...). Intenté pedirle ayuda a alguien en el camino, pero sólo me ignoraban porque pensaban que estaba loca”.²⁵

Este tipo de violencia sexual, interpretado a la luz del escenario que se presentó en Ruanda, permite llegar a una serie de conclusiones que no se pueden predicar de cualquier otro escenario de conflicto armado, en la medida en que, si se examina detenidamente, dicho comportamiento encaja en los literales b y d de la definición de genocidio reconocida por el Estatuto del TPIR.²⁶ Ello, en el entendido de que dichas conductas ocasionaban tal magnitud de daños fisiológicos en los órganos reproductivos de la mujer, que éstas difícilmente podían concebir después de dichos actos atroces. En efecto, cuando los agresores cometían estas conductas, afectaban de forma directa la capacidad reproductiva de la etnia de los Tutsi, evitando así que éstos pudieran extender su linaje. De igual forma, a más de los daños fisiológicos, este tipo de violación dejaba un trauma especial en la víctima que en muchos casos la inhibía de adelantar cualquier tipo

²⁵ *Ibíd.*, p. 26.

²⁶ En virtud de las disposiciones citadas, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda señaló que se entiende como genocidio, entre otros, los “graves atentados contra la integridad física o mental de los miembros del grupo” y las “medidas para dificultar los nacimientos en el seno del grupo”, cuando sean cometidos con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso en cuanto tal.

de interacción sexual, incluso en un escenario posterior al conflicto armado.

Este elemento propio del genocidio es reconocido ampliamente al interior del conflicto ruandés, tal y como lo afirma la doctrina internacional, al entender que “la evidencia indica que muchos de los violadores esperaban, como consecuencia de sus actos, que los ataques a nivel psicológico y fisiológico infringidos sobre las mujeres Tutsi, aportaran a la causa de destrucción de dicha etnia”²⁷.

4.4. MUTILACIONES

Adicionalmente, y si bien ello no constituye una violación como tal, se debe dar cuenta de la ocurrencia de algunas formas de agresión, y que fueron las mutilaciones a las que fueron sometidas numerosas víctimas mujeres, particularmente en el genocidio de Ruanda. (Se trata de casos aberrantes situados también, desde luego, en las fronteras con las lesiones personales contra persona protegida). Tal como lo afirman textos especializados, las mutilaciones generan, como es obvio, graves daños fisiológicos que van desde infecciones urinarias, pasando por infecciones, laceraciones, aparición de tumores y, en muchos casos, infertilidad o imposibilidad de tener hijos por parto natural²⁸. Este tipo de violencia es, por supuesto, reprochable bajo cualquier punto de vista y, a nivel internacional, ha recibido tratamiento, bien de genocidio, crimen de guerra o crimen de lesa humanidad, según los matices en que se presente en cada escenario.

En contextos como el de Ruanda, se presentó un número importante de casos en que los Hutus cometían actos de mutilación sobre las mujeres Tutsi. Así, la doctrina reconoce que “la milicia comúnmente empleaba mutilación sexual y la humillación pública para aumentar el sufrimiento de sus víctimas (...). Los autores torturaron a sus víctimas por medio de la mutilación de sus genitales y cortando sus senos y las nalgas”²⁹. Dichas conductas, según el análisis que hasta

²⁷ Binaifer NOWROJEE, *Op. cit.*, p. 22.

²⁸ Lea BIASON y Marie VLACHOUD (editoras), *Women in an insecure world: violence against women - facts, figures and analysis*, Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces, executive summary, septiembre de 2005.

²⁹ Llezlie L. GREEN, en: *Loc. cit.*, p. 752.

este momento se ha realizado sobre el conflicto del país africano, puede dar lugar a afirmar que las mutilaciones, por el impacto físico y psicológico que generan, estaban directamente ligadas con la intención genocida y, en esa medida, son susceptibles de ser enjuiciadas dentro del tipo penal de genocidio.

4.5. ESCLAVITUD SEXUAL Y PROSTITUCIÓN FORZADA

Si bien estas dos conductas constituyen delitos diferentes, es conveniente agruparlas en una sola categoría, pues las dos afectan directamente la libertad sexual de la víctima, en el momento en que el sujeto activo dispone de la misma como una especie de “bien comerciable”. Así, entonces, respecto de la esclavitud sexual, se puede afirmar que ésta es una categoría dentro del género “esclavitud” que, según el Estatuto de Roma, se refiere al “ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños”³⁰. De esta forma, la esclavitud sexual se refiere a cualquier ejercicio propio de los atributos del derecho de propiedad, que se realice sobre la sexualidad de la víctima.

Por otra parte, respecto de la prostitución forzada, doctrinantes internacionales han considerado que las características constitutivas de ese delito giran alrededor del hecho de que el autor obligue a la víctima a realizar uno o varios actos de naturaleza sexual, mediante amenaza o, en general, por medio de cualquier opresión o aprovechamiento de circunstancias que vicien el consentimiento de la misma. Adicionalmente, el autor debe haber obtenido o debe esperar obtener beneficios pecuniarios, derivados del acto sexual no consentido³¹.

En los contextos de Yugoslavia y Ruanda, no era poco común encontrar escenarios en los que una o varias mujeres, e incluso hombres, eran esclavizados por los diferentes actores del conflicto,

³⁰ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, artículo 7, numeral 2, literal c.

³¹ Alicia GIL GIL, *La violación como arma de guerra y su persecución como crimen internacional*, UNED, Madrid, p. 17. El trabajo será publicado en su versión inédita en español, en el libro denominado *Realidades y Tendencias del derecho penal en el siglo XXI*, por parte de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, en el mes de noviembre de 2010.

para ser utilizadas como *comfort women* que, según se explicó en su momento, “prestaban servicios sexuales” a un número importante de sujetos, que muchas veces se valían de la fuerza y la intimidación para imponer sus apetitos sexuales. Estas conductas encuadran en los delitos descritos en este acápite, y por ello se hace necesario que este tipo de conductas sean penalizadas de forma independiente de los otros tipos de violencia sexual hasta el momento estudiados.

4.6. EMBARAZO Y ESTERILIZACIÓN FORZADA

Finalmente, se hace referencia a los casos de embarazo y esterilización forzada. Al respecto, en primer lugar, se debe poner de presente que los embarazos forzados y la esterilización se configuran como formas contundentes para alcanzar objetivos genocidas, en la medida en que ambos delitos privan a la víctima, en un número importante de casos como sucedió en el país africano, de la posibilidad de transmitir su cultura e identidad a su descendencia.

Sin embargo, también existen casos en los que dichos crímenes carecen del elemento subjetivo propio del genocidio, por lo que se debe reconocer que éstos son independientes del mismo y, en todo caso, están expresamente incluidos, por ejemplo, en el artículo 7 del Estatuto de Roma como crímenes de lesa humanidad.³² Adicionalmente, se debe hacer de nuevo referencia al hecho del consentimiento totalmente viciado de la víctima, en aquellos casos en que medie coerción, engaño, amenaza o aprovechamiento de situaciones de debilidad o inferioridad manifiesta.

³² Sobre esta cuestión, por ejemplo, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en el artículo 7 citado, numeral 1, literal g, señala que la violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable, se entenderá por crimen de lesa humanidad, cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque. Más adelante, el artículo 7, numeral 2, literal f, dispone que “por ‘embarazo forzado’ se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional”.

5. LAS AGRESIONES SEXUALES COMO FACTOR CONSTITUTIVO DE GENOCIDIO EN RUANDA

Con base en lo analizado hasta el momento, a continuación se estudiarán los pronunciamientos concretos de los tribunales internacionales que reconocen el carácter de genocidio que han tenido las agresiones sexuales, adelantadas en el marco de conflictos armados específicos, como fueron el de Yugoslavia y Ruanda.

5.1. ESTATUTO DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA

Sea lo primero señalar que, en virtud del artículo segundo del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, se entiende por genocidio:

“Cualquiera de los siguientes actos cometidos con la intención de destruir parcial o totalmente a una nación, etnia, raza o grupo religioso:

- a. Asesinar miembros del grupo.
- b. Causar un daño mental o físico serio en los miembros del grupo.
- c. Deliberadamente infringir condiciones de vida en el grupo, con la intención de destruirlo en todo o en parte.
- d. Imponer medidas dirigidas a prevenir nacimientos dentro del grupo.
- e. La transferencia obligada de niños miembros del grupo, a otro grupo”.

De esta definición es importante destacar especialmente dos elementos: el primero de ellos se refiere a la intención o propósito de destruir en todo o en parte, al grupo de que se trate; el segundo de los elementos lo define el sujeto pasivo del tipo penal, en la medida en que sólo se está frente a un caso de genocidio cuando se trate justamente del grupo al cual se hace referencia en la norma.

5.2. PROPAGANDA DE GÉNERO

Según se vio con anterioridad, en el caso de Ruanda, la interacción entre ambas etnias tenía ciertas peculiaridades, en lo que respecta al

tema de la descendencia. Así lo reconoce la doctrina internacional cuando afirma que:

“Aunque no era la norma, las uniones conyugales entre Tutsis y Hutus no eran poco comunes en las décadas anteriores al genocidio. Sin embargo, los matrimonios entre mujeres Tutsi y hombres Hutu eran mucho más comunes que los matrimonios entre hombres Tutsi y mujeres Hutu. Lo anterior se explica, en la medida en que el origen étnico estaba determinado a lo largo de la línea paterna; de ahí que la descendencia de las mujeres Tutsi y los hombres Hutu fuera legalmente Hutu”³³.

Desde esta perspectiva, una de las formas más consistentes y sistemáticas para truncar la procreación de los Tutsis, era mediante el embarazo de las mujeres de dicha etnia con hijos de Hutus. El problema radicó en el hecho de que estas uniones no eran el común denominador, debido a la idea de superioridad racial que predominaba al interior de la sociedad. En un escenario tan problemático, tuvo éxito macabro, la oleada de propaganda que se impulsó con el fin de generar profundos rencores contra esta etnia, que al final apoyaría el desencadenamiento de tan lamentable genocidio. Dicha propaganda mostraba a la mujer Tutsi como un ser inalcanzable, que miraba a los hombres Hutu como seres inferiores. Así, “los propagandistas mostraban a las mujeres Tutsi como enemigas del Estado, usadas por los hombre Tutsi para infiltrar los altos rangos Hutu”³⁴. No es de extrañarse, en consecuencia, que una vez se desatara el conflicto, los hombres iniciaran una cruzada de violaciones contra las mujeres Tutsi, con el fin de humillarlas y convertirlas en objetos. Lo anterior explica por qué el tema de la propaganda ha dado pie para incorporar, en los ordenamientos nacionales, el tipo penal de “apología al genocidio”, tal como lo establece, por ejemplo, la parte especial del Código Penal colombiano en su artículo 102³⁵.

³³ Llezlie L. GREEN, en: *Loc. cit.*, p. 746.

³⁴ *Ibidem*, p. 747.

³⁵ El artículo 102 de la Ley 599 de 2000, consagra el tipo penal de “apología del genocidio” de la siguiente manera: “El que por cualquier medio difunda ideas o doctrinas que propicien o justifiquen las conductas constitutivas de genocidio, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de las mismas, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años, multa de quinientos (500) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a diez (10) años”.

Este panorama permitió y buscó intencionalmente la creación de un imaginario de la mujer de la etnia enemiga, para percibirla en una especie de posición de superioridad acompañada de un cargado matiz de odio. En este sentido, los hombres Hutu encontraban en la mujer Tutsi un objeto de deseo sexual, al cual difícilmente podían acceder de forma consentida, pues se pensaba que éstas no accederían; al mismo tiempo, las uniones libremente consentidas eran mal vistas dentro del contexto socio-político. Por ello, el Hutu que, más allá de toda violencia, tuviera relación con las mujeres Tutsi, era considerado como traidor, como enemigo: era una sentencia de muerte: prácticamente el único camino que existía para el contacto con la mujer de la etnia contraria, era mediante la violencia. En relación con lo expuesto, es bien dicente lo establecidos en los denominados “mandamientos a los Hutus”, que fueron dados a conocer en un número de la revista Kangura, publicado en diciembre de 1990.³⁶ Dentro de dichos mandamientos se hacía referencia a las mujeres Tutsi en cuatro de ellos, dentro de los cuales se destaca el siguiente:

“Cada Hutu debe saber que una mujer Tutsi, dondequiera que esté, trabaja por el interés de su grupo étnico Tutsi. Como resultado de ello, vamos a considerar un como traidor a cualquier Hutu que: se case con una mujer Tutsi, se haga amigo de una mujer Tutsi o emplee a una mujer tutsi como secretaria o concubina”³⁷.

Se trataba de un escenario de conflicto cruzado por toda suerte de elemento culturales complejos que propiciaban agresiones sexuales de todo tipo.

5.3. DIFICULTADES PROBATORIAS EN EL ELEMENTO SUBJETIVO

Sobre este punto, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda abordó la exigencia relacionada con la necesidad de probar la intención de destruir en todo o en parte a los Tutsi que, como ya se analizó,

³⁶ Kangura (“Despierta” en kinyarwanda), antecesora de la estación de radio ruandesa RTLM, fue la primera y más virulenta voz del odio en Ruanda. A pesar de que tenía una circulación relativamente pequeña, de alrededor de 10000 ejemplares, Kangura se distribuyó a los alcaldes locales con el apoyo activo de los gobiernos poderosos y los clientes militares. Binaifer Nowrojee, *Op. cit.*, p. 12.

³⁷ Llezlie L. GREEN, en: *Loc. cit.*, p. 748.

constituye el elemento subjetivo fundamental para poder imputar el genocidio. De ahí que el Tribunal hubiese tenido que acudir a ciertos razonamientos que permitieran deducir dicha intención en el actuar de los miembros de las milicias. En este sentido, el caso *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, al cual se hizo referencia con anterioridad, marca una pauta interpretativa del actuar de los perpetradores al afirmarse en él que:

“Al tratar de determinar la intención específica del autor, la Sala considera que la intención es un factor de orden psicológico que es difícil, sino imposible, de determinar. Por eso, a falta de confesión del acusado, su intención puede deducirse de una serie de presunciones de hecho. La Sala sostiene que es posible deducir la intención genocida inherente a un acto por el contexto de perpetración de otros actos reprobables sistemáticamente dirigidos contra el mismo grupo, si estos actos fueron perpetrados por los mismos autores o por otros. Otros factores, como la escala de las atrocidades cometidas, su carácter general, en una región o un país, o también el hecho deliberado de elegir sistemáticamente a las víctimas debido a su pertenencia a un grupo particular, excluyendo los miembros de otros grupos, permiten inferir a la Sala la intención del acto en particular”³⁸.

Según la argumentación seguida por el tribunal internacional, aún cuando no se cuente con los elementos probatorios necesarios para identificar el elemento subjetivo (*mens rea*) en un hecho delictivo en concreto, se podrá deducir dicho elemento acudiendo al contexto general en el cual tuvo lugar la comisión de los más diversos crímenes cometidos en desarrollo del conflicto armado, tomando como base los matices propios de la empresa criminal y su actuar concretos, como es por ejemplo la selectividad en el tipo de víctima y la sistematicidad con que se cometieron los delitos.

Bajo esta perspectiva, podría concluirse que los tribunales gozan de un amplio margen interpretativo de las conductas de los perpetradores, con el fin de cobijar a las víctimas de este tipo de

³⁸ Tribunal Penal Internacional para Ruanda, *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Sala de Primera Instancia, sentencia del 2 de septiembre de 1998, párr. 523. Siguiendo el esquema planteado en anteriores apartes, para efectos del presente estudio, se utilizará la traducción no formal de esta sentencia contenida en: Sandra P. Ávila GONZÁLEZ, *Op. cit.*, p. 256.

conductas, que en un número importante de casos son simplemente invisibles. Los contextos juegan sin duda un papel muy importante, no para deducir “hechos notorios”, tan peligrosos en piezas equívocas de jurisprudencia penal nacional, sino para demostrar, en escenarios de criminalidad masiva o macrocriminalidad, hechos más genéricos que acompañan a la actuación de meros actores individuales. Como se ha insistido en este trabajo, el sistema judicial siempre debe establecer, antes que todo, los contextos en los cuales se han cometido los crímenes.

6. VIOLENCIA SEXUAL COMO CRIMEN DE GUERRA

Antes de entrar a analizar los matices propios de las agresiones sexuales concebidas como crímenes de guerra, valga recordar brevemente tres circunstancias fundamentales que deben concurrir para que una determinada conducta pueda ser enmarcada dentro de las violaciones al DIH.

La primera de dichas consideraciones corresponde a la existencia de un conflicto armado, que sirve de contexto a la comisión de las conductas delictivas, tal como ha sido desarrollado ampliamente en este documento.

Un segundo elemento que se desprende de las consideraciones presentadas anteriormente, radica en la determinación del sujeto activo de los tipos penales, pues éste debe ser un combatiente que, además de detentar dicha calidad, ejecute la conducta en desarrollo del conflicto armado y no como un acto aislado, más situado en una especie de “fuero personal” del individuo.

El tercer elemento está definido por el sujeto pasivo de la conducta delictiva, que en este caso también es determinado, en la medida en que la acción se debe concretar sobre una persona que no participe directamente en las hostilidades, pues es este grupo quien detenta una especial protección en el ámbito del DIH, debido a las diferencias en las relaciones de poder que se traban alrededor de los escenarios de conflicto. Ello, desde luego, como sujeto más amplio de protección, ya que, como se ha dicho, combatientes rendidos, entre otros sujetos, son también personas protegidas.

6.1. CONSAGRACIÓN DE LAS CONDUCTAS EN INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Las agresiones sexuales se encuentran reguladas, inicialmente, dentro del conjunto de aquellas normas que consagran los crímenes de guerra; su regulación puede darse, incluso, de manera explícita, si se observa la evolución en la regulación. Así, el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra señala que las personas que no participen directamente en las hostilidades deberán ser tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable. A este respecto, prohíbe de manera expresa, en cualquier tiempo y lugar, y en lo que atañe a estas personas, entre otros: (i) “los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios”, y (ii) “los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes”.

Esta prohibición, si bien no incluye de manera expresa las agresiones sexuales, las cobija de manera implícita, pues tal y como se verá a continuación, las agresiones sexuales se constituyen también como una especie de violación fragante de la dignidad humana. Lo anterior, se advierte, sin que esto signifique vulnerar el principio de legalidad en el ámbito penal, para deducir por analogía delitos o para interpretar los existentes de manera que se amplíe su ámbito de aplicación. Pero, respecto del ámbito general de los derechos humanos y del derecho humanitario, el principio de dignidad es fundamental, justo como herramienta de interpretación de cuándo se está ante una posible violación de derechos humanos o del DIH. De todas maneras, como luego se verá, las fronteras entre las agresiones sexuales y la tortura, para citar un caso, se hacen algunas veces tenues y ello se explica o se entiende en virtud del principio de dignidad. (En cualquier caso, tratándose de la legislación penal colombiana, los operadores cuentan con suficientes tipos penales para aplicar, sin hacer deducciones erróneas de principios como el de la dignidad. Éste sirve, desde luego, como principio que refuerza la argumentación en función de los tipos penales escogidos).

De otra parte, respecto de este instrumento internacional, se debe destacar que él rescata el hecho de la mutilación que, como se expuso anteriormente, en casos como el de Ruanda, ha sido fuente de decisiones importantes.

Luego, y ya en virtud de los conflictos armados internos, el Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra, sí realiza una mención expresa a la violación en su artículo 4, al estipular que quedan prohibidos “e) los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor”. La inclusión expresa de la violación dentro de este enunciado normativo representa un gran avance en la protección de los derechos de las mujeres dentro de los escenarios de conflicto. Nótese, además, que el contexto general en el cual se mueve el enunciado normativo es el de la dignidad humana.

Ahora bien, y relacionado más expresamente con la situación de la mujer, se debe destacar la “Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer”. Esta declaración, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución 48/104 del 20 de diciembre de 1993, incorpora en su artículo segundo un listado de los hechos que se consideran violencia contra la mujer, a saber:

“Se entenderá que la violencia contra la mujer abarca los siguientes actos, aunque sin limitarse a ellos:

- a) La violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación;
- b) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada;
- c) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra”³⁹.

Por su parte, la “Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o conflicto armado”, proclamada por

³⁹ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*, Resolución 48/104 del 20 de diciembre de 1993.

la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 3318 (XXIX) de 14 de diciembre de 1974, hace referencia a las agresiones sexuales, si bien no de forma expresa dentro de su articulado, sí al proscribir la tortura y todo trato cruel y degradante contra la mujer, escenario que se estudiará más adelante⁴⁰.

Como corolario de lo anterior, se puede afirmar que, en contextos internacionales, hoy en día se reconoce y se otorga una especial protección a la mujer, que no sólo se hace patente en los instrumentos enunciados, sino en una serie de otros documentos, como lo son, por ejemplo, la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, y la “Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer”⁴¹. En el caso colombiano, tal como se ha establecido y en el marco general del denominado “enfoque diferencial”, la Corte Constitucional ha ampliado el marco de protección de la misma, en escenarios de conflicto degradados por prácticas, por ejemplo, ligadas al desplazamiento forzado.⁴²

Ello ha dado lugar, incluso, a reformas muy recientes introducidas a la legislación penal que, aunque un poco descontextualizadas debido

⁴⁰ El numeral quinto de dicha Declaración señala que “se considerarán actos criminales todas las formas de represión y los tratos crueles e inhumanos de las mujeres y los niños, incluidos la reclusión, la tortura, las ejecuciones, las detenciones en masa, los castigos colectivos, la destrucción de viviendas y el desalojo forzoso, que cometan los beligerantes en el curso de operaciones militares o en territorios ocupados”. Ver: Asamblea General de las Naciones Unidas, *Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o conflicto armado*, Resolución 3318 (XXIX) de 14 de diciembre de 1974.

⁴¹ La “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer” fue incorporada a la legislación colombiana a través de la Ley 51 de 1981, “por medio de la cual se aprueba la ‘Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer’, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 y firmada en Copenhague el 17 de julio de 1980”. De otro lado, la “Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer”, fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 7 de noviembre de 1967, mediante Resolución 2263 (XXII).

⁴² Ver, a manera de ejemplo, el auto 092 de 2008 de la Corte Constitucional, MP: Manuel José Cepeda, del cual se resalta el numeral III.4.6. que señala: “En cuanto al riesgo específico de violencia sexual, explotación sexual o abuso sexual en el marco del conflicto armado, es claro que éste entraña un desconocimiento grave de los derechos fundamentales protegidos por la Constitución, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario. Las autoridades están en el deber inaplazable de adoptar medidas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar estas formas de violencia, proveyendo la debida atención a sus víctimas”.

a que no se dio un amplio debate legislativo sobre el tema específico, buscan proteger a la mujer, de manera aún más específica, en contextos de violaciones de derechos humanos y derecho internacional humanitario. Así, por ejemplo, el artículo 27 de la Ley 1257 de 2008 establece, respecto del homicidio en persona protegida, que “la pena prevista en este artículo se aumentará de la tercera parte a la mitad cuando se cometiere contra una mujer por el hecho de ser mujer”⁴³.

Se trata de una norma que se agrega al parágrafo del artículo 135, que consagra los diferentes tipos de personas que son consideradas personas protegidas. Se refiere al homicidio, expresamente, pero se debe entender como una ampliación general del marco de protección jurídico y ético-político de la mujer como persona especialmente protegida en escenarios de conflicto armado interno. De igual forma, y en general, es importante aclarar que las agresiones sexuales no se restringen a las mujeres; ello se debe tener en cuenta siempre. Lo que sucede es que la mujer ha sido, como se ve en el caso de Ruanda, por ejemplo, un sujeto especialmente vulnerable.

6.2. AGRESIONES SEXUALES: ¿SUSCEPTIBLES DE SER IMPUTADAS EN EL MARCO DE LA TORTURA EN PERSONA PROTEGIDA?

Es interesante destacar, en el terreno concreto de la producción jurisprudencial y de los estatutos de los tribunales internacionales, que en función de ellos, por ejemplo, en el caso de los estatutos para el TPIY y el TPIR, Richard Goldstone, uno de los fiscales que trabajó en dichas instancias, llevó a cabo un estudio de importancia considerable al incluir, dentro de las imputaciones, las agresiones sexuales como una forma de trato inhumano susceptible de ser cometido contra la población civil en escenarios de conflicto armado⁴⁴. A continuación se transcriben algunas de las imputaciones realizadas por dicho fiscal:

⁴³ Artículo 27 de la Ley 1257 de 2008, “por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones”.

⁴⁴ Evidencia de lo anterior se encuentra en el escrito de acusación realizado por dicho fiscal ante el Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia respecto del caso *Prosecutor v. Simić et al.* Para mayor información ver: Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, *Prosecutor v. Simić et al.*, escrito de acusación inicial presentado por el fiscal el 21 de julio de 1995.

“Aproximadamente el 13 junio de 1992, en el vestíbulo del edificio de la Bosanski Samac SUP, Stevan TODOROVIC forzó a ‘Testigo A’ y a ‘Testigo B’ a realizar actos sexuales entre sí en el presencia de otros prisioneros y guardias. Mediante estas acciones, Stevan Todorović instigó, ordenó y cometió:

Cargo 36: un GRAVE INCUMPLIMIENTO reconocido por el artículo 2(b) (trato inhumano) del Estatuto del Tribunal;

Cargo 37: una VIOLACIÓN DE LAS LEYES DE LA GUERRA reconocida por el artículo 3 del Estatuto del Tribunal y el artículo 3 (1) (c) (tratos humillantes y degradantes) de los Convenios de Ginebra;

Cargo 38: un CRIMEN CONTRA LA HUMANIDAD reconocido por el artículo 5 (g) (violación, que incluye el de otras formas de asalto sexual) del Estatuto del Tribunal”.⁴⁵

Ahora bien, teniendo en cuenta la referencia que se hace al Estatuto del Tribunal en alusión, es menester reseñar aquellos artículos que hacen referencia a la tortura y a otros tratos degradantes. Así, en primer lugar, el artículo 2 de dicho Estatuto establece que:

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

(...)

b) La tortura o los tratamientos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos”⁴⁶.

Por su parte, el artículo 5 de dicho cuerpo normativo estipula que:

“El Tribunal Internacional tendrá competencia para enjuiciar a los responsables de los siguientes crímenes cuando se cometan

⁴⁵ *Ibidem*, párr. 31. Se optó por una traducción no formal del mencionado escrito de acusación.

⁴⁶ Artículo 2 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia.

en conflictos armados, tanto internacionales como internos, y sean dirigidos contra la población civil:

(...)

f) tortura;

g) violaciones;

(...)

i) Otros actos inhumanos⁴⁷.

El tema es ciertamente complejo e interesante puesto que, según se desprende del escrito de acusación del Fiscal Goldstone, en casos en los cuales no existiría el tipo penal específico de agresiones sexuales en persona protegida –lo cual sería desde luego muy inconsistente y no ocurre en este caso en específico–, se podría eventualmente aplicar el tipo penal de tortura en persona protegida y, en el caso más realista, aplicar el delito de tortura en su versión más general, partiendo de la base de que con la agresión sexual se está sometiendo a la víctima a un “sufrimiento psíquico”, atendiendo a un motivo discriminatorio. Así pues, si se toma como base el tipo penal colombiano, que hace referencia a los más diversos fines relacionados con el hecho de infringir dolores o sufrimientos, se podría adelantar dicha imputación con base en el artículo 178 del Código Penal.

No obstante y para preservar los principios del derecho penal, es dable adelantar la siguiente pregunta: ¿qué pasa en el caso en que sí exista la norma sobre agresiones sexuales en persona protegida? Incluso, ¿qué pasa si existen normas que regulan los actos sexuales violentos o la explotación sexual forzada? La solución correcta es, en principio, aplicar las normas específicas. En el caso colombiano, lo más apropiado es aplicar los tipos penales específicos, ello evita ahondar en grandes dificultades que de suyo existen, por ejemplo, al tratar de dilucidar las diferencias entre tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes, o entre tortura y lesiones personales. En función del principio de *non bis in idem*, se deben aplicar las normas específicas. Además, se debe evitar que, en función del principio de dignidad o

⁴⁷ Artículo 5 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia.

utilizando la noción de tortura como marco general, se adelanten procesos dobles de imputación de conductas. Pero, como se ha dicho, las fronteras entre agresiones sexuales y tortura, son en muchos casos tenues: ¿Qué pasa si justamente se utiliza la agresión sexual, de manera consistente y sistemática contra una persona, no sólo para degradarla, sino de hecho con el fin de producir sufrimientos físicos o psíquicos? En estos casos, se puede estar más cerca de un concurso ideal y los operadores tendrían que imputar las dos conductas.

6.3. PRONUNCIAMIENTOS DEL TPIY Y DEL TPIR

A continuación se adelantará un estudio sobre diversos pronunciamientos muy relevantes de tribunales internacionales, especialmente de los tribunales para la antigua Yugoslavia y Ruanda, con el fin de presentar, para los operadores jurídicos colombianos, pautas de sanción y de castigo a las agresiones sexuales cometidas en situaciones de violación masiva de derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

En el contexto del derecho internacional humanitario, es un hecho, como lo han entrevisto quienes desde diversas perspectivas se han acercado al tema y como se ha señalado aquí, que “desde tiempos inmemoriales, las violaciones han sido concebidas como parte de botines de guerra (...) ahora se consideran un crimen de guerra. Queremos enviar una señal fuerte, de que la violación ya no es un trofeo de guerra”⁴⁸.

Bajo este supuesto, el TPIY asumió el tema de las agresiones sexuales como crimen de guerra, tratándolas como “atentados contra la dignidad personal” que violan el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra.⁴⁹ Esta fórmula fue especialmente utilizada en el caso *Prosecutor v. Kunarac*, en el contexto del cual se encontró a uno de

⁴⁸ Bill BERKELEY, “Judgment Day”, en: *Revista Wash Post*, octubre 11 de 1998, p. 10.

⁴⁹ El artículo 2 del Estatuto del TPIY le da competencia al Tribunal para “perseguir a las personas que cometan o den la orden de cometer infracciones graves a la Convención de Ginebra del 12 de agosto de 1949...”. De otro lado, el artículo 3 del mismo Estatuto señala que: “El Tribunal Internacional tiene competencia para investigar a las personas que cometan violaciones de las leyes o prácticas de guerra”.

los acusados culpable de dicho delito por actos de *humillación sexual*. (Se recuerda que el artículo 3 del Estatuto se refiere a la violación a las normas o costumbres de la guerra, mientras que el artículo 2 hace referencia a “Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949”, dentro de las cuales, se subraya, “la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos”).

De otro lado, respecto de los atentados contra la dignidad personal, el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia estableció los siguientes requisitos:

- “(i) Que el acusado intencionalmente haya cometido o participado en un acto o una omisión que se considera en general causa grave humillación, degradación o de otra manera es un grave ataque a la dignidad humana, y
- (ii) que él sabía que el acto u omisión podía tener ese efecto”⁵⁰.

En cuanto al segundo requisito señalado, se presentó una discusión dentro del proceso, en la medida en que la defensa buscó que éste fuera aún más estricto, al exigir que el sindicado tuviera certeza de que su actuación generaría el efecto humillante o degradante; sin embargo, el tribunal afirmó de manera categórica que:

“En la medida en que el acto u omisión de un ultraje contra la dignidad personal, es un acto u omisión que se considera en general causa grave de humillación, degradación o como un grave ataque a la dignidad humana, un acusado debe saber que su acción u omisión es de ese tipo –es decir, que *podría* causar grave humillación, degradación o la afrenta a la dignidad humana. Esto no es lo mismo que exigir que el acusado supiera de las consecuencias reales del acto”⁵¹.

⁵⁰ Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, *Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vokovic*, Sala de Apelaciones, sentencia del 12 de junio de 2002, párr. 161. Traducción libre.

⁵¹ Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia, *Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vokovic*, Sala de Primera Instancia, sentencia del 22 de Febrero de 2001, párr. 512 (bastardilla fuera del original). La versión en inglés señala: *As the relevant act or omission for an outrage upon personal dignity is an act or omission which would be generally considered to cause serious humiliation, degradation or otherwise be a serious attack on human dignity, an accused must know that his act or omission is of that character – ie,*

Lo anterior se explica, por supuesto, desde una perspectiva probatoria, en la medida en que sería casi imposible probar la certeza de actos que, en la cosmovisión del individuo, causen humillación o degradación: el juicio quedaría en manos de una cosmovisión reforzada por odios, atavismos, degradación del estatuto humano de la mujer, etc. Sería amparar hechos, cubiertos por la mera subjetividad de un actor.

