

DEPARTAMENT DE DRET INTERNACIONAL

LOS CRÍMENES DE GUERRA EN COLOMBIA. ESTUDIO
DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL Y DESDE EL
DERECHO COLOMBIANO.

ROSMERLIN ESTUPIÑÁN SILVA

UNIVERSITAT DE VALÈNCIA
Servei de Publicacions
2011

Aquesta Tesi Doctoral va ser presentada a València el dia 27 de juliol de 2011 davant un tribunal format per:

- Dr. Cesáreo Gutiérrez Espada
- Dra. Consuelo Ramón Chornet
- Dr. Romualdo Bermejo García
- Dr. Jaume Ferrer Lloret
- Dra. Mireya Castillo Daudí

Va ser dirigida per:

Dr. Valentín Enrique Bou Franch

©Copyright: Servei de Publicacions
Rosmerlin Estupiñán Silva

I.S.B.N.: 978-84-370-8225-7

Edita: Universitat de València
Servei de Publicacions
C/ Arts Gràfiques, 13 baix
46010 València
Spain
Telèfon:(0034)963864115

UNIVERSITAT DE VALÈNCIA

Facultat de Dret



LOS CRÍMENES DE GUERRA EN COLOMBIA.
ESTUDIO DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL Y
DESDE EL DERECHO COLOMBIANO

TESIS DOCTORAL Presentada por

Dña. Rosmerlin Estupiñán Silva

Dirigida por el Catedrático de Universidad

Dr. D. Valentín Bou Franch

Valencia 2011

A la memoria de Fernando, mi padre.

A mi madre Carmen, por los años de paciencia.

A mis hermanos Fernanda, Mario y Reyson, por su confianza.

A mi compañero Benjamín, por su apoyo incondicional.

A Valentín, mi director, por su esfuerzo y dedicación.

A mis amigos y a mis enemigos, por lo aprendido.

A todos los que han hecho parte de este recorrido y han hecho posible esta tesis.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	1
INTRODUCCIÓN	17
1. Consideraciones preliminares.	17
2. Aspectos metodológicos de la investigación.	22
CAPÍTULO I. LA EMERGENCIA DEL CONCEPTO DE CRÍMENES DE GUERRA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL	29
1. Las violaciones de “las leyes y los usos” de guerra	30
1.1. Los orígenes remotos de “las leyes y los usos” de guerra.....	31
1.2. La codificación de “las leyes y los usos” de guerra	39
1.3. La compilación moderna de “las leyes y los usos” relativos a los medios y métodos de combate	43
2. La consolidación del concepto de crímenes de guerra	48
2.1. Núremberg: El establecimiento de la noción de crímenes de guerra en el plano internacional	48
2.2. El alcance jurídico de las infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario.	51
2.3. La consolidación de la noción de crímenes de guerra en el Derecho Internacional Penal	60
2.4. Los crímenes de guerra bajo la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.....	64
2.4.1. El elemento de la gravedad en la definición de los crímenes de guerra en el Estatuto de Roma.....	66
2.4.2. Las incriminaciones que constituyen crímenes de guerra en el Estatuto de Roma.....	71
2.4.3. El tratamiento de la imputación por crímenes de guerra frente a otros crímenes internacionales: la aplicación del concurso de infracciones	74
2.5. Los crímenes de guerra en el derecho interno colombiano.....	78
2.5.1. La incorporación de los crímenes de guerra al Derecho Penal colombiano	78
2.5.2. Las incriminaciones que constituyen crímenes de guerra en el Derecho Penal colombiano.....	82
2.5.3. El tratamiento de la imputación por crímenes de guerra frente a otros crímenes internacionales en el Derecho Penal colombiano	85
3. La caracterización de las víctimas de los crímenes de guerra	88
3.1. El concepto de víctima de los crímenes de guerra en el ámbito internacional.....	88
3.2. El estatuto de las víctimas de los crímenes de guerra en la jurisdicción internacional penal de la CPI	91

3.3. El estatuto de las víctimas de los crímenes de guerra en Colombia.....	97
3.3.1. El estatuto ordinario de las víctimas en el proceso penal colombiano	97
3.3.2. El estatuto de excepción aplicable a las víctimas cuyos victimarios forman parte de los procesos enmarcados en la Ley 975 de 2005	102
3.3.3. El estatuto especial aplicable a las víctimas de crímenes internacionales en materia de reparación	104

CAPÍTULO II. INTRODUCCIÓN A LOS ELEMENTOS DE LOS CRÍMENES DE GUERRA113

1. Los elementos de los crímenes de guerra.....	113
1.1. Naturaleza	113
1.2. Estructura	117
1.2.1. El elemento de intencionalidad (<i>mens rea</i>).....	118
1.2.2. Los elementos materiales (<i>actus reus</i>)	119
1.2.3. Las circunstancias de contexto.....	122
2. Aproximación a los elementos materiales asociados a los crímenes de guerra (<i>actus reus</i>).....	123
2.1. Los elementos materiales de los crímenes de guerra del Estatuto de Roma	123
2.1.2. Las violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 y del artículo 3 común (arts. 8-2-a y 8-2-c del Estatuto de Roma).....	124
2.1.1.1. El homicidio intencional (homicidio).....	126
2.1.1.2. La tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos	127
2.1.1.3. El hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud	129
2.1.1.4. La destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares, y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente.....	129
2.1.1.5. El hecho de forzar a un prisionero de guerra o a otra persona protegida a servir en las fuerzas de una Potencia enemiga.....	130
2.1.1.6. El hecho de privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a otra persona protegida de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente.....	131
2.1.1.7. La deportación o el traslado ilegal o el confinamiento ilegal	133
2.1.1.8. La toma de rehenes	134
2.2.2. Las otras violaciones graves de “las leyes y los usos” aplicables a los conflictos armados (arts. 8-2-b y 8-2-e del Estatuto de Roma).....	135

2.1.2.1. El hecho de dirigir ataques contra la población civil.....	138
2.1.2.1. El hecho de dirigir ataques contra objetos de carácter civil.....	139
2.1.2.3. El hecho de dirigir ataques contra personal o bienes participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria	140
2.1.2.4. El hecho de causar incidentalmente muertes, lesiones o daños excesivos	141
2.1.2.5. El hecho de atacar lugares no defendidos.....	143
2.1.2.6. El hecho de causar la muerte o lesiones a una persona que esté fuera de combate	143
2.1.2.7. El hecho de utilizar de modo indebido la bandera blanca, la bandera nacional o las insignias militares o el uniforme del enemigo o de las Naciones Unidas, así como los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra.....	144
2.1.2.8. El traslado, directa o indirectamente, por la Potencia ocupante de parte de su población civil al territorio que ocupa o la deportación o el traslado de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio. El desplazamiento forzado	145
2.1.2.9. El hecho de atacar bienes protegidos	147
2.1.2.10. El hecho de causar mutilaciones o de someter a experimentos médicos o científicos	147
2.1.2.11. El hecho de matar o herir a traición.....	149
2.1.2.12. El hecho de no dar cuartel	149
2.1.2.13. El hecho de destruir bienes del enemigo o apoderarse de bienes del enemigo	150
2.1.2.14. El hecho de denegar derechos o acciones a los nacionales de la Parte enemiga.....	150
2.1.2.15. El hecho de obligar a participar en operaciones bélicas	151
2.1.2.16. El saqueo.....	151
2.1.2.17. El hecho de emplear veneno o armas envenenadas.....	152
2.1.2.18. El hecho de emplear gases, líquidos, materiales o dispositivos prohibidos	152
2.1.2.19. El hecho de emplear balas prohibidas	154
2.1.2.20. El hecho de emplear armas, proyectiles, materiales o métodos de guerra enumerados en el anexo del Estatuto	154
2.1.2.21. El hecho de cometer atentados contra la dignidad personal.....	155
2.1.2.22. La violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual.....	156
2.1.2.23. El hecho de utilizar a personas protegidas como escudos.....	160

2.1.2.24. El hecho de atacar bienes o personas que utilicen los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra.....	160
2.1.2.25. El hecho de hacer padecer hambre como método de guerra	161
2.1.2.26. El hecho de reclutar o alistar niños en las fuerzas armadas	161
2.2. El caso colombiano	163
2.2.1. Los elementos materiales particulares de los crímenes de guerra en el Derecho Penal colombiano	163
2.2.2. La jurisprudencia constitucional colombiana en cuanto a los elementos materiales de los crímenes de guerra	165
3. El elemento de intencionalidad de los crímenes de guerra (<i>mens rea</i>)	167
3.1. El estado actual del elemento subjetivo en el Derecho Internacional Penal.....	167
3.2. El caso colombiano.	174
4. Las circunstancias contextuales de los crímenes de guerra	177
4.1. La existencia y naturaleza del conflicto armado	177
4.1.1. Los conflictos armados internacionales.	178
4.1.2. Los conflictos armados internos.....	180
4.1.2.1. Conflicto armado interno clásico o de alta intensidad.....	183
4.1.2.2. Conflicto armado interno de baja intensidad.....	186
4.1.3. Los conflictos armados internacionalizados.....	187
4.1.4. Caracterización del conflicto armado colombiano.....	192
4.1.4.1. La naturaleza interna del conflicto armado	192
4.1.4.2. La cooperación militar de los Estados Unidos de América como un elemento de internacionalización del conflicto armado	196
4.1.4.3. La contribución de los Estados fronterizos a la internacionalización del conflicto armado.....	199
4.2. El nexo entre el crimen de guerra y el conflicto armado	204
4.2.1. El contenido del nexo en el Derecho Internacional Penal	204
4.2.2. El caso colombiano	207
4.3. El conocimiento del autor sobre las circunstancias de hecho que establecen la existencia del conflicto armado	210
 CAPÍTULO III. LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL INDIVIDUO EN LOS CRÍMENES DE GUERRA.....	 213
 1. Principios que rigen la responsabilidad internacional penal del individuo por crímenes de guerra	 215
1.1. La responsabilidad internacional penal es individual y personal	215
1.1.1. La responsabilidad internacional penal concierne a la persona natural individualmente considerada	215