Por esa razón, adquiere relevancia el carácter pedagógico que en el contexto de la justicia transicional puede adelantar un sistema judicial. No se trata, desde luego, de defender la hipótesis errada de que el derecho penal tiene una función pedagógica en sí mismo. Se trata, en estos casos –donde los aspectos culturales, la visión machista y deleznable hacia la mujer son tan arraigados–, de que el sistema judicial, al mismo tiempo que dignifica la víctima, aproveche el escenario judicial para debatir y problematizar aspectos culturales propicios para la comisión de los crímenes. Ello abre las puertas, además, a políticas reales de no-repetición en función de las víctimas, políticas que no son precisamente penales y que exigen una adecuada labor interinstitucional. (Esta función pedagógica debe rescatarse, además, en el caso colombiano y de manera particular, en diversos fiscales de Justicia y Paz, quienes han increpado y confrontado a “versionados” a propósito de narraciones cargadas de elementos justificatorios, de “técnicas de neutralización”, como se diría en criminología, que sirven para legitimar toda suerte de acciones contra las mujeres concebidas como “enemigas” o “patrimonio” de supuestos enemigos)⁵².

En la providencia anteriormente citada, estos requisitos anotados abrieron un marco amplio e importante de imputación de diversas conductas que pueden ser concebidas como agresiones sexuales. Por tal razón, el Tribunal logró procesar a los sindicatos por una serie de actos realizados con el único fin de humillar a la víctima, atacando de forma directa el núcleo esencial de la dignidad humana. Es así como,

that it could cause serious humiliation, degradation or affront to human dignity. This is not the same as requiring that the accused knew of the actual consequences of the act.

⁵² Sobre el uso de “técnicas de neutralización” en el proceso de Justicia y Paz, véase, Alejandro Aponte, *Informe de primera fase*, Observatorio Internacional de DDR y Ley de Justicia y Paz, Centro Internacional de Toledo para la Paz, Madrid-Bogotá, diciembre de 2008, pp. 38-39.

en la sentencia del caso *Prosecutor v. Kunarac*, uno de los cargos se planteó de la siguiente manera:

“Cargos 22-25

La esclavitud y la Violación de FWS-75 y FWS-87 en el Apartamento Brena

(...)

11.5 En una fecha desconocida entre el 31 octubre de 1992 y el 7 de noviembre 1992, durante su detención en el lugar de habitación de RADOMIR KOVA, FWS-75, FWS-87, AS y A.B, (estas siglas es como se hace referencia a los testigos y victimas, con el fin de proteger sus identidades, A.A) se vieron obligadas a despojarse de todas sus prendas y bailar desnudas sobre una mesa, mientras que RADOMIR KOVA observaba”⁵³.

Éste es un hecho especialmente interesante en el caso colombiano, ya que como éste hay decenas de testimonios que demuestran que esta práctica se llevó a cabo: se desnudaban las mujeres y, sin agredirlas directamente o necesariamente, se les humillaba frente a las tropas o frente a sus propios vecinos. Recientemente, en el caso de la masacre del Salado, se ha documentado este hecho. Es posible afirmar que la norma, en el caso colombiano, sobre actos sexuales diversos al acceso carnal violento, puede servir como base para la imputación de estas conductas.

Debido a ese carácter tan amplio, la defensa de los procesados alegó que el Estatuto del Tribunal debía haber definido de forma explícita qué conductas se entendían incorporadas dentro de ese delito. Sin embargo, el Tribunal, en su Cámara de Apelación, defendió la posición de la cámara de juicio al afirmar que:

“No estaba obligada a definir los actos específicos que podían constituir atentados contra la dignidad personal, en cambio presentó de forma apropiada el criterio que se usa como base

⁵³ Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia, *Prosecutor v. Kunarac, Kovac*, tercera enmienda del escrito de acusación presentado el 8 de noviembre de 1999, párr. 11.5.

para medir el carácter humillante o degradante de la acción u omisión”⁵⁴.

Esta posición, aunque en un principio puede encontrarse en los límites con el principio de legalidad, se encuentra restringida por un criterio que busca incluso adentrarse aún más en el núcleo de los mínimos humanitarios: consiste en establecer que el atentado debe ser tal, no sólo para la víctima, sino para cualquier persona puesta en esa misma situación; así, más allá de la mera subjetividad del actor, el acto concreto y no en abstracto, se coloca en una perspectiva de humanidad. De esta forma, si bien se reconoce que en una situación de guerra, el derecho está negado de suyo, también –y en eso consiste la evolución jurídica y ético-política del DIH–, se reconoce que aún en situaciones de no-derecho, hay mínimos insalvables que van más allá de cualquier concepción que sobre la guerra y las víctimas tengan los actores de la guerra. Y en el caso de las humillaciones sexuales, de la degradación de seres indefensos, incluso si son combatientes rendidas o desarmadas, no son actos prohibidos por una especie de imperativo categórico kantiano, sino en razón a estos mínimos y a la mínima dignidad y caballerosidad de la guerra misma.

Se trata, además, de un ejercicio permanente, no exento desde luego de críticas, que hace la justicia penal internacional. Es un procedimiento muy interesante, ciertamente problemático, pero que busca sacar a la luz hechos que son violatorios de la dignidad de la mujer, y que podrían ser invisibilizados o justificados por razones culturales. Dicho requisito es puesto de presente de la siguiente forma:

“La Sala de Primera Instancia, refiriéndose a la Caso *Aleksovski*, declaró que la humillación de la víctima debe ser tan intensa que cualquier persona razonablemente se sentiría humillada. Al llegar a su conclusión, la Sala de Primera Instancia no se basó únicamente en la evaluación puramente subjetiva de la víctima

⁵⁴ Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia, *Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vokovic*, Sala de Apelaciones, sentencia del 12 de junio de 2002, párr. 162. Textualmente, el Tribunal señala: *Contrary to the claims of the Appellant, the Appeals Chamber considers that the Trial Chamber was not obliged to define the specific acts which may constitute outrages upon personal dignity. Instead it properly presented the criteria which it used as a basis for measuring the humiliating or degrading character of an act or omission.*

del acto para establecer si ha habido un atropello a la dignidad personal, sino utilizó criterios objetivos para determinar cuándo un acto constituye un delito de atentados contra la dignidad personal”⁵⁵.

Todo este panorama complejo, en el que se mezclan cuestiones culturales, sociológicas y políticas, ha llevado a que la doctrina, a nivel internacional, reconozca los avances de los tribunales internacionales en la medida en que:

“Aunque el acceso carnal violento no fue castigado como un atentado contra la dignidad personal (por haber sido castigado como un crimen separado dentro de los crímenes de guerra), el caso permanece importante en el desarrollo de la jurisprudencia de los crímenes contra la mujer. También es importante, debido a que él proveyó una nueva definición de los ‘atentados contra la dignidad personal’, definición que puede ser usada en futuros juicios”⁵⁶.

Finalmente, el TPIY aclaró el punto concerniente a la prolongación en el tiempo de los efectos de la humillación o los tratos degradantes, dejando en claro que dichos efectos no deben, para ser castigados, prolongarse a perpetuidad en el tiempo, pues el elemento esencial de los mismos no es su duración, sino el daño efectivo que se infringe contra el individuo y su dignidad en calidad de ser humano. Es así como, “no se coloca en discusión el hecho de que la víctima se haya o se esté recuperando de los efectos de la ofensa, como un indicativo por sí mismo de que el acto no constituyó un atentado contra la dignidad personal”⁵⁷. Para el Tribunal este es un hecho irrelevante frente a la atribución de responsabilidad penal.

7. VIOLENCIA SEXUAL COMO CRIMEN DE LESA HUMANIDAD

Al respecto, en primer lugar, es necesario comprender las implicaciones y requisitos para que un hecho sea considerado como

⁵⁵ *Ibidem*, párr. 162.

⁵⁶ Mark ELLIS, *Op. cit.*, p. 237.

⁵⁷ Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia, *Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vokovic*, Sala de Primera Instancia, sentencia del 22 de febrero de 2001, párr. 501.

crimen de lesa humanidad, tal como se precisó en anteriores apartes del presente escrito. Así pues, según lo reconoce el artículo 7 del Estatuto de Roma, el denominado “elemento contextual”, indica que se estará frente a un crimen de lesa humanidad, “cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”⁵⁸. Según lo establece ese mismo artículo, dicho ataque puede provenir de agentes estatales o de cualquier otro agente.

Ahora bien, en el caso del Estatuto para el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, éste consagra los crímenes de lesa humanidad de la siguiente manera (se repiten normas expuestas con anterioridad con el fin de lograr mayor claridad en el punto concreto que se estudia):

“El Tribunal Internacional para Ruanda tendrá competencia para enjuiciar a los presuntos responsables de los crímenes que se señalan a continuación, cuando hayan sido cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil por razones de nacionalidad o por razones políticas, étnicas, raciales o religiosas”⁵⁹.

Tal y como se observa, el Estatuto añadió un elemento adicional en la medida en que se requiere que dicho ataque tenga como base un factor político, racial, étnico o religioso. Esta peculiaridad explica el por qué del enjuiciamiento de ciertos crímenes, con base en la figura de los crímenes de lesa humanidad, cuando con base en el Estatuto de Roma, esas mismas conductas estarían mejor enmarcadas dentro de un genocidio.

De otro lado, partiendo del elemento de sistematicidad exigido en ambas normatividades, se puede afirmar que casos como el de Ruanda encuadran dentro de los crímenes de lesa humanidad, pues según se estudió anteriormente, las agresiones sexuales hicieron parte de un plan sistemático y generalizado por parte de los Hutus contra la etnia Tutsi. Es por esta razón, y en razón a la exigencia adicional de prever que dicho ataque tenga por base un motivo político, étnico o racial, que en un número importante de casos, el TPIR imputó estos crímenes

⁵⁸ Artículo 7, numeral 1, del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

⁵⁹ Artículo 3 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

sexuales, como crímenes de lesa humanidad y no como formas de genocidio. (El tema de la etnia se coloca aquí en las fronteras entre el crimen de lesa humanidad y el genocidio, que hoy se encuentran separados en el Estatuto de Roma).

En cuanto al tema concreto de las agresiones sexuales, el Estatuto de Roma establece, en su literal g, numeral 1, artículo 7, que se entiende como crimen de lesa humanidad, la “violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable”⁶⁰. De igual forma, y para ampliar el marco de protección de la norma, el literal k del mismo numeral, califica como crimen de lesa humanidad, “otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”.⁶¹ Así, dicho reconocimiento, cobija los resultados del trabajo del TPIY y del TPIR, en la medida en que ya no sólo abarca las violaciones (acceso carnal violento), sino otras manifestaciones de las agresiones sexuales como son los tratos humillantes y degradantes que impactan directamente la dignidad de las personas.

Por último, es importante recordar en este aparte el concepto de “ataque” y su diferencia con el de “conflicto armado” toda vez que, según se desprende de pronunciamientos de tribunales como el TPIY, el ataque puede estar subsumido dentro de un conflicto armado, en la medida en que se puede dar durante este último; sin embargo, para que exista el ataque no es necesario que se esté inmerso en un escenario de conflicto armado. En ese orden de ideas y para volver a lo expuesto en su momento, teniendo como base otra providencia, dicho tribunal afirma que:

“Los conceptos de ‘ataque’ y ‘conflicto armado’ no son idénticos. Como la Sala de Apelaciones ya ha señalado, al comparar el contenido del derecho internacional consuetudinario con del Estatuto del Tribunal, ‘los dos – el ‘ataque a la población civil’ y el ‘conflicto armado’ – deben ser nociones separadas, aunque por supuesto en virtud del artículo 5 del Estatuto el ataque a ‘cualquier población civil’ puede ser parte de un ‘conflicto

⁶⁰ Artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

⁶¹ Artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

armado'. En virtud del derecho internacional consuetudinario, el ataque podría preceder, sobrevenir, o continuar durante el conflicto armado, pero no es necesario que sea parte del mismo. Además, el ataque en el contexto de un crimen contra la humanidad no se limita a la utilización de la fuerza armada, sino que abarca todo maltrato de la población civil. Reconoce la Sala de Apelaciones, sin embargo, que el Tribunal sólo tendrá jurisdicción sobre los actos del acusado de conformidad con el artículo 5 del Estatuto cuando éstos sean cometidos 'en los conflictos armados'⁶².

Es por esta razón que los delitos de lesa humanidad gozan de un margen de aplicación más amplio que los crímenes de guerra, lo que a la vez permite una mayor protección para las víctimas. De igual forma, el TPIY reconoce que el ataque, en el contexto de la comisión de un crimen de lesa humanidad, no está limitado al uso de la fuerza armada, pues éste comprende cualquier maltrato de la población civil. De ahí que, al momento de enjuiciar un crimen de esta categoría, se pueda prescindir del uso de las armas como un elemento determinante del mismo y se cobijen situaciones como la intimidación.

II. UNA REFERENCIA A LA SITUACIÓN COLOMBIANA

A pesar de la invisibilidad del fenómeno de las agresiones sexuales y de la cultura machista y desfavorable frente a minorías, no sólo de mujeres, sino también de niños, niñas y hombres sujetos a explotación, que propicia toda clase de crímenes contra la integridad y la opción sexual, crímenes dentro de lógicas de "limpieza social" (por ejemplo, de homosexuales, de prostitutas) y acciones humillantes contra la dignidad sexual, cada vez se abre mayor paso a una conciencia de denuncia y de persecución penal efectiva de los innumerables crímenes que se comenten en este contexto⁶³.

⁶² Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia, *Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vokovic*, Sala de Apelaciones, sentencia del 12 de junio de 2002, párr. 86.

⁶³ Al respecto, valga señalar que en un caso trabajado en el taller de presentación del presente documento, cuyos hechos versaban sobre agresiones a trabajadoras sexuales en el marco del conflicto armado colombiano, el grupo de operadores encargado de trabajar dicha situación fáctica, indicó que algunas de las afectaciones causadas contra las mujeres del caso –v.g. cortes en los pechos y la vagina que causaron graves infecciones y en algunas infertilidad–, las imputarían

1. HACIA LA VISIBILIZACIÓN DE LOS CRÍMENES SEXUALES EN CONFLICTO ARMADO

Para tener una mínima conciencia de la magnitud que han alcanzado las agresiones sexuales en el contexto colombiano, se considera pertinente transcribir un testimonio muy dicente de la situación actual, que adicionalmente permite la realización de un proceso de concientización que evidencia lo tenebrosamente cerca que se puede estar del caso africano –aun cuando, desde luego, no se está ante un conflicto étnico–, a saber:

“En junio de 1997, paramilitares que llegaron a Santa Lucía (Turbo) dieron el alto a una mujer, que se encontraba con su hijo de tres meses en brazos, su madre y otros tres niños. Los paramilitares le preguntaron por su marido, a lo que respondió que había salido. ‘¿Por qué se fue?’, le preguntaron, ‘Seguro que su marido es un guerrillero’. Ella contestó que su marido tenía un trabajo, pero no estaba en ese momento. ‘Pero está usted, venga con nosotros’. A pesar de las súplicas de su madre, se la llevaron amarrada. El 23 de junio la madre fue a buscarla. La encontró muerta. Yacía desnuda, degollada y con los genitales cortados”⁶⁴.

Es de suma preocupación, el hecho de que las mujeres se hayan convertido en un objetivo militar dentro del conflicto armado, debido a factores como las relaciones de consanguinidad que las mismas tengan con miembros del bando contrario. Este escenario genera una perpetuación *ad infinitum* de los orígenes del conflicto, en la medida en que no permite un proceso efectivo de reconciliación de las partes;

como lesiones personales, pudiéndose hacer referencia a los agravantes propuestos en la ley 1257 de 2008. Sin embargo, respecto de esta última posibilidad, en el debate general se indicó que en el contexto de violaciones de derechos humanos y derecho internacional humanitario, justamente este contexto es muy importante, sosteniéndose entonces que si esta conducta se imputa tan sólo como lesiones personales, se diluye la posibilidad de imputación conforme al derecho internacional, en la medida en que el asunto “fuerte” en esta situación fáctica, es el de las agresiones sexuales ocurridas o adelantadas en escenarios de conflicto armado interno.

⁶⁴ Amnistía Internacional, Secretariado Internacional, *Colombia: cuerpos marcados, crímenes silenciados. Violencia sexual contra las mujeres en el marco del conflicto armado*, octubre de 2004, en: <http://www.amnesty.org/es/library/asset/AMR23/040/2004/es/f49b819e-d598-11dd-bb24-1fb85fe8fa05/amr230402004es.pdf>, p. 21.

la teatralidad del horror genera efectos simbólicos y perversos en la memoria de las víctimas⁶⁵.

Este tipo de identificación como objetivo militar, puede tener lugar mediante diversas formas que van desde advertencias verbales a la población, pasando por la distribución de panfletos, hasta la perpetuación de crímenes aislados con el fin de enviar un mensaje de terror a la población. Amnistía Internacional recogió el siguiente testimonio de una joven del municipio de Saravena, en Arauca:

“... cuando iba en la mitad del camino salieron cuatro muchachos. Tenían la cara cubierta y me preguntaron si quería ir a bailar. Me dio miedo. Dije que no. Entonces me preguntaron si en mi casa atendíamos al ejército que acampaba al lado y les dábamos agua. Yo respondí que no podíamos negarle el agua a nadie y que si ellos nos pedían también les dábamos. Preguntaron si tenía novio en el ejército. Les dije que no. De ellos el que más hablaba, me arrastró hasta una casa abandonada que quedaba más abajo y cuando me quise resistir me tapó la boca. Me dijo que si gritaba o si yo abría la boca, se desquitaban con mi familia o se llevaban a mis hermanitos. Ellos dicen que les falta gente. Cuando llegamos a la casa esa, me dijo que me iba a dejar un recuerdito... Yo llevaba un vestidito y él me bajó la cremallera y comenzó a manosearme. Yo estaba muy asustada y no sabía qué hacer. Si hubiera sido uno... pero eran cuatro y yo no me podía defender. Me quedé quieta, no hice fuerza por defenderme, ni les dije nada, ni grité nada porque tenía miedo. Lo único en que pensaba era en que no le hicieran nada a mi mamá y no se llevaran a mis hermanitos. Tres vigilaban, dos un poco arribita de la casa y uno más abajo. El otro entró conmigo a la casa. Él me violó y me dijo que eso era un recuerdito para que no olvidara que ellos no hablan en vano, que ellos cumplían su palabra. Que se habían cansado de que las muchachas del pueblo no hicieran caso de no meterse con los soldados. Dijo que les tocaba actuar para que escucharan. También me dijo

⁶⁵ Valga, en este sentido, recordar el excelente trabajo, ya clásico en nuestra historiografía de la violencia, de Gonzalo Sánchez, *Guerra y Política en la sociedad colombiana*, Áncora editores, Bogotá, 1991. También es muy ilustrativo el texto de María Victoria Uribe, *Antropología de la inhumanidad. Un ensayo interpretativo sobre el terror en Colombia*, Editorial Norma, Bogotá, 2004.

que me tenía que salir del pueblo, por el bien de mi familia. Ellos dijeron que eran de las FARC⁶⁶.

Es evidente que, como lo indica este aterrador testimonio, la población se hace víctima de agresiones de toda índole, incluyendo las sexuales, debido a aspectos tan banales como mantener una relación con miembros del Ejército. Se trata, además, de verdaderas políticas fascistas con componentes moralizantes, que expresan aspectos culturales arraigados profundamente en estructuras sociales esencialmente antidemocráticas y autoritarias que persisten en la sociedad colombiana.

2. EL MACHISMO COMO COMBUSTIBLE CULTURAL PARA LA COMISIÓN DE LOS CRÍMENES

También, como ejemplo, se debe destacar que en diversas zonas, no sólo rurales, porque ha sucedido también en comunas de Medellín, por ejemplo, se han impuesto códigos de vestimenta con el fin de controlar las posibles relaciones al interior de la comunidad, al pretender evitar cualquier tipo de insinuación o seducción de los miembros de la misma. Se trata, desde luego, de políticas de control de territorios, con base en elementos culturales:

“La imposición de normas a la población civil también supone dejar constancia del control de una zona por un grupo cuando no hay enfrentamiento militar con el adversario en dicha zona. Es una forma de garantizar que los civiles no emprenden proyectos sociopolíticos que no se ajustan a la ideología del grupo armado dominante⁶⁷.”

Este mismo afán por mantener una “moralidad”, ha llevado a un sinnúmero de agresiones contra grupos tradicionalmente considerados como vulnerables, como son los LGBT, las prostitutas y los mendigos, por ser frecuente objetivo de operativos de la denominada “limpieza social” a lo largo de todo el país. Es decir, el plexo relacionado con las agresiones sexuales, se abre de manera considerable y obra como contexto de un sin número de conductas que constituyen hoy crímenes

⁶⁶ Amnistía Internacional, *Op. cit.*, p. 25.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 26.

internacionales. Es un tema con profundo arraigo cultural, social y político, siendo menester avanzar en el esfuerzo, no sólo de criminalizar en general el acceso carnal violento o la violación, sino de desglosar las diversas formas en que se manifiestan las agresiones sexuales en conflicto armado y castigarlas severamente. Sólo así se dará visibilidad a un fenómeno tan grave, que destruye el tejido social y que imposibilita u obstaculiza en todo caso cualquier forma de reconciliación o de perdón posible de las víctimas, considerado desde luego en un sentido de ciudadanía: es decir, el perdón del que se habla, se concibe más en función de un gesto ciudadano como aporte a una paz posible, en ningún caso puede ser una exigencia moral o una exigencia desde el fuero interno de la persona: la víctima en su fuero interno, le asiste siempre el derecho de no perdonar; es una decisión íntima, inefable para el sistema judicial, político o social.

CAPÍTULO 4

RECLUTAMIENTO DE MENORES EN ESCENARIOS DE CONFLICTO ARMADO: EL NIÑO COMO INSTRUMENTO DE GUERRA

I. LOS MENORES RECLUTADOS: VÍCTIMAS Y VICTIMARIOS

INTRODUCCIÓN

En el panorama internacional, asediado en los últimos años por los más diversos conflictos armados, tanto de índole interna como internacional, el reclutamiento de niños menores ha sido un hecho especialmente dramático que, como el anteriormente descrito, deja huellas imborrables en la memoria individual y colectiva; agrede directamente el tejido social. El presente capítulo reseña aquellos avances significativos que ha experimentado la persecución de este delito a nivel internacional. Ello, conforme con el objetivo general del trabajo, con el propósito de aportar elementos a los operadores jurídicos colombianos, apropiados para investigar y sancionar este delito complejo y pluriofensivo. Al mismo tiempo, se hacen las referencias pertinentes al caso colombiano, en la perspectiva, objetivo del trabajo, de establecer puentes entre diversas tradiciones y diversos tribunales o jueces, enfrentados a problemas similares.

1. PANORAMA GENERAL DEL RECLUTAMIENTO ILEGAL COMO CRIMEN INTERNACIONAL

Respecto del tema, y tal como se hizo en el caso de las agresiones sexuales, se reseñarán las diversas formas de violencia a las que se ven expuestos los niños y niñas dentro de un escenario de conflicto, tanto de conflictos armados, como de situaciones más cercanas al genocidio generalizado, como es el caso de Ruanda.

Como se ha advertido desde la introducción general, no corresponde en este trabajo, por sus propios límites, adentrarse en la sociología o antropología de los conflictos respecto de los cuales han actuado los tribunales internacionales, especialmente los tribunales ad-hoc para la antigua Yugoslavia y para Ruanda. No obstante, se hará referencia a aspectos ya ampliamente debatidos e ilustrados, como son las desigualdades de toda índole, las disputas étnicas fruto de procesos de “colonización” violentos y sin respeto por especificidades culturales, las crisis económicas y los intereses imperialistas de las grandes potencias que explotaron a ultranza los recursos de los países pobres o en desarrollo. Los casos de Ruanda y Sierra Leona son casos que ilustran de manera dramática la confluencia de circunstancias de toda índole, tanto externas como internas, en la generación de los conflictos. Se ha dicho, por ejemplo, que,

“en los últimos decenios la proporción de víctimas de guerra entre los civiles ha aumentado notablemente, de un 5% a más del 90%. Los combates, que cobran más vidas civiles que soldados, han estado marcados por niveles horribles de violencia y brutalidad. Se emplean todas las tácticas posibles, desde la violación sistemática, las tácticas de tierra arrasada, que destruyen los cultivos y envenenan los pozos de agua, hasta la depuración étnica y el genocidio. Dejando de lado todas las normas, se producen violaciones de derechos humanos contra los niños y las mujeres en un número sin precedentes. En cada vez mayor medida los niños se han convertido en el blanco, y aun en los perpetradores, de violencias y atrocidades”¹.

No resulta difícil establecer que, dentro de ese crecimiento porcentual del 85% según esta estadística (que, en todo caso, cualquiera que ella sea es dramática), se encuentran involucrados centenares de niños y niñas, que sufren las consecuencias de la violencia, bien sea porque son atacados directamente o porque se ven afectados por los efectos colaterales del conflicto armado. Por este motivo, estudios revelan que el número de menores muertos por las disputas armadas en el último decenio, se eleva a 2 millones, mientras que el número

¹ Graça Machel, *Repercusiones de los conflictos armados sobre los niños*, Informe de la experta del Secretario General, presentado en virtud de la Resolución No. 48/157 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, agosto 26 de 1996, párr. 24.

de niños y niñas gravemente heridos en dicho periodo de tiempo, se eleva a 6 millones².

Las cifras resultan aún más preocupantes, teniendo en cuenta que éstas no incluyen la información de los menores que se han visto expuestos a los actos de violencia y que, en consecuencia, los han presenciado de forma sistemática y en ocasiones premeditada por los perpetradores de los ilícitos. Adicionalmente, se debe partir de la base de que en los conflictos armados se generan fenómenos de desplazamiento que buscan inducir la ruptura del núcleo familiar y exponen aún más a esta población, pues se calcula que un 80% de los desplazados se encuentra constituido por niños y mujeres, realidad que, además, se comprueba en el fenómeno de desplazamiento colombiano³.

Por otro lado, la sociedad moderna se enfrenta a un efecto colateral de las economías a escala, en la medida en que el costo y el acceso a las armas han disminuido de tal forma que, en lugares como Uganda, “puede comprarse una ametralladora automática AK-47 por el precio de una gallina, y en el norte de Kenya cuesta lo mismo que una cabra”.⁴ El tráfico de armas es ciertamente, con el tráfico de estupefacientes y el tráfico de personas, una de las actividades ilícitas que mayores recursos genera y ello produce un impacto en sociedades aquejadas por los conflictos. De esta forma:

“Se ha hecho más fácil reclutar a niños como soldados debido a la proliferación de armas ligeras de bajo costo. Anteriormente, las armas más peligrosas eran o bien pesadas o muy complejas, pero ahora algunos fusiles son tan livianos que hasta los párvulos pueden acarrearlos y, tan sencillos, que un niño de 10 años puede desarmarlos y volverlos a armar. El comercio internacional de armamentos ha creado fusiles de ataque baratos y de fácil adquisición, de modo que las comunidades más pobres tienen ahora acceso a ciertas armas mortíferas

² *Ibíd.*, párr. 2.

³ *Ibíd.*, párr. 26. Señala la autora citada que: “Los ataques desenfrenados contra los civiles y las comunidades rurales han provocado éxodos de masa y el desplazamiento de poblaciones enteras, que huyen del conflicto buscando salvarse en improbables santuarios dentro y fuera de sus fronteras nacionales. De estos millones de desarraigados se estima que un 80% sean niños y mujeres”.

⁴ *Ibíd.*, párr. 27.

capaces de transformar cualquier conflicto local en una masacre sangrienta”⁵.

2. EL RECLUTAMIENTO

Tal como se estableció respecto de las agresiones sexuales en escenarios de conflicto y de violación masiva de derechos humanos y derecho internacional humanitario, en el caso del reclutamiento, este fenómeno también se encuentra situado en los límites con el tráfico de personas y con las diversas formas de esclavitud que son hoy denunciadas. El reclutamiento se da con propósitos diversos, que van desde el trabajo en labores de cocina y de patrullaje, hasta la plantación de minas, la esclavitud sexual y, desde luego, hasta la participación directa en los combates y en acciones de guerra.

En este sentido, en primer lugar, se debe hacer referencia a aquello que hoy en día la comunidad internacional entiende por reclutamiento. Así, se entiende que el reclutamiento es un término general que cubre cualquier medio, ya sea obligatorio, forzado o voluntario, por el cual las personas se vuelven parte de fuerzas o grupos armados⁶.

En el caso de los menores —ya que no se debe olvidar que el reclutamiento también se da en los mayores, siendo esto lo que hace que las fronteras con la trata de personas o el tráfico de personas se torne más difuso y complejo—, es muy importante comprender desde cuándo se puede hablar de reclutamiento de menores, en la medida en que el fenómeno del reclutamiento es supremamente amplio (al tiempo que este capítulo sólo pretende abarcar el supuesto del reclutamiento de menores). Según se estableció en los denominados Principios de París, concebidos en el mes de febrero de 2007, se entiende por niño soldado:

“Cualquier persona menor de 18 años que esté o haya sido reclutada o utilizada por un grupo o fuerza armada en cualesquiera condición, incluyendo pero no limitándose a niños, niñas usadas como combatientes, cocineras, vigías, mensajeras, espías o para propósitos sexuales. No se refiere solamente a una

⁵ *Ibidem*, párr. 27.

⁶ Organización Internacional para las Migraciones, *Derechos de la niñez en situación de conflicto armado*, Bogotá, julio de 2004, p. 13.

niña o niño que esté haciendo parte o haya sido parte directa en hostilidades”⁷.

En este punto es menester adelantar una aclaración puesto que, según se desprende de la definición señalada, debe entenderse, desde luego, que aquel que es reclutado de manera individual, también hace parte del ámbito de protección. Es decir, no se puede restringir su comprensión a procesos de reclutamientos colectivos, toda vez que dicha excepción representaría un trato desigual contra aquellos niños que sean reclutados individualmente dentro de un conflicto armado⁸.

3. FORMAS DE RECLUTAMIENTO

A continuación se hará referencia a las distintas modalidades de reclutamiento que hoy en día son llevadas a cabo para vincular a los menores a los conflictos armados. En este orden de ideas, se comenzará por reconocer que el reclutamiento puede tener lugar por parte de grupos ilegales o por las fuerzas legales e institucionales del Estado. Así, la naturaleza del sujeto activo también incide en la naturaleza del reclutamiento. Por esa razón, es fundamental abrir el marco de interpretación, de tal forma que abarque la realidad de las formas en las que se presenta el reclutamiento.

Se debe iniciar por diferenciar el concepto de *reclutamiento ilegal* del *reclutamiento forzoso*. El primero de dichos conceptos se refiere a aquellas situaciones en las cuales el sujeto pasivo –en este caso el reclutado–, se encuentra por debajo de los 18 años al momento de ser reclutado por el grupo armado. El reclutamiento forzoso, como se explica en el siguiente aparte, es una especie del género del reclutamiento ilegal, que implica que la persona no prestó su consentimiento, que ha sido forzada; pero la ilegalidad va más allá de lo forzoso, lo abarca y lo desborda.

⁷ Principios de París, Principios y directrices sobre los niños asociados a fuerzas armadas o grupos armados, UNICEF, Conferencia de París, febrero de 2007.

⁸ *Ibidem*, numeral 3.1.

3.1. RECLUTAMIENTO FORZOSO

De acuerdo con lo dicho, el reclutamiento forzoso es aquel que se asocia más comúnmente con los escenarios de conflicto y consiste en la incorporación de los menores de edad al conflicto por la vía coercitiva, que se puede hacer efectiva mediante figuras como la amenaza, extorsión, secuestro o el sistema de cuotas que implica que cierta región debe aportar cierto número de soldados en un período de tiempo, sin importar si dichos reclutados son o no menores de edad⁹.

Debido a la naturaleza de este tipo de reclutamiento, éste suele ser perpetrado por grupos armados al margen de la ley, ellos de hecho carecen de un control efectivo por parte de las instancias internacionales encargadas de vigilar y evitar este tipo de situaciones. Es decir, existe menor vigilancia o control sobre actores que no constituyen fuerzas armadas institucionales. (Pero debe entenderse siempre que, en escenarios degradados, el funcionario judicial o, en nuestro caso, también el funcionario que adelanta procesos disciplinarios, debe estar atento a situaciones en las que algún miembro de la fuerza pública pueda haber incurrido como autor o participe en un proceso de reclutamiento forzoso).

3.2. RECLUTAMIENTO ESTATAL

El reclutamiento por parte de las fuerzas del Estado es, a pesar de lo que podría pensarse en primera instancia, muy común en países aquejados por una gran conflictividad social y política. Se debe tener en cuenta que las fuerzas armadas están obligadas a mantener un pie de fuerza numeroso. El reclutamiento de menores por parte del Estado se puede dar de dos formas: una, sabiendo que se están reclutando menores; la segunda, en razón a inconsistencias administrativas que dificultan o imposibilitan el reconocimiento de la edad de los reclutados. No debe pasarse por alto que en el caso colombiano, lastimosamente, tanto las fuerzas armadas como los grupos armados ilegales o irregulares, están constituidos por un número enorme de jóvenes. Ello no indica, desde luego, desde la perspectiva estatal, que

⁹ Para mayor información ver: Organización Internacional para las Migraciones, *Op. cit.*, p. 16.

se trate de menores ni mucho menos reclutados forzosamente; lo que se trata de enfatizar aquí es el hecho grave de la participación de jóvenes en todos los bandos. Baste ver, por ejemplo, los llamados “patrulleros” dentro de diversos grupos de autodefensas o, también, los denominados “guerreros” o “milicianos” en las denominadas FARC.

En un número significativo de casos, el Estado carece de los medios administrativos y técnicos para identificar de manera precisa la edad de las personas que se presentan al proceso de reclutamiento que puede tener dos naturalezas, el servicio militar obligatorio que aún hoy en día funciona en países como Colombia, y el servicio militar voluntario que tiene lugar en otros países. Se pueden encontrar referencias en la doctrina que indican que,

“en muchos países, los registros civiles son deficientes o simplemente no existen y los niños no saben la edad que tienen. Las personas encargadas del reclutamiento sólo pueden adivinar la edad de los niños sobre la base de su desarrollo físico y tal vez consignan en los registros que el niño tiene 18 años para dar la impresión de que están cumpliendo con las leyes nacionales”¹⁰.

Es evidente que una falencia en el sistema de identificación de la edad llevará a un sin fin de errores que dará como resultado que menores de edad sean reclutados en contravía de las disposiciones de los tratados y convenios internacionales, así como de la normatividad interna: métodos basados en el desarrollo físico o registros civiles poco fidedignos, no proporcionan ningún grado de certeza.

Debe anotarse, aunque ello desde luego se refiere a grupos irregulares, que un número enorme de sujetos vinculados a las autodefensas carecían, al inicio del proceso de Justicia y Paz por ejemplo, de toda identificación. Eran actores de la guerra que no existían para el Estado o que existían confusamente con nombres diferentes, apenas con “alias”, etc. El esfuerzo de la Fiscalía por adelantar procesos de identificación ha sido enorme. Son, en todo caso, problemas estructurales que tocan incluso y desde luego a las fuerzas armadas legales del país cuando se trata, en el caso colombiano, de un territorio aquejado tradicionalmente por las crisis de penetración

¹⁰ Graça MACHEL, *Op. cit.*, párr. 36.

y de integración. Es decir, se trata de un espacio territorial donde no existe una territorialización completa y acabada del derecho, ni una presencia institucional legal consolidada.

A lo expuesto anteriormente, se suma otro hecho estructural que tiene que ver con la desigualdad que genera la falta de penetración y de integración real:

“Los niños de familias más adineradas y más instruidas corren menos riesgo. A menudo no los molestan o los ponen en libertad si los padres pueden pagar su rescate. Los padres que tienen los medios necesarios a menudo mandan a sus hijos fuera del país para evitar la posibilidad de que los recluten por la fuerza”¹¹.

Este hecho aumenta, desde luego, la vulnerabilidad de aquellos sectores de la población que, desde un inicio, se encuentran en una posición de debilidad dentro del conglomerado social, pues resulta evidente que las personas de escasos recursos carecen en la inmensa mayoría del conocimiento legal y las herramientas necesarias para impedir un caso de reclutamiento irregular por parte de las fuerzas del Estado.¹²

3.3. RECLUTAMIENTO “VOLUNTARIO”

Finalmente, dentro de las categorías del reclutamiento, se encuentra la que se ha denominado como “voluntaria”. Ésta consiste en el alistamiento, “voluntario” por parte de los menores, en las filas de los grupos estatales –que tienen mayor control– guerrilleros o paramilitares. Aunque en principio ésta pareciese ser una categoría sin inconvenientes para abordarla, es necesario desde ya adelantar algunas precisiones con el fin de dilucidar lo que se oculta detrás de este tipo de reclutamiento.

El primer elemento que se encuentra detrás de los reclutamientos “voluntarios”, está marcado por aspectos económicos a los cuales se hará referencia posterior. Baste por ahora señalar que en países con

¹¹ *Ibíd.*, párr. 37.

¹² Así, como señala Graça Machel, “uno de los motivos más básicos por el que los niños se incorporan a los grupos armados es el económico. El hambre y la pobreza pueden impulsar a los padres a ofrecer a sus hijos para el servicio militar”. *Ibíd.*, párr. 39.

extrema conflictividad, existe una tendencia o propensión a ingresar a las filas de grupos regulares e irregulares. Es una manera de vivir, de ganarse la vida. Así, por ejemplo, el informe de la Organización Internacional para Migraciones reconoce que:

“... un grupo creciente de niños y niñas tiene, por las condiciones especiales del contexto en el que vive, de la situación de su familia y de su historia personal, un mayor riesgo dado por la fortaleza o debilidad de factores personales, familiares o del contexto que lo hacen en mayor o menor medida vulnerable al reclutamiento. Es decir, está en mayor peligro de no desarrollarse adecuadamente en el ámbito de su familia, sino en el ámbito del conflicto armado debido a las condiciones de violencia presentes en Colombia y a los factores que llevan a niños y a niñas a vincularse a los grupos en confrontación”¹³.

De otro lado, existe también el fenómeno del alistamiento familiar. Esta forma de alistamiento tiene lugar en aquellos casos en que los menores se incorporan al conflicto armado, debido a que su núcleo familiar se une al mismo de forma “voluntaria”. Así, los menores deben escoger entre unirse al conflicto o separarse indefinidamente de sus familias, decisión que como puede comprenderse, suele terminar en el primer supuesto¹⁴.

Parte de la doctrina internacional discute hasta qué punto la voluntad de un menor de edad es suficiente para prestar el consentimiento en esta materia tan sensible, de ahí que se afirme que:

¹³ Organización Internacional para las Migraciones, *Op. cit.*, p. 17.

¹⁴ En el caso colombiano, ello ha sido claro, tal como lo ilustra una diligencia de un jefe paramilitar extraditado a los Estados Unidos, Alias “Cuco Vanoy”, del mes de enero de 2009, en la cual el postulado manifestó que al momento de la desmovilización, entregó al I.C.B.F., 36 menores de edad que se encontraban reclutados por el bloque que él comandaba; no obstante, indicó que los niños llegaban a donde sus combatientes a solicitar el ingreso a las autodefensas, la mayoría de veces por venganza contra la guerrilla. Es el típico caso de alistamiento voluntario. Igualmente, el postulado aclaró que la orden que dio a sus hombres era que se debían reclutar niños mayores de 16 años y aclaró que los menores eran entrenados militarmente durante 6 meses y después los trabajos que realizaban eran de hacer guardia, operar la radio, atención a enfermos; se trataba, según dijo, “cosas suavecitas”.

“Es cierto que muchos menores entran contentos en el ejército, de forma deseada... Pero ¿se puede hablar de voluntariedad cuando los y las que se alistan (y sus familias) viven en la pobreza más absoluta? ¿Cuándo han sido adoctrinados desde su nacimiento para inmolarse por cualquier causa? ¿Cuándo sobre su decisión pesa de forma determinante el que viven solos o que sufren malos tratos continuos? ¿Cuándo viven sumergidos en un clima de violencia social o sienten en su interior deseos de vengarse de otras personas o grupos? ¿Cuándo ha habido una fuerte presión hacia esta salida ‘laboral’ por parte de los que les rodean, que los han educado para ello por el alto valor social dado al servicio militar, por ser un servicio a la patria o de defensa de una creencia religiosa o política, o por el prestigio de la familia?”¹⁵.

Estas preguntas se tornan más complejas cuando se trata de actores irregulares a los cuales se unen muchachos sin destino y sin oportunidades. Así, como en el tema de la trata de personas o del tráfico de las mismas, la expresión del consentimiento, por ejemplo, cuando es una mujer, de prostituirse, nunca se tiene como consentimiento para ser esclavizada y no excluye la comisión de la conducta, en el caso de los menores, el consentimiento de ellos o de sus padres, no excluye el delito ni los limita en su calidad de víctimas. Incluso, en el tema de la trata, el mismo consentimiento eventual para la esclavitud no se tiene como válido para ser alegado como causal de ausencia de responsabilidad. Se trata, desde luego, de un tema de carácter social y político, no sólo jurídico y que se adentra en el tema central y crítico de las políticas públicas.

Además, si se hace relación, por ejemplo, al Código Penal colombiano, respecto del tema del consentimiento como causal de ausencia de responsabilidad penal, éste sólo se refiere a aquellos bienes que pueden ser objeto del mismo, como por ejemplo, la propiedad. Es derecho constitucional aplicado: no habría posibilidad de consentir sobre la libertad, en el caso de la esclavitud o, sobre la misma autonomía, o sobre la dignidad. No habría posibilidad de consentir sobre el destino probable de la muerte en el caso de la guerra o de las innumerables guerras que aquejan a Colombia. Surge entonces con esto el tema central, muy importante y discutido a nivel internacional

¹⁵ Alfonso LÓPEZ BORGÑOZ y Patricia MASIP GARCÍA, *Los niños y las niñas en los conflictos armados*, Amnistía Internacional, marzo 2007, p. 15.

y nacional, sobre la manifestación del *consentimiento* por parte de los menores para ser reclutados. De entrada hay que aclarar que dicho consentimiento no excluye el delito que cometen quienes reclutan¹⁶.

4. EL MENOR RECLUTADO COMO VÍCTIMA: UNA EXIGENCIA DE TRABAJO INTERINSTITUCIONAL

Uno de los temas más interesantes relacionados con este tipo de delitos, es el hecho de que los menores reclutados son, ante todo, víctimas. En el caso colombiano, ésta es una realidad incuestionable y debe ser abordada de manera interinstitucional, incluso y tanto más, si ellos han cometido delitos y, además, de hecho han cometido muchos de ellos delitos atroces. Esta idea es recogida en la Ley 782 de 2002 de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 60. El artículo 15 de la Ley 418 de 1997, prorrogada por la Ley 548 de 1999, quedara así:

‘Artículo 15. Para los efectos de esta ley, se entiende por víctimas de la violencia política, aquellas personas de la población civil que sufran perjuicios en su vida, o grave deterioro en su integridad personal o en sus bienes, por razón de atentados terroristas, combates, secuestros, ataques y masacres en el marco del conflicto armado interno. Son víctimas los desplazados en los términos del artículo 1o. de la Ley 387 de 1997.

Así mismo, se entiende por víctima de la violencia política toda persona menor de edad que tome parte en las hostilidades. (El artículo 1 de la Ley 1106 de 2006, publicada en el Diario Oficial No. 46.490 de 22 de diciembre de 2006, prorroga la vigencia de este artículo por un término de cuatro (4) años”).

Un sistema judicial debe tener salidas para abordar este tema en su justa dimensión, desde luego, ponderando los derechos de las

¹⁶ Valga reseñar en este punto que, en el taller realizado en desarrollo de la presente investigación, respecto de un caso en el que un menor se enlistó “voluntariamente” a las filas de las Farc, se concluyó que la manifestación de la voluntad del menor se encontraba viciada. De manera general, se puede afirmar que los operadores judiciales colombianos son plenamente conscientes de este hecho y así lo están concibiendo en los estrados judiciales.

víctimas de los delitos que en cada caso concreto han cometido los menores. Pero el punto de partida es irreductible: *el menor es víctima* y debe ser tratado como tal. Otros delitos complejos exigen la misma postura y demandan las mismas exigencias. Por ejemplo, en el caso de la trata de personas, la mujer que además de ser tratada, comete delitos, como la falsificación de documentos o el narcotráfico, debe ser ante todo considerada por el sistema judicial como víctima, atendiendo al hecho de que ella es una persona esclavizada, tratada.

Surge una labor pedagógica que en estas circunstancias debe adelantar el sistema penal, evitando la revictimización de las personas, pero también, en el caso de los menores reclutados, desde el sistema judicial deben nacer las exigencias para todas las instituciones, en el sentido de demandar de ellas auténticos procesos de reintegración social de los menores y de impulsar, en general, aquellos procesos concebidos como de Desarme, Desmovilización y Reintegración. De lo contrario, se perderá el esfuerzo hecho por el sistema judicial.

Se debe agregar que en diversas discusiones que ha tenido el autor de este trabajo con numerosos fiscales y jueces que a diario enfrentan estos delitos, se ha podido observar la consolidación de la conciencia en los funcionarios de que los menores reclutados son, ante todo, víctimas¹⁷. No obstante, como se ha dicho, hay que reconstruir los hechos, hay que reparar a las víctimas, hay que llegar a la verdad de lo que cometieron los menores. No se trata de ocultar los hechos. Por eso, en lógica transicional, los límites insalvables del derecho penal son superados por mecanismos de reparación y restitución moral de las víctimas de los menores reclutados, mientras que éstos deben ser recuperados como auténticos sujetos de derecho, en lógicas ampliadas de actuación interinstitucional, acorde con la dimensión real del tema que nos ocupa. Así, incluso, se puede evitar la oposición irreductible entre *víctima* y *victimario*, y buscar procesos de armonización a partir de los cuales, por ejemplo, madres y antiguos menores victimarios –aún

¹⁷ Esta cuestión se evidencia, a modo de ejemplo, en una discusión suscitada en el marco de presentación de los casos trabajados en el taller ya reseñado, donde, respecto al carácter de víctima de los menores, se señaló que ello se debe aceptar, siempre y cuando no se desdibuje el hecho central de su participación en la comisión de delitos. También se hizo referencia a la necesidad, en todo caso, de dar cuenta de los hechos al sistema de responsabilidad penal juvenil. Se insiste, eso sí, en el punto de partida, según el cual es menor reclutado es, ante todo, víctima.

si aquellos han producido dolor directamente—, pueden reconocerse en espacios compartidos. Al fin y al cabo, en una gran mayoría de casos, todos provienen de contextos sociales y de comunidades iguales o similares.

Se trata de sujetos de derechos que, no obstante, no han sido asumidos como tales por un Estado ausente, lejano y aquejado por un proceso casi estructural de corrupción que privatiza lo público y saquea los recursos que se requieren para satisfacer demandas mínimas de sujetos de derecho. Por eso, además, uno de los temas hoy en días más complejos, es el de los límites entre sujetos de derechos, que nunca han sido tematizados como tales y víctimas de crímenes internacionales: ¿hasta dónde van las fronteras entre unos y otros, cuando, además, en un porcentaje casi absoluto, las víctimas son justo estos sujetos de derechos desconocidos? ¿Cuáles son las fronteras, cuando, además, víctimas y victimarios comparten también las mismas carencias de un Estado ausente?

¿Dónde están, por ejemplo, los centenares de niños reclutados por alias “El Alemán”, para citar un caso concreto que ha sido ventilado con suficiencia en el proceso de Justicia y Paz y cuyo número es mayor a 400? Están, muy seguramente, en aquellos mismos territorios de los cuales fueron arrancados y a los cuales pertenecen muchas de sus víctimas. Es un tema dramático que toca directamente el tejido social mismo que debe ser reconstruido y que es tarea de todos.

Es, además, un hecho que se relaciona también con víctimas de abusos sexuales. Así, por ejemplo, en el taller adelantado con diversos funcionarios en el cual se discutió la versión preliminar del presente trabajo, una fiscal de la ciudad de Barranquilla, especialmente activa y comprometida con la búsqueda de la verdad en procesos judiciales, hizo recuento de cómo en una zona de la Costa Norte del país, un jefe paramilitar, el más antiguo jefe de hecho, reclutaba mujeres muy jóvenes, pagaba por ellas incluso en ocasiones a sus familias, las convertía en sus mujeres, pero, en casos narrados concretos, algunas de ellas alegaban buenos tratos; tenían, incluso, hijos con él y, en todo caso, ya estaban viviendo de nuevo, a la sombra de su pasado, en sus regiones. ¿Qué se debe hacer en estos casos? Es una pregunta que asalta a todos. ¿Se debe ventilar cada caso, incluso a riesgo de revictimizar a las mujeres, ya por fin, habiendo hallando ellas algo de paz en una especie singular de nueva vida?

No hay respuestas únicas, son aporías casi insalvables. Pero, quizá a riesgo de ser meramente pragmáticos, podría pensarse que una salida es ventilar aquellos casos más visibles, denunciar patrones de conducta, paradigmas culturales que propician este tipo de crímenes, visibilizar los fenómenos, pero proteger aquellas personas que, en casos concretos, pueden además apoyar procesos de reconstrucción social verdaderos y no simplemente cruzados por venganzas sin fin.

5. ÁMBITO DE PROTECCIÓN RESPECTO DE LA EDAD

Parte de la doctrina internacional ha cuestionado la definición de niño soldado contenida en los Principios ya mencionados, pues considera que ella se basa, sobre todo, en el criterio objetivo de la edad, dejando de lado una serie de aspectos de otra índole que en determinadas sociedades definen el paso a la adultez. En ese sentido, se ha afirmado que:

“Hay otras culturas donde la transformación de un niño a un adulto se logrará mediante un acto específico, independientemente de la edad de la persona. De particular relevancia frente a la cuestión de los niños soldados, hay que anotar que la participación en la guerra constituye un rito de iniciación en algunas sociedades, de ahí que sean posibles situaciones en que el acto mismo de tomar parte en la guerra o en conflictos armados, es lo que hace que persona deje de ser un niño a los ojos de su comunidad”¹⁸.

Si bien es cierto que para diferenciar quién es o no un niño soldado, imponer un límite objetivo, como es el de la edad, puede dejar por fuera aspectos propios de cada una de las culturas, la medida parece razonable. Debe recordarse que el escenario internacional no es precisamente el más indicado para basarse en análisis casuísticos de cada una de las cientos de culturas existentes hoy en día. De ahí que resulte razonable, de acuerdo con la lógica jurídica y el sentido práctico, establecer parámetros objetivos en pro de la defensa de los niños. Ahora bien, al respecto se recuerda que en el caso colombiano

¹⁸ Steven Freeland, “Mere children or weapons of war - child soldiers and international law”, en: *University of La Verne Law Review*, No. 29, noviembre de 2008, p. 29.

el ámbito de protección es de 18 años y es una medida correcta que amplía el ámbito de protección del menor.

6. CUERPOS NORMATIVOS

A continuación se hará referencia a diversos estatutos normativos internacionales que se refieren al fenómeno del reclutamiento, aclarando primero que existe hoy en día una multiplicidad de instrumentos y tratados que regulan el tema, por lo que en este momento sólo se hará referencia a tres estatutos muy relevantes.

6.1. ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Partiendo de la definición genérica de niño soldado que se reseñó anteriormente, se analizará la forma en que se ha canalizado la prohibición y consecuente penalización del fenómeno de reclutamiento de menores de edad en el Estatuto de Roma. En ese sentido, los artículos 8(2) (b)(xxvi) y 8(2)(e) (vii) del instrumento normativo citado, prohíben el reclutamiento en los siguientes términos:

“1. La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes.

2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por ‘crímenes de guerra’:

(...)

b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes:

(...)

xxvi) Reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades;

c) En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber,

cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa:

(...)

vii) Reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o grupos o utilizarlos para participar activamente en hostilidades”.

Una primera lectura de estas normas podría indicar que sólo está prohibida la utilización de los menores en las actividades directamente relacionadas con las hostilidades. Sin embargo, existen pronunciamientos a nivel internacional que difieren de esa concepción. La misma Corte Penal Internacional (CPI) sostiene que:

“La participación activa en las hostilidades no sólo implica la participación directa en las mismas, es decir, en los combates, sino que también abarca la participación activa en actividades conexas, tales como la exploración del terreno, el espionaje, el sabotaje y la utilización de niños como señuelos, mensajeros o en puntos de control militar”¹⁹.

Se trata, además, del reconocimiento explícito de que el conflicto armado no se restringe a la situación fáctica del combate y que comprende, dentro de un grupo organizado, una multiplicidad de acciones. No obstante, también aquí hay límites: la Corte continúa reconociendo en su pronunciamiento que no serán consideradas como participación directa en las hostilidades aquellas actividades relacionadas con “la entrega de alimentos a una base aérea o el uso de personal doméstico en los cuarteles de los oficiales casados”²⁰.

¹⁹ Corte Penal Internacional, *Prosecutor v. Lubanga*, Sala de Primera Instancia I, sentencia del 29 de enero de 2007, párr. 261. En la versión original en inglés, la CPI señala: *Active participation’ in hostilities means not only direct participation in hostilities, combat in other words, but also covers active participation in combat related activities such as scouting, spying, sabotage and the use of children as decoys, couriers or at military check-points.*

²⁰ *Ibidem*, párr. 262. Así, la CPI señala: *In this respect, the Chamber considers that this article does not apply if the activity in question is clearly unrelated to hostilities. Accordingly, this article does not apply to food deliveries to an airbase or the use of domestic staff in married officers’ quarters.*

Respecto del concepto señalado, es importante hacer referencia a la diferencia de edad que se establece entre estas disposiciones del Estatuto de Roma y los Principios de París, pues estos últimos establecen un rango de edad más amplio que cobija a los menores hasta los 18 años, mientras que el Estatuto de Roma limita su aplicación hasta los 15. Para comprender esta diferencia, se debe tener en cuenta la evolución histórica, en la medida en que, en un primer momento, se consideró que los menores entre 15 y 18 años no necesitaban una protección especial. Sin embargo, con el transcurso del tiempo y debido a las legislaciones de países como Colombia en que la mayoría de edad se entiende cumplida a los 18 años, algunos de los nuevos cuerpos normativos y tratados, amplían el margen de protección para ese grupo de menores que en nuestro entender merece las mismas garantías que los más jóvenes. En todo caso, no se debe olvidar, como se ha dicho, que en el caso colombiano se abre el ámbito de protección para los menores hasta 18 años²¹.

6.2. CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y PROTOCOLO ADICIONAL I

La Convención sobre los Derechos de los Niños, aborda la problemática desde otra perspectiva, en la medida en que impone una obligación para los Estados respecto de las medidas que los mismos deberán tomar para evitar el fenómeno del reclutamiento.²² En este sentido, el artículo 38, numeral 2, establece que el Estado deberá adoptar “todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aún no hayan cumplido los 15 años de edad no participen directamente en las hostilidades”.

²¹ Para mayor información sobre las fuentes legales más relevantes a nivel internacional respecto de la protección de los niños en conflicto armado, así como una información detallada sobre el reclutamiento de menores como crimen de guerra bajo el Estatuto de Roma, ver: Michael E. Kurth, “The recruitment and use of child soldiers: some reflections on the prosecution of a new war crime”, en: Carsten Stahn & Larissa van den Herik (editores), *Future perspectives on international criminal justice*, T.M.C. Asser Press, La Haya, 2009, pp. 475-497.

²² Es de resaltar que dicha Convención es parte de la legislación interna colombiana, en virtud de la Ley 12 de 1991, “por medio de la cual se aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989”.

De forma similar, el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra, en su artículo 77 numeral 2, establece que las, “partes en conflicto tomarán todas las medidas posibles para que los niños que no han alcanzado la edad de quince años no participen directamente en las hostilidades y, en particular, se abstendrán de reclutar en sus fuerzas armadas”²³.

7. SITUACIÓN PARTICULAR DE LOS NIÑOS Y NIÑAS DENTRO DEL CONFLICTO

Los menores pueden ser involucrados en el conflicto armado de diferentes maneras o formas. De un lado, se pueden identificar los supuestos en los que los niños y niñas hacen parte activa de los grupos armados al ser reclutados por éstos, para cumplir el rol de soldados de primera línea. Los niños pueden ser, en esa situación, objeto de violencia directa de todo tipo; así lo ha reconocido, por ejemplo, la Organización de Naciones Unidas, en su informe “Children: The Invisible Soldiers”, presentado en noviembre de 1996 con ocasión de la sesión 51 de la Asamblea General, al afirmar que muchos niños soldados han sido física o sexualmente abusados por los mismos grupos para los que han estado peleando y han visto a sus padres ser asesinados, en algunos casos de la forma más brutal.²⁴ (No se debe olvidar, al respecto, que la sola pertenencia a una máquina de guerra es proclive a la afectación de diversos derechos, así como a la descomposición del entorno familiar y social del menor reclutado).

²³ Artículo 77 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), integrado a nuestra normatividad a través de la Ley 11 de 1992. Respecto de estas dos disposiciones normativas, es importante adelantar las mismas aclaraciones que ya se hicieron al estudiar el Estatuto de Roma en aquello que se relaciona con la noción de “participación directa” y el límite de los 15 años. En este sentido, se entiende que la participación directa no se limita a aquellos escenarios en los cuales los menores hacen parte inmediata de los combates, sino que también comprende las actividades que tengan relación con el conflicto, interpretado éste de una manera más comprensiva. De igual forma, se entiende que hoy en día la comunidad internacional, en general, ha ampliado el margen de protección de los menores hasta los 18 años.

²⁴ Para mayor información ver: Rachel Brett, Margaret MacCallin y Rhonda O’Shea, *Children: the invisible soldiers*, Oficina ante las Naciones Unidas y Oficina Internacional Católica de la Infancia, Ginebra, abril de 1996.

En este punto es pertinente adelantar una aclaración respecto de las “tareas” que llevan a cabo los niños y niñas en los escenarios de conflicto. Así, si bien se ha enfatizado hasta este punto que los menores suelen llevar a cabo tareas de alto riesgo como aquellas relacionadas con las minas antipersonales, también son utilizados para tareas de otra índole que pueden, en principio, parecer más benignas. De esta forma, muchos de los niños son utilizados al interior del campamento en tareas de “logística”, como son la cocina, mensajería y carga.

Este escenario, tal y como se ha dicho, es en sí mismo un escenario que propicia la violación simultánea de innumerables derechos. Lo anterior resulta más preocupante cuando se trata de conflictos que perduran en el tiempo, tanto más si son conflictos armados degradados como el caso colombiano. Ésta es una pregunta fundamental que atañe de manera genérica a todas las instituciones que hacen política social y políticas públicas: se trata de cómo recuperar a los niños de la guerra, de cómo lograr su inserción social real, de cómo recuperar su sentido y pertenencia social, y su vida en el derecho.

8. FACTORES QUE HACEN DEL MENOR UN OBJETIVO ATRACTIVO PARA LOS GRUPOS ARMADOS

Hay una pregunta que surge y es obligatorio hacer referencia a ella: ¿por qué son tan codiciados los niños como herramientas e instrumentos de guerra? Se trata de un fenómeno que compromete aspectos de todo tipo y muy complejos, que exigen un estudio detallado. Para los fines limitados del presente trabajo, se puede establecer lo siguiente:

8.1. FACILIDADES TECNOLÓGICAS

Los avances tecnológicos han permitido que las armas utilizadas en los conflictos bélicos sean de naturaleza ligera y compacta, y ello amplía el número de sujetos que se encuentran en capacidad de manipularlas y alcanzar los objetivos perseguidos. Dentro de ese nuevo grupo, se encuentran los niños y niñas. De ahí que se afirme que “anteriormente, las armas más peligrosas eran o bien pesadas o muy complejas, pero ahora algunos fusiles son tan livianos que hasta

los párvulos pueden acarrearlos y tan sencillos que un niño de 10 años puede desarmarlos y volverlos a armar”²⁵. Así,

“el comercio internacional de armamentos ha creado fusiles de ataque baratos y de fácil adquisición, de modo que las comunidades más pobres tienen ahora acceso a ciertas armas mortíferas capaces de transformar cualquier conflicto local en una masacre sangrienta”²⁶.

8.2. ORFANDAD Y FALTA DE OPORTUNIDADES

Un segundo aspecto que facilita la participación de los menores en los conflictos armados, está referido al hecho de que un buen número de ellos y en conflictos degradados como el nuestro tanto más, queda en situación de orfandad, como resultado de una guerra o confrontación prolongada. No son pocos los casos en los que miembros del bando agresor terminan su incursión en un territorio y se encuentran con un gran número de menores que han visto a sus padres asesinados y, que, debido a sus circunstancias socio-económicas, no tienen una opción distinta a enlistarse en el bando de sus agresores. Es un hecho que propician, además, las circunstancias sociales y económicas que rodean dinámicas de violencia: el fenómeno de reclutamiento suele darse en poblaciones con un alto índice de pobreza, en las que los niños no pueden acceder al sistema educativo ni de salud. Adicionalmente, la situación se hace tanto más crítica, teniéndose en cuenta la existencia de aquello que Almond y Pye concibieron con lucidez como *crisis de integración* y *crisis de penetración estatal*, fenómeno que aún se vive en nuestro país: la para-estatalidad de países fragmentados como Colombia azota siempre a los más débiles²⁷.

²⁵ Graça MACHEL, *Op. cit.*, párr. 27.

²⁶ *Ibidem*, párr. 27. Hay que tener en cuenta, además, que dichas armas suelen ser aún más asequibles dentro del mercado negro que hoy en día inunda una gran cantidad de países.

²⁷ Estas debilidades han sido entendidas, por estos autores clásicos sobre el tema, como “crisis de penetración” y “crisis de integración”. Son crisis que se originan en la incapacidad estatal para promover una burocracia con un nivel nacional, para garantizar las fuentes de los impuestos, para estabilizar y regir un orden político y para agenciar proyectos políticos comunes. En el contexto jurídico, esta crisis entraña la inexistencia de una territorialización efectiva del derecho. Gabriel Almond y Bingham Powell, *Comparative Politics. A development approach*, Boston, 1966; Lucian, Pye, *Aspects of political Development. An analytic Study*, Boston-Toronto, 1966.

8.3. OBJETIVOS GENOCIDAS

Desde una perspectiva comparada, hay que tener en cuenta que el reclutamiento es mucho más frecuente en escenarios en los que tienen lugar políticas o acciones genocidas. Lo anterior se explica cuando se entiende que una de las formas más eficientes de atentar contra la existencia en sí de un grupo étnico, para citar este caso, es mediante el reclutamiento de sus jóvenes y niños por parte de los enemigos. De ahí que el Estatuto de Roma establezca en su artículo 6, literal e, que es constitutivo de genocidio el “traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo”. De igual forma, así está consagrado también en nuestro Código Penal, artículo 101, numeral 5, que establece lo siguiente:

“Artículo 101. Genocidio. El que con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o político que actúe dentro del marco de la ley, por razón de su pertenencia al mismo, ocasionare la muerte de sus miembros, incurrirá en prisión de treinta (30) a cuarenta (40) años; en multa de dos mil (2.000) a diez mil (10.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de quince (15) a veinte (20) años.

La pena será de prisión de diez (10) a veinticinco (25) años, la multa de mil (1.000) a diez mil (10.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes y la interdicción de derechos y funciones públicas de cinco (5) a quince (15) años cuando con el mismo propósito se cometiere cualquiera de los siguientes actos:

(...)

5. Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo”.

Si bien esta disposición no hace referencia directa o expresa al reclutamiento, sí le es aplicable a dicho fenómeno, siempre y cuando se conecte con el propósito genocida, pues no es difícil imaginar como el fenómeno del reclutamiento sirve al propósito genocida y ello de diversas maneras. Por ejemplo, cuando los menores son reclutados

También se cita un texto clásico sobre este tema en la tradición sociológica alemana: Stein Rokkan, “Die vergleichende Analyse der Staaten- und Nationenbildung: Modelle und Methoden”, en: Wolfgang Zapf, *Theorien des sozialen Wandels*, Königssstein, 1979, pp. 228-251.

y expuestos al campo de batalla, un porcentaje importante de los mismos fallece como resultado directo de las hostilidades, mientras otro tanto muere a lo largo del proceso de entrenamiento debido a las condiciones precarias en que el mismo es llevado a cabo. Este índice de mortalidad aumenta aún más, teniendo en cuenta que muchas veces los niños y jóvenes son usados como “soldados de primera línea”, que se encuentran aún más expuestos al fuego del enemigo. Así lo reconoció en 2008, a manera de ejemplo, la “Coalition to stop the use of child soldiers” al afirmar:

“Hubo informes de que los niños palestinos se han utilizado en varias ocasiones por las Fuerzas de Defensa de Israel como escudos humanos (...) Hay informes no confirmados de que los niños no entrenados como jóvenes como de 15 se les dio armas y enviado al frente en contra de un grupo armado a principios de 2007”²⁸.

Una segunda forma de genocidio implícita en el reclutamiento, se hace patente en el daño psicológico que se genera sobre los menores que sobreviven al conflicto; en escenarios de guerras étnicas, se incide directamente en la capacidad de los menores de reconstruir su vida en torno a su propia familia y con ellos se corre el riesgo de mermar o eliminar la capacidad de un grupo étnico de prolongar efectivamente en el tiempo sus creencias y cultura, aspecto que atenta contra el grupo en sí. (En nuestro país, se debe estar siempre atento a la protección de grupos étnicos, que sufren y se menguan con el desplazamiento, con el reclutamiento, con la trata de personas..., con la guerra en todas sus manifestaciones. No se trata, necesariamente, de casos de genocidio. Por eso hay diferencia con el caso Ruandés por ejemplo, pero los grupos étnicos nuestros son por tradición víctimas de estas conductas que los diezman. Éstas son más posibles de ser imputadas como infracciones al derecho internacional humanitario).