1.1.2. La responsabilidad internacional penal no concierne a las personas jurídicas aunque no excluye otras formas de responsabilidad internacional de los Estados	219
1.2. La responsabilidad internacional penal se basa en el principio de legalidad de los delitos y las penas	223
1.2.1. La noción del principio de legalidad en la ley penal de los Estados	223
1.2.2. La aplicación del principio de legalidad al Derecho Internacional Penal en vigor	227
1.3. Los responsables por crímenes de guerra no son sujetos calificados	230
1.3.1. Naturaleza de los sujetos responsables por crímenes de guerra en el Derecho Internacional Penal	230
1.3.2. Los presuntos responsables por crímenes de guerra en el conflicto armado colombiano	232
1.4. La responsabilidad internacional penal prevalece sobre el derecho interno	237
1.5. Las inmunidades diplomáticas no son un eximente de la responsabilidad internacional penal	239
1.6. La responsabilidad internacional penal no se extingue con el paso del tiempo	243
1.7. La responsabilidad internacional penal no se extingue en los casos de cosa juzgada aparente o fraudulenta	245
1.8. Las leyes de amnistía y de indulto no extinguen la responsabilidad internacional penal	247
2. Aplicaciones del sistema diferencial de participación en los crímenes de guerra	251
2.1. El sistema diferencial del Estatuto de Roma	253
2.2. El sistema diferencial del Código Penal colombiano	255
3. Introducción a las teorías de la responsabilidad penal en uso por parte de los tribunales internacionales	256
3.1. Aproximación a la Teoría de la Empresa Criminal Conjunta (ECC)	257
3.2. La CPI y la teoría de <i>Roxin</i> o teoría del control sobre el crimen	262
3.3. Las teorías de la responsabilidad en el Derecho Penal colombiano	266
4. Aproximación a las formas de participación en los crímenes de guerra	272
4.1. La autoría directa como forma clásica de participación principal	272
4.1.1. La autoría directa del artículo 25-3-a del Estatuto de Roma	272
4.1.2. El autor directo del artículo 29 del Código Penal colombiano	273
4.2. La co-autoría o co-perpetración como segunda forma de participación principal	274
4.2.1. La co-autoría del artículo 25-3-a del Estatuto de Roma	274

4.2.2. El co-autor del artículo 29 del Código Penal colombiano	277
4.3. La autoría indirecta o mediata como forma autorizada de participación principal y la modalidad de autoría a través del control sobre la organización	280
4.3.1. La autoría indirecta del artículo 25-3-a del Estatuto de Roma	280
4.3.2. El autor indirecto (mediato) del artículo 29 del Código Penal colombiano	283
4.4. La co-autoría indirecta como forma novedosa de participación principal.....	287
4.4.1. La co-autoría indirecta del artículo 25-3-a del Estatuto de Roma.....	287
4.4.2. El co-autor indirecto del artículo 29 del Código Penal colombiano	290
4.5. La orden, proposición o inducción al crimen como forma accesoria de responsabilidad.....	293
4.5.1. La orden, proposición o inducción del artículo 25-3-b del Estatuto de Roma.....	293
4.5.2. El autor determinador del artículo 30 del Código Penal colombiano	295
4.6. La facilitación del crimen por complicidad, encubrimiento o colaboración como forma accesoria de participación	296
4.6.1. La facilitación del artículo 25-3-c del Estatuto de Roma.....	297
4.6.2. La facilitación por complicidad, contribución o ayuda del artículo 30 del Código Penal colombiano	297
4.7. Otras formas de contribución intencional	298
4.7.1. La contribución intencional a la actividad criminal de un grupo del artículo 25-3-d del Estatuto de Roma.....	298
4.7.2. El interviniente del artículo 30 del Código Penal colombiano	301
4.8. La tentativa como forma autónoma de participación.....	302
4.8.1. La tentativa del artículo 25-3-f del Estatuto de Roma.....	302
4.8.2. La tentativa del artículo 27 del Código Penal colombiano	302
5. La responsabilidad penal de los jefes y otros superiores	304
5.1. La responsabilidad de los jefes militares del artículo 28-a del Estatuto de Roma	304
5.2. La responsabilidad de otros jefes y superiores del artículo 28-b del Estatuto de Roma	307
5.3. El deber jurídico de protección y garantía del artículo 25 del Código Penal colombiano	309
6. Las circunstancias eximentes de la responsabilidad penal aplicables a los crímenes de guerra	310
6.1. Las circunstancias eximentes de la responsabilidad penal de los artículos 31 y 32 del Estatuto de Roma.....	310
6.2. Las causales eximentes de la responsabilidad penal del artículo 32 del Código Penal colombiano	312

CAPÍTULO IV. LA JURISDICCIÓN COMPETENTE PARA PERSEGUIR Y SANCIONAR LOS CRÍMENES DE GUERRA EN COLOMBIA	315
1. La competencia principal del Estado colombiano	315
1.1. Derecho aplicable.....	315
1.1.1. Principios que rigen la competencia principal del Estado	315
1.1.2. El criterio territorial como fuente principal de la competencia del Estado colombiano en materia de crímenes de guerra	317
1.1.3. Fuentes subsidiarias de competencia en materia de crímenes de guerra.....	319
1.2. El impacto de la jurisdicción nacional en materia de crímenes de guerra	320
1.2.1. Impacto material: el poder efectivo de la norma penal	321
1.2.1.1. Diagnóstico de los crímenes de guerra	321
1.2.1.2. La acción penal de la jurisdicción nacional.....	323
1.2.2. Impacto simbólico de la norma penal.....	325
1.2.2.1. El efecto simbólico de la norma asociado a la desmovilización de los grupos armados en conflicto	326
1.2.2.1. El efecto simbólico de la norma asociado a la intensidad de la confrontación armada	328
1.3. Límites a la acción penal derivados de la imputación.....	332
1.3.1. La transformación de la incriminación: del crimen de guerra al delito común.....	332
1.3.1.1. La disimulación del elemento objetivo de la circunstancia contextual: la existencia y naturaleza del conflicto armado	333
1.3.1.2. La dificultad para el establecimiento del elemento subjetivo de la circunstancia contextual: el nexo entre el crimen y el conflicto armado	335
1.3.2. La transformación de la sanción: la reducción de la entidad de la pena efectiva de prisión	337
1.3.2.1. La reducción de la entidad de la pena como consecuencia de la transformación de la incriminación	338
1.3.2.2. La supresión de la pena efectiva de prisión y sus efectos sobre los crímenes de guerra	339
1.3.2.3. La atenuación de la pena efectiva de prisión y sus efectos sobre los crímenes de guerra	341
1.3.3. La transformación de la ejecución de la pena de prisión por falsa ejecución o ejecución defectuosa	346
1.4. Límites a la acción penal derivados del comportamiento de los órganos del Estado.....	349
1.4.1. La diplomacia de post-conflicto como centro de la política exterior del Estado.....	349

1.4.2. Los compromisos internacionales que dificultan la sanción de los crímenes de guerra.....	355
1.4.3. La deriva presidencialista y el desequilibrio entre los poderes públicos.....	358
1.5. Límites a la acción penal derivados de los medios disponibles.....	362
1.5.1. Los medios disponibles para la administración de justicia en materia de crímenes de guerra y otros crímenes graves.....	362
1.5.2. Los problemas relativos a los medios disponibles.....	365
1.6. Límites derivados del tratamiento al universo de las víctimas.....	371
1.6.1. La rendición de cuentas.....	371
1.6.2. El acceso efectivo a la justicia en condiciones de igualdad.....	377
1.6.3. La reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido.....	384
2. Aproximación a la activación <i>proprio motu</i> de la competencia complementaria de la CPI.....	387
2.1. El artículo 53-1-a del Estatuto de Roma: el “fundamento razonable para creer que se ha cometido o se está cometiendo un crimen de la competencia de la Corte”.....	389
2.1.1. Los criterios estándar.....	390
2.1.2. La noción de “fundamento razonable”.....	391
2.1.3. El marco jurisdiccional de la CPI.....	393
2.2. El artículo 53-1-b del Estatuto de Roma: “la causa es o sería admisible de conformidad con el artículo 17” del Estatuto de Roma.....	395
2.2.1. El test de complementariedad de la jurisdicción de la CPI.....	396
2.2.2. El test de gravedad como condición de admisibilidad.....	398
2.2.3. El artículo 15-4 del Estatuto del Estatuto de Roma: el fundamento suficiente para abrir una investigación de un asunto de la competencia de la CPI.....	399
2.3. Aproximación a las modalidades de ejercicio de la competencia complementaria de la CPI en la situación de Colombia.....	402
2.3.1. Marco jurídico de las obligaciones generales de cooperación entre la CPI y la República de Colombia.....	404
2.3.2. Acuerdos y arreglos complementarios para el cumplimiento de los propósitos del Estatuto de Roma.....	407
2.3.3. La complementariedad positiva aplicada a la situación de Colombia.....	409
2.3.4. La complementariedad sancionadora y la activación selectiva de la competencia de la CPI.....	413
2.3.4.1. El uso probable del artículo 18 del Estatuto de Roma.....	414

2.3.4.2. El uso probable del artículo 53-1-b- del Estatuto de Roma	415
CONCLUSIONES	417
DOCUMENTACIÓN	435
1. Convenios y otros instrumentos internacionales	435
2. Documentos de la Organización de las Naciones Unidas	438
2.1. Asamblea General	438
2.2. Consejo de Seguridad (CS).....	439
2.3. Secretaría General	440
2.4. Consejo (antigua Comisión) de Derechos Humanos (CDH)	441
2.5. Comisión de Derecho Internacional (CDI/ILC).....	442
2.6. Otros documentos	443
3. Documentos de la Corte Penal Internacional (CPI)	444
3.1. Trabajos preparatorios.....	444
3.2. Documentos	445
4. Documentos de otras organizaciones de carácter interestatal	447
5. Documentos del sistema interamericano	447
6. Documentos de órganos del Estado colombiano	448
7. Jurisprudencia internacional	449
7.1. Corte Internacional de Justicia (CIJ).....	449
7.2. Corte Penal Internacional (CPI).....	450
7.3. Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia (TPIY).....	454
7.4. Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR).....	455
7.5. Otros tribunales internacionales.....	456
8. Jurisprudencia nacional	457
8.1. Jurisprudencia colombiana.....	458
8.1.1. Corte Constitucional (CC).....	458
8.1.2. Corte Suprema de Justicia (CSJ).....	461
8.1.3. Otros tribunales e instancias colombianas.....	463
8.2. Otros tribunales nacionales	464
9. Legislación interna	465
9.1. Legislación colombiana (leyes, decretos y resoluciones)	465
9.2. Otras legislaciones nacionales.....	470
BIBLIOGRAFÍA	471
1. Libros y monografías	471
2. Artículos de revistas y capítulos de libros	480
3. Artículos de prensa y otros medios informativos	489

ABREVIATURAS

A/.....	Documento de la Asamblea General de las Naciones Unidas
a. de C.....	antes de Cristo/ antes de nuestra era
A/RES.....	Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas
ACNUR.....	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
Add.....	<i>Addenda</i> /Adenda
art./-s.....	artículo/-s
artículo 3 común.....	artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949
AUC.....	Autodefensas Unidas de Colombia
BOE.....	Boletín Oficial del Estado, Reino de España
Cass. Crim.....	Sala Penal de la Corte de Casación de la República de Francia
CCAJAR.....	Corporación Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo (Colombia)
CC.....	Corte Constitucional de Colombia
CC-F.....	Conseil Constitutionnel de France
CC, Auto 288/10.....	CC, Sala Plena (17 de agosto de 2010): <i>Acuerdo Complementario para la Cooperación y asistencia técnica en defensa y Seguridad entre los gobiernos de la República de Colombia y de los Estados Unidos de América</i> , suscrito en Bogotá el 30 de octubre de 2009, Auto 288/10, Comunicado núm. 40
CC, Sentencia C-048/01.....	CC, Sala Plena (24 de enero de 2001): <i>Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 8 (parcial) de la Ley 418 de 1997</i> , Sentencia C-048/01, Sentencia de constitucionalidad
CC, Sentencia C-225/95.....	CC, Sala Plena (18 de mayo de 1995): <i>Revisión constitucional del "Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)" hecho en Ginebra el 8 de junio de 1977, y de la Ley 171 del 16 de diciembre de 1994, por medio de la cual se aprueba dicho Protocolo</i> , Sentencia C-225/95, Sentencia de constitucionalidad
CC, Sentencia C-228/02.....	CC, Sala Plena (3 de abril de 2002): <i>Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 137 de la Ley 600 de 2000, "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal"</i> , Sentencia C-22/02, Sentencia de constitucionalidad
CC, Sentencia C-291/07.....	CC, Sala Plena (25 de abril de 2007): <i>Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 135, 156 y 157 (parciales) de la Ley 599 de 2000, y 174, 175, 178 y 179 de la Ley 522 de 1999</i> , Sentencia C-291/07, Sentencia de constitucionalidad
CC, Sentencia C-370/06.....	CC, Sala Plena (18 de mayo de 2006): <i>Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2, 3, 5, 9, 10, 11.5, 13, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 31, 34, 37 numerales 5 y 7,</i>

	46, 47, 48, 54, 55, 58, 62, 69, 70 y 71 de la Ley 975 de 2005 “Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios”, y contra la ley en su integridad, Sentencia C-370/06, Sentencia de constitucionalidad
CC, Sentencia C-454/06	CC, Sala Plena (7 de junio de 2006): <i>Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 11, 132, 133, 134, 135, 136, 137 y 357 de la Ley 906 de 2004, “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”</i> , Sentencia C-454/06, Sentencia de constitucionalidad
CC, Sentencia C-516/07	CC, Sala Plena (11 de julio de 2007): <i>Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 11 -ordinales d) y h) (parcial) -; 136 -numeral 11 (parcial) -, 137 - numeral 4 -; 340; 348 -parcial-, y 350 -parcial- de la Ley 906 de 2004 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”</i> , Sentencia C-516/07, Sentencia de constitucionalidad
CC, Sentencia C-574/92	CC, Sala Plena (28 de octubre de 1992): <i>Revisión oficiosa del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)</i> , Sentencia C-574/92, Sentencia de constitucionalidad
CC, Sentencia C-578/02	CC, Sala Plena (30 de julio de 2002): <i>Revisión de la Ley 742 del 5 de junio de 2002 “Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)”</i> , Sentencia C-578/02, Sentencia de constitucionalidad
CC, Sentencia C-836/01	CC, Sala Plena (9 de agosto de 2001): <i>Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 4 de la Ley 169 de 1896</i> , Sentencia C-836/01, Sentencia de constitucionalidad
CC, Sentencia T-085/09	CC, Sala Primera de Revisión (16 de febrero de 2009): <i>Trámite de revisión de los fallos dictados por los despachos de instancia en las Acciones de tutela T-2.050.591, T-2.056.396 y T-2.056.402</i> ”, Sentencia T-085/09, Sentencia de revisión de tutela
CC, Sentencia T-821/07	CC, Sala Octava de Revisión (5 de octubre de 2007): <i>Acción de tutela interpuesta por Rosmira Serrano Quintero contra Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional Acción Social.</i> , Sentencia T-821/07, Sentencia de revisión de tutela
CDC-EUA	Corte Distrital de Columbia, Estados Unidos de América
CDI	Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas/ <i>Comisión du Droit International des Nations Unies</i>

CDH	Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (antigua Comisión de Derechos Humanos)/ <i>Conseil des Droits de l'Homme des Nations Unies</i>
CDH, doc. A/HRC/13/22/Add.3 (1-3-2010)	CDH, doc. A/HRC/13/22/Add.3 (1-3-2010): <i>Informe de la Relatora Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos, Sra. Margaret Sekaggya. Adición, Misión a Colombia (7-18 de septiembre de 2009)</i> , 27 págs.
CDH, doc. A/HRC/13/72 (4-3-2010)	CDH, doc. A/HRC/13/72 (4-3-2010): <i>Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia</i> , 32 págs.
CDH, doc. A/HRC/14/24/Add.2 (31-3-2010)	CDH, doc. A/HRC/14/24/Add.2 (31-3-2010): <i>Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Philip Alston. Adición, Misión a Colombia</i> , 40 págs.
CDH, doc. A/HRC/14/26/Add.2 (15-4-2010)	CDH, doc. A/HRC/14/26/Add.2 (15-4-2010): <i>Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Sra. Gabriela Carina Knaul de Albuquerque e Silva. Adición, Misión a Colombia</i> , 33 págs.
CDH, doc. A/HRC/4/48 (5-3-2007)	CDH, doc. A/HRC/4/48 (5-3-2007): <i>Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia</i> , 53 págs.
CDH, doc. A/HRC/WG.6/3/COL/2 (9-10-2008).....	CDH, doc. A/HRC/WG.6/3/COL/2 (9-10-2008): <i>Recopilación preparada por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos con arreglo al párrafo 15 b) del Anexo de la Resolución 5/1 del Consejo de Derechos Humanos- Colombia-</i> , 21 págs.
CDH, doc. E/CN.4/1426 (19-1-1981)	CDH, doc. E/CN.4/1426 (19-1-1981): <i>Aplicación de la Convención Internacional sobre la represión y el castigo del crimen de Apartheid</i> , 117 págs.
CEDH.....	Corte Europea de Derechos Humanos/Tribunal Europeo de Derechos Humanos/ <i>Cour européenne des droits de l'homme</i>
CEDH, <i>Ireland v. the United Kingdom</i>	CEDH, Plenary Court (18 January 1978): <i>Ireland v. the United Kingdom</i> , Series A No. 25, p. 161, Judgment
CE-RC	Consejo de Estado de la República de Colombia
CICR	Comité Internacional de la Cruz Roja
CIDH-OEA.....	Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos
CIJ	Corte Internacional de Justicia de las Naciones Unidas/ <i>Cour internationale de justice des Nations Unies</i>
CINEP	Centro de Investigación y Educación Popular (Colombia)
CITpax.....	Centro Internacional de Toledo para la Paz (España)
CNRR.....	Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (Colombia)