Finalmente, existe un tercer escenario claro en el que los menores pierden su identidad con el grupo primigenio debido a su temprana edad al momento del reclutamiento, lo que genera que al terminar el conflicto hayan cortado todo vínculo con el grupo, imposibilitando en términos prácticos la perpetuación de su grupo original en el

²⁸ Coalition to stop the use of child soldiers, *Child soldiers: global report 2008*, Coalition to Stop the Use of Child Soldiers, Londres, 2008, p. 15.

tiempo. Este proceso de pérdida de identidad se da como resultado de una serie de factores a los que se ven expuestas las víctimas del reclutamiento. Por ejemplo, las campañas de desvinculación que realizan los reclutadores, con el fin de inculcar sus propias ideas y cultura en los menores.

También se debe reseñar el hecho de ser entrenados los menores para matar y destruir la etnia a la cual pertenecieron en un primer lugar. Ello genera una desvinculación de dicho grupo al convertirlo en “el enemigo”, lo cual implícitamente lo convierte en “el otro”. Se trata, en estos casos, de escenarios diversos al colombiano, más cercanos a países africanos. No obstante, el tema del desarraigo y la pérdida de referentes culturales de un territorio, como ocurre en general con el desplazamiento, produce también efectos devastadores.

Lo importante, bien sea en el caso narrado de formas de genocidio o, más cercano al caso colombiano, tratándose el reclutamiento ilícito más como infracción al derecho internacional humanitario, es que los operadores reconstruyan bien los contextos en los cuales han tenido lugar los crímenes. Como se ha insistido aquí, establecer el contexto general, que sirve de marco para la imputación de las conductas, es el primero de los requisitos y la mayor exigencia para los procesos de imputación. Para ello, la sociología que subyace a los actos cometidos, le da sentido a las figuras dogmáticas. Como lo hemos visto, por ejemplo, desde una perspectiva comparada, en el caso de las agresiones sexuales en conflictos armados, éstas se han imputado de las más variadas formas: como modalidades del genocidio hasta crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad.

En nuestro caso, existen las normas que sirven de referencia, pero los contextos fácticos son los que ofrecen las pautas de imputación: la consistencia en una fórmula de imputación que se adopte no obedece, necesaria e irreductiblemente, a consideraciones intrasistémicas en el sistema penal, sino que se relacionan y se ajustan a los contextos sociológicos e históricos en los que tuvieron y tienen lugar los crímenes que se cometen.

8.4. IDEOLOGÍA ATRACTIVA

Existe otra especie de reclutamiento bastante frecuente, que tiene lugar en el contexto de aquello que podría constituir una subcategoría

dentro del grupo de los menores de edad; que hace referencia los adolescentes que se encuentran ubicados en las edades límites con los 18 años y están sometidos a una serie de presiones e incertidumbres que los llevan a explorar opciones de vida, como la militancia armada. Desde el punto de vista comparado, se afirma:

“La atracción de la ideología es particularmente peligrosa en los jóvenes adolescentes, que están desarrollando su identidad personal y tratan de encontrar un significado social a la vida (...). Los niños son muy impresionables y hasta se pueden sentir atraídos por cultos de inmolación. En el Líbano y Sri Lanka, por ejemplo, algunos adultos han aprovechado la inmadurez de los jóvenes para su propio beneficio reclutando y entrenando adolescentes para los ataques con bombas suicidas”.²⁹

En el caso de los niños más jóvenes, el proceso de adiestramiento que busca insensibilizar a los reclutados de tal forma que desaparezca de ellos todo sentimiento de piedad respecto del enemigo, surte tal efecto, que los menores tienden a ver nublada su capacidad de juicio para identificar la atrocidad de sus acciones. Son hechos propios de la formación y desarrollo de la conciencia moral, que son aprovechados por los dueños de la guerra y por quienes de ella se benefician.

8.5. FUNGIBILIDAD

Finalmente, es importante hacer referencia a la *fungibilidad* de los niños y niñas usados como instrumentos de guerra. Es decir, su intercambiabilidad a menor precio o, con menores costos en la guerra. Un aspecto fundamental para comprender la naturaleza reemplazable de los niños en el contexto de un conflicto bélico, radica en la facilidad que rodea el entrenamiento de los niños, debido a la habilidad natural que el ser humano tiene en la primera etapa de su vida, respecto del aprendizaje de todo tipo de conocimiento, incluido el militar. Así, los recursos económicos, representados en comida, municiones, etc., que se invierten en el adiestramiento militar de un menor, no son tan cuantiosos como los que se requieren para un adulto, lo que permite que se les utilice en tareas de más alto riesgo. Así, se dice, que “tras

²⁹ Graça Machel, *Op. cit.*, párr. 43.

varias semanas de entrenamiento, generalmente no muchas, pueden ser utilizados para funciones logísticas, de mantenimiento o, directamente, en primera línea de fuego, como carne de cañón³⁰.

Es un hecho que, además, puede reforzarse con la incapacidad natural de un menor para identificar las actividades que los exponen de forma más directa a los peligros de la guerra. De ahí que, en gran número de escenarios de conflicto, los menores sean usados para actividades como desactivar minas antipersonales, la exploración del territorio enemigo e infiltración en las filas del bando contrario, actividades todas que llevan el riesgo implícito de la muerte. Ella, la muerte de los menores, su sorpresa aterradora como se ha visto en escenas nuestras, de verse capturados; el despertar súbito a una realidad terrible y la pérdida de esperanza y referentes, son resultados que pagará en el tiempo una sociedad que soporta un conflicto tan degradado.

Respecto del tema de la fungibilidad, tal como se verá al final del texto, se destaca aquí el hecho de que por fin parecen abrirse paso en la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, fórmulas más razonables y acordes con la realidad, de imputación de responsabilidad al superior jerárquico, siendo una de ellas, fundamental a nuestro juicio, la tesis de autoría mediata en estructuras o aparatos organizados de poder. Uno de los requisitos fundamentales, como se sabe, para imputar esta teoría, es la fungibilidad de los autores materiales. Es un requisito que, desde el punto de vista sociológico, coincide precisamente con la misma fungibilidad de los menores reclutados. Se trata, justo por ello, de la intercambiabilidad del “hombre de adelante” o del autor material, de tal manera que quien controla el aparato u ocupa cargos de dominio sobre el mismo, es decir, el “hombre de atrás”, puede de manera mediata organizar verdaderas empresas criminales; los menores son instrumentos de guerra, contingentes, fungibles, invisibles. . . , “ideales” para el funcionamiento aceitado del aparato.

³⁰ Alfonso LÓPEZ BORGNOZ y Patricia MASIP GARCÍA, *Op. cit.*, p. 16.

9. ADIESTRAMIENTO

Hay un proceso posterior al del reclutamiento, denominado adiestramiento, el cual puede ser de diversa índole, a saber: de carácter militar o logístico, teniendo en cuenta las actividades que desarrolla un grupo armado. Sin embargo, estos son procesos que van acompañados de otras acciones con impacto en los menores; por ejemplo, es generalizado el hecho de que los grupos que llevan a cabo los reclutamientos, buscan ocasionar una ruptura radical del menor con su estructura familiar³¹.

Dicha ruptura, en diversas ocasiones, tiene lugar en el mismo momento en que se produce el reclutamiento, pues, tal como se ha dicho, existen casos en los que los padres de los niños y niñas han sido asesinados precisamente por los grupos armados involucrados en el conflicto. A su vez, este proceso de ruptura busca fortalecer la estructura militar, “ya que en sí el cortar los lazos de parentesco y, especialmente, con los de autoridad fuera del grupo militar es una de las bases del sometimiento del menor al régimen militar”³². Así, los menores pueden tender a remplazar toda figura de autoridad relacionada con su vida anterior, con aquella que la organización militar les impone para su propia conveniencia.

Ahora bien, desde el punto de vista dogmático-penal, esta noción de tiempo, de adiestramiento, de uso de menores hasta determinada edad, puede sugerir que se podría tratar de un delito de ejecución permanente. Es un tema que no ha sido tratado aún con detenimiento, pero puede pensarse en él para impulsar fórmulas de imputación del delito.

Por otra parte, un hecho que ya ha sido anotado y que es especialmente crítico en nuestro caso y se relaciona también, como se ha visto, con las agresiones sexuales en conflicto armado, es el tema del desplazamiento: en este caso, un delito esencialmente pluriofensivo,

³¹ Para el caso colombiano, son ilustrativos los diversos reportajes que, por ejemplo, la prensa colombiana ha adelantado sobre el reclutamiento forzoso de jóvenes y su “adiestramiento” en grupos paramilitares. Para tal efecto ver, entre otros: Verdad Abierta, *Las escuelas para matar de los ‘paras’*, Justicia y Paz, Paramilitares y conflicto armado en Colombia, octubre de 2009, en: <http://www.verdadabierta.com/justicia-y-paz/1909-las-escuelas-para-matar-de-los-paras>.

³² Alfonso LÓPEZ BORGÑOZ y Patricia MASIP GARCÍA, *Op. cit.*, p. 16.

como el desplazamiento, sirve de base y facilita el reclutamiento ilícito o forzado. Con el desplazamiento forzado se refuerza o propicia el proceso de desvinculación de los menores respecto de su entorno y origen familiar. Así, se debe trabajar en políticas públicas, reforzar en este caso el supuesto del denominado “enfoque diferencial”, desarrollado por la jurisprudencia constitucional, actuar en función del retorno del menor que ha sido captado por grupos ilegales, fruto de escenarios de violencia como los que origina el desplazamiento.

Por esta razón, es elemental que se tomen “medidas específicas para asegurar su retorno a sus comunidades de origen. Junto a esto, resulta a menudo difícil llevar a estos niños de vuelta a sus comunidades debido al fuerte rechazo que éstas muestran por los niños que han formado parte del ejército o del grupo armado”³³. Dicho rechazo, muchas veces predecible por parte de los menores, genera el hecho de que en algunos casos éstos prefieran aislarse de su comunidad, lo que dificulta su proceso de reinserción y rehabilitación, al cual se hará referencia en su momento.

Adicionalmente al proceso de ruptura familiar, los menores son sometidos a los mismos procedimientos a los que se someten los reclutados adultos y, dentro de éstos, se encuentran jornadas de trabajo físico extenuantes, actos de iniciación y regímenes alimenticios que superan por mucho las capacidades físicas y psicológicas de los niños. De ahí que, durante el proceso de adiestramiento, muchos de los menores sufran de graves lesiones, enfermen o incluso mueran. Este escenario fue suficientemente reconocido por la CPI en el caso Lubanga, donde la Corte afirmó que:

“Los niños comenzaban el entrenamiento militar el día siguiente al de su llegada al campamento; el entrenamiento militar podía durar hasta dos meses, mucha de la evidencia muestra que los nuevos reclutados eran entrenados de una forma sistemática y organizada, en la que eran sujetos a una rigurosa y estricta disciplina, incluyendo largos y exhaustivos ejercicios físicos durante todo el día, tales como saludar, marchar, tomar posiciones, así como a cantar canciones militares agresivas;

³³ Joshua Barenbaum, Vladislav Ruchkin y Mary Schwab-Stone, *Los aspectos psicosociales de los niños expuestos a la guerra: iniciativas de política y práctica*, Centro de Estudio Infantil de la Universidad de Yale, 2004, p. 15.

también fueron entrenados en el uso de armas de fuego y, al final de su formación, a menudo reciben un uniforme militar, un arma de fuego y municiones”³⁴.

De igual forma el adiestramiento implica lo que se ha denominado un proceso de “lavado cerebral”, que buscaba eliminar de los reclutados todo sentimiento de piedad y pertenencia hacia el bando contrario; de esta forma:

“La participación cada vez mayor de los jóvenes en actos de extrema violencia les quita sensibilidad ante el sufrimiento. En varios casos, los jóvenes han sido expuestos deliberadamente a escenas de horror. Esa experiencia hace que les resulte más fácil cometer actos violentos y pueda contribuir a su aislamiento de la sociedad. En muchos países, incluidos el Afganistán, Mozambique, Colombia y Nicaragua, se ha obligado a los niños a cometer atrocidades contra sus propias familias o comunidades”³⁵.

10. RECLUTAMIENTO DE NIÑAS

Se hace referencia ahora a un hecho particularmente grave, que se sitúa en los límites con los delitos de agresiones sexuales (en todo caso, se trata de los efectos múltiples que causan delitos eminentemente pluriofensivos como los que se estudian aquí). Se trata de las peculiaridades que se presentan en el fenómeno del reclutamiento cuando el sujeto pasivo está constituido por niñas y adolescentes jóvenes. A propósito de la noción de sujeto pasivo, debe decirse que en estos delitos, como el reclutamiento, el tráfico de personas y el desplazamiento forzado, la noción de sujeto pasivo no consulta la realidad o complejidad del delito. Por eso, se debe hablar, mejor, de víctima en un sentido amplio, como lo enuncia hoy el Código de Procedimiento Penal, en su artículo 132. Se conserva

³⁴ Corte Penal Internacional, *Prosecutor v. Lubanga*, Sala de Primera Instancia I, sentencia de 29 de enero de 2007, párr. 265.

³⁵ Graça MACHEL, *Op. cit.*, párr. 48.

aquí esta denominación técnica, pero con la advertencia que se acaba de hacer.³⁶

Se debe comenzar por establecer o aclarar el hecho de la cada vez mayor cantidad de niñas que son involucradas en escenarios de conflicto. Así, según algunos informes internacionales, se constata que:

“La existencia de las niñas soldados se hizo evidente en las secuelas de los conflictos armados en Angola y Mozambique en la década de 1990, y las niñas soldados han estado presentes en casi todos los conflictos no internacionales desde entonces. Sin embargo, las cifras de los programas de DDR nacionales reflejan cifras extraordinariamente bajas de participación de las niñas, con niveles promedio de entre 8 y 15 por ciento de las niñas. En Liberia, unas 3.000 niñas soldados fueron desmovilizadas oficialmente a través del proceso de DDR formal que terminó en noviembre de 2004. Sin embargo, unas 8.000 fueron excluidas o no fueron registradas privándolas de ayudas posteriores”³⁷.

El agravante que encuentra esta situación, es que las niñas son sometidas a una serie de tratos y humillaciones que en la mayoría de los casos no afectan a los barones; es decir, se trata de la producción sistemática de agresiones sexuales y de actos de esclavitud en las más diversas tareas. Estudios realizados en diferentes escenarios de conflicto, han evidenciado el hecho de que las niñas suelen ser utilizadas al interior de la estructura militar en funciones de índole más logística, como el aseo y enfermería. Sin embargo, esos “beneficios”, en cuanto a los riesgos que deben asumir, se desvanecen en el momento en que las menores son sometidas a abusos sexuales de toda índole, que van desde la esclavitud sexual hasta los matrimonios forzados con los líderes del grupo. (En estos casos y desde el punto de vista penal, los operadores deben imputar los diversos delitos cometidos, en concurso material heterogéneo sucesivo).

³⁶ Para el análisis del tránsito que ha tenido lugar en la ley y la jurisprudencia, de la noción clásica de sujeto pasivo, al cual se antepone un sujeto activo, al más comprensivo de perjudicado y, luego, más actualmente, al de víctima, permítase la remisión al texto de Alejandro Aponte, *Desplazamiento forzado...*, 2009.

³⁷ Coalition to stop the use of child soldiers, *Op. cit.*, p. 28.

A continuación se transcribe un testimonio de una niña holandesa, ligada a conflictos bélicos fuera de su país, muy diciente de la situación que las menores tienen que afrontar:

“Cuando yo tenía 13 años, me incorporé al movimiento estudiantil. Yo soñaba con contribuir al cambio para que los niños no sufrieran hambre... más tarde me incorporé a la lucha armada. Tenía toda la inexperiencia y los temores de una niña pequeña. Descubrí que se obligaba a las niñas a tener relaciones sexuales 'para aliviar la tristeza de los combatientes'. ¿Y quién aliviaba nuestra tristeza después de estar con alguien que apenas conocíamos? A esa edad, tan joven, tuve un aborto. No fue decisión mía. Me resulta muy doloroso recordar todas estas cosas... A pesar de mi adhesión, me sometieron a abusos y pisotearon mi dignidad. Y sobre todo no entendieron que yo era una niña y que tenía derechos”³⁸.

Debido a la especificidad que tiene el fenómeno de reclutamiento de las niñas, resulta razonable que la problemática se aborde desde una perspectiva muy específica, aportando una rehabilitación integral que logre reincorporar efectivamente a las niñas a su grupo social, pues éste es un aspecto fundamental cuando se parte de la base de que, en la mayoría de los casos, ellas son rechazadas y revictimizadas por los actos sexuales a los que han sido sometidas.

Finalmente, contra su voluntad, las menores son sometidas a procedimientos anticonceptivos y abortivos que, debido a las condiciones de salubridad en la que son practicados, no pocas veces terminan generando infecciones e incluso la muerte. En todo caso, cuando les es permitido tener hijos, éstos nacen en un ambiente hostil que los incorporara al rigor de la guerra. Ésta es una práctica denunciada en el caso colombiano, especialmente en relación con las guerrillas de las FARC.

³⁸ Testimonio tomado del texto de Graça MACHEL, *Op. cit.*, párr. 46.

II. PROCESOS DE DESARME, DESMOVILIZACIÓN Y REINTEGRACIÓN (DDR)

Hasta este momento se ha analizado la problemática de los niños soldados desde el momento en que éstos han sido reclutados, hasta que se unen efectivamente a las hostilidades o funciones logísticas al interior del grupo armado. Sin embargo, el tema es, como ya se dijo y como lo es el desplazamiento y en general estos crímenes que constituyen tipos penales pluriofensivos, en extremo complejo. Por esa misma razón, compromete a todas las instituciones. En este caso, tratándose de niños o jóvenes reclutados, la actuación interinstitucional parte del hecho de que se trata, ante todo y tal como se ha dicho, de víctimas. Ello genera, desde luego y como se ha subrayado, problemas frente a las víctimas que los menores han producido con la comisión de delitos —en caso desde luego y sobre todo, de los niños militares. Por ello, se extreman las tensiones propias de la triada verdad, justicia y reparación y corresponde a las instituciones, en pura lógica transicional, buscar los equilibrios necesarios entre estos grandes propósitos que configuran la triada enunciada: la reparación, en este caso y la construcción de tejido social, tendrían mayor prelación, desde luego, que la actuación del mismo derecho penal.

1. PROCESOS DE DDR: UN COMPROMISO INTERINSTITUCIONAL

En este punto, concretamente, se trata del compromiso interinstitucional en torno a aquello que, en lógica transicional, se denominada DDR, es decir, procesos de “Desarme, Desmovilización y Reintegración”.

Lo primero que se debe advertir en torno de estos procesos, es que éstos carecerán de toda efectividad en lo que respecta a los niños, hasta tanto los países involucrados no reconozcan, oficialmente, no sólo la existencia del fenómeno de reclutamiento de menores, sino su misma gravedad. En esta perspectiva y en el caso colombiano, el proceso de Justicia y Paz es especialmente significativo, al enfatizar hoy este tema. También y desde luego, la propia Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Fiscalía, ha venido trabajando este tema complejo. Una vez se reconozca el problema, se visibilice, se puede proceder a diseñar programas efectivos que se ajusten a las necesidades de los niños o jóvenes reclutados, en tanto víctimas. El

tema del reconocimiento del conflicto armado interno, por parte del ejecutivo, en función de las políticas públicas, se torna especialmente sensible y central.

En los Principios de París se estableció, por ejemplo, que “cuando existan procesos formales de desarme, desmovilización y reinserción (DDR), se deberá establecer disposiciones especiales para la infancia”.³⁹ Nótese, y esto tiene que ver con la fecha de la Convención de París, que se ha introducido el lenguaje, en lógica transicional, de DDR. Es importante entonces recalcar, con base en este lenguaje y a nivel de políticas públicas, que se puede incidir mejor y más coordinadamente, sobre el carácter específico que tienen los niños y niñas reclutados. Aquí se deben recuperar los avances, en lo pertinente y acotado, que ha hecho la Corte Constitucional, en desarrollo de la noción de “enfoque diferencial”, tal como se ha dicho, para dar tratamiento a personas especialmente vulnerables en situaciones de riesgo.

Partiendo de esta base, en ámbitos de la comunidad internacional, se han consagrado lineamientos generales de un proceso de DDR, que responda a las necesidades de los niños en los siguientes términos:

“**Reinserción Infantil**”, es el proceso mediante el cual se da la transición de niños y niñas a la vida civil y éstos adquieren roles e identidades de importancia como civiles que son aceptados por sus familias y comunidades en un contexto de reconciliación local y nacional. La reinserción sostenible se alcanza cuando se han asegurado las condiciones políticas, legales, económicas y sociales requeridas para que estos niños y niñas mantengan sus vidas, su sostenimiento y dignidad. Este proceso apunta a asegurar que la infancia pueda tener acceso a sus derechos, incluyendo la educación formal y no formal, la unificación familiar, una vida con dignidad y seguridad frente al peligro”⁴⁰.

³⁹ Principios de París, *Op. cit.*, numeral 3,12.

⁴⁰ *Ibíd.*, numeral 2.8.

2. DESARME⁴¹

De acuerdo con dichos lineamientos y con los límites propios de este trabajo, que no se especializa en procesos de DDR, se puede indicar que, en primera medida, los procesos deben velar por la desvinculación real de los niños y niñas del conflicto armado; ello, desde luego, no se agota con el mero desarme, sino que se relaciona con políticas más comprensivas, teniéndose en cuenta, eso sí, el hecho cierto, en nuestro caso, de la permanencia de la violencia: los procesos de DDR tienen lugar en escenarios de conflicto armado interno. Esa es la terrible y dramáticas especificidad del caso colombiano. Así, dicha especificidad plantea exigencias inéditas en otros países. En términos normales, y como se he hecho en otras latitudes, el desarme supone la separación de los menores de la “custodia” del grupo armado.

De otra parte, no se debe pasar por alto que esta etapa suele tener algunas consecuencias negativas en el corto plazo, debido a los lazos que generan los menores con los otros reclutados y líderes al interior de la estructura militar. Por esa razón, a nivel de políticas públicas, se debe tener en cuenta que “cuando termina un conflicto bélico, los niños soldados se quedan doblemente huérfanos: tras haber perdido a sus familias, pierden también su unidad militar y su ocupación como soldados”⁴². Se requiere, como se ha dicho, una intensa actividad pedagógica y un arduo trabajo de reconstrucción del tejido social⁴³.

⁴¹ Se advierte que, por no ser objeto del presente estudio, no se hará referencia profunda a cada una de las etapas de los procesos de DDR. Sin embargo, sea suficiente señalar, como lo hacen los Principios de París, que por proceso formal de DDR se entiende “dar de baja de manera formal y controlada a combatientes activos de fuerzas u otros grupos armados. El primer paso en la desmovilización puede ir desde el procesamiento a combatientes individuales en centros de paso, hasta la concentración de tropas en campos designados para este propósito (sitios de acantonamiento, campamentos, áreas de asamblea o barracones). El segundo paso de la desmovilización incluye el apoyo de paquetes suministrados a las y los desmovilizados (adultos), que se denomina reinserción”. *Ibíd*em, numeral 2.9.

⁴² Alfonso LÓPEZ BORGÑOZ y Patricia MASIP GARCÍA, *Op. cit.*, p. 20.

⁴³ Éste es por ejemplo el punto de partida para el funcionamiento de cualquier mecanismo de justicia transicional, tanto más de mecanismos propios de DDR, que promueven diversos autores especialistas en el tema, y que conciben como fundamento mismo de la lógica transicional. El acento está más, entonces, “en modo más significativo, en la restauración de un concepto de ‘confianza cívica’ en las instituciones claves del Estado, necesarias para garantizar una nueva era de respeto serio de los derechos y valores fundamentales”. Paul Seils, “La restauración de la confianza cívica, mediante la justicia transicional”, en: Jessica Almqvist

Es fundamental aclarar que los procesos de DDR deben estar directamente dirigidos a todos los niños que de una u otra forma se hayan visto afectados por el reclutamiento. En esa medida, no resultaría lógico que se excluyera a aquellos menores que, si bien nunca participaron directamente de las hostilidades al manipular un arma, sí sufrieron las otras consecuencias de dicho fenómeno como son el maltrato, ruptura de unidad familiar, violaciones, humillaciones, etc.

3. DESMOVILIZACIÓN

El siguiente paso, una vez se ha desvinculado a los menores de los grupos armados, gira alrededor de la reunificación familiar. Según se dijo, a pesar de ello y de su conducencia, el proceso en referencia presenta muchas dificultades, comenzando por el hecho de que en un número importante de los casos, las familias de los menores han sido fragmentadas y sus miembros asesinados por los grupos armados o incluso por sus propios hijos actuando bajo amenazas de los agentes armados.

Ahora bien, luego de que la reubicación hubiere tenido lugar, el proceso pasa por la creación de confianza en el entorno social, precisamente porque se sabe que, a pesar de que se trata ante todo de víctimas, los menores han producido daños concretos, desolación y numerosas víctimas. Así, aunque todo lo que se dice parece tan elemental, se debe tener en cuenta que estudiosos del tema han reconocido que los procesos de DDR deben estar enfocados hacia el establecimiento y mantenimiento de un mínimo de seguridad, el restablecimiento de la confianza y autoestima de la víctima y el restablecimiento de los vínculos afectivos entre los niños y sus seres queridos.⁴⁴

Como en el caso de las agresiones sexuales, el impacto y el desafío que ello supone, de poner en escena, de hacer público un hecho brutal contra algo tan secreto e íntimo como lo es la libertad sexual, el escenario de reconstrucción de la vida del reclutado como víctima se

y Carlos Espósito (Coordinadores), *Justicia transicional en Iberoamérica*, Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y debates No. 199, Madrid, 2009, p. 21.

⁴⁴Jareg E, MAIN, *Guiding principles for the development of psycho-social interventions for children affected by war*, Stockholm: ISCA Workshop, 1995.

hace más complejo y exigente, cuando se trata de niñas que han sido sometidas a violaciones y esclavitud sexual. En muchas ocasiones el grupo familiar y la comunidad generan un rechazo hacia las víctimas de este tipo de agresiones e, incluso, llegan a aislarlas. La sociología criminal ha dado cuenta de estos fenómenos con teorías como el *labelling approach*. Como se dice, ello vale de manera general para las agresiones sexuales, ya que:

“El estigma que sigue acompañando a la violencia sexual y el temor a denunciarla impiden que algunas víctimas tengan acceso a los servicios médicos y de atención psicológica necesarios. Muchas niñas que han sido objeto de violación u otras formas de abuso sexual no lo denuncian porque se sienten demasiado intimidadas por ciertas actitudes culturales”⁴⁵.

A esta situación, de suyo extremadamente grave, se suma el hecho dramático de la producción de embarazos no consentidos y las políticas de aborto seguida por las máquinas degradadas de guerra.

4. REINTEGRACIÓN

Todo el proceso de DDR debe estar acompañado de una posibilidad real para los niños de reincorporarse al sistema educativo y de hacer efectivo su derecho inalienable a la educación. Este aspecto, concerniente al desarrollo de los niños, es uno de los más reiterados en la normatividad internacional, debido a la trascendencia que el mismo implica en cuanto a la reincorporación y rehabilitación de los niños y niñas soldados. Así, los Principios de París establecen que:

“En tanto que la reintegración de la infancia a las comunidades civiles deberá, en donde ello sea posible, desarrollarse de modo que facilite la reconciliación local y nacional, ésta siempre deberá estar precedida de una valoración de riesgo, incluyendo el análisis cultural y de género, en el que se aborden temas de discriminación, y deberán estar basados en el interés superior del niño, independientemente de las consideraciones o prioridades nacionales”⁴⁶.

⁴⁵ Alfonso LÓPEZ BORGNOZ y Patricia MASIP GARCÍA, *Op. cit.*, p. 20.

⁴⁶ Principios de París, *Op. cit.*, numeral 7.31.

Finalmente, es evidente que los Estados deben implementar campañas de asesoría y seguimiento para los menores. En este sentido, diversas instancias internacionales, han demostrado su preocupación, en la medida en que se ha reconocido que:

“Junto a otros tipos de psicopatologías no específicamente traumáticas, el trastorno del estrés postraumático se ha ido consolidando progresivamente como un diagnóstico psiquiátrico muy común en individuos que han experimentado circunstancias relacionadas o similares a la guerra. Este diagnóstico es ampliamente aceptado ahora que los niños representan una población enormemente vulnerable, y en la que la cantidad e intensidad de los síntomas suele ser mayor que las de los adultos”⁴⁷.

Se trata, en última instancia y tal como se anotó desde un principio, de la recuperación de los menores para la vida en sociedad y en el derecho, partiendo no sólo de su pasado terrible, sino del hecho elemental, de que se trata de sujetos de derechos, no simplemente de objetos de las políticas públicas.

III. REFLEXIONES SOBRE EL RECLUTAMIENTO EN COLOMBIA

El tema que se estudiará a continuación es, desde luego, bastante complejo, y ha sido apenas explorado en el contexto de la persecución penal nacional de crímenes internacionales y desde la perspectiva transicional. No obstante, es procedente adelantar algunas reflexiones al respecto, ello con el fin de apoyar a los operadores en la interpretación de este delito en tanto crimen internacional.

1. DISPOSICIONES NORMATIVAS

En primer lugar, se hace referencia a las normas que sancionan esta conducta. Así, el Código Penal, en su artículo 162 y en el contexto de las infracciones al derecho internacional humanitario, establece:

⁴⁷ Joshua BARENBAUM, Vladislav RUCHKIN y Mary SCHWAB-STONE, *Op. cit.*, p. 4.

“**Reclutamiento ilícito.** El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, reclute menores de dieciocho (18) años o los obligue a participar directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años y multa de seiscientos (600) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

De otra parte y con anterioridad al nuevo Código Penal y a la incorporación del Estatuto de Roma al derecho interno, pero en plena discusión acerca de los alcances de los Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra, la Ley 418 de 1997, “por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones”, en su artículo 14, disponía:

“Quien reclute a menores de edad para integrar grupos insurgentes o grupos de autodefensa, o los induzca a integrarlos, o los admita en ellos, o quienes con tal fin les proporcione entrenamiento militar, será sancionado con prisión de tres a cinco años”⁴⁸.

Debe destacarse, además, que la ley en alusión, de acuerdo con la tradición del país en lo que concierne a delitos atroces, sustrae los crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, de las posibles amnistías o beneficios jurídicos-penales en general. En este sentido, agregaba, en el parágrafo del artículo citado, que:

“Los miembros de organizaciones armadas al margen de la ley, que incorporen a las mismas, menores de dieciocho (18), no podrán ser acreedoras de los beneficios de que trata la presente ley”.

Es de anotar, que esta ley tuvo una vigencia inicial de dos años, para luego sufrir una serie de prórrogas sucesivas, hasta el punto de permanecer vigente, incluso, bajo la misma vigencia del Código Penal y permanecerá vigente durante el año 2010, lo cual crea desde luego problemas relacionados con vigencia simultánea de normas que no son iguales, tal como se verá más adelante. Por esa razón, en el estudio que adelantó la Corte Constitucional de una demanda presentada contra

⁴⁸ Artículo 14 de la Ley 418 de 1997, “por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones”.

el artículo 162 del Código Penal, la corporación asumió también el estudio del artículo reseñado de la ley, que es más comprehensivo, para dar coherencia a las normas⁴⁹.

2. ELEMENTOS Y ESTRUCTURA DEL TIPO PENAL

Respecto del artículo 162, como se vio en general al estudiar el homicidio en persona protegida, se requiere que el sujeto activo participe de las hostilidades y que su conducta sea ejecutada con ocasión y en desarrollo de conflicto armado interno. Se debe entonces demostrar o llenar de contenido estos elementos normativos jurídicos del tipo penal, de acuerdo con todo lo que se ha expuesto en este trabajo.

Debe entenderse, desde luego, que el hecho de que sea un crimen de guerra o, en el caso colombiano, sea concebido el delito como infracción al derecho internacional humanitario, no significa que haya una especie de reclutamiento de menores “legítimo”. En este sentido, las formas del delito previamente estudiadas, en su expresión sociológica, sirven de referencia al operador para el proceso de imputación. Se trata de un tema extremadamente interesante y tiene que ver con una de las formas de reclutamiento que adelantan las fuerzas armadas y que se puede convertir, por razones ya expuestas, en reclutamiento forzoso, a pesar de que sea institucional y no necesariamente ligado al conflicto armado interno. Lo que sucede es que la norma lo limita y, a diferencia del desplazamiento o de la tortura que admiten su ocurrencia tanto en situaciones de conflicto armado como fuera de ellas, en este caso no existe en esta última hipótesis. Una salida posible para estos casos es, y luego nos ocuparemos de ello, imputar el delito de trata de personas que puede ocurrir tanto en contextos de conflicto armado, como por fuera de él.