CODA.....	Comité Operativo de Dejeción de Armas (Colombia)
Código de Procedimiento Penal	Ley 600 de 2000, de 24 de julio, “ <i>Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal</i> ”, Congreso de la República de Colombia, Diario oficial 44.097.
Código Penal	Ley 599 de 2000, del 24 de julio, “ <i>Por la cual se expide el Código Penal</i> ”, Congreso de República de Colombia, Diario oficial 44.097
CODHES.....	Consultoría para los Derechos humanos y el desplazamiento de la República de Colombia
COL/.....	Colombia
Convención H. IV.....	Convención de La Haya relativa a las leyes y los usos de la guerra terrestre (18-10-1907)
Convenio de Ginebra 1864.....	Convenio de Ginebra del 22 de agosto de 1864, para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña (22-8-1864)
coord./-s.....	coordinador (a)/-es (as)
Corte IDH.....	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CP/RES-OEA.....	Resolución del Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos
CPI.....	Corte Penal Internacional/ <i>Cour pénale internationale</i>
CPI, <i>Abu Garda</i> case, ICC-02/05-02/09-243-Red	CPI, Pre-trial Chamber I (8 February 2010): <i>The Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda</i> , ICC-02/05-02/09-243-Red, Public redacted Decision on the Confirmation of Charges
CPI, <i>Affaire Katanga</i> , ICC-01/04-01/07-1491-Red	CPI, Chambre préliminaire II (23 novembre 2009): <i>Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui</i> , ICC-01/04-01/07-1491-Red, Motifs de la décision relative aux 345 demandes de participation de victimes à la procédure. Version publique expurgée avec annexe confidentielle ex parte réservé au Greffe et aux représentants légaux des victimes
CPI, <i>Affaire Katanga</i> , ICC-02/04-01/07-1788.....	CPI, Chambre de première instance II (22 janvier 2010): <i>Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui</i> , ICC-02/04-01/07-1788, Décision relative aux modalités de participation des victimes au stade des débats sur le fond
CPI, <i>Affaire Katanga</i> , ICC-02/04-01/07-933.....	CPI, Chambre de première instance II (26 février 2009): <i>Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui</i> , ICC-01/04-01/07-933, Décision relative au traitement des demandes de participation
CPI, <i>Affaire Lubanga</i> , ICC-01/04-01/06-803	CPI, Chambre préliminaire I (29 janvier 2007): <i>Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo</i> , ICC-01/04-01/06-803, Décision sur la confirmation des charges
CPI, <i>Al Bashir</i> case, ICC-02/05-01/09-95	CPI, Pre-trial Chamber I (27 July 2010): <i>The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir (“Omar Al Bashir”)</i> , ICC-02/05-01/09-95, Second Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir
CPI, Appeals <i>Lubanga</i> ,	

ICC-01/04-556 OA4 OA5 OA6	CPI, Appeals Chambers (19 December 2008): <i>The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo</i> , ICC-01/04-556 OA4 OA5 OA6, Judgment on victim participation in the investigation stage of the proceedings in the appeal of the OPCD against the decision of Pre-Trial Chamber I of 7 December 2007 and in the appeals of the OPCD and the Prosecutor against the decision of Pre-Trial Chamber I of 24 December 2007
CPI, Appeals <i>Lubanga</i> , ICC-01/04-01/06-1432 OA9 OA10.....	CPI, Appeals Chambers (11 July 2008): <i>The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo</i> , ICC-01/04-01/06-1432 OA9 OA10, Judgment on the appeals of The Prosecutor and The Defence against Trial Chamber I's Decision on Victims' Participation of 18 January 2008
CPI, <i>Bemba</i> case, ICC-01/05-01/08-424	CPI, Pre-trial Chamber II (15 June 2009) <i>The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo</i> , ICC-01/05-01/08-424, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo
CPIDESC	Comité del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales
CPI, doc. ICC-ASP/6/21 (19-10-2007)	CPI, doc. ICC-ASP/6/21 (19-10-2007): <i>Report of the Bureau on cooperation in the Sixth session, Assembly of States Parties of the International Criminal Court</i> , 25 págs.
CPI, doc. ICC-ASP/8/43/Add.1 (10-11-2009)	CPI, doc. ICC-ASP/8/43/Add.1 (10-11-2009). <i>Report of the Bureau on the Review Conference. Addendum, Assembly of States Parties of the International Criminal Court</i> , 18 págs.
CPI, doc. ICC-ASP/8/44 (15-11-2009)	CPI, doc. ICC-ASP/8/44 (15-11-2009): <i>Report of the Bureau on cooperation, Eighth session, Assembly of States Parties of the International Criminal Court</i> , 30 págs.
CPI, doc. ICC-RC-POA2010-COL-SPA (5-5-2010)	CPI, doc. ICC-RC-POA2010-COL-SPA (5-5-2010): <i>Memorando DIDHD- 26027/0473 de respuesta del Estado colombiano al cuestionario enviado el 9 de abril mediante nota número ICC-ASP/S/PA/07, por parte de la Secretaría Permanente de la Asamblea de Estados Partes del Estatuto de Roma referente a la legislación de aplicación del Estatuto</i> , 5 págs.
CPI, doc. OTP (1-2-2010)	CPI, doc. OTP (1-2-2010): <i>Prosecutorial Strategy 2009-2012, The Office of the Prosecutor of the International Criminal Court</i> , 18 págs.
CPI, doc. PCNICC/2000/INF/3 (6-7-2000).....	CPI, doc. PCNICC/2000/INF/3 (6-7-2000): <i>Report of the Preparatory Commission for the International Criminal Court</i> , 39 págs.
CPI, doc. RC/Res.1 (8-6-2010)	CPI, doc. RC/Res.1 (8-6-2010): <i>Complementariedad, resolución aprobada por consenso en la 9ª sesión plenaria en la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma</i> , 2 págs.
CPI, doc. RC/Res.5, Anexo I (10-6-2010).....	CPI, doc. RC/Res.5, Anexo I (10-6-2010): <i>Enmienda al artículo 8, Anexo I a la Resolución de enmienda al artículo 8 adoptada en la 12ª</i>

	<i>sesión plenaria adoptada por consenso en la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma, 3 págs.</i>
CPI, doc. RC/Res.5, Anexo II (10-6-2010)	CPI, doc. RC/Res.5, Anexo II (10-6-2010): <i>Enmienda a los Elementos de los Crímenes, Anexo II a la Resolución de enmienda al artículo 8 adoptada en la 12ª sesión plenaria adoptada por consenso en la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma, 1 pág.</i>
CPI, Elementos de los Crímenes	Elementos de los Crímenes, Instrumentos adoptados por la Asamblea de los Estados Parte en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Anexo B (10 -09-2002)
CPI, <i>Katanga</i> case, ICC-02/04-01/07-632.....	CPI, Pre-trial Chamber I (23 June 2008): <i>The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, ICC-02/04-01/07-632, Decision on the Application for Participation of Witness 166</i>
CPI, <i>Katanga</i> case, ICC-01/04-01/07-717.....	CPI, Pre-trial Chamber I (30 September 2008): <i>The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Case ICC-01/04-01/07-717, Decision on the confirmation of charges</i>
CPI, <i>Kony</i> case, ICC-02/04-01/05	CPI, Pre-trial Chamber II (27 September 2005): <i>The Prosecutor v. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo and Dominic Ongwen, ICC-02/04-01/05, Warrant of Arrest for Joseph Kony issued on 8th July 2005 as amended on 27th September 2005</i>
CPI, Propuesta de Estados Unidos	CPI, doc. PCNICC/1999/DP.4/Add.2 (04-02-1999): <i>Proposal submitted by the United States of America, Draft elements of crimes, Addendum, 9 págs.</i>
CPI, Propuesta de Suiza	CPI, doc. PCNICC/1999/DP.5/and Corr.1 and Corr.2 (10-02-1999): <i>Proposal submitted by Hungary and Switzerland. Elements of crimes: Article 8(2)(a) of the Rome Statute of the International Criminal Court, Corrigendum 1 and 2, 24 págs.</i>
CPI, Reglamento de Procedimiento y Prueba.....	Reglas de Procedimiento y Prueba, Instrumentos adoptados por la Asamblea de los Estados Parte en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Anexo A (10-9-2002)
CPI, Reglamento de la CPI.....	CPI, doc. ICC-BD/01-01-04 (28-05-2004): <i>Reglamento de la Corte Penal Internacional, Aprobado por los magistrados de la Corte el día 26 de mayo de 2004 en la 5ª sesión plenaria, 78 págs.</i>
CPI, <i>Situation of Kenya</i> , Dissenting opinion, ICC-01/09-19-Corr	CPI, Pre-trial Chamber II (31 mars 2010): <i>Situation in the République of Kenya, ICC-01/09-19-Corr, Public Decision pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya. Dissenting opinion of Judge Hans-Peter Kaul</i>
CPI, <i>Situation of Kenya</i> , ICC-01/09-19-Corr	CPI, Pre-trial Chamber II (31 mars 2010): <i>Situation in the République of Kenya, ICC-01/09-19-Corr, Public Decision pursuant to</i>

	Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya
CPI, Texto CICR	CPI, doc., PCNICC/1999/WGEC/INF.1 (19-02-1999): <i>Request from the Governments of Belgium, Costa Rica, Finland, Hungary, South Africa and Switzerland regarding the text prepared by the International Committee of the Red Cross on article 8, paragraph 2 (a), of the Rome Statute of the International Criminal Court</i> , 64 págs.
CPJI.....	Corte Permanente de Justicia Internacional de la Sociedad de Naciones
CP-OEA	Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos
CR	Congreso de la República de Colombia
CS	Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas
CSIS	<i>Center for Strategic and International Studies</i>
CSJ	Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia
CSJ, Caso <i>Bloque Magdalena medio AUC</i> , núm. 31115.....	CSJ, Sala de Casación Penal (12 de mayo de 2009): <i>La Fiscalía c. Cesar Augusto Botero</i> , Radicado núm. 31150, Auto
CSJ, Caso <i>Bloque Calima AUC</i> , núm. 32022.....	CSJ, Sala de Casación Penal (21 de septiembre de 2009): <i>La Fiscalía c. Gian Carlo Gutiérrez Suárez</i> , Radicado núm. 32022, Aprobado: Acta núm. 299, Auto
CSJ, Caso <i>Caballero Montalvo</i> , núm. 26945	CSJ, Sala de Casación Penal (11 de julio de 2007): <i>La Fiscalía c. Orlando César Caballero Montalvo</i> , Radicado núm. 26945, Aprobado: Acta núm. 117, Sentencia
CSJ, Caso <i>Calle Piedrahita</i> , núm. 29221	CSJ, Sala de Casación Penal (2 de septiembre de 2009): <i>La Fiscalía c. Paula Andrea Calle Piedrahita</i> , Radicado núm. 29221, Aprobado: Acta núm. 227, Sentencia
CSJ, Caso <i>Caracol</i> , núm. 25974.....	CSJ, Sala de Casación Penal (8 de agosto de 2007): <i>La Fiscalía c. Jhon Jairo Buitrago Gonzalez y Luis Alberto Puertas Triana</i> , Radicado núm. 25974, Aprobado: Acta núm. 140, Sentencia
CSJ, Caso <i>La Gata</i> , núm. 30927	CSJ, Sala de Casación Penal (10 de diciembre 2008): <i>La Fiscalía c. Énilse del Rosario López Romero “La Gata” y otro</i> , Radicado núm. 30927, Aprobado: Acta núm. 353, Decisión de cambio de radicación
CSJ, Caso <i>Falsos positivos</i> , núm. 26137.....	CSJ, Sala de Casación Penal (6 de mayo de 2009): <i>La Fiscalía c. José Mauricio Muñoz Plaza y otros</i> , Radicado núm. 26137, Aprobado: Acta núm. 127, Sentencia
CSJ, Caso <i>Falsos positivos</i> , núm. 31914.....	CSJ, Sala de Casación Penal (27 de julio de 2009): <i>La Fiscalía c. Ramiro Jairo Ramírez Ortega y otros</i> , Proceso núm. 31914, Aprobado: Acta núm. 228, Decisión de la admisión de demanda de revisión
CSJ, Caso <i>Machuca</i> , núm. 23825.....	CSJ, Sala de Casación Penal (7 de marzo 2007): <i>La Fiscalía c. Nicolás Rodríguez Bautista y otros</i> , Radicado núm. 23825, Aprobado: Acta núm. 31, Sentencia

CSJ, Caso <i>Osorio Roa</i> , núm. 20860	CSJ, Sala de Casación Penal (15 de septiembre de 2004): <i>La Fiscalía c. José Wladimir Osorio Roa</i> , Radicado núm. 20860, Aprobado: Acta núm. 077, Sentencia
CSJ, Caso <i>Rudas Villazón</i> , núm, 34202	CSJ, Sala de Casación Penal (28 de julio de 2010): <i>La Fiscalía c. Hugo Enrique Rudas Villazón</i> , Radicado núm. 34202, Aprobado: Acta núm. 236, Sentencia
CSJ, Caso <i>Sánchez Rincón</i> , núm. 32964	CSJ, Sala de Casación Penal (25 de agosto de 2010): <i>La Fiscalía c. Rodolfo Sebastián Sánchez Rincón</i> , Radicado núm 32964, Aprobado: Acta núm. 267, Sentencia
CSJ, Masacre de <i>La Gabarra</i> , núm. 24448	CSJ, Sala de Casación Penal (12 de septiembre 2007): <i>La Fiscalía c. Luis Fernando Campuzano Vásquez</i> , Radicado núm. 24448, Aprobado: Acta núm. 170, Sentencia
CSJ, Masacre de <i>Potrero Grande</i> , núm. 22698.....	CSJ, Sala de Casación Penal (9 de noviembre 2006): <i>La Fiscalía c. Sandra Rivera Suárez</i> , Radicado núm. 22698, Aprobado: Acta núm. 128, Sentencia
CSJ, Masacre de <i>Río Frío</i> , núm. 17550.....	CSJ, Sala de Casación Penal (6 de marzo de 2003): <i>La Fiscalía c. Eduardo Delgado Carrillo y otros</i> , Radicado núm. 17550, Aprobado: Acta núm. 30, Decisión de la admisión de demanda de revisión
CSJ, Masacre de <i>Segovia</i> , núm. 18499.....	CSJ, Sala de Casación Penal (25 de octubre de 2001): <i>La Fiscalía c. Alejandro Londoño Tamayo y otros</i> , Radicado núm. 18499, Aprobado: Acta núm. 165, Sentencia
CSJ, Masacre del pueblo <i>Kankuamo</i> , núm, 29753	CSJ, Sala de Casación Penal (27 de enero de 2010): <i>La Fiscalía c. Mario y Geiber José Fuentes Montaña</i> , Radicado núm. 29753, Aprobado: Acta núm. 16, Sentencia
CSJ, Parapolítica senador <i>Araújo Castro</i> , núm. 27032 ...	CSJ, Sala de Casación Penal- única instancia (12 de septiembre 2007): <i>La Fiscalía c. Álvaro Araújo Castro</i> , Radicado núm. 27032, Aprobado: Acta núm. 84, Sentencia
CSJ, Parapolítica senador <i>García Romero</i> , núm. 32805	CSJ, Sala de Casación Penal (23 de febrero de 2010): <i>La Fiscalía c. Álvaro Alfonso García Romero</i> , Radicado núm. 32805, Aprobado: Acta núm. 56, Sentencia
CSJN-RA.....	Corte Suprema de Justicia de la Nación. República de Argentina.
CSJN-RA, Caso <i>Ley de punto final</i> , núm. 17.768	CSJN-RA, Sala Plena (14 de junio de 2005): <i>Julio Héctor Simón y otros s/ privación ilegítima de la libertad etc.</i> , causa núm. 17.768, Recurso de hecho
CSJ-RP	Corte Suprema de Justicia de la República de Perú
CSPP	Fundación Comité de Solidaridad con los Presos Políticos en Colombia
CSUCS	<i>Coalition to Stop the Use of Child Soldiers</i>
d. de C.	después de Cristo/ de nuestra era
DDR	Desmovilización, desarme y reinserción
DEA.....	Diploma de Estudios Avanzados

Declaración de 1899	Declaración prohibiendo el empleo de las balas que se hinchaban o aplastaban fácilmente en el cuerpo humano (29-07-1899)
DIH.....	Derecho Internacional Humanitario
doc.....	Documento oficial
dir./-s	director (a)/-es (as)
DP-RC	Defensoría del Pueblo- República de Colombia
ed./-s	editor (a)/-es (as)
ECC	Empresa Criminal Conjunta (Común)/ <i>Entreprise criminale commune</i>
ELN	Ejército de Liberación Nacional (Colombia)
Estatuto de Nuremberg.....	Estatuto del Tribunal de Nuremberg anexo al Acuerdo para el establecimiento de un Tribunal Militar Internacional encargado del juicio y castigo de los principales criminales de guerra del Eje europeo, Londres (08-08-1945)
Estatuto de Roma	Estatuto de la Corte Penal Internacional, Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, Documentos oficiales (17-07-1998)
Estatuto del TPIR	S/RES/955 (08-11-1994): <i>Para el Establecimiento de un Tribunal Internacional y aprobación del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, anexo a esta resolución, habiendo recibido la petición formulada por el Gobierno de Ruanda (S/1994/1115)</i> , 15 págs.
Estatuto del TPIY	S/RES/827 (25-05-1993): <i>Que adopta el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia, anexo al Informe S/25704 del Secretario General de las Naciones Unidas, establecido conforme al párrafo 2 de la Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad</i> , 3 págs.; CS, doc. S/25704 (03-05-1993): <i>Report of the Secretary General pursuant to paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993)</i> , 48 págs.
<i>et al.</i>	y otros autores
FARC- EP	Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo
FDLR.....	<i>Forces démocratiques pour la libération du Rwanda - Forces combattantes Abacunguzi</i>
FIDH.....	Federación Internacional de Derechos Humanos/ <i>Fédération Internationale des Droits de l'Homme</i>
FNI	<i>Front des Nationalistes et Intégrationnistes</i> (RDC)
FRPI	<i>Force de Résistance Patriotique en Ituri</i> (RDC)
HRC.....	<i>United Nations Human Rights Council</i>
I Convenio de Ginebra.....	I Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña (12-08-1949)
II Convenio de Ginebra	II Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar (12-08-1949)

III Convenio de Ginebra.....	III Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (12-08-1949)
IV Convenio de Ginebra.....	IV Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (12-08-1949)
ICC	<i>International Criminal Court</i>
ICJ	<i>International Court of Justice of the United Nations</i>
ILC	<i>International Law Commission</i>
Informe CDI 1949	ILC, doc. A/CN.4/13 and Corr. 1-3, (12-4-1949): <i>Report of the International Law Commission on the work of its first Session</i> 290 págs.
Informe CDI 1950	ILC, doc. A/CN.4/34 (29-7-1950): <i>Report of the International Law Commission on the work of its Second Session</i> , 385 págs.
Informe CDI 1951	ILC, doc. A/CN.4/48 and Corr. 1-2 (27-7-1951): <i>Report of the International Law Commission on its Third Session</i> , 144 págs.
Informe CDI 1954	ILC, doc. A/CN.4/88 (28-7-1954): <i>Report of the International Law Commission Covering the Work of its Sixth Session</i> , 173 págs.
Informe CDI 1976	CDI, doc. A/31/10* (23-07-1976): <i>Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 28^o período de sesiones</i> , 165 págs.
Informe CDI 1983	CDI, doc. A/38/10*(22-07-1983): <i>Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 35^o período de sesiones</i> , 101 págs.
Informe CDI 1984	CDI, doc. A/39/10* (27-07-1984): <i>Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 36^o período de sesiones</i> , 113 págs.
Informe CDI 1985	CDI, doc. A/40/10* (26-07-1985): <i>Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 37^o período de sesiones</i> , 81 págs.
Informe CDI 1986	CDI, doc. A/41/10* (11-07-1986): <i>Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 38^o período de sesiones</i> , 70 págs.
Informe CDI 1989	CDI, doc. A/44/10* (21-07-1989): <i>Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 41^o período de sesiones</i> , 151 págs.
Informe CDI 1991	CDI, doc. A/46/10 (19-07-1991): <i>Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 43^o período de sesiones</i> , 147 págs.
Informe CDI 1994	CDI, doc. A/49/10 (22-07-1994): <i>Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 46^o período de sesiones</i> , 193 págs.
Informe CDI 1996	CDI, doc. A/51/10 (26-07-1996): <i>Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la</i>