En segundo lugar, la norma penal y la ley que se ha reseñado, establecen un ámbito de protección que se extiende hasta los 18 años, proceso al cual se ha hecho referencia. También tiene que ver con el hecho de que se considere la adultez, jurídicamente, en esta edad. No se debe perder de vista, además, el hecho fundamental, y esto vale para

⁴⁹ Para mayor información ver: Corte Constitucional, sentencia C-240 de 2009, MP: Mauricio González Cuervo.

la consideración del reclutado como víctima, que la responsabilidad penal juvenil en Colombia también está estructurada con base en la edad de 18 años.

Respecto de las acciones que constituyen verbos rectores en el tipo penal, debe decirse que el artículo mencionado de la Ley 418 es más comprehensiva que el Código Penal, al referirse aquél a las acciones de reclutar, inducir, admitir o proporcionar entrenamiento, mientras que el tipo penal del Código, se restringe a quien “obligue” a participar en las hostilidades. Es respecto a esta última acción que se ha generado un debate en nuestro país en torno de los alcances del tipo. Ello, en la medida en que, de esta forma, se excluyen los supuestos de participación voluntaria, que tal y como se vio, no son poco frecuentes; así como, en general, los supuestos de utilización o uso de menores.

Precisamente en este sentido se estructuró una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 162, presentada en el mes de agosto de 2008. En la demanda, el accionante adelantó un recuento de los lineamientos fijados por la jurisprudencia y cuerpos normativos internacionales, respecto de la irrelevancia del consentimiento que presta el menor a la hora de participar en las hostilidades propias del conflicto, y puso de presente que dichas disposiciones se encuentran incorporadas en el bloque de constitucionalidad, conforme a una interpretación ampliada del artículo 93 de la Constitución Política. De esta manera, el legislador habría incurrido en una omisión legislativa, al no incorporar dentro del tipo penal la participación voluntaria de los menores en las hostilidades. Se discutió, entonces, el tema general del “uso” de los menores, de su “utilización”, que supone el reclutamiento voluntario que no puede dejar de regularse.

En respuesta a la demanda, la Corte, en comunicado de prensa No. 16 de 1 de abril de 2009, declaró la constitucionalidad de la norma demandada, al afirmar que,

“en la práctica, la admisión de menores en grupos armados ilegales los expone a esa utilización, a hacerlos partícipes en su accionar. Por tanto, de manera acorde con los convenios internacionales de derechos humanos y la protección debida a los niños, la utilización de menores en acciones de grupos armados al margen de la ley configura un delito y por ende,

no puede considerarse que el legislador haya omitido un deber de rango superior”⁵⁰.

Es importante aclarar que la discusión al interior de la Corte no fue pacífica, ya que tres magistrados salvaron el voto, al considerar que sí se incurrió en una omisión legislativa, pues en su entender, la disposición no contempla el supuesto de la participación de los niños en las hostilidades, cuando ésta se da de forma voluntaria. Es decir, el salvamento daba razón al demandante. No obstante y como lo ha expuesto la Corte y como los operadores lo deben comprender, dentro del ámbito de protección de la norma, se entienden o están comprendidas todas las formas del reclutamiento ilegal de menores.

Finalmente, es pertinente traer a colación el artículo 22 del Decreto 128 de 2003, “por el cual se reglamenta la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y la Ley 782 de 2002 en materia de reincorporación a la sociedad civil”, en virtud del cual se establece que:

“De conformidad con la Constitución Política, la ley y los tratados públicos internacionales ratificados por Colombia, queda proscrita cualquier forma de utilización de menores en actividades de inteligencia”.

3. TRATA DE PERSONAS Y RECLUTAMIENTO FORZOSO: LÍMITES Y POSIBLE COMPLEMENTARIEDAD

Como se ha notado, en el presente trabajo se ha hecho relación al delito muy complejo de trata de personas, hoy regulado en el Código Penal, junto con el tráfico de seres humanos, dentro de los delitos contra la libertad individual y otras garantías, en los artículos 188 hasta el 188B, adicionados por la Ley 747 de 2002. Ello, no sólo respecto de los menores reclutados, sino respecto de las agresiones sexuales en conflicto armado. Así, entonces, el artículo 188A del Código Penal establece:

⁵⁰ Corte Constitucional, *Comunicado de prensa No. 16 de 1 de abril de 2009*, Expediente d-7411- Sentencia C-240/09, MP: Mauricio González Cuervo (el texto de la sentencia no se encuentra disponible al momento de redacción del texto, incluso hasta el mes de febrero de 2010. Es un hecho extraño en la dinámica del juez constitucional colombiano).

“**Trata de personas.** El que capte, traslade, acoja o reciba a una persona, dentro del territorio nacional o hacia el exterior, con fines de explotación, incurrirá en prisión de trece (13) a veintitrés (23) años y una multa de ochocientos (800) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Para efectos de este artículo se entenderá por explotación el obtener provecho económico o cualquier otro beneficio para sí o para otra persona, mediante la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre, la explotación de la mendicidad ajena, el matrimonio servil, la extracción de órganos, el turismo sexual u otras formas de explotación.

El consentimiento dado por la víctima a cualquier forma de explotación definida en este artículo no constituirá causal de exoneración de la responsabilidad penal”.

De esta forma, el delito de trata de personas, en su configuración normativa y en el marco de la sanción de las formas de la trata, consagra acciones que pueden perfectamente coincidir con modalidades, tanto de las agresiones sexuales en conflicto armado, como con formas del reclutamiento; además, el delito de mendicidad, fue incorporado en el delito de trata, como una de las formas de la misma. El énfasis de la reforma legislativa de 2002, dentro de la diversidad de formas de este delito, se dio en la ocurrencia del delito en niños, niñas y mujeres. De hecho, existe, de acuerdo con el numeral 1 del artículo 188B adicionado por la Ley 74 de 2002, una circunstancia de agravación de la conducta, cuando ella se cometa contra menores de 18 años, además de ser cometida contra personas que sufran diversas incapacidades.

Nótese, además, que la norma enfatiza los fines de explotación, respecto de las formas de la trata. Ello puede coincidir con trabajos forzados a los cuales se obligan a los niños o jóvenes reclutados, que están situados en las fronteras con la explotación, como es el caso de los “servicios” sexuales a los jefes de grupos armados ilegales. Surge entonces la siguiente pregunta:

4. ¿QUÉ HACER CON EL RECLUTAMIENTO FORZOSO DE ADULTOS CON EDADES CERCANAS A LOS 18 AÑOS?

Para responder esta pregunta, se debe considerar, desde luego, que la Fiscalía debe imputar el delito de reclutamiento ilícito, siempre y

cuando haya menores de 18 años, aplicando la fórmula correspondiente frente a la hipótesis del concurso aparente entre reclutamiento y trata de personas: no se podrían imputar los dos delitos. Pero, ¿qué sucede por ejemplo con la posibilidad del reclutamiento forzoso, ilegal, de adultos, particularmente de aquellos jóvenes de edades cercanas a los 18 años? Es un hecho real que ello ocurre y, de suyo, centenares de jóvenes, llamados “patrulleros”, en el caso de la Autodefensas por ejemplo o de milicianos en la guerrilla, han sido alistados de manera forzosa, de la misma forma que son reclutados los menores de 18 años. ¿Qué se hace entonces en estos casos?

El tema es, desde luego, no sólo complejo sino en extremo polémico, pues no se pueden extender a favor de los victimarios o verdugos, supuestos que amplían el concepto de víctima para favorecerlos indiscriminadamente. Es decir, no se puede ello extender de tal forma que pueda tenerse como una especie de justificación general para la pertenencia a los grupos, tanto más si se han cometido toda suerte de crímenes. No obstante, es un hecho cierto que la situación tiene lugar y que el reclutamiento se da en los adultos también. A ellos se les fuerza, se les obliga a cometer crímenes, se les insta a la atrocidad. Incluso cuando expresan el consentimiento, éste puede no seguir dándose en el tiempo y, no obstante, no hay posibilidad de salir de la máquina de guerra y de sus designios. Se trata, además, de supuestos que no alcanzan, necesariamente, el grado de una causal de exclusión de culpabilidad, como puede ser la insuperable coacción ajena o, incluso, el miedo insuperable. Se trata, precisamente, de formas de reclutamiento de jóvenes adolescentes con edades cercanas al límite de 18 años, que se dan con todas las características del reclutamiento ilegal previsto en el Código. (En cualquier caso y más allá de los límites del derecho penal, es un tema de políticas públicas, de auténticas políticas de DDR que compatibilicen los derechos de las víctimas, con realidades de los conflictos).

El tipo de trata de personas podría aplicarse eventualmente en algunos casos y, con ello, se reconoce una situación particular y cierta y no se genera impunidad necesariamente, en la medida en que, como de hecho es aconsejable y razonable en estos procesos, se castigaría severamente a quienes reclutaron, es decir, a los superiores jerárquicos, sin que sea importante si son mandos medios por ejemplo. Es un hecho que agregaría también elementos interesantes al tema hoy complejo de la posible aplicación del principio de oportunidad, mediante la reforma

introducida por la Ley 1312 de julio de 2009, para los desmovilizados, patrulleros que, en un número altísimo cerca de 19000, se encuentran en una situación compleja sin definición, dada su pertenencia a los grupos. Así, de manera general, el tema del reclutamiento posible de adultos, entendido por ejemplo en el horizonte de la trata, agrega elementos importantes a los operadores, al momento en que, en la aplicación del principio de oportunidad, se tenga información sobre aspectos interesantes para evaluar las condiciones que deben cumplir quienes son objeto de aplicación del principio⁵¹.

5. EL CONSENTIMIENTO NO OBRA COMO CAUSAL DE EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

Un elemento muy importante que surge en relación con la comparación que se hace con el delito de trata de personas es, como se ha dicho, el tema del consentimiento. Como se ha advertido, en el delito de trata de personas hay una alusión expresa al mismo. Se recuerda el inciso final: “El consentimiento dado por la víctima a cualquier forma de explotación definida en este artículo no constituirá causal de exoneración de la responsabilidad penal”. Es decir, y en consonancia con el numeral 2 del artículo 32, tal como fue expuesto y ello debe resolverse en el ámbito constitucional penal, la autonomía, la libertad individual, la dignidad, son bienes indisponibles y no son objeto de consentimiento. Así se debe interpretar en el caso del reclutamiento: el consentimiento no obra como causal de ausencia de responsabilidad a favor del sujeto activo y no inhibe la calidad de víctima de la persona reclutada, que es el tema que nos interesa en este punto. Es un hecho que debe ser reforzado por vía jurisprudencial.

⁵¹ El autor de este trabajo, ha elaborado un estudio especializado en el contexto de la política de formación de jueces de la República, sobre el principio de oportunidad y ha dedicado un capítulo al estudio de la Ley 1312 de julio de 2009, que introduce una reforma al principio, con dos columnas vertebrales que son el uso del principio frente al testaferrato en procesos como el de Justicia y Paz y su uso frente a desmovilizados individuales investigados por su pertenencia a grupos irregulares. Ver, al respecto, Alejandro APONTE, *Principio de Oportunidad y Política Criminal: de la discrecionalidad técnica a la discrecionalidad política reglada*. Libro a publicarse en el segundo semestre del año 2010, por el Consejo Superior de la Judicatura y la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. (Tercer capítulo).

Se agrega, finalmente, que el delito de trata de personas, así como el de tráfico de ellas, se encuentra agravado de manera específica y en el horizonte que nos interesa más, en tanto el parágrafo del artículo 188B, prescribe lo siguiente “Cuando las conductas descritas en los artículos 188 y 188A se realicen sobre menor de doce (12) años se aumentará en la mitad de la misma pena”.

Como se ve, el delito de reclutamiento ilícito, es un delito muy complejo y los debates que él suscita son en extremo interesantes: los aportes de la discusión internacional son de especial importancia en nuestro caso, sobre todo, como en el caso de las agresiones sexuales, en el contexto de la definición de las formas del reclutamiento. Conociendo las formas y con base en las normas, se puede avanzar consistentemente en el desarrollo de fórmulas de imputación. Luego, con base en la normatividad interna, en su interpretación apoyada en jurisprudencia internacional y nacional, cuando sea el caso, se deben resolver los temas relacionados con el alcance de los verbos rectores que, justo, se relacionan con las formas del reclutamiento, los concursos y el carácter del delito como tal.

Se trata de exigencia grandes para los operadores y respecto de las cuales se extreman las tensiones entre dogmática y política criminal; donde, además, se hacen patentes las tensiones entre las políticas públicas. Desde el sistema judicial, una vez se avance en la depuración dogmática e interpretativa del delito, necesariamente se hará con ello un llamado de atención al poder ejecutivo y al Parlamento, para que tomen medidas reales y alienten decisiones de políticas públicas necesarias en este contexto tan problemático.

Desde el punto de vista penal, es importante agregar, que el esfuerzo hecho por la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía General de la Nación, para citar apenas un ejemplo concreto y en el cual participaron consecuentemente todos los actores del proceso, incluido por su puesto el Ministerio Público, en el caso del reclutamiento de los menores de alias “El Alemán”, es un hecho que es necesario destacar, especialmente, para seguir avanzando en este proceso de decantación y de sistematización de fórmulas de imputación de la conducta.

CAPÍTULO 5

RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR JERÁRQUICO:
DESARROLLO INTERNACIONAL Y NACIONAL
ALREDEDOR DE UN TEMA FUNDAMENTAL

I. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL CONTEXTO DE LA
RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR JERÁRQUICO

INTRODUCCIÓN

El tema general de la autoría y de la participación, de las diferentes formas de imputar responsabilidad penal por conductas cometidas, en el contexto de la persecución penal nacional de crímenes internacionales, es un tema muy técnico, sofisticado y con grandes implicaciones. Se trata, además, desde el punto de vista internacional, de temas no sólo dogmáticos, sino en los cuales incluso el idioma juega un papel central y, con éste, el derecho penal comparado. Por ejemplo, no hay tradición en el país del uso de la figura de la *joint criminal enterprise*, pero ya se comienza a hacer referencia a la *empresa criminal común*¹. Al mismo tiempo, en el mundo anglosajón,

¹ En la providencia de la Sala Penal de la Corte, polémica y criticada por juristas nacionales e internacionales, por fallas técnicas en el manejo del derecho penal internacional, pero que es interesante por la reconstrucción de un caso tipo de Justicia y Paz, en la que se anuló la providencia condenatoria contra Gian Carlo Gutiérrez, en desarrollo de ese recuento reseñado, se aclaró que miembros de una ONG, representantes de víctimas, alegaron antes los jueces que los delitos cometidos por una organización paramilitar eran propios de la “empresa criminal” común, aunque no se fundamentó en rigor la solicitud. Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, Auto del 21 de septiembre de 2009, proceso con radicado No. 32022, MP: Sigifredo Espinosa. Son formas que poco a poco van entrando en el debate judicial. Incluso, en el caso de las llamadas “chuzadas” telefónicas, es decir, de las múltiples intervenciones ilegales en la intimidad de magistrados, periodistas, líderes de oposición y ciudadanos comunes, que tuvieron lugar durante el gobierno saliente, a través de monitoreo técnico y sistemático de

las fórmulas de autoría del universo continental no tienen el mismo uso nuestro. Por esa razón, se adelanta aquí una presentación general, sintética y lo más clara posible, de formas de autoría, limitadas al esquema general de la “responsabilidad del superior jerárquico”, en la medida en que es el tema más adecuado y desarrollado en el contexto de la protección penal de derechos humanos. Pero se aclara, que ello presenta dificultades especiales desde el punto de vista del derecho comparado y del uso idiomático de las figuras jurídicas.

1. LA MACROCRIMINALIDAD COMO PUNTO DE PARTIDA PARA LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL

La existencia misma de la diversidad de teorías se explica, desde una perspectiva histórica y sociológica, en razón a los esfuerzos adelantados por tribunales internacionales, enfrentados a la “macrocriminalidad”, hecho fáctico que ha determinado la discusión, en la medida en que se investiga verdaderos aparatos, grupos criminales que actúan en contextos de graves y masivas violaciones de derechos humanos y derecho internacional humanitario. Es un concepto que se sitúa en las fronteras entre derecho, sociología y política y que ha sido, como se dice, el punto de partida de la persecución penal nacional de crímenes internacionales².

conversaciones, etc., que es un caso dramático de persecución autoritaria desde agencias estatales, el fiscal del caso, en audiencia de imputación adelantada en el mes de abril de 2010, hizo referencia la existencia de una verdadera “empresa criminal”: las investigaciones apuntan, incluso, a agentes directos del palacio de gobierno. Hay que esperar, en desarrollo del caso, que el fiscal concrete esta posición, para ver si se trata de la misma fórmula que aquí se estudia.

² Véase por ejemplo el texto ya clásico de Herbert Jäger sobre el tema, aunque sin un desarrollo como es lógico, por la época en que fue escrito, en función del derecho penal internacional: *Makrokriminalität. Studien zur Kriminologie Kollektiver Gewalt*, Frankfurt, 1989. Luego, se deben reseñar aquí los magníficos volúmenes especializados sobre el tema y en los cuales ya se encuentran hipótesis de trabajo sobre justicia penal internacional: Klaus Lüdersen (editor), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder der Kampf gegen das Böse?*, Vol. III. “Makrodelinquenz”, Baden-Baden, 1998. También se hace referencia a un trabajo de alguna manera pionero, pues aborda la actuación de grupos ilegales en perspectiva macro, del gran especialista alemán actual en derecho penal internacional, Kai Ambos, *Impunidad y derecho penal internacional. Un estudio empírico dogmático sobre Colombia, Bolivia, Perú, Chile y Argentina*, 1. Edición Colombiana, Fundación Konrad-Adenauer, Dike, entre otras; más específicamente, pp. 221 y ss.

Los dirigentes o superiores dentro de los grupos armados detentan posiciones privilegiadas respecto de la ejecución y puesta en marcha de las “políticas militares”. (Además, desde luego y muchas veces en mayor medida incluso, la puesta en marcha de las acciones de política como tal). Es así como, por ejemplo, en torno de una operación militar en concreto, se genera una jerarquización basada en lo que podría llamarse una división del trabajo, que permite que un conjunto de personas se encargue de cuestiones más estratégicas, como son la definición de los blancos, mientras que un segundo grupo, por citar el caso, se encarga de la ejecución material de dichas decisiones. También, división en relación con frentes o secciones políticas, o económicas, respecto de la actuación puramente militar.

2. MÁS ALLÁ DE UNA MERA DIVISIÓN DE TRABAJO CRIMINAL CONVENCIONAL

Pero, se aclara de una vez, que esa división no puede entenderse en un sentido clásico, tradicional, como mera división de trabajo criminal: se trata, como se dice, de grandes aparatos, de máquinas de guerra delinquiendo durante años y en diversos territorios. También, se actúa con base en órdenes generales coordinadas por los superiores o, igualmente, los subordinados actúan muchas veces de manera desligada respecto de órdenes puntuales, pero obedeciendo lineamientos generales de actuación del grupo.

Es precisamente el hecho concreto de la jerarquización, o hechos relacionados con la dispersión de las órdenes, de quién o quiénes controlan el aparato que delinque, de si se tuvo de hecho algún control sobre el mismo, del aprovechamiento de las consecuencias de los delitos, por actores no ligados directamente al aparato, aquello que representa el gran desafío para los operadores, tanto en tribunales internacionales, como en tribunales domésticos.

En muchos casos, cuando hay capturas, pues en Colombia no es esta la pauta común, las autoridades logran capturar a las personas que se encargaron de la ejecución de los actos (aquellos que pertenecen al segundo grupo de subalternos, de ejecutores materiales). Sin embargo, es evidente que dichos sujetos no detentan un alto grado de responsabilidad dentro del grupo, pues se encontraban cumpliendo órdenes provenientes de un tercero que detenta en general un mayor

rango dentro del mismo. Esto, independientemente del hecho de que hayan sido ejecutores materiales del delito.

Así, entonces, ha sido imperioso, a nivel internacional y, especialmente en la jurisprudencia, buscar formas de imputación más consistentes, que den cuenta de la participación real de aquellos sujetos que fomentaron y planearon la consumación de los delitos, pues son éstos quienes, valiéndose de una posición dominante dentro de una estructura establecida, se hallan tras la comisión de crímenes internacionales. También tiene ello un sentido práctico y por esa razón, además, ha prevalecido la tradición anglosajona a nivel internacional, y es el hecho de tener que ser coherente con la limitación de recursos con los que cuenta un tribunal internacional para adelantar investigaciones después de años de haber sido cometidos los crímenes y después de procesos de transición, de levantar pruebas en territorios apartados, etc.

En casos domésticos, se presentan también limitaciones de todo tipo. Por esta razón, la discrecionalidad para acusar, más arraigada en la tradición anglosajona, es una herramienta general de selección y priorización de casos que, con base en diversos criterios, siendo precisamente uno de ellos la persecución de los más responsables, propicia avanzar en los casos y dejar mensajes internacionales coherentes de persecución de crímenes internacionales³. Nuestros operadores pueden encontrar en estas herramientas de discrecionalidad técnica, en este caso, del énfasis en la persecución del superior jerárquico, militar o político, elementos muy valiosos para la investigación en el nivel interno.⁴

³ Éste es uno de los puntos de partida para el análisis de la reforma introducida en julio de 2009 al principio de oportunidad, adelantada por el autor de este escrito, en un trabajo sobre este tema al cual se hizo referencia previa: Alejandro Aponte, *Principio de Oportunidad y Política Criminal: de la discrecionalidad técnica a la discrecionalidad política reglada*. Libro a publicarse en el segundo semestre del año 2010, por el Consejo Superior de la Judicatura y la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. (Tercer capítulo).

⁴ Como un aporte valioso para el tema, desde el derecho comparado, sobre todo por las contribuciones de autores latinoamericanos, véase el trabajo coordinado y organizado por Kai Ambos, *Imputación de crímenes internacionales de los subordinados al dirigente*, GTZ, Embajada de Alemania, Temis, entre otras, Bogotá, agosto de 2008.

Partiendo de lo anterior, el presente texto pretende ilustrar, de forma sintética y concreta, las principales teorías bajo las cuales se imputa responsabilidad a las cabezas de las estructuras jerárquicas, reseñando los fallos centrales respecto de estos temas, generados a instancia, tanto de la Corte Penal Internacional, como del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, que ilustran dichas teorías. También se hace referencia al modelo ideado por Claus Roxin, en lo que concierne a la autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder, una de las vías más propicias, en el caso colombiano, para la sanción efectiva del superior jerárquico. Desde esta perspectiva también se estudia el fenómeno general de la participación.

3. EL DENOMINADO “ESTÁNDAR YAMASHITA”

En primer lugar, se hará referencia a uno de los primeros casos en los cuales se trató de forma directa el tema de la responsabilidad de un superior jerárquico, respecto de los crímenes cometidos por sus subordinados. Este caso, según reconoce la doctrina, ha obrado como base del estándar legal que ha influido en la doctrina del *command responsibility* en los Estados Unidos, en la medida en que su creación surge de un fallo de la Corte Suprema de Justicia estadounidense. A través de este fallo, se condenó al general Tomoyuki Yamashita, por una serie de crímenes de guerra cometidos por sus subordinados en las islas Filipinas⁵.

Antes de avanzar en el estudio del caso, se hace referencia a las circunstancias fácticas que condicionaron el mismo: Yamashita detentó el cargo de Comandante General de la armada catorce del Ejército Imperial Japonés; adicionalmente, fue el gobernador militar de las islas Filipinas desde finales de 1944 hasta 1945, cuando Estados Unidos tomó control sobre las islas. Durante este tiempo un gran número de crímenes atroces fueron cometidos contra la población civil de las islas, muchos de los cuales fueron cometidos por miembros de las fuerzas

⁵ Ann Marie PREVOST, “Race and war crimes: the 1945 war crimes trial of General Tomoyuki Yamashita”, en: *Human Rights Quarterly*, Vol. 14, No. 3, agosto de 1992, The Johns Hopkins University Press, p. 305.

armadas bajo el control del general Yamashita. El cargo presentado contra Yamashita señalaba que:

“Tomoyuki Yamashita, General del Ejército Imperial Japonés, entre octubre 9 de 1944 y 2 de septiembre de 1945, en Manila y otros lugares de Filipinas, mientras comandaba las fuerzas armadas de Japón en la Guerra contra los Estados Unidos de América y sus aliados, de manera ilegal hizo caso omiso y falló en su deber como comandante, de controlar las operaciones de los miembros bajo su comando, permitiéndoles cometer atrocidades brutales y otros altos crímenes contra el pueblo de los Estados Unidos y sus aliados y dependencias, particularmente las Filipinas; y él, el General Tomoyuki, en consecuencia violó las leyes de la guerra”⁶.

Una vez llevado a juicio ante el tribunal penal militar, Yamashita se declaró no culpable de los hechos⁷. No obstante, el tribunal lo condenó por dichos delitos, decisión que fue apelada ante la Corte Suprema de Justicia estadounidense, alegando que en su juicio se había violado la Convención de Viena y la Constitución Política de Norteamérica. Es, en este contexto, que se genera un precedente importante, relacionado con el argumento de la defensa, según el cual el militar sindicado no participó directamente en la comisión de los delitos.

En este punto, cabe hacer referencia al anexo cuarto a la Convención de la Haya de 1907, en el cual se hace alusión expresa a la responsabilidad que detentan los superiores jerárquicos dentro de una estructura militar. El artículo 1º de dicho instrumento internacional, establece que una de las condiciones para que sea reconocido el estatus de beligerante, es la existencia como superior, de una persona responsable por las acciones de sus subalternos⁸. (Se está haciendo referencia a fuerzas armadas estatales).

Esta mención concreta a la responsabilidad por parte del comandante, respecto de las acciones de sus subordinados, guarda relación con la exigencia que la Corte Suprema Norteamericana hace en cuanto al deber de vigilancia y supervisión en cabeza de

⁶ *Ibíd*em, p. 316.

⁷ *Ibíd*em, p. 316.

⁸ Artículo primero, numeral primero, del Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, La Haya, 18 de octubre de 1907.

los superiores jerárquicos.⁹ De igual forma, el artículo 43 de dicha disposición normativa, establece que el comandante deberá tomar todas las medidas que estén en su poder para restaurar y asegurar, en la medida de lo posible, el orden público y la seguridad, al mismo tiempo que se respetan las leyes que rigen en el país¹⁰.

En esta dirección, la Corte Suprema afirma que las leyes de la guerra, “presuponen que las violaciones de las mismas, han de ser evitadas mediante el control de las operaciones de guerra por parte de los comandantes, quienes hasta cierto punto son responsables por sus subordinados”¹¹. De esta forma, independientemente de que el superior jerárquico participe directamente o no de las operaciones militares o incluso independientemente de que dé la orden de cometer uno u otro delito, será responsable por los mismos, en la medida en que lo reviste una obligación de supervisión y control que se desprende de la naturaleza de su cargo y que parte de la rígida estructura de la organización militar. Bajo este entendido, hoy en día la doctrina a nivel internacional, reconoce que “ante la ausencia de dicho deber por parte de los comandantes, nada prevendría a las fuerzas ocupantes de cometer atrocidades sobre la población civil”¹².

Es importante reconocer que, si bien la decisión de la Corte Suprema estableció un punto de partida importante para la imputación de cargos a altos miembros del ejército, este estándar también ha sido sometido a una serie de críticas por instancias internacionales como el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, debido a que restringe su ámbito de aplicación a las fuerzas oficiales de un Estado, siendo que en escenarios como el yugoslavo, un número importante de los casos fueron perpetuados por ejércitos separatistas que no hacían parte oficial de las fuerzas amadas del Estado. Es una crítica cierta, pero debe ser colocada en perspectiva, pues la Corte Suprema de los Estados Unidos no estaba resolviendo un tema relacionado con grupos armados diferentes del ejército o de las fuerzas militares de un país.

⁹ US Supreme Court, *In re Yamashita*, 327 U.S. 1 (1946), p. 15.

¹⁰ Para mayor información ver el artículo 43 del Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, La Haya, 18 de octubre de 1907.

¹¹ US Supreme Court, *In re Yamashita*, 327 U.S. 1 (1946), p. 16.

¹² Anne E. Mahle, *The Yamashita Standard*, Justice & the generals, issues around the world, en: http://www.pbs.org/wnet/justice/world_issues_yam.html.

Hoy en día es claro que la responsabilidad del superior se extiende a todos los actores armados y grupos involucrados en un conflicto.

II. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES RELEVANTES

1. Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949

Además de la consagración en la Convención ya citada, se encuentra, como una de las primeras referencias expresas a la responsabilidad de las cabezas de las estructuras organizadas de poder, el Protocolo Adicional 1 de los Convenios de Ginebra, que en su artículo 86 establece lo siguiente:

“Artículo 86 – Omisiones

2. El hecho de que la infracción de los Convenios o del presente Protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si éstos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción”.

Nuevamente, esta consagración normativa busca establecer la responsabilidad en aquellos superiores que no asumen la responsabilidad por el actuar de sus tropas. Sin embargo, el Protocolo limita su margen de aplicabilidad, respecto al estándar Yamashita, en la medida en que sólo será responsable el superior, cuando conozca o posea información de la comisión del ilícito. Recuérdese, tal como se ha dicho, que para la Corte Suprema norteamericana, la ausencia de conocimiento no eximía de responsabilidad al superior, pues éste tenía el deber de supervisar el actuar de sus subordinados. De cualquier forma, es importante reseñar lo dispuesto en el artículo 87 del mismo Protocolo, cuando éste impone una obligación por parte del Estado, de exigir a los comandantes acciones tendientes a impedir la comisión de conductas que vulneren los derechos reconocidos en el protocolo. Se establece entonces:

“Artículo 87 - Deberes de los jefes

1. Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto exigirán que los jefes militares, en cuanto se refiere a los

miembros de las fuerzas armadas que están a sus órdenes y a las demás personas que se encuentren bajo su autoridad, impidan las infracciones de los Convenios y del presente Protocolo y, en caso contrario, las repriman y denuncien a las autoridades competentes”.

2. ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Por su parte, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hace referencia al tema bajo estudio, en su artículo 28, en los siguientes términos:

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

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

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

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

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

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

- ii) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y
- iii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento”.

Esta consagración, mucho más explícita y completa establecida por el Estatuto de Roma, abarca varios aspectos que es importante destacar. En primer lugar, el artículo hace referencia a dos supuestos fácticos bajo los cuales el superior jerárquico es responsable: de un lado, se encuentra el supuesto de que el ilícito es llevado a cabo por fuerzas bajo su comando y, por el otro, se hace referencia a la consumación del delito por parte de sus subordinados. Esta distinción puede resultar útil, cuando quien comete el ilícito no es soldado, sino un subordinado con una función de carácter más directivo, pues resulta claro que en dichos supuestos las cabezas de la estructura también deben controlar el actuar de sus subordinados.

En segundo lugar, el Estatuto de Roma reconoce, explícitamente, que se puede ser responsable, tanto por acción como por omisión, y es ahí donde se puede decir que se incorpora, de alguna forma, el estándar Yamashita, pues se reconoce el deber de conocimiento que se debe tener sobre el actuar de las fuerzas bajo su control, en las dos modalidades explicadas hace un momento. Así, se incorpora nuevamente la obligación en cabeza de los altos cargos de la estructura, de limitar el actuar de sus subordinados con el fin de evitar la comisión de delitos contra el derecho internacional humanitario o de la comisión de crímenes de guerra. De igual forma, es evidente, según el texto de la norma, que cuando el superior tuvo conocimiento de la comisión presente o futura del ilícito y no dirigió su conducta a evitar la perpetuación del mismo, incurre en responsabilidad en la medida en que su posición dentro de la organización, le exigía actuar para prevenir la consumación de los mismos, tal y como se estipula en el numeral ii) de los literales a y b de la disposición aludida.

Finalmente, el artículo 6, numeral tercero, del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, establece, respecto a la responsabilidad penal individual, que:

“El hecho de que cualquiera de los actos mencionados en los artículos 2 a 4 del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado no eximirá de responsabilidad penal a su superior si éste sabía o tenía razones para saber que el subordinado iba a cometer tales actos o los había cometido y no adoptó las medidas necesarias y razonables para impedir que se cometieran o para castigar a quienes los perpetraron”.

Nuevamente, esta disposición normativa hace patente que la responsabilidad del superior jerárquico, no sólo puede derivar de su acción, sino también de su omisión. Ahora bien, tal interpretación fue reconocida expresamente por el TPIR en el caso *Prosecutor v. Akayesu*, al afirmar que el artículo 6, numeral tercero,

“... no requiere el conocimiento del superior, para otorgarle responsabilidad penal; es suficiente que tenga razones para conocer que sus subordinados iban a cometer o habían cometido un crimen y haya fallado en tomar las medidas necesarias o razonables para prevenir tales actos o castigar a los autores de los mismos. Es una clase de responsabilidad por omisión o abstención”¹³.

Partiendo de lo anterior, es posible afirmar que, en la actualidad, se cuenta con varios instrumentos de carácter internacional que permiten o han permitido que tribunales como la CPI, el TPIR y el TPIY, procesen y condenen efectivamente a los miembros de diversos grupos que, actuando en la guerra y detentando altos cargos en desarrollo de la misma, como superiores jerárquicos, permitieron o promovieron la comisión de conductas ilícitas por parte de sus tropas. También, si no tomaron o adoptaron las medidas necesarias y razonables para evitar la comisión de nuevos delitos, o si no denunciaron antes las autoridades competentes, los hechos cometidos. Como se ve, el Estatuto de Roma es radical frente a la responsabilidad, por acción y omisión, del superior jerárquico. Se hará reseña a continuación entonces, de los supuestos principales de las teorías ilustradas por los tribunales internacionales.

¹³ Tribunal Penal Internacional para Ruanda, *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, Sala de Primera Instancia, sentencia de 2 de septiembre de 1998, párr. 479.

3. LA SANCIÓN POR OMISIÓN: TENDENCIA ACTUAL EN FÓRMULAS DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Se agrega, antes de la reseña, que también en el derecho interno se vive el mismo proceso iniciado a nivel internacional. Se ha detectado, a nivel por ejemplo de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia nuestra, una tendencia marcada en sancionar, con base en la omisión y en la figura de la posición de garante, por omisión impropia, miembros de las fuerzas armadas por delitos cometidos por grupos ilegales que actuaron en territorios bajos su comando o, como ha sido reseñado innumerables veces por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, cuando estos grupos han obrado con la aquiescencia de miembros de las fuerzas armadas.

No es éste desde luego un hecho pacífico, en razón a que algunas de las providencias adolecen de problemas técnicos o en ellas se utiliza el derecho penal internacional de forma descontextualizada, se hace uso antitécnico de la noción de bloque de constitucionalidad, o se sustituye, como parece hacerlo en algún momento una providencia pionera en esta tendencia, figuras dogmáticas consagradas en normas legales como es el dolo, por figuras extraídas directamente de estatutos internacionales¹⁴. No es éste un procedimiento correcto y es, además, innecesario: la jurisprudencia y la normatividad internacional sirven como fuentes para llenar de contenido, por ejemplo, tipos penales en blanco, pero no para sustituir figuras y, menos aún, para deducir tipos penales ad-hoc o para hacer simplemente analogía, y otros artificios que hoy parecen abrirse paso en la persecución de crímenes internacionales.

¹⁴ Éste es un problema concreto que se presentó, por ejemplo, en la sentencia de la Sala Penal con radicado No. 24448 del 12 de septiembre de 2007, MP: Augusto Ibáñez. En ella, se hace una remisión directa al Estatuto de Roma y a la norma que en él hace referencia a la exigencia de la intencionalidad en la comisión de los crímenes, casi sustituyendo la noción de dolo prevista en nuestro ordenamiento. O, por lo menos, es totalmente ambigua la argumentación.

4. OMISIÓN Y SUPERIOR JERÁRQUICO: CONEXIÓN DOGMÁTICA EN FUNCIÓN DE LA IMPUTACIÓN

Pero se trata, en todo caso y es lo que se resalta aquí, de una tendencia que sí consulta en muchas ocasiones los contextos en los cuales se han originado las conductas.¹⁵ Es un proceso que, como se dice, se viene abriendo paso y el punto de partida es la noción de responsabilidad del superior jerárquico. Así, para citar de nuevo la Sala Penal, en una providencia muy interesante y valiente, ella, reconstruyendo hechos típicos de aquello que se ha convenido en llamar “falsos positivos” que, como se dijo previamente, son crímenes infames cometidos contra cientos de personas desarmadas en función de beneficios institucionalizados en la guerra, establece lo siguiente: “Existen eventos de comportamientos realizados por servidores oficiales, los que en principio aparecen a la luz pública efectuados bajo el aparente mando de la legalidad o como resultado de presuntas acciones legítimas de defensa de la patria, la democracia y las instituciones”.¹⁶ No obstante, la Sala desmonta este supuesto y denuncia los crímenes cometidos contra civiles desarmados haciéndolos pasar como muertes en combate. Y, siendo ello importante en este contexto, la Sala afirma:

“En sus inicios, al tratarse de hechos singulares se los valora como casos aislados resultados 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”.

De esta forma, la Sala ilustra el contexto en el cual se dan los crímenes, liga patrones de conducta y constata que no se trata de meros

¹⁵ Así, en la providencia inmediatamente citada, con base en el contexto en el cual ocurrieron los hechos, se aclara que se trató de una masacre prácticamente anunciada contra personas inocentes, en relación con la cual un funcionario público actuó sin seguir protocolos en función de la protección de civiles que, en otros contextos, podría dar lugar a causales de ausencia de responsabilidad, pero que en este específicamente, sí podría dar lugar a imputación de responsabilidad con base en la omisión impropia. Es decir, un caso deleznable en abstracto, adquiere contenido en el contexto concreto. Por eso se ha insistido tanto en este trabajo, sobre la necesidad de dilucidar e ilustrar, ante todo, los contextos en los cuales han tenido lugar las conductas punibles.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 21 de octubre de 2009, proceso con radicado No. 25682, MP: Yesid Ramírez Bastidas.

autores materiales aislados y dirige su atención entonces al superior jerárquico. En la parte resolutive, además de confirmar la sanción a los autores materiales, ordena compulsar copias para que se investigue la conducta del comandante del batallón que operaba y opera en la zona y a “quienes participaron en este operativo militar”.

III. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL: TEORÍAS DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL

1. TEORÍA DE LA *JOINT CRIMINAL ENTERPRISE* (*EMPRESA CRIMINAL COMÚN*)

Para continuar con el estudio de la jurisprudencia internacional en el tema que nos ocupa, se estudia, en seguida, la teoría desarrollada por el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, denominada *joint criminal enterprise*. Este importante aporte en materia de imputación de delitos con énfasis en el los superiores jerárquicos surge, concretamente, en la discusión originada por la sentencia del caso *Prosecutor v. Dusko Tadic*, a la cual se hizo referencia en anteriores apartes de este documento. En este caso, el Tribunal inicia su argumento reconociendo que una gran mayoría de crímenes que son cometidos a nivel internacional,

“no resultan de la propensión criminal de solas individualidades, sino que constituyen manifestaciones de criminalidad colectiva: los crímenes son frecuentemente llevados a cabo por grupos de individuos quienes actúan de acuerdo a un diseño criminal común”¹⁷.

1.1. MACROCRIMINALIDAD Y *EMPRESA CRIMINAL COMÚN*

De esta forma, según el argumento, se debe partir del punto de vista de la denominada “macrocriminalidad”, tal como se ha dicho previamente en este escrito. Éste es, no obstante, en tanto supuesto fáctico, un supuesto que debe ser muy bien depurado, en la medida en que de él se pueden desprender consideraciones equivocadas en torno

¹⁷ Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Sala de Apelaciones, sentencia del 15 de julio de 1999, párr. 191.

a la lucha antiterrorista y suele ocasionar una restricción sistemática de garantías, o al uso equivocado de figuras como el concierto para delinquir. Pero se enfatiza el hecho de que, incluso en el contexto de la expedición del Estatuto de Roma, se partió siempre de la idea de la lucha contra la macrocriminalidad. Además, se hizo referencia desde un principio a la necesidad y conducencia de perseguir, en función de la macrocriminalidad, los más grandes criminales y los más graves crímenes.

Sigue el Tribunal en su argumentación reconociendo que, al momento de la consumación del delito, existió una división de tareas propia de las diferentes formas de coautoría, que conduce a que en la práctica sólo un número reducido de personas –desde una perspectiva global–, lleve a cabo la ejecución del ilícito, mientras que otro número importante de sujetos ejecutan acciones encaminadas a facilitar y contribuir a la comisión del mismo. De ahí que “la gravedad de semejante participación, es frecuentemente no menor de aquella de los que realmente llevan a cabo los actos en cuestión”¹⁸. Partiendo de dicha consideración, afirma el Tribunal que, si bien sólo se pueden considerar como autores materiales a aquellos que ejecutan efectivamente la acción, no se puede desconocer la calidad de coautores de quienes hubieren permitido que el perpetrador llevara a cabo el hecho¹⁹.

1.2. LA UNIÓN EN TORNO AL PLAN O *EMPRESA CRIMINAL COMÚN* COMO FUNDAMENTO DE LA TEORÍA

En este punto vale la pena recalcar que, según la teoría en estudio, las personas que cometen el delito de forma conjunta no tienen por qué pertenecer a ninguna organización militar, política o económica necesariamente. Lo que se subraya es el hecho de estar unidos en el *plan común*, pues el elemento que los une, gira alrededor de la participación libre y voluntaria que cada uno de los involucrados presta dentro de la consecución de un objetivo y propósito común que, según se afirma, deberá gozar del carácter de ilegal o ilícito. Es decir, no se trata de cualquier mero propósito o plan común. Adicionalmente, según lo reconocen autores a nivel internacional, “la doctrina de la

¹⁸ *Ibidem*, párr. 191.

¹⁹ *Ibidem*, párr. 192.

empresa criminal común exige también que tras el acuerdo inicial se ejecute el propósito criminal común”.²⁰ Este elemento, según doctrina especializada, permitiría también distinguir la *joint criminal enterprise* de la figura de la *conspiración* pues, frente a esta última, entre otras diferencias, no es necesario que se lleven a cabo las acciones tendientes a ejecutar el propósito común²¹.

En este sentido, la importancia material de la contribución de cada uno de los sujetos es irrelevante para la imputación del delito como coautor pues, según se desprende del raciocinio del TPIY, lo fundamental es que se comparta el propósito común y que, de una u otra forma, el sujeto contribuya o facilite la comisión del ilícito. Lo anterior, puede identificarse como el elemento subjetivo o *mens rea* de la *empresa criminal común*, en la medida en que, si los actos ejecutados por el sujeto no están directamente dirigidos al cumplimiento del propósito común, se estaría más frente a un supuesto de participación y no de coautoría, bajo la perspectiva de la jurisprudencia del TPIY. De ahí que se reconozca que:

“...contribuciones objetivamente importantes prestadas con el conocimiento de que se está facilitando la realización de dicho propósito, pero sin el deseo de que se realice el mismo, no son suficientes para dar lugar a responsabilidad penal conforme a la doctrina de la empresa criminal común”²².

De lo anterior se desprende lo que se podría definir como el primer elemento esencial de la *empresa criminal común*, consistente en que los sujetos que se unen alrededor del propósito criminal común deben desarrollar actos tendientes a ejecutar el mismo. En ese orden

²⁰ Héctor OLÁSULO, “El impacto de la primera jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en la distinción entre autoría y participación en la comisión de crímenes de guerra conforme al derecho penal internacional”, en: *Separata de la Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Universidad Central de Venezuela, No. 132, Caracas, 2008, p. 93.

²¹ El tránsito, desde el punto de vista histórico, de la conspiración a la teoría de la *joint criminal enterprise*, y con base en la aplicación de estas teorías por los tribunales penales internacionales, ha sido ilustrado por autores como Athanasios Chouliaras, “From ‘conspiracy’ to ‘joint criminal enterprise’: in search of the organizational parameter”, en: Carsten STAHN & Larissa VAN DEN HERIK (editores), *Future perspectives on international criminal justice*, T.M.C. Asser Press, La Haya, 2009, pp. 545-582.

²² Héctor Olásulo, *El impacto...*, 2008, p. 94.

de ideas, es fundamental para que tenga aplicabilidad la teoría, que cada uno de los sujetos involucrados contribuya en la ejecución del propósito común, con dolo directo, con el propósito concreto de que se consuman los resultados propios de la empresa criminal²³. De igual forma, según lo afirma el Tribunal, no se exige necesariamente que exista un plan previo tendiente a la realización del ilícito, pues incluso se puede inferir dicho plan de la materialización del delito, “por una pluralidad de personas actuando al unísono para llevar a cabo la empresa criminal común”²⁴.

1.3. LA DISCUSIÓN EN TORNO DEL DOLO

Ahora bien, según se reseñó, el sujeto debe participar de forma dolosa en la ejecución del plan o propósito común. No obstante, dicha participación no implica que el mismo sea el ejecutor de la conducta *per se*. Esto, toda vez que, según lo afirma el Tribunal en su providencia, basta con que el sujeto contribuya o asista en la ejecución del propósito común, para que se entienda que fue coautor de todos los ilícitos que el mismo implicaba. Es debido a este criterio subjetivo, de la ejecución de la empresa común, que parte de la doctrina afirma que:

“De cierta forma se aprecia (...) la intención de tratar como coautores a todos aquellos que ayudan al ejecutor material en el hecho punible. Se trata de una especie de concepto unitario de autor, acudiendo a un criterio subjetivo como el llamado ‘propósito común’²⁵.”

En esta teoría se percibe un acento marcado en la exigencia de una especie de dolo directo, visto desde la perspectiva continental; así, el acento no radicaría tanto en aspectos objetivos de la conducta, sino en el fin común, en el hecho de compartir dicho fin y de contribuir, con dolo directo, a la consumación de los delitos materia del plan común. Por esa razón, se puede extender considerablemente. Así, como lo sintetiza

²³ Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Sala de Apelaciones, sentencia del 15 de julio de 1999, párr. 227.

²⁴ *Ibidem*, párr. 227.

²⁵ Juan Luis MODOLELL, “Problemas de autoría en la sentencia del 29 de enero de 2007 de la Sala de Cuestiones Preliminares I de la Corte Penal Internacional (Confirmación de cargos contra Thomas Lubanga Dyilo), en: Kai Ambos y Montserrat de Hoyos Sancho (coordinadores), *Cuestiones esenciales en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional*, Granada, 2008, p. 96.

un autor citado que, a su vez, recoge las más diversas providencias de tribunales internacionales, se incluiría también "...a los soldados de baja graduación que realizan personalmente los elementos objetivos del tipo y a los líderes políticos y militares que, tras planearlo, dirigen su comisión"²⁶.

1.4. POSIBLE EXTENSIÓN INCONTENIBLE DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

Nótese que, conforme a esta teoría y de acuerdo con esta conclusión, se pueden sancionar dos tipos de actores: de un lado, ella se extiende o logra extenderse a aquellos que, como en el caso de los "patrulleros" de las autodefensas, pese, digamos a que en sí mismos no hayan cometido crímenes internacionales o, en todo caso, los más graves, serán responsables por su mera pertenencia, siempre y cuando se compruebe el hecho de compartir una *empresa criminal común*. De otro lado, se extiende o extendería también a los líderes, no sólo militares, sino también "políticos" que han o habrían planeado el plan común. (Se agregaría, tal como se ha citado en tanto exigencia de los tribunales, la "dirección de la comisión" de los delitos correspondientes al plan). Pero, ¿cómo se define y cómo se prueba ello? ¿Cuáles son los límites objetivos y, más, aún, casi subjetivos que permiten establecer la dirección de la comisión, de la ejecución efectiva? Son preguntas fundamentales alrededor de esta teoría. Tanto más hoy, en nuestro medio, cuando se vienen produciendo providencias en el escenario problemático y en extremo conflictivo de la denominada "parapolítica".

1.5. FORMAS DE *JOINT CRIMINAL ENTERPRISE*

Puede establecerse que el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia reconoce tres formas de *empresa criminal común*, cada una de las cuales tiene sus propios requisitos específicos, en

²⁶ Héctor OLÁSULO, *El impacto...*, 2008, p. 94.

cuanto a los elementos subjetivos y objetivos que la integran.²⁷ Son ellas las siguientes:

1. La primera de las formas de empresa criminal, tiene lugar en cuanto, o en la medida, en que “todos los participantes del propósito común, poseen la misma intención criminal de cometer un crimen (y uno o más de ellos de hecho perpetrar el crimen con dicha intención)”²⁸. Este supuesto, parece encajar en la forma genérica explicada hasta ahora, en cuanto al elemento subjetivo (propósito común) y a la necesidad de que los “asociados” ejecuten cualquier tipo de acción tendiente a facilitar el cumplimiento del mismo.

2. La segunda forma se hace patente en el caso, por ejemplo, de los denominados “campos de concentración”, hecho respecto del cual el elemento subjetivo cambia, al requerirse el conocimiento de “la naturaleza del sistema de maltrato” y la intención de secundar el propósito común de maltrato.²⁹ Es importante tener presente que dicha intención puede inferirse incluso de la naturaleza de la autoridad que detente el sindicato al interior del campo o de la organización jerárquica. Cabe recordar que en este caso también se debe cumplir algún *rol* o *tarea* tendiente a facilitar o impulsar el sistema organizado o sistematizado de maltrato.

3. Finalmente, la tercera forma implica que sólo se aplicará la noción de propósito común cuando se cumplan los siguientes requisitos respecto del elemento subjetivo: “(i) la intención de tomar parte en la empresa criminal común y continuar –individual y de forma conjunta– el propósito criminal propio de dicha empresa; y (ii) la previsibilidad de la posible comisión por otros miembros del grupo, de delitos que no constituyen el objeto del propósito criminal común”³⁰.

Ahora bien, una parte de la doctrina afirma que sólo constituyen formas de coautoría las dos primeras, en la medida en que aquellas cumplen con los requisitos de propósito común y ejecución de actos

²⁷ Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Sala de Apelaciones, sentencia del 15 de julio de 1999, párr. 220.

²⁸ *Ibidem*, párr. 220.

²⁹ En el idioma original de la sentencia, se denomina *the system of ill-treatment* a aquello que en el presente estudio se ha denominado *sistema de maltrato*.

³⁰ *Ibidem*, párr. 220.

tendientes, cuando menos, a facilitar el cumplimiento de dicho propósito³¹. En esa medida, la tercera categoría de empresa criminal constituiría una especie de “extensión de la empresa criminal común”, pues los delitos que se cometen estarían por fuera del propósito común que permite la cohesión del grupo y, sin embargo, le son imputables a los miembros del mismo, que si bien no compartían ese segundo propósito, sí pudieron prever su comisión.³²

Es importante hacer referencia a la diferenciación que realiza el Tribunal “... entre actos en ejecución (*pursuance*) de un propósito común de cometer el crimen, y el auxilio e instigación”³³. De esta manera, como evidencia Modolell González, interpretando la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia,

“...en los casos de auxilio e instigación no se requiere la prueba de la existencia de un plan común, mucho menos la preexistencia de un plan semejante, incluso se acepta que el autor (*principal*) no tenga conocimiento de la contribución del cómplice (...). Igualmente, el ayudante o el instigador llevan a cabo actos específicamente dirigidos a asistir, fomentar o dar soporte moral a la perpetración de un crimen específico, soporte que tiene un sustancial efecto sobre la perpetración del crimen”³⁴.

Y recalca, el autor, un hecho fundamental que configura esta forma de autoría, pero lo relativiza de alguna manera: “Por su parte, en los casos de acciones en ejecución de un propósito o designio común, es suficiente que los participantes ejecuten actos que de alguna manera estén dirigidos a llevar a cabo el propósito o plan común”³⁵.

³¹ Juan Luis MODOLELL, en: *Loc. cit.*, p. 97.

³² Para abordar el contexto de esta especie de extensión, sirva como referencia la providencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, *Prosecutor v. Vasiljevic*, Sala de Apelaciones, sentencia del 25 de febrero de 2004, párr. 99.

³³ Juan Luis MODOLELL, en: *Loc. cit.*, p. 98.

³⁴ *Ibíd.*, p. 98.

³⁵ *Ibíd.*, p. 98. Para mayor información ver: Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia, *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Sala de Apelaciones, sentencia del 15 de julio de 1999, párr. 229.

Por esa razón habíamos introducido la pregunta anterior, respecto por ejemplo de los líderes políticos –en ocasiones muy lejanos de los lugares de los hechos– sobre el alcance en la exigencia de dirección de la ejecución del propósito criminal. En este autor, como se ve, se relativiza, en la medida en que observa como suficiente la ejecución de actos que “de alguna manera” se dirijan a la ejecución del plan. Es una exigencia más relativa y por eso se ha introducido aquí la pregunta sobre cuáles serían los criterios para determinar el grado de participación efectiva de líderes políticos en el caso colombiano, en caso de que se guíe una decisión con base en esta teoría. Ello es, tanto más importante, no sólo, como se ha dicho, por el caso de la “parapolítica”, sino porque de hecho, como se ha advertido, dicha teoría está siendo discutida en el proceso de Justicia y Paz, por parte de organizaciones de víctimas, que exigen que ella se impulse a toda costa.

Por último, valga señalar sobre la teoría de la *empresa criminal común*, que en el taller llevado a cabo con diferentes operadores jurídicos los días 12 y 13 de noviembre de 2009, se realizaron algunas críticas a la misma, al discutir los casos que fueron trabajados sobre este tema. Algunos operadores señalaron que es una teoría muy extensiva que, en casos como el colombiano, en el cual, por su magnitud por ejemplo, no es posible castigar a todos aquellos que han pertenecido a un grupo y, por ello existen salidas como el principio de oportunidad, un castigo extendido podría inviabilizar aún más el proceso. De hecho, según se dijo, una extensión tal, sobre todo a los patrulleros o soldados rasos, haría inviables fórmulas para aplicar algún tipo de beneficios, en escenarios de negociación, a sujetos que han participado de designios criminales, pero cuyas acciones no constituyen directamente crímenes internacionales³⁶.

³⁶ Esta teoría también ha tenido sus críticos a nivel internacional. Para profundizar en ello y en el contexto general de las diversas dificultades para la imputación de responsabilidad penal individual en contextos de crímenes masivos, se recomienda el texto de Gideon Boas, “The difficulty with individual criminal responsibility in international criminal law”, en: Carsten Stahn & Larissa van den Herik (editors), *Future perspectives on international criminal justice*, T.M.C. Asser Press, La Haya, 2009, pp. 501-519.

2. COAUTORÍA BASADA EN EL DENOMINADO *JOINT CONTROL OVER THE CRIME*

Se reseñan en seguida aspectos fundamentales de la teoría según la cual es coautor aquel que ostenta un *dominio funcional* del hecho. Esta teoría se encuentra relacionada con posturas adelantadas por diversos autores de la tradición continental, entre ellos y de manera particular, con Claus Roxin, en la medida en que éste reconoce que, para que a una persona le sea imputable un delito a título de coautor, no es necesario que la misma haya perpetrado físicamente el ilícito, sino que dicha calidad se pueda deducir del “control” efectivo que tal sujeto tenga o haya tenido sobre la comisión del delito³⁷.

Ahora bien, es preciso acotar que, a pesar de esta comparación, no se debe olvidar, no obstante, que es una teoría surgida por un tribunal en el cual ha tenido una mayor injerencia la tradición anglosajona, aunque ya en su ejercicio práctico, ella se nutre de la tradición continental. Son temas de derecho comparado muy interesantes: los tribunales se citan entre sí y, además, buscan apoyo en teorías elaboradas en tradiciones diferentes.

Tiene sentido por ello la alusión a Roxin, en tanto que la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional, asume el estudio de categorías dogmáticas cercanas a nuestra tradición, pero existen diferencias o particularidades importantes que se deben tener en cuenta. En todo caso, puede decirse, respecto de esta teoría, que ha tenido lugar un avance, si se quiere, desde el “ambiguo, contradictorio, indeterminado y empírico criterio de la *joint criminal enterprise*”³⁸.

Pero esta teoría también tiene sus límites y es problemática. Además, hay que matizar esta conclusión de un autor citado: “la Sala de Cuestiones Preliminares en el caso Lubanga, realiza un giro hacia categorías más dogmáticas para fundamentar la coautoría”³⁹. Aunque ésta no sea necesariamente la idea del autor, hay que advertir que no se debe reducir o entender lo dogmático como lo único que

³⁷ Véase, a manera de ejemplo, el texto clásico de Claus ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, traducción de la séptima edición alemana adelantada por Cuello Contreras y Serrano Gómez, Madrid, 2002, capítulo séptimo, “El dominio del hecho funcional”, pp. 305 y ss.

³⁸ Juan Luis MODOLELL, en: *Loc. cit.*, p. 99.

³⁹ *Ibidem*, p. 99.

es verdaderamente científico, y mucho menos pensar que tan sólo es dogmático o científico, lo que se produce en nuestra tradición continental; criterios basados en discrecionalidad técnica, propios de la tradición anglosajona, por ejemplo, también pueden ser muy útiles y valiosos. De hecho, además, en tribunales internacionales ha prevalecido la tradición anglosajona. Lo importante es, en todo caso, desarrollar argumentos convincentes, conforme a los contextos tan problemáticos que se manejan.

Aunque no todas las características concebidas por Roxin, tienen cabida en la teoría que se comenta, o se expresan en la sentencia, sí es importante destacar, entre otros aspectos fundamentales, el hecho, subrayado por el autor, relacionado con la “posición clave” de cada interviniente en la ejecución de la conducta. Así, hay acciones respecto de las cuales, la no participación, por separado, de los intervinientes, anula el plan común: son ellos y sus acciones, necesarios, claves, de tal manera que cada autor tiene la capacidad para impedir la realización del delito; de la forma contraria y ésta es una operación que debe hacer el intérprete del caso, se diría que cada uno de los intervinientes, denegando su intervención, genera el fracaso del hecho.

De esta forma, “funcional” es, para Roxin, el dominio –en relación con la coautoría–, como forma autónoma del dominio del hecho. Se trata del “dominio conjunto del individuo, resultado (...) de su función en el marco del plan global”. Por ello, “el interviniente no puede ejecutar nada solo; la intimidación de los empleados del banco o el sujetar a la víctima no realizan el resultado: únicamente si el compinche coopera ‘funciona’ el plan. Pero también el otro se ve igualmente ‘desamparado’; de no quedar inmovilizados los empleados del banco, sería detenido, y de no sujetar a nadie la víctima, ésta se defendería o huiría”. Concluye entonces Roxin: “Así, pues, para ambos la situación es la misma: sólo pueden realizar su plan actuando conjuntamente; pero cada uno por separado puede anular el plan conjunto retirando su aportación”⁴⁰.

⁴⁰ Agrega ROXIN como conclusión una reflexión muy interesante en la perspectiva de la actuación propia de la macrocriminalidad: “Este género de ‘posición clave’ de cada interviniente describe con exactitud la estructura de la coautoría, algo que no se pone de manifiesto en un sentido previo dado. Si dos personas gobiernan conjuntamente una región, esto es, son co-señores en un sentido literal, ello suele manifestarse en que cada uno, al adoptar medidas, está vinculado a la

3. LA PROVIDENCIA CONTRA THOMAS LUBANGA: LAS TRADICIONES JURÍDICAS EN ACCIÓN

Una vez se han adelantado estas aclaraciones previas, es pertinente referir de manera sintética la situación que sirvió de base a la expedición de la sentencia de la Corte Penal Internacional en la cual se ha aplicado la teoría que se comenta. Es fundamental considerar que Lubanga se desempeñó como presidente *de jure* de la Unión de Patriotas Congoleños para la Reconciliación y la Paz (UPC/RP), además de tener el control *de facto* sobre la adopción e implementación de sus políticas.⁴¹ De igual forma, Lubanga era comandante en jefe, tanto de *jure* como de *facto*, del ala militar de la UPC/RP, también conocida como FPLC (Fuerzas Patrióticas para la Liberación del Congo). El tema es muy importante para este escrito, en la medida en que se trata de reclutamiento de menores. Así, según la Corte Penal Internacional,

“ii) Thomas Lubanga Dyilo asumió un papel esencial de coordinación general en la ejecución del plan común, en particular de la siguiente manera:

- manteniendo contactos directos y continuos con los otros participantes en el plan común que estaban a cargo de la ejecución de los diferentes aspectos de su ejecución,
- inspeccionando varios campos de entrenamiento militar de las FPLC con el fin de animar a los nuevos reclutas de las FPLC, incluidos los niños menores de 15 años, y a prepararlos a participar en las hostilidades,
- proporcionando los medios financieros necesarios para la ejecución del plan común;

iii) Thomas Lubanga Dyilo cumplió personalmente otras funciones en la ejecución del plan común, entre ellas:

cooperación del otro. El reverso de este proceder consisten necesariamente en que cada uno, denegando su intervención, determina que la medida fracase”. Claus ROXIN, *Op. cit.*, p. 309.

⁴¹ Corte Penal Internacional, *Prosecutor v. Lubanga*, Sala de Primera Instancia I, sentencia del 29 de enero de 2007, párr. 368.

- animar a que se contribuyera al esfuerzo de guerra proporcionando a las FPLC reclutas jóvenes, y en particular niños menores de 15 años, y
- recurriendo a niños menores de 15 años para conformar su guardia personal⁴².

Según lo encontró la Corte, se reclutaron en el seno del FPLC menores de edad, situados por debajo de los 15 años, que fueron efectivamente sometidos a entrenamiento militar dentro de campos especializados para esa labor. De igual forma, la sentencia establece que los líderes militares realizaban visitas frecuentes a dichos campos de entrenamiento, por lo que resultaba imposible que no conocieran sobre el reclutamiento de los menores, sobre todo si se tiene en cuenta que dichos menores hacían las veces de guardaespaldas personales de los altos mandos⁴³.

La Corte encuentra, respecto de la teoría que se estudia, que el elemento fundamental del co-dominio del hecho radica en:

“el principio de división de tareas para la comisión del delito entre dos o más personas que actúan de manera concertada (...), en la medida en que ninguno de los coautores individualmente considerado tiene el control total sobre el delito, pues depende de los otros para su comisión. Cada uno de los coautores comparte el control, pues podría frustrar la comisión del crimen al no cumplir o llevar a cabo la función que le ha sido asignada⁴⁴.”

Según se deduce de lo anterior, será coautor todo aquel que tenga la posibilidad de frustrar la comisión del ilícito mediante la omisión en el cumplimiento de su función dentro del grupo criminal, y “sólo si todos y cada uno de los coautores realizan su contribución de manera coordinada se producirá la consumación del delito⁴⁵.”

Por ello, se recalca aquí, la sentencia exige la necesaria participación de todos los sujetos para la consumación del hecho. Es en ese sentido, que puede concebirse el efectivo *control over the*

⁴² *Ibíd.*, párr. 383.

⁴³ *Ibíd.*, párr. 379.

⁴⁴ *Ibíd.*, párr. 342.

⁴⁵ Héctor OLÁSULO, *El impacto...*, 2008, p. 104.

crime. Así, parafraseando el párrafo 342 de la providencia, se tiene que, para la Corte, si bien ninguno de los participantes tiene el control del *conjunto* de la infracción, pues dependen unos de otros para su comisión, todos ellos comparten el control, pues se tiene que cada uno podría comprometer la comisión final del crimen, si no ejecutan su tarea.

En escenarios en los cuales hay un compartimiento extraordinario de tareas, en los cuales las órdenes se disgregan en un aparto o máquina criminal –piénsese por ejemplo en una desaparición forzada, donde quien la ejecuta materialmente es apenas un eslabón en una cadena invisible de sujetos que ni siquiera actúan entre sí, están desconectados, obedecen órdenes fragmentadas–, tiene alguna lógica esta teoría que quiere enfatizar aportes individuales a causas comunes que serían inviábiles sin el aporte conjunto. (Ello, sin perjuicio, como se verá, de la pertinencia mejor, en pensar, para estos casos, en la fórmula de autoría mediata en estructuras organizadas de poder, basada en el control efectivo de estas estructuras. El acento no estaría en el control sobre el crimen o los hechos, sino sobre el aparato que de manera coordinada los produce).

3.1. SOBRE EL TIPO DE CONTRIBUCIÓN DE LOS INTERVINIENTES EN LOS HECHOS

La Corte Penal Internacional avanza en el desarrollo de la teoría, no la desea dejar al mero arbitrio del intérprete para establecer el tipo de contribución, y para ello desarrolla elementos objetivos y subjetivos, que serían necesarios para aplicarla con más consistencia. Ahonda, entonces, en el supuesto de que “la participación en la comisión de un crimen sin coordinación con otro perpetrador, cae por fuera del espectro contemplado por el artículo 25 (3) (a), del Estatuto de Roma”⁴⁶. Adicionalmente, en la Sentencia se identifica que dicho plan común debe incluir un elemento de criminalidad o, en otras palabras, debe estar construido en torno a la posible comisión de un delito, independiente de que éste pueda o no hacerse patente desde un principio. (Es algo interesante, aunque es un hecho la aparición de

⁴⁶ Corte Penal Internacional, *Prosecutor v. Lubanga*, Sala de Primera Instancia I, sentencia de 29 de enero de 2007, párr. 343.

dificultades probatorias. Pero tiene sentido en estructuras criminales en las cuales un sinnúmero de actos no constituyen en sí delitos. Esto, empero, acotado por la noción de dolo eventual, como se verá a continuación).