	<i>labor realizada en su 48º período de sesiones, 157 págs.</i>
INPEC	Instituto Nacional Penitenciario de Colombia
JICJ.....	<i>Journal of International Criminal Justice</i>
JPC	Juez Penal de Circuito Especializado de la República de Colombia
JPC, Caso <i>Toma del Palacio de Justicia</i>	JPC, Juez 3º Bogotá (9 de junio de 2010): <i>La Fiscalía c. Coronel Luis Alfonso Plazas Vega</i> , Radicado núm. 11001320700320080002500, Sentencia de primera instancia
LRA.....	<i>The Lord's Resistance Army</i> . (Uganda)
MAPP-OEA	Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia- Organización de Estados Americanos
MLC	<i>Mouvement de libération du Congo</i> (RDC)
MOVICE	Movimiento Nacional de Víctimas de Crímenes de Estado (Colombia)
MR-EH.....	<i>Military Review</i> - Edición Hispanoamericana
N&N.....	Revista Noche y Niebla- CINEP
NU	Organización de las Naciones Unidas
NU, doc. A/50/22 Suplemento 22 (6-9-1995)	NU, doc. A/50/22 Suplemento 22 (6-9-1995): <i>Informe del Comité Especial sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional</i> , 56 págs.
NU, doc. A/51/22 Suplemento 22 (13-9-1996).....	NU, doc. A/51/22 Suplemento 22 (13-9-1996): <i>Informe del Comité Preparatorio sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional</i> , vol. I, 84 págs.
NU, doc. A/54/2000 (27-3-2000)	NU, doc. A/54/2000 (27-3-2000): <i>Nosotros los pueblos: la función de las Naciones Unidas en el siglo XXI, Informe del Secretario General</i> , 63 págs.
NU, doc. A/CONF.183/2/Add.1 (14-4-1998).....	NU, doc. A/CONF.183/2/Add.1 (14-4-1998): <i>Report of the Preparatory Committee on the establishment of an International Criminal Court. Addendum</i> , 173 págs.
NU, doc. A/CONF/183/C.1/WGGP/L.1 (15-6-1998).....	NU, doc. A/CONF/183/C.1/WGGP/L.1 (15-6-1998): <i>Chairman's suggestions for articles 21, 26 and 28</i> , 2 págs.
NU, doc. A/RES/60/147 (16-12-2005).....	NU, doc. A/RES/60/147 (16-12-2005): <i>Resolución aprobada por la Asamblea General [sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/60/509/Add.1)] Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones</i> , 10 págs.
NU, doc. A/RES/95(I) (11-12-1946).....	NU, doc. A/RES/95(I) (11-12-1946): <i>Confirmación de los principios de Derecho Internacional reconocidos por el estatuto del Tribunal de Nuremberg</i> , 1 pág.
núm.....	número
OACNUDH.....	Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
OACP-RC.....	Oficina del Alto Comisionado para la Paz- República de Colombia
OEA.....	Organización de Estados Americanos

ONU	Organización de las Naciones Unidas
OPPDH-DIH	Observatorio del Programa Presidencial de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la República de Colombia
OTP	<i>Office of the Prosecutor of the International Criminal Court</i>
Pacto de San José	Convención Americana de los Derechos Humanos (12-11-1969)
pág./-s.	página/-s (totales)
pár./-s.	párrafo/-s
PDF	<i>Popular Defense Force</i> (Sudán)
PGN.....	Procuraduría General de la Nación de la República de Colombia
PGN, doc. Boletín PGN núm. 470 (16-11-2007)	PGN, doc. Boletín PGN núm. 470 (16-11-2007): <i>Destituido e inhabilitado por 18 años, ex director del DAS Jorge Noguera Cotes</i> , Edición digital.
pp.....	páginas (de capítulo o de referencia en un texto)
PPDH-DIH	Programa Presidencial de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la República de Colombia
Protocolo G. BC	Protocolo sobre la prohibición del uso en la guerra, de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos (17-06-1925)
Protocolo I adicional	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) (08-06-1977)
Protocolo II adicional	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) (08-06-1977)
RAA	Revista Actualidad Andina
RDC.....	República Democrática del Congo
RDIH-TAV.....	Revista de Derecho Internacional Humanitario y Temas de Áreas Vinculadas (Argentina)
RDP-A.....	Revista de Derecho Penal (Argentina)
Reglamento de la Corte IDH	Corte IDH, s/n (31-1-2009): <i>Reglamento aprobado por la Corte en el período ordinario XLIX de sesiones del 16 a 25 de noviembre de 2001 y reformado en el período ordinario LXXXII de sesiones del 19 al 31 de enero de 2009</i> , 29 págs.
RESDAL	Red de Seguridad y Defensa de América Latina y Caribe
RICR	Revista Internacional de la Cruz Roja
RID	Revista de Información y Debate
S/	Documento del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas
SCSL	<i>Special Court for Sierra Leone</i>
SDN.....	Sociedad de Naciones
SETC	Salas Extraordinarias en el seno de los Tribunales de Camboya
SISDHES.....	Sistema de Información de la Consultoría para los Derechos humanos y el desplazamiento en Colombia (CODHES)
s/n	sin número

S/RES/	Resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas
ss.....	siguientes
TESL	Tribunal Especial de Sierra Leona
TMIN.....	Tribunal Militar Internacional con sede en Nuremberg
TOCF-RA.....	Tribunal Oral en lo Criminal Federal de la República Argentina
TOCF-RA, Caso <i>Etchecolatz</i> , núm. 205	TOC-FR, Tribunal 1º La Plata (19 de septiembre de 2006): <i>La Fiscalía c. Miguel Osvaldo Etchecolatz</i> , causa núm. 205, sentencia de primera instancia
TPIR.....	Tribunal Penal Internacional para Ruanda con sede en Arusha
TPIR, Arrêt <i>Akayesu</i> , ICTR-96-4-A	TPIR, Chambre d'Appel (1 juin 2001): <i>Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu</i> , ICTR-96-4-A, Arrêt
TPIR, Appeals <i>Seromba</i> , ICTR-2001-66-A	TPIR, Appeals Chamber (12 March 2008): <i>The Prosecutor v. Athanase Seromba</i> , Case ICTR-2001-66-A, Judgment
TPIR, Trial <i>Akayesu</i> , ICTR-96-4-T.....	TPIR, Trial Chamber I (2 September 1998): <i>The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu</i> , Case ICTR-96-4-T, Judgment
TPIR, Trial <i>Bagilishema</i> , ICTR-95-1A-T	TPIR, Trial Chamber I (7 June 2001): <i>The Prosecutor v. Ignace Bagilishema</i> , Case ICTR-95-1A-T, Judgment
TPIR, Trial <i>Kayishema</i> , ICTR-95-1-T	TPIR, Trial Chamber II (21 May 1999): <i>The Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana</i> , Case ICTR-95-1-T, Judgment
TPIR, Trial <i>Musema</i> , ICTR-96-13-T.....	TPIR, Trial Chamber I (27 January 2000): <i>The Prosecutor v. Alfred Musema-Uwimana</i> , Case ICTR-96-13-T, Judgment and Sentence
TPIR, Trial <i>Rutaganda</i> , ICTR-96-3-T.....	TPIR, Trial Chamber I (6 December 1999): <i>The Prosecutor v. Andersen Nderubumwe Rutaganda</i> , Case ICTR-96-3-T, Judgment and Sentence
TPIR, Trial <i>Semanza</i> , ICTR-97-20-T	TPIR, Trial Chamber III (15 May 2003): <i>The Prosecutor v. Laurent Semanza</i> , Case ICTR-97-20-T, Judgment and Sentence
TPIY.....	Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia con sede en La Haya.
TPIY, Affaire <i>Tadic</i> , IT-94-1	TPIY, Chambre d'Appel (2 octobre 1995): <i>Le Procureur c. Dusko Tadic alias Dule</i> , Affaire IT-94-1, Arrêt relatif à l'appel de la Défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence
TPIY, Appeals <i>Aleksovski</i> , IT-95-14-A	TPIY, Appeals Chamber (24 March 2000): <i>The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski</i> , Case IT-95-14-A, Judgment
TPIY, Appeals <i>Brdjanin</i> , IT-99-36-A	TPIY, Appeals Chamber (3 April 2007): <i>The Prosecutor v. Radoslaw Brdjanin</i> , Case IT-99-36-A, Judgment
TPIY, Appeals <i>Delalic et al</i> , IT-96-21-A	TPIY, Appeals Chamber (20 February 2001): <i>The Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic "Pavo", Hazim Dilic and Esad Landzo "Zenga", Celebici case</i> , Case IT-96-21-A, Judgment