Bajo esta perspectiva, reconoce la Corte que el requisito del elemento criminal se encuentra satisfecho incluso cuando los “coautores han acordado (a) empezar la implementación del plan común para alcanzar un objetivo no criminal, y (b) sólo cometer el crimen si ciertas condiciones se cumplen”.⁴⁷ De igual forma, se entiende cumplido dicho elemento, en el supuesto en que “los coautores (a) son conscientes del riesgo de que la aplicación del plan común (que se dirige específicamente a la consecución de un objetivo no criminal), se traducirá en la comisión del delito, y (b) la aceptación de ese resultado”⁴⁸. Es ello, esta especie de dolo eventual, ligado en todo caso al plan común, aquello que sirvió para la imputación del reclutamiento ilegal de menores, hecho concreto que se juzgaba en el caso que se estudia. Respecto del plan común, se dice que él,

“... consistía en promover la campaña militar de la UPC/RP y de las FPLC mediante: (i) el reclutamiento voluntario o forzoso de jóvenes en las FPLC (ii); su entrenamiento militar; y (iii) su utilización para participar activamente en operaciones militares y como guardaespaldas encargados de proteger objetivos militares”⁴⁹.

La Sentencia aclara que, si bien el plan común no tenía en un principio concebida la comisión del delito de reclutamiento de menores de 15 años, el plan sí conllevaba un alto riesgo de que dicho resultado se generara lo que, según se vio, es un presupuesto suficiente para aplicar la teoría en estudio. De esta manera, como lo concibe un estudio reseñado:

“Es importante subrayar que el plan común no se dirigía específicamente a la comisión de ningún delito, algo que fue reconocido por la propia SCP I. Sin embargo, la SCP I subrayó que dicho plan contenía un elemento de criminalidad porque, a pesar de no ir específicamente dirigido a niños menores de

⁴⁷ *Ibidem*, párr. 344.

⁴⁸ *Ibidem*, párr. 344.

⁴⁹ Héctor Olásolo, *El impacto...*, 2008, pp. 107-108.

quince años (se dirigía a jóvenes en general), su ejecución conllevaba el riesgo de afectar a los mismos⁵⁰.

En segundo lugar, dentro de la perspectiva de los requisitos objetivos, la Corte afirma que, adicional al plan común, debe existir una contribución esencial realizada de forma coordinada por cada uno de los coautores, la cual debe dar como resultado la realización de los elementos objetivos del tipo penal. En este sentido, afirma la Corte, que “sólo aquellos a los que se les ha asignado una tarea esencial, y quienes en consecuencia tienen el poder de frustrar la comisión del delito al no ejecutar dicha tarea, puede decirse que tienen el dominio funcional del hecho”⁵¹. Adicionalmente, la sentencia reconoce que el Estatuto de Roma no exige que el carácter esencial de la tarea esté limitado en su ejecución al momento de la ejecución del crimen como tal.

Este elemento se ve reflejado en el caso Lubanga desde varias perspectivas. De un lado, según lo afirma la sentencia, el sindicado antes de su detención en Kinshasa, asumió un rol esencial en la coordinación y ejecución del plan común urdido entre él y sus compañeros, en la medida en que realizaba giros de recursos que buscaban financiar las actividades de reclutamiento y entrenamiento militar de los jóvenes, al mismo tiempo que fue el encargado de la logística de dicha actividad, mediante consultas permanentes con los otros miembros del plan común y visitas a los campos de entrenamiento para animar a los menores reclutados a participar en el conflicto⁵².

De igual forma, según se indicó con anterioridad, Lubanga usó, dentro de sus guardaespaldas personales, a menores de 15 años, promoviendo el hecho de que las familias Hema contribuyesen a las actividades militares, alistando de forma “voluntaria” a los niños reclutados. (Nótese que se hace referencia al hecho de “usar” menores, lo cual nos conecta con lo expuesto a propósito del reclutamiento ilegal de menores y el Código Penal colombiano).

Finalmente, es importante destacar que, en este punto, se percibe una diferencia fundamental con la teoría de la *empresa criminal común*, en el entendido de que ésta última, tal y como se explicó en

⁵⁰ *Ibíd.*, p. 108.

⁵¹ Corte Penal Internacional, *Prosecutor v. Lubanga*, Sala de Primera Instancia I, sentencia de 29 de enero de 2007, párr. 347.

⁵² *Ibíd.*, párr. 383.

su momento, no exige que la contribución realizada por el sujeto goce del carácter esencial, es más, según lo dispuso la sentencia del caso *Prosecutor v. Dusko Tadic*, basta con que se lleve a cabo una tarea de menor importancia, siempre y cuando la misma sea ejecutada con dolo directo y respecto de la consumación efectiva del propósito criminal común.

En contraste con dicha posición, y tal y como se acaba de estudiar, la teoría del dominio funcional del hecho exige que la contribución sea esencial, en la medida en que la omisión de dicha contribución tiene la virtualidad de frustrar la comisión del ilícito. También, desde luego y como se ha visto, en la decisión se destaca el elemento subjetivo, acorde con la exigencia general que hace el Estatuto –con limitaciones vistas, por ejemplo con el conocimiento jurídico detallado de estructura de crímenes de guerra–, del obrar con *intencionalidad*.

Se acentúan en este libro las referencias al dolo eventual, precisamente para cubrir resultados probables, “dejados al azar”, como dice nuestro Código, y que se presentan de hecho en casos de violaciones múltiples de derechos humanos. Así, con base en el artículo 30 del Estatuto y con base en decisiones previas, se reconoce que, además de *dolus directus*, se deben acatar situaciones en donde el sospechoso (a) está consciente del riesgo de que los elementos objetivos del crimen pueden resultar de sus acciones u omisiones y (b) acepta dicho resultado haciéndose a la idea de él o consintiendo al mismo (también conocido como *dolus eventualis*)⁵³. De esta forma, estaría cubierta la probabilidad de que, frente a reclutamientos sistemáticos, por supuesto, se pudieran reclutar también menores de 15 años. Se reconoce que Lubanga y sus compañeros de plan común, habían aceptado mutuamente esa posibilidad al haberse “hecho a la idea” de la misma. También, desde luego, se probó la plena conciencia que tenía Lubanga del rol que desempeñaba en ese plan común. Así, se resume la posición sobre esta forma de autoría:

“... es necesario que el sospechoso sepa i) que su papel es esencial para la ejecución del plan común y por lo tanto de la comisión del crimen, y ii) que esté en capacidad, en razón del carácter esencial de su tarea, de obstaculizar la ejecución del

⁵³ *Ibidem*, párr. 352.

plan común y por lo tanto la comisión del crimen, y ello como consecuencia de su negativa a cumplir la tarea que le ha sido asignada”⁵⁴.

3.2. EL CASO LUBANGA: ¿COAUTORÍA POR DOMINIO FUNCIONAL DEL HECHO O AUTORÍA MEDIATA EN ESTRUCTURAS DE PODER?

Un vez se ha llegado a este punto, tal como lo hace, además, un autor citado y coincidiendo con la pregunta que nos hemos hecho cuando se hacía referencia a la desaparición forzada, es consistente inquirir sobre si el caso Lubanga, ¿podría mejor ser concebido como un “supuesto de coautoría o de autoría mediata en estructuras organizadas de poder?”⁵⁵.

4. AUTORÍA MEDIATA A TRAVÉS DE ESTRUCTURAS ORGANIZADAS DE PODER

Es una pregunta interesante y tiene mucho sentido. De hecho, además, el autor de este escrito, en los más diversos escenarios, ha insistido en la consistencia de esta última teoría para el caso colombiano. En todo caso, la realidad fáctica así lo amerita o lo permite⁵⁶.

⁵⁴ *Ibidem*, párr. 367.

⁵⁵ Juan Luis MODOLELL, en: *Loc. cit.*, p. 107

⁵⁶ El autor de este escrito destaca la apertura que entre los profesores colombianos se viene dando en función de la posible aplicación de la teoría. Es el caso por ejemplo de la discusión que se generó en el foro internacional especializado sobre el tema de la autoría, que tuvo lugar a instancia de la facultad de derecho de la Universidad de los Andes, con el título de “Congreso Internacional de Derecho Penal, sobre la Autoría y la participación”, los días 5, 6, y 7 de septiembre de 2007, y en el cual el autor de este escrito presentó una conferencia especializada sobre autoría mediata, que concluía con el análisis de la providencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en el caso de la masacre de “Machuca”, en la cual la Sala Penal aún se negaba a aceptar esta tesis y abogada de nuevo por la noción de coautoría impropia. En todo caso, en dicho congreso se criticó severamente el uso de esta figura en actuaciones propias de la macrocriminalidad y la necesidad de buscar otras alternativas dogmáticas. Hoy existe mucho más consenso en torno a esta necesidad de avanzar en el desarrollo de niveles de sofisticación y de argumentación. Se cita, a manera de ejemplo y por su perspectiva comparada, el trabajo coordinado por Kai Ambos, titulado: *Imputación de crímenes internacionales de los subordinados al dirigente*, GTZ, Embajada de Alemania, Temis, entre otras, Bogotá, agosto de 2008.

El autor que se cita, introduce la pregunta, a partir de una serie de cuestionamientos y críticas que adelanta a la teoría del dominio funcional del hecho impulsada por la Sala de la Corte Penal Internacional. Su pregunta, además, se fundamenta en el hecho cierto, de que el Estatuto de Roma permite la atribución de responsabilidad penal con base en la autoría mediata, ya que el artículo 25 (3) (a), se refiere a la autoría realizada “por sí sólo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable”. Es una observación correcta y se aprovecha la misma para hacer alusión a esta fórmula de autoría.

4.1. ¿PERMITE EL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO LA APLICACIÓN DE ESTA FÓRMULA DE AUTORÍA?

Abandonando el caso concreto de la Corte y la teoría del dominio funcional del hecho, y abordando el tema de la autoría mediata en sí, un aspecto de su aplicación ha sido cuestionado en nuestro país, a partir del artículo 29 del Código, ya que éste establece que es autor quien actúa por sí mismo o “utilizando a otro como instrumento”. Se recalca, entonces, que sólo las dos formas de autoría mediata clásicas o tradicionales, la coacción ajena y el engaño, respetarían el postulado normativo, pero, la tercera forma desarrollada por Roxin, no lo haría, en la medida en que en la autoría mediata en estructuras de poder, el autor material, el “hombre de adelante”, actúa plenamente responsable.

Se trata de un reproche válido, en estricto sentido dogmático. No obstante, si se piensa en el requisito de la *fungibilidad* de los autores materiales, tal como ha sido plenamente desarrollado por la doctrina y los tribunales y si, como sucede de hecho en la práctica cotidiana de actuación de las máquinas de guerra, el dominio sobre el aparato, por parte del “hombre de atrás”, es tan brutal e irreductible, puede pensarse y ello es coherente dogmáticamente, que ese autor material, responsable en principio, es convertido prácticamente en una especie de instrumento⁵⁷.

⁵⁷ Se hace remisión al texto básico en el cual Claus Roxin expuso por primera vez esta teoría, a partir de su estudio del juicio de Eichmann en Israel. Es siempre fundamental ir primero a la fuente original y de allí hacer seguimiento del desarrollo de una teoría que, además, no fue aplicada en Alemania inicialmente, sino en países como Argentina respecto de la actuación de militares ligados a grandes

4.2. FUNGIBILIDAD E INSTRUMENTALIZACIÓN SISTEMÁTICA DE LOS AUTORES MATERIALES

Hay, por ejemplo, en el proceso de Justicia y Paz, decenas de narraciones en las que se confiesa, por parte de patrulleros rasos, que éstos eran enviados en grupos de tres o cuatro a cometer crímenes y que si no lo hacía uno (que es muchas veces apenas un NN, sin nombre, ni cédula, ni registro civil de nacimiento), lo hacía el siguiente o el siguiente... Se trata de casos de fungibilidad pura y la decisión de persecución tiene lugar más en el ámbito político-criminal: no se trata de “perdonar” autores materiales responsables, sino de sancionar con el mayor rigor y teniendo en cuenta la limitación de los recursos, a los mayores responsables; al superior jerárquico, centro de elaboración temática de este capítulo. Son disyuntivas casi morales frente hechos sin soluciones únicas: ¿qué se hace? ¿Se persigue hasta el último autor material dentro de un grupo de 20.000 desmovilizados? O, mejor, ¿se elaboran fórmulas apropiadas para “subir”, literalmente dentro de los aparatos –para ser gráficos–, de tal forma que se sancione, con recursos humanos y técnicos limitados, a los más responsables?

4.3. RETICENCIA TRADICIONAL DE LA SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA PARA APLICAR LA TEORÍA

En la jurisprudencia del juez penal colombiano de mayor jerarquía, hasta el caso de la denominada “masacre de Machuca”, en el contexto del cual se alegó con mucho fundamento por el agente del Ministerio Público que interpuso el recurso de casación y por la vista fiscal del delegado ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, que se debía castigar a la cúpula del ELN con base en la teoría mencionada, por los hechos cometidos y, a manera de dolo eventual, la Sala Penal de la Corte no aceptaba en ningún caso la teoría. Seguía apostando por la coautoría impropia⁵⁸. Ello, a pesar de que ya, en la

empresas criminales de violación de derechos humanos. El gran profesor alemán aborda el estudio de esta tercera forma de autoría mediata, en el contexto del “Dominio de la voluntad”. Así, se trata del “Dominio de la voluntad en virtud de estructuras de poder organizadas”. Claus Roxin, *Op. cit.*, 269 y ss.

⁵⁸Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 7 de marzo de 2007, proceso con radicado No. 23825, MP: Javier Zapata Ortiz.

Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía, por lo menos desde el año 2004, se venía aplicando esta teoría en casos emblemáticos. Por ejemplo, en un caso en el cual un indígena fue hallado responsable como miembro de un grupo guerrillero de diversas conductas imputadas, la Fiscalía establece la “necesidad de entender que en las estructuras organizadas de carácter ilegal como son los grupos subversivos, existe una manifestación del dominio mediato del hecho, como es el dominio de la voluntad en virtud de dichas estructuras de poder organizadas”⁵⁹.

4.4. DECISIONES PIONERAS DE LA FISCALÍA

La Fiscalía se adentra en el estudio de las tesis de Roxin, cita textualmente al profesor alemán, hace relación a la fungibilidad del autor y concluye:

“Esta teoría, antes que una posición dogmática, refleja lo que sucede en organizaciones como las FARC, en donde quienes conforman su cúpula (...) pueden confiar que sus órdenes se van a cumplir sin que tengan que conocer al ejecutor, sin que tengan que acudir a medios coactivos o engañosos, pues saben que si uno de los miembros que participan en la comisión de los delitos no cumple su cometido, otro lo reemplaza, no quedando afectada la ejecución del plan global”⁶⁰.

Se trata de una posición doctrinal que se ha repetido en el ente investigador donde, especialmente en la Unidad de Derechos Humanos, ha venido haciendo carrera la teoría.⁶¹ Ello, sin perder de vista el hecho, desde luego, que en el proceso de Justicia y Paz, por

⁵⁹ Fiscalía General de la Nación, Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, proceso con radicado No. 1556 de 13 de mayo de 2005, p. 24.

⁶⁰ *Ibíd.*, p. 24.

⁶¹ Por ejemplo, en otra decisión de la misma Unidad, la Fiscalía sienta su posición frente a la autoría. Reconoce y en ningún caso elude el hecho de que la responsabilidad penal es individual; no obstante, considera que las complejas actuaciones de individuos que operan en organizaciones o estructuras de poder, “no se pueden construir con los baremos del delito individual”. La Fiscalía cita a Roxin y su tesis central del dominio del hecho por dominio de la voluntad en organizaciones de poder. Se trató, de un caso en el que más de 40 sujetos activos fueron individualizados. Es decir, se trató de una verdadera estructura o aparatos de poder. Fiscalía General de la Nación, Unidad Nacional de Derechos Humanos

ejemplo, no es aún mayoritaria la posición de la Fiscalía respecto de la aplicación de la teoría⁶².

4.5. ANACRONISMO DE LA TESIS DE COAUTORÍA IMPROPIA EN CASOS DE VIOLACIONES DERECHOS HUMANOS Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

No obstante lo expuesto, al mes de marzo de 2010 que se concluye la elaboración de este trabajo, en la Sala Penal de la Corte parece abrirse paso, aunque con muchas dificultades propias de este tema, el impulso de esta teoría; por lo menos, la Sala se abre al desarrollo de fórmulas de imputación un poco más acordes con la realidad de la comisión masiva de crímenes internacionales. Lo que sí es un hecho, es que la fórmula de coautoría impropia, ya no consulta la realidad de estos escenarios; es anacrónica y no reduce complejidad. Está pensada más para pequeñas bandas en las que se da una división relativamente sencilla del trabajo criminal, en la que actúan algunas personas, pero no para aparatos, para máquinas en las cuales las órdenes se disgregan, todo el trabajo se compartimenta, se fragmenta e involucra a decenas y centenares de personas.

Pero un hecho sí es real: se trata de la exigencia de fundamentación coherente de las decisiones, sea cual sea la postura dogmática que se asuma; es un llamado a todos los operadores, especialmente a los jueces de mayor jerarquía. Si hoy existe consenso en que el derecho es un sistema de argumentación, ello supone una exigencia mayúscula para operadores que actúan en escenarios sobre-dogmatizados como los nuestros, que no avanzan por miedo secular a enfrentar nuevos dilemas y a crecer en complejidad con ellos.

Basta ver, en este sentido, por ejemplo, la sentencia del tribunal peruano contra el ex presidente Fujimori, en ella se aplica la teoría

y Derecho Internacional Humanitario, proceso con radicado No. 2000, octubre 3 de 2005, pp. 136 y ss.

⁶² Véase, a propósito, el estudio que sobre el tema y en el contexto del Proceso de Justicia y Paz, adelanta Alejandro Aponte como director del área de justicia del Observatorio Internacional para el seguimiento del proceso de DDR y la Ley de Justicia y Paz, del Centro Internacional de Toledo para la Paz, denominado: "Fórmulas de imputación de conductas delictivas que constituyen crímenes internacionales en el ámbito de Justicia y Paz", en: Centro Internacional de Toledo para la Paz, *Segundo informe*, Madrid-Bogotá, noviembre de 2009, pp. 76-77.

en cuestión y ha suscitado, además y por su calidad, textos y aportes especializados de prestigiosos juristas, comenzando por el profesor Roxin. Así se debe pensar: en aportar a la discusión internacional, en ilustrar el caso colombiano alimentando la discusión continental. El operador colombiano debe pensar en que sus decisiones serán evaluadas y estudiadas por la comunidad internacional; debe pensar incluso que dichas decisiones, como ocurre de hecho con providencias emblemáticas de la Corte Constitucional, son fuentes de trabajo en universidades extranjeras y son utilizadas por jueces foráneos. Debe pensar, incluso, que serán traducidas a otros idiomas sus providencias o algunos de sus apartes, justamente, tal como en este texto se han traducido y estudiado decisiones de tribunales internacionales. En eso consiste el diálogo abierto entre las tradiciones y los países: la calidad de las decisiones es su verdadero fundamento.

5. LA SALA PENAL: AVANCE TORTUOSO HACIA FÓRMULAS DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD AL SUPERIOR JERÁRQUICO

En función del avance en la argumentación, en cuanto a la atribución de responsabilidad a superiores jerárquicos, incluso si ellos no pertenecen directamente a la cúpula militar de una máquina de guerra, la Sala Penal de la Corte, en una providencia del mes de septiembre de 2009, hace referencia a los aparatos de poder o a máquinas de guerra, pero se extraña un proceso de fundamentación mayor. En esta providencia, con radicado No. 29640 del 16 de septiembre de 2009, se sanciona a un político del Departamento de Santander por concierto para delinquir agravado. En ella, la Sala recoge uno a uno testimonios que involucran al senador con grupos paramilitares, además, que involucran a funcionarios del DAS en la región, etc. La Sala, a partir de esta conexión, enfatiza el hecho de que no se trató de un mero aprovechamiento con fines políticos de la actuación de grupos ilegales, sino de una verdadera actuación programada y coordinada a lo largo, además, de tiempos considerables: existe un acervo probatorio muy importante.

La Sala sanciona al político por concierto para delinquir agravado y, prácticamente, define la pertenencia del político a la empresa paramilitar. Pero luego, la providencia da un salto imprevisto, diversos magistrados agregan una aclaración de voto respecto de la sentencia, son especialmente severos y, en relación con el tema que nos interesa,

de pronto hacen referencia a aparatos organizados de poder, pero mezclan esta referencia con temas de coautoría, por ejemplo. Al final de la aclaración, la Sala establece que el modo de pertenencia a un aparato organizado para delinquir del político, "...permite avizorar que el congresista-paramilitar también debe responder penalmente por el conjunto de crímenes que se le atribuyen a los comandantes o jefes de los bloques, frentes o unidades que hacían parte de la asociación criminal"⁶³.

Pero no debe hacerse una referencia tan abstracta. Hay que diferenciar, por lo menos, entre órdenes genéricas, por ejemplo, de comisión de crímenes, y aquellos delitos que se comenten por fuera de esas directrices, incluso si son cometidos aprovechando el aparato organizado. La sola noción de "jefes" y su asimilación al aparato en sí, no indica, por sí misma, que sea aplicada automáticamente la teoría. Además, y esto es lo fundamental, lo que se extraña es la falta de ilustración de la teoría. Ella no se explica. Si son decisiones que sirven de antecedentes, deben tener una carga argumentativa fundamental. En este caso particular que se estudia, la reconstrucción probatoria es bien interesante y, por ello, debería dicha reconstrucción ofrecer las opciones para una fundamentación mayor de la decisión.

5.1. LA SALA PENAL: AUTORÍA MEDIATA EN ESTRUCTURAS DE PODER MEDIANTE "INSTRUMENTO RESPONSABLE"

No obstante lo anterior, tal como se ha dicho, la Sala avanza en complejidad y en sofisticación argumentativa. Es en el año 2010 que parece consolidarse esta tendencia de avanzar en fórmulas de imputación de responsabilidad al superior jerárquico, en la medida en que la Sala problematiza las teorías y enfrenta sus dilemas. Por ejemplo, en providencia del mes de febrero, la Sala aborda de nuevo el tema y, además, se enfrenta al hecho de la existencia de diversas formas de autoría que pueden tener lugar en un mismo sujeto activo. Así, en dicha providencia, dictada contra un antiguo congresista, Álvaro García, vinculado con macabros actos delictivos llevados a cabo por

⁶³ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, sentencia del 16 de septiembre de 2009, proceso con radicado No. 29640, MP: Julio E. Socha Salamanca, adición de voto, enunciado final.

grupos paramilitares, la Sala Penal destaca que lo hizo, frente a un delito concreto, como determinante.

En otros, más graves aún, sobre los cuales ha existido con justa razón indignación no sólo nacional sino y sobre todo internacional, la Sala lo hace como autor mediato. Se trata, en este último caso, de la masacre de Mapayepo. Pero aquí la Sala, en su dificultad, digamos, frente al reproche ya enunciado a la tesis de autoría mediata, sobre la responsabilidad del autor material, sanciona al político como autor mediato, pero introduce un matiz: él actuó a través de un “*instrumento responsable*”. Para ello y enfrentando el tema de la responsabilidad, muy bien reconocido desde el principio, además, por Roxin, la Sala reconoce que debe cambiar su postura y reconoce el avance conceptual alrededor de la figura:

“En esa dirección, el debate doctrinal y los desarrollos de la jurisprudencia foránea, unidos a la mejor solución político criminal del problema jurídico, llevan a la Corte a variar su jurisprudencia en punto a que la autoría mediata sólo se presenta, ‘... cuando una persona, sin pacto tácito o expreso, utiliza a otra como simple instrumento para que realice el hecho objetivamente típico. El fenómeno ocurre, entonces, cuando el ‘hombre de atrás’ es el único responsable, porque el instrumentalizado no realiza conducta, o despliega conducta que no es típica, u obra en concurrencia de una causal de no responsabilidad –excluyente de antijuridicidad o de subjetividad– o es inimputable”⁶⁴.

La salida, ahora, es la noción de *instrumento responsable*, aunque la Sala no parece salir del escollo de la responsabilidad del ejecutor material y, salvo por la no alusión al acuerdo previo o a la división de trabajo, la argumentación parece más sobre coautoría impropia. Dice entonces la Sala:

“ciertamente, cuando se está ante el fenómeno delincencial derivado de estructuras o aparatos de poder organizados, los delitos ejecutados son imputables tanto a sus dirigentes

⁶⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 23 de febrero de 2010, proceso con radicado No. 32805, MP: Leonidas Bustos, numeral 2. Se trata del caso emblemático de la sentencia a 40 años de prisión contra el congresista Álvaro García.

—gestores, patrocinadores, comandantes— a título de autores mediatos, a sus coordinadores en cuanto dominan la función encargada —comandantes, jefes de grupo— a título de coautores; y a los directos ejecutores o subordinados —soldados, tropa, patrulleros, guerrilleros o milicianos—, pues toda la cadena actúa con verdadero conocimiento y dominio del hecho y mal podrían ser amparados algunos de ellos con una posición conceptual que conlleve la impunidad”⁶⁵.

5.2. EL FANTASMA PARALIZANTE DE LA POSIBLE IMPUNIDAD

Está bien, se diría, la salida, en la medida en que se actúa a través de instrumentos que, empero, son responsables. Pero la Sala se enreda con el tema de la impunidad. Esto es importante aclararlo: por supuesto que si se logra capturar o verificar, con las limitaciones del caso, al superior jerárquico, a los mandos medios y a los ejecutores materiales, se deben castigar y ello es lo ideal; pero, ¿y si no se conocen los ejecutores materiales? Allí encuentra su fundamento político-criminal la teoría que se estudia, precisamente para hallar, en el secreto de los crímenes, aquél que ha dado las órdenes generales, aquél que ha dispuesto todo para la comisión de crímenes que se adelantan con órdenes fragmentadas y compartimentadas, y no para gastar años en perseguir autores materiales fungibles muchos de ellos, casi contingentes: es un problema de cultura jurídica y política frente al problema de la impunidad. En ello es justamente agresiva la teoría. Tal como lo estableció Roxin desde un principio, al contrario de fórmulas tradicionales de autoría, en las cuales es la *cercanía* del autor frente al hecho material consumado o ejecutado, aquello que fundamenta la responsabilidad, en esta teoría, es justamente la *lejanía* del hombre de atrás, de los hechos, lo que sirve de fundamentación. Parece una conclusión contraintuitiva, pero es ello lo que la convierte en más sugestiva; es ello lo que demuestra su consistencia con realidades fácticas, respecto de las cuales, precisamente, al actuar en la sombra, quienes ostentan auténtico dominio del hecho criminal, procuran permanecer tanto más alejados de los hechos finales cometidos⁶⁶.

⁶⁵ *Ibidem*, numeral 2.

⁶⁶ Dice ROXIN: “...mientras normalmente ocurre que un interviniente, cuanto más alejado está de la víctima y de la acción típica directa, más queda relegado a la

No se debe perder de vista, en todo caso, que es necesario buscar acotar la imputación de la fórmula, de tal manera que se pueda distinguir también entre las diversas órdenes o entre éstas y hechos cometidos más allá de toda orden. Por ejemplo, es importante en el proceso de imputación, distinguir cuándo se dan órdenes genéricas, acordadas, definidas, como son los asesinatos selectivos, desplazamientos, etc., o, en el caso de guerrillas, órdenes de secuestro o retenes ilegales, para diferenciar estos hechos, de acciones particulares adelantados por ejecutores materiales.

Por su puesto que aquí se hace relevante, por otra vía, el tema de la omisión, de la falta de control por parte de los superiores jerárquicos. Pero hay que introducir distinciones y matices. Por ejemplo, en versión rendida por un jefe paramilitar desde los Estados Unidos en el proceso de Justicia y Paz, en el mes de febrero de 2009, al ser preguntado por un hecho concreto de un subalterno y respecto del cual el postulado no tenía claro si había sido cometido obedeciendo órdenes generales, o simplemente en ocasión de una riña personal del autor material con la persona muerta, el fiscal le recordó incluso al versionado que no se encuentra obligado a asumir responsabilidad por hechos respecto de los cuales desconocía su real motivación, indicándole que no debía asumir todos los hechos cometidos por sus subalternos por simple cadena de mando, puesto que algunos de éstos eran cometido por iniciativa propia y sin seguir los postulados propios de la organización. Según el fiscal, por estos hechos cada uno de los actores materiales debían responder por fuera del proceso de Justicia y Paz. Lo interesante del caso, para resaltar más allá de las cuestiones de competencia del proceso como tal, es la diferencia que introduce el fiscal y que parece muy razonable: por hechos aislados o convertidos con motivaciones diferentes, que no hacen parte de los designios del aparato, deben responder los ejecutores materiales. El hecho real es que es necesario seguir depurando la teoría con base en los hechos concretos.

zona periférica del suceso y excluido del dominio del hecho, en estos casos ocurre, a la inversa, que la pérdida de proximidad al hecho se compensa por la medida del dominio organizativo que va aumentando según se asciende en la escala jerárquica del aparato". Claus ROXIN, *Op. cit.*, p. 274.

5.3. “LLENAR TODOS LOS VACÍOS DE IMPUNIDAD”: UNA PRETENSIÓN IMPOSIBLE

Pero, en cualquier caso, el dilema surgido por la pregunta sobre quién se castiga y a quién no, con recursos limitados, es ciertamente casi una aporía. Pero no se resuelve discursivamente. Es común oír, por ejemplo, cuestiones como “es necesario llenar las lagunas de punibilidad”. De acuerdo con ello, habría que perseguir hasta el último delincuente y el último delito: pero esto, incluso si es de muy buena fe en juristas, no es coherente con la realidad, con ninguna realidad a la cual se enfrenta el derecho penal; menos aún, con la realidad de la persecución penal nacional de crímenes internacionales. Es un tema planteado desde los albores mismos del derecho penal moderno; se trata de la importancia fundamental del *carácter fragmentario* del derecho penal que no significa o entraña necesariamente impunidad.

Por esa razón, incluso desde el punto de vista estrictamente dogmático, no es posible “llenar esos vacíos de punibilidad”; al contrario, en este esfuerzo, se ahoga el sistema judicial, lo encierra en un círculo vicioso y lo condena al fracaso: mucho de este ímpetu tiene lugar en el proceso de Justicia y Paz y el país ve cómo grandes esfuerzos se pueden perder por exigencias irresponsables e inconsistentes de castigar hasta el último hecho y al último responsable, real o supuesto; todo esfuerzo acotado y realista se ve ciegamente tan sólo como ejemplo de impunidad. Obligar a un fiscal a reconstruir cada hecho de los miles que se confiesan, a establecer incluso, en un hecho ocurrido hace 10 o 20 años, si se disparó con un arma corta o de largo alcance, o si se mató con un arma blanca grande o pequeña –véase por ejemplo apartes de la providencia ya reseñada en el caso de Gian Carlo Gutiérrez que refleja estos debates que tuvieron lugar en desarrollo del caso y a nombre de la pretendida defensa de las víctimas–, es totalmente irresponsable y crea, eso sí, impunidad, en la medida en que condena a lo imposible al sistema judicial; parece más una conspiración contra el proceso mismo, a nombre de las víctimas y de la lucha contra la impunidad.

Así, entonces, para finalizar, se tiene que estos esfuerzos reseñados, obran en la práctica o están diseñados, unos con mayor consistencia que otros, para afrontar, se insiste, con recursos limitados y con exigencias de resultados concretos, casos de comisión de crímenes internacionales, en contextos degradados de violaciones

masivas de derechos humanos y derecho internacional humanitario. Su consistencia no depende tanto de la coherencia dogmática en sí misma de una teoría, sino de la sociología que subyace a estos escenarios degradados y a los crímenes que en ellos se cometen.

6. BREVE REFERENCIA A LA SENTENCIA CONTRA FUJIMORI

La Corte Suprema de Justicia del Perú, dictó, en providencia del año 2009, sentencia condenatoria contra el ex presidente de dicho país, Alberto Fujimori, por los asesinatos de Barrios Altos, La Cantuta y sótanos SIE. En la providencia, la Corte Suprema hizo referencia expresa a la teoría de Roxin que se acaba de estudiar respecto de la actuación del hombre de atrás en estructuras organizadas de poder –de ahí que sea relevante hacer una breve referencia a lo que al respecto se establece en la sentencia, para evidenciar su aplicabilidad en un escenario tan próximo como el peruano⁶⁷.