TPIY, Appeals <i>Kordic and Cerkez</i> , IT-95-14/2-A	TPIY, Appeals Chamber (17 December 2004): <i>The Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez</i> , Case IT-95-14/2-A, Judgment
TPIY, Arrêt <i>Kunarac et consorts</i> , IT-96-23 & IT-96-23/1-A	TPIY, Chambre d'Appel (12 juin 2002): <i>Le Procureur c. Kunarac et consorts</i> , Affaire IT-96-23 & IT-96-23/1-A, Arrêt
TPIY, Appeals <i>Tadic</i> , IT-94-1-A	TPIY, Appeals Chamber (15 July 1999): <i>The Prosecutor v. Dusko Tadic "Dule"</i> , Case IT-94-1-A, Judgment
TPIY, Appeals <i>Stakic</i> , IT-97-24-A.....	TPIY, Appeals Chamber (22 March 2006): <i>The Prosecutor v. Milomir Stakic</i> , Case IT-97-24-A, Judgment
TPIY, Trial <i>Blaskic</i> , IT-95-14-T	TPIY, Trial Chamber I (3 March 2000): <i>The Prosecutor v. Tihomir Blaskic</i> , Case IT-95-14-T, Judgment
TPIY, Trial <i>Delalic et al</i> , IT-96-21-T	TPIY, Trial Chamber II (16 November 1998): <i>The Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravro Mucic "Pavo", Hazim Dilic and Esad Landzo "Zenga", Celebici case</i> , Case IT-96-21-T, Judgment
TPIY, Trial <i>Furundzija</i> , IT-95-17/1-T	TPIY, Trial Chamber II (10 December 1998): <i>The Prosecutor v. Anto Furundzija</i> , Case IT-95-17/1-T, Judgment
TPIY, Trial <i>Kordic and Cerkez</i> , IT-95-14/2-T	TPIY, Trial Chamber III (26 February 2001): <i>The Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez</i> , Case IT-95-14/2-T, Judgment
TPIY, Trial <i>Krajisnik</i> , IT-00-39-T	TPIY, Trial Chamber I (27 September 2006): <i>The Prosecutor v. Momcilo Krajisnik</i> , Case IT-00-39-T, Judgment
TPIY, Trial <i>Krnjelac</i> , IT-97-25-T	Trial Chamber II (15 March 2002): <i>The Prosecutor v. Milorad Krnjelac</i> , Case IT-97-25-T, Judgment
TPIY, Trial <i>Limaj and others</i> , IT-03-66-T	TPIY, Trial Chamber II (30 November 2005): <i>The Prosecutor v. Fatmir Limaj, Haradin Bala and Isak Musliu</i> , Case IT-03-66-T, Judgment
TPIY, Trial <i>Stakic</i> , IT-97-24-T	TPIY, Trial Chamber II (31 July 2003): <i>The Prosecutor v. Milomir Stakic</i> , Case IT-97-24-T, Judgment
TPIY, Trial <i>Tadic</i> , IT-94-1-T	TPIY, Trial Chamber II (7 May 1997): <i>The Prosecutor v. Dusko Tadic "Dule"</i> , Case IT-94-1-T, Opinion and Judgment
TSJ-RBV	Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela
TSJ-RBV, Caso <i>Ballestas</i> , E01-0847	TSJ-RBV, Sala de Casación Penal (10 de diciembre de 2001): <i>Ministerio del Interior y Justicia c. José María Ballestas Tirado</i> , Expediente 01-847, Sentencia de extradición
TS-SJP	Tribunal Superior de la República de Colombia-Sala de Justicia y Paz
UNDH-DIH.....	Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Fiscalía General de la Nación de la República de Colombia
UNDP.....	<i>United Nations Development Programme</i>
UNICEF	Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia/ <i>United Nations International Children's Emergency Fund</i>
UNHCR.....	<i>United Nations High Commissioner for Refugees</i>

vol..... volumen
VRWG..... *Victims' Rights Working Group*
WG/..... *Working group*
ZIS..... *Revista Holandesa de Dogmática Penal
Internacional/Zeitschrift für Internationale
Strafrechtsdogmatiek*

INTRODUCCIÓN

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Esta investigación está dedicada al estudio de los crímenes de guerra y, en el marco de esta categoría de Derecho Internacional Penal¹, busca constatar los términos de su incorporación al derecho interno colombiano. En este sentido, se persigue identificar si, y de qué manera, la práctica jurídica nacional incorpora las exigencias del Derecho Internacional Penal en materia de elementos constitutivos, de responsabilidad penal individual y de ejercicio de la jurisdicción competente. Particularmente, se pretende desvelar los límites de la acción penal nacional en materia de crímenes de guerra y los límites de la jurisdicción en su ejercicio penal, con el fin de establecer el papel potencial, probable y deseable de cooperación y complementariedad de la Corte Penal Internacional (CPI).

El análisis propuesto tiene en cuenta que el Estado colombiano adoptó el Estatuto de Roma², con una entrada en vigor general a partir de 1 de noviembre de 2002 (art. 126-2 del Estatuto de Roma) que no es aplicable para los crímenes de guerra, cuya vigencia se cuenta para el territorio colombiano a partir de 1 de noviembre de 2009 (art. 124 del Estatuto de Roma). Aunque la verificación de los fundamentos razonables para creer que se han cometido o se están cometiendo crímenes de guerra en el territorio colombiano, se fija particularmente en el período posterior al 1 de noviembre de 2009, el análisis contextual se sustenta en los crímenes cometidos antes de esta vigencia.

Para tales efectos, esta investigación aborda el desarrollo del concepto de crimen de guerra en el Derecho Internacional Penal y en el Derecho Penal colombiano. El estudio tiene en cuenta que Colombia ha atravesado por múltiples conflictos armados

¹ Este estudio acoge la noción de Derecho Internacional Penal desarrollada, entre otros, por el profesor *Sudre* quien lo define como una especialidad del Derecho Internacional, cuyo objeto es la represión del daño antijurídico causado a valores protegidos por el Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional de los Derechos Humanos y cuyo reconocimiento del individuo se limita a la atribución de la responsabilidad internacional penal, en su calidad de titular de obligaciones y no como titular de derechos. En este sentido, el Derecho Internacional Penal no se ocupa de la protección internacional de derechos sino de la represión de atentados contra valores fundamentales de la humanidad que amenazan la paz y la seguridad colectiva. Véase: SUDRE, F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, 8^{ème} édition, 2009, París, Presses Universitaires de France, 786 págs, pp. 30-33.

² Estatuto de la Corte Penal Internacional, Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional (17-7-1998), (en adelante: “Estatuto de Roma”).

desde su independencia en 1810 y que el último conflicto armado, no resuelto, data de 1964, fecha de creación de las fuerzas armadas disidentes y de sus primeros combates contra la fuerza pública estatal³.

Esta investigación parte de la noción de los crímenes internacionales como el producto de un desarrollo del derecho consuetudinario internacional confirmado en el derecho convencional. En este sentido, es preciso mencionar que algunas de éstas prohibiciones derivan del Derecho Internacional contemporáneo, por ejemplo, los actos de agresión y de genocidio; otras obligaciones nacen directamente de principios y de reglas relativas a los derechos fundamentales de la persona humana, como en el caso de la prohibición de la esclavitud y el *apartheid*; algunas otras, han sido integradas al Derecho Internacional general como imperativos de protección y otras han sido consignadas en instrumentos internacionales de carácter universal o quasi-universal⁴.

El profesor *Bassiouni* señala pertinentemente que el primer crimen reconocido por un número importante de Estados marítimos, en el siglo XVII, como relevante del interés internacional fue la piratería, cuyos perpetradores eran considerados enemigos de la humanidad (*hostes humani generis*). De hecho, el concepto de *hostes humani generis* tomado del derecho romano fue una consecuencia del desarrollo del *jus gentium*, éste último, germen del Derecho Internacional⁵.

Es importante señalar que los crímenes internacionales, en el sentido extenso del término, son múltiples y diversos, por lo tanto no pueden ser definidos de modo sintético y global. Este hecho llevó a la comunidad internacional⁶, desde mediados del

³ AYALA DIAGO, C. A., “Conflicto armado en Colombia y el estallido de la paz en 1953”. En: Museo Nacional de Colombia (ed.), *Colombia en la negociación de conflictos armados 1900-1998: Memorias de la III Cátedra Anual de Historia “Ernesto Restrepo Tirado”*, vol. 1998, 1999, Bogotá, Ediciones Museo Nacional de Colombia, 222 págs., pp. 73-104.

⁴ CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)*, Arrêt du 5 février 1970, ICJ Recueil 1970, p. 3, párs. 33-34. La jurisprudencia de la CIJ está disponible en Internet en el sitio: <http://www.icj-cij.org>.

⁵ BASSIOUNI, C., *Introduction to International Criminal Law*, 2003, New York, Transnational Publishers, 823 págs., pp. 109-110.

⁶ Esta investigación toma nota de las dificultades para definir “comunidad internacional”, expuestas por el profesor *Forcada Barona*, en particular, el hecho de que se usa este concepto como coartada para convertir cualquier resistencia soberana en inmoral, criminal e ilegítima, disfrazando adecuadamente las prioridades estratégicas de las Potencias internacionales. Por lo tanto, a lo largo de este estudio, la expresión “comunidad internacional” refleja el uso dado a este término por la jurisprudencia y los textos jurídicos internacionales y hace referencia, en particular, al conjunto de Estados que han aunado sus voluntades soberanas convirtiéndolas el Derecho Internacional convencional. Para una crítica a la noción de comunidad internacional en torno a valores universales, véase: FORCADA

siglo XX, a optar por limitarse a un número de crímenes, cuyos elementos constitutivos, llevados al plano de la política internacional, ponen en peligro, quebrantan o amenazan el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. A partir de esta reflexión, algunas ofensas internacionales como la piratería, el tráfico de drogas ilícitas, el tráfico de personas, la esclavitud, la falsificación de moneda, el daño de cables sub-marinos, entre otros, fueron descartadas⁷.