Desde el punto de vista de los antecedentes de la decisión, se debe aclarar, que ya la Comisión de Verdad del Perú, había formulado la conducencia en la aplicación de la teoría, también y desde luego, para casos en los cuales estaban involucrados miembros de “Sendero Luminoso” y el punto de partida era la necesidad de salirle al paso al problema del “señalamiento de las responsabilidades de los jefes o mandos que, sin ejecutar directamente el hecho, tienen algún grado de participación en su desarrollo (idean, planifican, dirigen, ordenan o preparan el delito)”⁶⁸. La Comisión aboga por el estudio de la cadena de mando, del puesto que en ella ocupan los autores, etc., y propone, como se dice, la aplicación de la teoría que nos ocupa.

⁶⁷ Se destaca, a propósito de esta sentencia, el estudio detallado que hace Kai Ambos de la misma, en un texto denominado: “Trasfondos políticos y jurídicos de la sentencia contra el ex-presidente peruano Alberto Fujimori”. El trabajo será publicado en su versión inédita en español, en el libro denominado *Realidades y Tendencias del derecho penal en el siglo XXI*, por parte de la facultad de derecho de la Universidad Javeriana en Bogotá, en el mes de noviembre de 2010. De igual forma, en este libro comprensivo, se publicará el trabajo de un excelente penalista peruano, Carlos Caro Coria, denominado: “Sobre la punición del expresidente Alberto Fujimori como autor mediato de una organización criminal estatal”.

⁶⁸ Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Informe final*, Tomo I, Lima, 2003, p. 240.

En la providencia que se comenta, en ella se adelanta una explicación de cada uno de los elementos característicos de la teoría de Roxin, para luego pasar a verificar su existencia en el escenario peruano. En primer lugar, hizo referencia a la existencia de una organización, para así afirmar que Fujimori detentó la posición de más alto nivel dentro de la organización estatal, lo que le permitía ejercer un “ostensible poder de mando para la conducción política y militar directas de las estrategias de enfrentamiento contra las organizaciones subversivas terroristas”⁶⁹.

El tema es, para el caso colombiano, muy sensible, ya que ello supone la aceptación de que el aparato organizado de poder puede ser un aparato estatal; es decir, que miembros de las fuerzas armadas, ligados a graves violaciones de derechos humanos y derecho internacional humanitario, pueden ser concebidos como integrantes de un aparato ilícito, ilegal, de poder, que es, como se sabe, uno de los requisitos que, desde Roxin, se exigen para que tenga lugar la aplicación de la teoría. De hecho, en casos como el argentino, se aplicó también esta teoría, para militares comprometidos en graves violaciones de derechos humanos. Pero se trataba de situaciones de facto, de golpes de Estado. En el caso colombiano no sería así y ello le confiere una dificultad especial para la aplicación de la fórmula en el caso de la Comisión de crímenes internacionales, en los cuales estén involucrados actores estatales.

Continúa la Corte afirmando que, dentro de dicha posición de la estructura estatal, Fujimori,

“... abusando de su posición de mando y pervirtiendo el uso legítimo de su poder, fue configurando desde mil novecientos noventa, conjuntamente con su asesor Vladimiro Montesinos Torres y con el apoyo directo del general EP Hermoza Ríos, quien ocupó los más altos cargos en la jerarquía castrense, un aparato organizado de poder en base a las unidades centrales y derivadas del SINA, las mismas que fueron cooptadas en sus niveles más altos de comando”⁷⁰.

⁶⁹ Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, expediente N° AV 19-2001 (acumulado), del 7 de abril de 2009, párr. 745, numeral 1.

⁷⁰ *Ibidem*, párr. 745, numeral 2.

Respecto de la actuación de estos entes estatales, afirma la Corte que los mismos se caracterizan por su alto grado de subordinación, y el carácter de secreto, paramilitar y clandestino, del que gozaban dentro del aparato estatal peruano y que se hizo evidente en la forma en que se realizaron las comunicaciones.

En cuanto al *modus operandi*, la sentencia afirmó que:

“En tal contexto y praxis el hilo conductor subyacente fue la eliminación de presuntos terroristas y sus órganos o bases de apoyo. La estrategia específica acordada para ello fue la identificación, ubicación, intervención y eliminación física de los integrantes y simpatizantes de los grupos terroristas. En el nivel táctico, el patrón operativo para la aplicación de tal estrategia partía de recolectar información sobre los focos subversivos así como sus componentes, para, luego, eliminarlos con operaciones especiales de inteligencia a cargo de unidades especializadas del SIE. Las cuales serían adscritas y supervisadas por el SIN, con el apoyo logístico y coordinación de la Comandancia General del Ejército”⁷¹.

En ejercicio de dichas operaciones ilegales y clandestinas, se llevaron a cabo los asesinatos en Barrios Altos y la Cantuta.

Finalmente, la Corte hizo alusión al elemento de fungibilidad que deben tener los autores materiales del delito, afirmando que:

“...en todos los delitos *sub judice* la condición fungible de los ejecutores así como su disposición al hecho y su no relación directa ni horizontal con el acusado, posibilitan afirmar la posición de autor mediato de éste como ente central con poder jerárquico de dominio sobre el aparato de poder, cuyo automatismo conocía y podía controlar a través de sus mandos intermedios”⁷².

Como se ve, en la providencia, que es además muy extensa y compleja, se adecuan la sociología de los actores y de sus actos, a los postulados dogmáticos. Se trata del presupuesto de partida de toda nuestra reflexión: es la sociología la que brinda contenido real a las figuras dogmáticas, tanto más en el terreno arduo de la protección

⁷¹ *Ibidem*, párr. 745, numeral 5.

⁷² *Ibidem*, párr. 745, numeral 8.

penal de derechos humanos: las teorías constituyen más, *tipos ideales* a la manera de Max Weber, que presupuestos absolutos y previos a los hechos.

El mismo Roxin, en su texto pionero sobre el tema que se estudia, concluye con un reconocimiento, no sólo de los límites intrínsecos de esta teoría en particular, sino en el fondo, de cualquier fórmula dogmática que enfrente casos difíciles. Valga este supuesto, con toda la fuerza de la voz alemana de *Voraussetzung*, como supuesto general que acompaña todo el trabajo que aquí se ha desarrollado y que exige avanzar siempre en perspectiva: “Este género de dominio de la voluntad tiene, pues, una existencia más ideal que real y puede quedar sin considerar en la doctrina de la autoría. Pero tan pronto como los datos objetivos de tal forma de dominio ofrezcan la posibilidad de materialización, se convierte en tarea de la dogmática describirla en sus elementos y atribuirle el lugar que le corresponde en la doctrina de la autoría”⁷³.

⁷³ Claus Roxin, *Op. cit.*, p. 279.

BIBLIOGRAFÍA

1. NORMATIVIDAD NACIONAL

Congreso de la República, Ley 51 de 1981, “por medio de la cual se aprueba la ‘Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer’, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 y firmada en Copenhague el 17 de julio de 1980”.

Congreso de la República, Ley 12 de 1991, “por medio de la cual se aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989”.

Congreso de la República, Ley 11 de 1992, “por medio de la cual se aprueba el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)”.

Congreso de la República, Ley 171 de 1994, “por medio de la cual se aprueba el ‘Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)’”.

Congreso de la República, Ley 387 de 1997, “por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección, consolidación y esta estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en la República de Colombia”.

Congreso de la República, Ley 418 de 1997, “por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones”.

Congreso de la República, Ley 599 de 2000, “por la cual se expide el Código Penal”.

Congreso de la República, Ley 742 de 2002, “por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional,

hecho en Roma, el diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)”.

Congreso de la República, Ley 782 de 2002, “por medio de la cual se prorroga la vigencia de la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y se modifican algunas de sus disposiciones”.

Congreso de la República, Ley 1257 de 2008, “por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones”.

Congreso de la República, Ley 1268 de 2008, “por medio de la cual se aprueban las ‘reglas de procedimiento y prueba’ y los ‘elementos de los crímenes de la Corte Penal Internacional’, aprobados por la Asamblea de los Estados Parte de Corte Penal Internacional, en Nueva York, del 3 al 10 de septiembre de 2002”.

2. NORMATIVIDAD INTERNACIONAL

Asamblea General de las Naciones Unidas, **Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer**, Resolución 2263 (XXII) de 7 de noviembre de 1967.

Asamblea General de las Naciones Unidas, **Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o conflicto armado**, Resolución 3318 (XXIX) de 14 de diciembre de 1974.

Asamblea General de las Naciones Unidas, **Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer**, Resolución 48/104 del 20 de diciembre de 1993.

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resolución 764 de 13 de julio de 1992.

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resolución 808 de 22 de febrero de 1993.

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resolución 827 de 25 de mayo de 1993.

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resolución 955 de 8 de noviembre de 1994.

Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados.

Convenio de Ginebra de 1949, para aliviar la suerte que corren los heridos y enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña.

Convenio de Ginebra de 1949, para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las Fuerzas Armadas en el mar.

Convenio de Ginebra de 1949, Relativo al trato debido a los prisioneros de guerra.

Convenio de Ginebra de 1949, Relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, aprobado por la Resolución 827 de 25 de mayo de 1993 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, aprobado por la Resolución 955 de 8 de noviembre de 1994 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

Principios de París, Principios y directrices sobre los niños asociados a fuerzas armadas o grupos armados, UNICEF, Conferencia de París, febrero de 2007.

Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, hecho en Ginebra el 8 de junio de 1977 (Protocolo I).

Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, hecho en Ginebra el 8 de junio de 1977 (Protocolo II).

Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, La Haya, 18 de octubre de 1907.

3. PROVIDENCIAS NACIONALES

3.1. CORTE CONSTITUCIONAL

Corte Constitucional, sentencia No. C-574 de 28 de octubre de 1992, MP: Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional, sentencia No. C-225 de 18 de mayo de 1995, MP: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, sentencia No. C-578 de 30 de julio de 2002, MP: Manuel José Cepeda Espinoza.

Corte Constitucional, sentencia No. T-025 de 22 de enero 2004, MP: Manuel José Cepeda Espinoza.

Corte Constitucional, sentencia No. C-291 de 25 de abril de 2007, MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional, auto No. 092 de 14 de abril de 2008, MP: Manuel José Cepeda.

Corte Constitucional, sentencia No. C-240 de 2009, MP: Mauricio González Cuervo.

3.2. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (SALA DE CASACIÓN PENAL)

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 25 de septiembre de 1996, proceso con radicado No. 12051, MP: Jorge Aníbal Gómez Gallego.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 25 de octubre de 2001, proceso con radicado No. 18499, MP: Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 7 de marzo de 2007, proceso con radicado No. 23825, MP: Javier Zapata Ortiz.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 12 de septiembre de 2007, proceso con radicado No. 24448, MP: Augusto Ibáñez.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, colisión de competencia del 2 de diciembre de 2008, proceso con radicado No. 30743, MP: José Leonidas Bustos.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, colisión de competencia del 9 de febrero de 2009, proceso con radicado No. 31210, MP: María del Rosario González.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, colisión de competencia del 22 de julio de 2009, proceso con radicado No. 32041, MP: Jorge Quintero Milanés.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, colisión de competencia del 16 de septiembre de 2009, proceso con radicado No. 32583, MP: Jorge Luis Quintero Milanés.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, sentencia del 16 de septiembre de 2009, proceso con radicado No. 29640, MP: Julio E. Socha Salamanca.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, Auto del 21 de septiembre de 2009, proceso con radicado No. 32022, MP: Sigifredo Espinosa.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 21 de octubre de 2009, proceso con radicado No. 25682, MP: Yesid Ramírez Bastidas.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, colisión de competencia del 9 de diciembre de 2009, proceso con radicado No. 32949, MP: Jorge Luis Quintero Milanés.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 27 de enero de 2010, proceso con radicado No. 29563, MP: José Leonidas Bustos.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 23 de febrero de 2010, proceso con radicado No. 32805, MP: Leonidas Bustos.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 11 de marzo de 2010, proceso con radicado No. 33301, MP: Alfredo Gómez Quintero.

3.3. FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Fiscalía General de la Nación, Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, proceso con radicado No. 1556 de 13 de mayo de 2005.

Fiscalía General de la Nación, Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, proceso con radicado No. 2000, octubre 3 de 2005.

4. PROVIDENCIAS INTERNACIONALES Y EXTRANJERAS

4.1. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la **Comunidad Moiwana v. Suriname**, sentencia del 15 de junio de 2005, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la **Masacre de Mapiripán v. Colombia**, sentencia del 15 de septiembre del 2005, fondo, reparaciones y costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de las **Masacres de Ituango v. Colombia**, sentencia del 1° de julio de 2006, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de **Pueblo Bello v. Colombia**, sentencia del 31 de enero de 2006, fondo, reparaciones y costas.

4.2. Corte Penal Internacional

Corte Penal Internacional, **Prosecutor v. Lubanga**, Sala de Primera Instancia I, sentencia de 29 de enero de 2007, párr. 265.

4.3. Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, **Prosecutor v. Simić et al**, escrito de acusación inicial presentado por el fiscal el 21 de julio de 1995.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, **Prosecutor v. Dusko Tadic**, Sala de Primera Instancia, sentencia del 7 de mayo de 1997.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, **Prosecutor v. Dusko Tadic**, Sala de Primera Instancia, sentencia del 14 de julio de 1997.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, **Prosecutor v. Dusko Tadic**, Sala de Apelaciones, sentencia del 15 de julio de 1999.

Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia, **Prosecutor v. Kunarac, Kovac**, tercera enmienda del escrito de acusación presentado el 8 de noviembre de 1999.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, **Prosecutor v. Tihomir Blaškić**, Sala de Primera Instancia, sentencia del 3 de marzo de 2000.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, **Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vokovic**, Sala de Primera Instancia, sentencia del 22 de Febrero de 2001.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, **Prosecutor v. Dario Kordic & Mario Cerkez**, Sala de Primera Instancia, sentencia del 26 de febrero de 2001.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, **Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vokovic**, Sala de Apelaciones, sentencia del 12 de junio de 2002.

Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia, **Prosecutor v. Blagoje Simić, Miroslav Tadić, Simo Zarić**, Sala de Primera Instancia, sentencia del 17 de octubre de 2003.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, **Prosecutor v. Vasiljevic**, Sala de Apelaciones, sentencia de 25 de febrero de 2004.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, **Prosecutor v. Fatmir Limaj y otros**, Sala de Primera Instancia, sentencia del 30 de noviembre de 2005.

4.4. Tribunal Penal Internacional para Ruanda

Tribunal Penal Internacional para Ruanda, **Prosecutor v. Jean Paul Akayesu**, Sala de Primera Instancia, sentencia del 2 de septiembre de 1998.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda, **Prosecutor v. Rutaganda**, Sala de Primera Instancia, sentencia del 6 de diciembre de 1999.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda, **Prosecutor v. Semanza**, Sala de Primera Instancia, sentencia del 15 mayo de 2003.

4.5. TRIBUNALES EXTRANJEROS

Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, expediente N° AV 19-2001 (acumulado), del 7 de abril de 2009.

US Supreme Court, In re Yamashita, 327 U.S. 1 (1946).

5. DOCTRINA

ACNUR, **La Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados**, 2007, en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/5754.pdf>.

ACNUR, **La protección de los refugiados y el papel del ACNUR**, 2007, en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/5756.pdf>.

ACNUR, **Los desplazados internos, preguntas y respuestas**, 2007, en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/5755.pdf>.

Gabriel Almond y Bingham Powell, **Comparative Politics. A development approach**, Boston, 1966.

Kai Ambos, “Trasfondos políticos y jurídicos de la sentencia contra el ex-presidente peruano Alberto Fujimori”, en: **Realidades y Tendencias del derecho penal en el siglo XXI**, texto a ser publicado por parte de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, noviembre de 2010.

Kai Ambos, (coordinador), **Imputación de crímenes internacionales de los subordinados al dirigente**, GTZ, Embajada de Alemania, Temis, entre otras, Bogotá, agosto de 2008.

Kai Ambos, **La Corte Penal Internacional**, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2008.

Kai Ambos, **Impunidad y derecho penal internacional. Un estudio empírico dogmático sobre Colombia, Bolivia, Perú, Chile y Argentina**, 1. Edición Colombiana, Fundación Konrad-Adenauer, Dike, entre otras, 1997.

Amnistía Internacional, Secretariado Internacional, **Colombia: cuerpos marcados, crímenes silenciados. Violencia sexual contra las mujeres en el marco del conflicto armado**, octubre de 2004, en: <http://www.amnesty.org/es/library/asset/AMR23/040/2004/es/f49b819e-d598-11dd-bb24-1fb85fe8fa05/amr230402004es.pdf>.

Alejandro Aponte, **Principio de Oportunidad y Política Criminal: de la discrecionalidad técnica a la discrecionalidad política reglada**. Trabajo a publicarse en el segundo semestre del año 2010, por el Consejo Superior de la Judicatura y la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, (Tercer Capítulo).

Alejandro Aponte, **El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario: una relación problemática**, a publicarse en el mes de octubre de 2010 por la Fundación Konrad-Adenauer, sede Montevideo, en el contexto del trabajo del grupo latinoamericano de estudios sobre derecho penal internacional.

Alejandro Aponte, “Fórmulas de imputación de conductas delictivas que constituyen crímenes internacionales en el ámbito de Justicia y Paz”, en: Centro Internacional de Toledo para la Paz, Observatorio Internacional de DDR y Ley de Justicia y Paz, **Segundo Informe**, Área de Justicia, Madrid-Bogotá, noviembre de 2009, pp. 17-86.

Alejandro Aponte, **El desplazamiento forzado como crimen internacional en Colombia. Reglas, principios y fórmulas de imputación**, Colección monográficos 1, Observatorio Internacional, DDR, Ley de Justicia y Paz, Centro Internacional de Toledo para la Paz, Bogotá, septiembre de 2009.

Alejandro Aponte (Coordinador del área de Justicia), **Informe de primera fase**, Observatorio Internacional de DDR y Ley de Justicia y Paz, Centro Internacional de Toledo para la Paz, Madrid-Bogotá, diciembre de 2008.

Alejandro Aponte, “Colombia”, en: Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (editores), **Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional**, Fundación Konrad-Adenauer, Montevideo, marzo de 2008, pp. 159-211.

Alejandro Aponte, **Protocolo para el reconocimiento de violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, con énfasis en homicidio en persona protegida**, Vicepresidencia de la República de Colombia, Bogotá, 2008.

Alejandro Aponte: “Civiles y conflicto armado en la jurisprudencia de la sala penal de la corte suprema de justicia”, en: **Derecho penal y criminología**, Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Volumen XXVII, Número 81, mayo - agosto de 2006, pp. 15- 46.

Alejandro Aponte, “Persecución nacional de crímenes internacionales: el caso colombiano”, en: Kai Ambos y Ezequiel Malarino (editores), **Persecución nacional de crímenes internacionales**

en **América Latina y España**, Instituto Max-Planck para derecho penal internacional de Friburgo y Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, octubre de 2003, pp. 201-258.

Cécile Aptel, “El Tribunal Penal Internacional para Ruanda”, en: **Revista Internacional de la Cruz Roja**, No. 144, noviembre 30 de 1997, pp. 721-730.

Sandra P. Ávila González y otros, **Akayesu: la primera condena internacional por genocidio**, Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de Abogado, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana, 2005, en: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere7/DEFINITIVA/TESIS%2021.pdf>.

Joshua Barenbaum, Vladislav Ruchkin y Mary Schwab-Stone, **Los aspectos psicosociales se los niños expuestos a la guerra: iniciativas de política y práctica**, Centro de Estudio Infantil de Yale, 2004.

Bill Berkeley, “Judgment Day”, en: **Revista Wash Post**, octubre 11 de 1998.

Lea Biason y Marie Vlachoud (editoras), **Women in an insecure world: violence against women - facts, figures and analysis**, Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces, executive summary, septiembre de 2005.

Gideon Boas, “The difficulty with individual criminal responsibility in international criminal law”, en: Carsten Stahn & Larissa van den Herik (editors), **Future perspectives on international criminal justice**, T.M.C. Asser Press, La Haya, 2009, pp. 501-519.

Rachel Brett, Margaret MacCallin y Rhonda O’Shea, **Children: the invisible soldiers**, Oficina ante las Naciones Unidas y Oficina Internacional Católica de la Infancia, Ginebra, abril de 1996.

Christine M. Chinkin, “Women’s International Tribunal on Japanese Military Sexual Slavery”, en: **The American Journal of International Law**, Vol. 95, No. 2, abril de 2001, pp. 335-341.

Athanasios Chouliaras, “From ‘conspiracy’ to ‘joint criminal enterprise’: in search of the organizational parameter”, en: Carsten Stahn & Larissa van den Herik (editores), **Future perspectives on international criminal justice**, T.M.C. Asser Press, La Haya, 2009, pp. 545-582.

Coalition to stop the use of child soldiers, **Child soldiers: global report 2008**, Coalition to Stop the Use of Child Soldiers, Londres, 2008.

Roberta Cohen y Francis M. Deng, **Masses in flight, the global crisis of internal displacement**, Brookings Institution Press, Washington D.C., 1998.

Comisión de la Verdad y Reconciliación, **Informe final**, Tomo I, Lima, 2003.

Comité Internacional de la Cruz Roja, **Desplazados internos**, mayo de 2008, en: [http://www.icrc.co.za/WEB/SPA/sitespa0.nsf/htmlall/p0867/\\$File/ICRC_003_0867.PDF](http://www.icrc.co.za/WEB/SPA/sitespa0.nsf/htmlall/p0867/$File/ICRC_003_0867.PDF).

Robert Cryer, Hakan Friman, Darryl Robinson y Elizabeth Wilmshurst, **An introduction to international criminal law and procedure**, Cambridge University Press, 2007.

Juan Bautista Delgado, **El derecho internacional humanitario a la luz del Estatuto y de la jurisprudencia del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia**, Editorial Comares, Granada, 2000.

Francis M. Deng, **Principios rectores del desplazamiento forzado interno**, Informe del Representante del Secretario General de las Naciones Unidas, presentado con arreglo a la Resolución No. 1997/39 de la Comisión de Derechos Humanos, febrero de 1998.

Knut Dörmann, **Elements of war crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court**, ICRC, Cambridge, United Kingdom, 2004.

Mark Ellis, "Breaking the silence: rape as an international crime", en: **Case Western Reserve Journal of International Law**, 2006-2007, pp. 225-226.

W. J. Fenrick, "Crimes in combat: the relationship between crimes against humanity and war crimes", en: **Guest Lecture Series of the Office of the Prosecutor**, Corte Penal Internacional, La Haya, 5 de marzo de 2004.

Jorge González, **El camino hacia la categorización del desplazado como sujeto especial de derechos**, Tesis de Grado, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2002.

Silvia A. Fernández de Gurmendi, "El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: extensión de los crímenes de guerra a los

conflictos armados de carácter no internacional y otros desarrollos relativos al derecho internacional humanitario”, en: Gabriel Pablo Valladares (compilador), **Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas**, Lecciones y Ensayos No. 78, Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, pp. 391 - 413.

Andrés Franco, **Los desplazados internos en Colombia: una conceptualización política para el logro de soluciones a largo plazo**, Colombia Internacional N° 42, abril-junio, Centro de Estudios Internacionales, Universidad de los Andes, 1998, pp. 5-26.

Steven Freeland, “Mere children or weapons of war - child soldiers and international law”, en: **University of La Verne Law Review**, No. 29, noviembre de 2008.

Alicia Gil Gil, **La violación como arma de guerra y su persecución como crimen internacional**, UNED, Madrid, p. 17. El trabajo será publicado en su versión inédita en español, en el libro denominado **Realidades y Tendencias del derecho penal en el siglo XXI**, por parte de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, en el mes de noviembre de 2010.

Llezzlie L. Green, “Gender hate propaganda and sexual violence in the Rwandan genocide: an argument for intersectionality in international law”, en: **Columbia Human Rights Law Review**, summer, 2002.

Christopher Greenwood, “The International Tribunal for Former Yugoslavia”, en: **International Affairs**, Royal Institute of International Affairs, Vol. 69, No. 4, octubre de 1993, pp. 641-655.

Hortensia D.T. Gutiérrez Posse, “La relación entre el derecho internacional humanitario y los tribunales penales internacionales”, en: **International Review of the Red Cross**, marzo de 2006, No. 861, en: [http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/6u3nyj/\\$File/irrc_861_GPosse.pdf](http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/6u3nyj/$File/irrc_861_GPosse.pdf).

Thòmas Hoffmann, “The gentle humanizer of humanitarian law – Antonio Cassese and the creation of customary law of non-international armed conflict”, en: Carsten Stahn & Larissa van den Herik (editores), **Future perspectives on international criminal Justice**, T.M.C. Arec Press, La Haya, 2009, pp. 58-80.

Herbert Jäger, **Makrokriminalität. Studien zur Kriminologie Kollektiver Gewalt**, Frankfurt, 1989.

Michael E. Kurth, “The recruitment and use of child soldiers: some reflections on the prosecution of a new war crime”, en: Carsten Stahn & Larissa van den Herik (editores), **Future perspectives on international criminal justice**, T.M.C. Asser Press, La Haya, 2009, pp. 475-497.

Alfonso López Borgoñoz y Patricia Masip García, **Los niños y las niñas en los conflictos armados**, Amnistía Internacional, marzo de 2007.

Klaus Lüdersen (editor), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder der Kampf gegen das Böse?, Vol. III. “Makrodelinquenz”, Baden-Baden, 1998.

Graça Machel, **Repercusiones de los conflictos armados sobre los niños**, Informe de la experta del Secretario General, presentado en virtud de la Resolución No. 48/157 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, agosto 26 de 1996.

Anne E. Mahle, **The Yamashita Standard**, Justice & the generals, issues around the world, en: http://www.pbs.org/wnet/justice/world_issues_yam.html.

Jareg E. Main, **Guiding principles for the development of psycho-social interventions for children affected by war**, Stockholm: ISCA Workshop, 1995.

Chris Maina Peter, “El Tribunal Penal Internacional para Ruanda: sancionar a los asesinos”, en: **Revista Internacional de la Cruz Roja**, No. 144, noviembre 30 de 1997, pp. 741-750.

Ezequiel Malarino y Emanuela Fronza, “Problemas de determinación de la norma penal y soluciones de interpretación en textos penales plurilingües en el ejemplo del Estatuto de Roma”, en: Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Jan Woischnik (editores), **Temas actuales del derecho penal internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania y España**, Fundación Konrad-Adenauer, 2005, pp. 61-95.

Carlos Alberto Mejía Walker, **Elementos para el análisis del conflicto armado colombiano: a propósito del combatiente y la persona que participa directamente en las hostilidades como protagonistas de la confrontación**, documento en mimeógrafo, Centro Internacional de Toledo Para la Paz-CITPAX, Área de Justicia, Medellín, 2009.

Theodor Meron, “Reflections on the prosecution of war crimes by international tribunals”, en: **The American Journal of International Law**, Vol. 100, No. 3, julio de 2006, pp. 551-579.

Mesa de Trabajo Mujer y Conflicto Armado, **VI Informe sobre violencia sociopolítica contra mujeres, jóvenes y niñas en Colombia**, Bogotá, diciembre de 2006.

Mariana Meyer, **Mecanismos de justicia penal internacional ad-hoc la realidad y la posibilidad de un idealismo pragmático**, Centro Argentino de Estudios Internacionales, en: <http://www.caei.com.ar/ebooks/ebook12.pdf>.

Juan Luis Modolell, “Problemas de autoría en la sentencia del 29 de enero de 2007 de la Sala de Cuestiones Preliminares I de la Corte Penal Internacional (Confirmación de cargos contra Thomas Lubanga Dyilo)”, en: Kai Ambos y Montserrat de Hoyos Sancho (coordinadores), **Cuestiones esenciales en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional**, Granada, 2008, pp. 91-109.

Binaifer Nowrojee, **Shattered lives: sexual violence during the Rwandan genocide and its aftermath**, Human Rights Watch, Nueva York, 1996, disponible en: <http://www.hrw.org/en/reports/1996/09/24/shattered-lives>.

Charles Ntampaka, **La femme et la fille dans leur famille d'origine**, Kigali: Hagaruka, *Association pour la défense des droits de la Femme et de l'Enfant*, United States Embassy, 1993, pp. 24-25.

James C. O'Brien, “The international tribunal for violations of international humanitarian law in the former Yugoslavia”, en: **The American Journal of International Law**, Vol. 87, No. 4, octubre de 1993, pp. 639-659.

Héctor Olásolo Alonso, “Apuntes prácticos sobre el tratamiento de los crímenes de guerra en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, en: Héctor Olásolo Alonso, **Ensayos sobre la Corte Penal Internacional**, Pontificia Universidad Javeriana, Colección Internacional, Bogotá, 2009, pp. 347-414.

Héctor Olásolo, “El impacto de la primera jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en la distinción entre autoría y participación en la comisión de crímenes de guerra conforme al derecho penal internacional”, en: **Separata de la Revista de la Facultad de Ciencias**

Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, No. 132, Caracas, 2008.

Organización Internacional para las Migraciones, **Glosario sobre migración**, Derecho Internacional sobre Migración N° 7, Ginebra, 2006, en: http://www.iom.int/jahia/webdav/site/myjahiasite/shared/shared/mainsite/published_docs/serial_publications/greenbook7_spa.pdf.

Organización Internacional para las Migraciones, **Derechos de la niñez en situación de conflicto armado**, Bogotá, julio de 2004.

Iván Orozco Abad, **Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y derecho en Colombia**, Temis, Bogotá, segunda edición de 2006, respecto de la primera de 1992.

Mónica Pinto, “La noción de conflicto armado en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia”, en: Gabriel Pablo Valladares (compilador), **Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas**, Lecciones y Ensayos No. 78, Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, pp. 297 - 310.

Ann Marie Prevost, “Race and war crimes: the 1945 war crimes trial of General Tomoyuki Yamashita”, en: **Human Rights Quarterly**, Vol. 14, No. 3, agosto de 1992, The Johns Hopkins University Press, p. 303-338.

Rafael A. Prieto Sanjuán (coordinador), **Tadic, Internacionalización de conflictos armados internos y responsabilidad individual, Grandes Fallos de la Justicia Penal Internacional 1**, Pontificia Universidad Javeriana, Biblioteca Jurídica, Bogotá, 2005.

Stein Rokkan, “Die vergleichende Analyse der Staaten- und Nationenbildung: Modelle und Methoden”, en: Wolfgang Zapf, **Theorien des sozialen Wandels**, Königssstein, 1979, pp. 228-251.

Claus Roxin, **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**, traducción de la séptima edición alemana Cuello Contreras y Serrano Gómez, Madrid, 2002.

Gonzalo Sánchez, **Guerra y Política en la sociedad colombiana**, Áncora Editores, Bogotá, 1991.

Paul Seils, “La restauración de la confianza cívica, mediante la justicia transicional”, en: Jessica Almqvist y Carlos Espósito

(coordinadores), **Justicia transicional en Iberoamérica**, Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y debates No. 199, Madrid, 2009.

C. Sarah Soh, “Japan’s National/Asian women’s fund for ‘comfort women’”, en : **Pacific Affairs**, University of British Columbia, Vol. 76, No. 2, summer, 2003, pp. 209-233.

Jacques Stroun, “Jurisdicción penal internacional, derecho internacional humanitario y acción humanitaria”, en: **Revista Internacional de la Cruz Roja**, No. 144, noviembre 30 de 1997, pp. 664-675.

Paul Tavernier, “La experiencia de los tribunales penales internacionales para ex Yugoslavia y para Ruanda”, en: **Revista Internacional de la Cruz Roja**, No. 144, noviembre 30 de 1997, pp. 645-653.

María Victoria Uribe, **Antropología de la inhumanidad. Un ensayo interpretativo sobre el terror en Colombia**, Editorial Norma, Bogotá, 2004.

Verdad Abierta, **Las escuelas para matar de los ‘paras’**, Justicia y Paz, Paramilitares y conflicto armado en Colombia, octubre de 2009, en: <http://www.verdadabierta.com/justicia-y-paz/1909-las-escuelas-para-matar-de-los-paras>.

Alejandro Valencia Villa, **Derecho internacional humanitario**, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2007.

Alejandro Valencia Villa, **La humanización de la guerra: Derecho internacional humanitario y conflicto armado en Colombia**, Tercer Mundo Editores y Ediciones Uniandes, Bogotá, primera edición agosto de 1991, segunda edición febrero de 1992.

Roberto Carlos Vidal López, **Derecho global y desplazamiento interno, creación, uso y desaparición del desplazamiento forzado por la violencia en el derecho contemporáneo**, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2007.





Este libro se terminó de imprimir
el de de 2010
en los talleres gráficos del
GRUPO EDITORIAL IBÁÑEZ
Carrera 69 Bis No. 36-20 sur;
Teléfonos: 2300731 - 2386035
Bogotá, D.C. - Colombia