En el estado actual del Derecho Internacional, los crímenes internacionales más graves conciernen la violación de un número reducido de obligaciones internacionales. De hecho, la aceptación de valores o leyes fundamentales de humanidad fue la piedra angular a la hora de determinar el conjunto de los crímenes internacionales más graves, como una categoría *sui generis* que, por su objeto y su importancia para la comunidad internacional ha sido, a diferencia del resto de obligaciones internacionales, progresivamente dotada de imputación penal internacional, sanción y jurisdicción internacional competente⁸.

De manera general, los crímenes internacionales más graves (*core crimes*) corresponden esencialmente a prohibiciones aceptadas y reconocidas por el conjunto de la comunidad internacional de los Estados, como normas de *jus cogens* cuya responsabilidad de represión concierne de modo principal a los Estados y ha sido conferida a la jurisdicción internacional penal de modo complementario⁹. El contenido particularmente importante de estas obligaciones para la paz y la seguridad de la humanidad, el hecho de que su respeto condicione la vida misma de la comunidad internacional como garantía de valores fundamentales de humanidad, el horror particular que producen en la conciencia universal, el alto umbral de gravedad de la ofensa apreciado a partir de sus móviles, sus objetivos, la extensión material del desastre, la reprobación que provoca en la conciencia general, entre otros, fueron

BARONA, I., *Derecho Internacional y Justicia Transicional. Cuando el Derecho se convierte en religión*, 1ª edición, 2011, Pamplona, Editorial Aranzadi S. A., 246 págs., pp. 138-142.

⁷ ILC, doc. A/CN.4/34 (29-7-1950): *Report of the International Law Commission on the work of its Second Session*, 385 págs., (en adelante “Informe CDI 1950”), p. 380, pár. 149.

⁸ CDI, doc. A/31/10* (23-7-1976): *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 28º período de sesiones*, 165 págs., (en adelante: “Informe CDI 1976”), p. 97, pár. 10 como comentario al artículo 19.

⁹ El profesor *Bassiouni* llama la atención sobre el hecho de que los crímenes internacionales se desarrollaron durante el siglo XX, sin un acuerdo sobre su definición, los criterios para su internacionalización o las formas de diferenciación. Véase: BASSIOUNI, C., *Introduction to International Criminal Law*, *op. cit.*, p. 111.

factores determinantes a la hora de prohibir cualquier derogación convencional o nacional de las reglas impuestas y a la hora de construir la imputación en materia internacional penal¹⁰.

El sistema de represión de los crímenes previstos en el Derecho Internacional después de la IIª Guerra Mundial incorporó claramente la responsabilidad internacional penal del individuo. Esta responsabilidad internacional fue admitida aún en la hipótesis de quien actúa en calidad de órgano o por cuenta de un Estado y, de la misma manera, se reconoció la jurisdicción de tribunales diferentes al tribunal del Estado al cual el individuo pertenece, como jurisdicción competente para su enjuiciamiento. El desarrollo de estos conceptos trajo consigo una serie de transformaciones de Derecho Internacional, entre ellas la primacía de la cooperación internacional para la entrega y enjuiciamiento de los responsables de estos crímenes, la prohibición del otorgamiento de asilo territorial, la imposibilidad de invocar el asilo político por los actos cometidos y la consideración de la imprescriptibilidad de las ofensas¹¹.

En esta categoría de *core crimes* se encuentran los crímenes de guerra, estrechamente relacionados con la protección de la paz y la seguridad internacionales a través de la protección de valores fundamentales de humanidad durante los conflictos armados. Los crímenes de guerra encuentran su razón de existir en la gravedad del daño potencial que pueden causar estas ofensas a la población civil, a los enfermos y prisioneros de guerra y, en general, a la población y bienes protegidos en tiempos de guerra, en el sentido de que este daño potencial es una preocupación humanitaria universal.

En este marco, la investigación aborda la incorporación de los crímenes de guerra en el derecho interno colombiano. Este estudio reflexiona acerca de las distintas respuestas jurídicas penales y de alternatividad penal, ofrecidas por el sistema colombiano, así como sobre sus consecuencias.

Dentro de los elementos de análisis, se considera el papel del Derecho Penal como *ultima ratio* en el ejercicio del poder del Estado frente a la responsabilidad de

¹⁰ Informe CDI 1976, *op. cit.*, p. 101, pár. 19; CDI, doc. A/39/10* (27-7-1984): *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 36º período de sesiones*, 113 págs., (en adelante: “Informe CDI 1984”), p. 12, pár. 34.

¹¹ Informe CDI 1976, *op. cit.*, p. 101, pár. 20.

prevención y protección de los ciudadanos¹². Esta investigación tiene en cuenta que el Estado colombiano acude al ejercicio punitivo como un elemento auxiliar, con miras a la superación de los crímenes de guerra y a la superación del conflicto armado en sí mismo, pero que este ejercicio no es el eje central de la política pública ni un sustitutivo de sus acciones en materia de protección y prevención. De la misma manera, en el trascurso del análisis se ponen en evidencia los riesgos en que pueden incurrir las instituciones nacionales e internacionales que, teniendo el deber, la autoridad y los medios para la protección y la prevención, puedan declinar sus obligaciones en beneficio de la jurisdicción punitiva, habida cuenta de una valoración de cuestiones relativas a la capacidad, oportunidad, eficiencia y efectividad, en el interés de la justicia.

Por lo tanto, el análisis se centra en el estudio de la aplicación de la jurisdicción penal ordinaria y aborda la aplicación de modelos de justicia alternativa en el contexto del conflicto armado interno¹³. En este sentido, se tienen en cuenta las consecuencias derivadas de la aplicación de cada uno de los modelos de justicia frente al poder judicial, sus esfuerzos de adaptación, así como su ejercicio real en el marco de sus recursos disponibles, frente a las expectativas de rendición de cuentas, de justicia y de reparación efectiva de las víctimas¹⁴, como un conjunto de mínimos coherentes, uniformes e inderogables¹⁵.

Para efectos de valorar adecuadamente los impactos de los modelos de justicia implementados en Colombia en materia de crímenes de guerra, se plantea el estudio de las capacidades de la justicia ordinaria para la persecución y sanción de los crímenes de guerra. En este sentido, el análisis incluye algunas reflexiones acerca de la calidad de las investigaciones, la terminación de los procesos, la calidad y focalización de nuevas investigaciones, la realización de investigaciones preliminares, las capacidades de otros órganos del Estado vinculados directa e indirectamente al ejercicio judicial en materia de crímenes graves, entre otros.

¹² ESTUPIÑÁN SILVA, R., “Corpus Iuris: Reflexiones en torno a la posible armonización del Derecho Penal en Europa”. *Iter Criminis* núm. 14, 2007, México D. F., Instituto Nacional de Ciencias Penales, pp. 105-129, p. 108.

¹³ UPRIMNY YEPES, R., (coord.) *¿Justicia transicional sin transición?: verdad, justicia y reparación para Colombia*, 2006, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 230 págs., p. 24.

¹⁴ ESTUPIÑÁN SILVA, R., *Impunidad normativa y crímenes de guerra en Colombia*, 2007, Valencia, Universidad de Valencia- Proyecto de Investigación DEA inédito, 261 págs., pp. 212-213.

¹⁵ BASSIOUNI, C., *Introduction to International Criminal Law*, *op. cit.*, p. 111.

Esta tesis tiene en cuenta que el fortalecimiento de la jurisdicción nacional apunta en el mismo sentido de los objetivos del Estatuto de Roma, por lo tanto, forma parte de la estrategia global de la comunidad internacional. El estudio de los crímenes de guerra que aquí se lleva a cabo, se basa en la afirmación de la relevancia del poder punitivo nacional e internacional como instrumentos de prevención, persecución y sanción de los crímenes de guerra con miras a su erradicación, aún en la hipótesis de la continuidad del conflicto armado. En este sentido, la adopción del Estatuto de Roma por parte de la República de Colombia, autoriza la extensión del análisis hacia diversos enfoques de cooperación y complementariedad entre el Estado colombiano, los Estados Partes del Estatuto de Roma y la CPI¹⁶.

2. ASPECTOS METODOLÓGICOS DE LA INVESTIGACIÓN

El objeto de estudio, los crímenes de guerra, pertenece a una categoría jurídica bien definida por el Derecho Internacional Penal. La verificación de las circunstancias y del contenido de su incorporación en el derecho interno colombiano requiere un tipo de investigación aplicada de derecho comparado entre el Derecho Internacional Penal y el Derecho Penal colombiano, que incluye una revisión de lo que se ha escrito hasta la fecha sobre el tema y un estudio de la jurisprudencia específica en la materia. Se trata de una investigación que emprende la medición y el análisis de la información a través de herramientas descriptivas y explicativas, para llegar a conclusiones y formular propuestas posibles.

El método de conocimiento empleado es el “análisis-síntesis” de las fuentes de conocimiento e información. En consecuencia, esta investigación parte de la emergencia del objeto de estudio en el Derecho Internacional Penal y de sus elementos constitutivos para construir, como un todo, la categoría de crimen de guerra como crimen internacional y verificar la incorporación del todo y sus partes constitutivas, al derecho interno colombiano.

El método de interpretación de la norma es teleológico y sistemático. La hermenéutica jurídica aporta a la construcción de conceptos cuando los textos no son

¹⁶ CPI, doc. RC/Res.1 (8-6-2010): *Complementariedad, resolución aprobada por consenso en la 9ª sesión plenaria de la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma, 2 págs.*, (en adelante: “CPI, doc. RC/Res.1 (8-6-2010)”), p. 1.

suficientemente claros en sí mismos y, para ello, se acude al estudio de los trabajos preparatorios y de los debates previos a la aprobación de la norma internacional o interna. La interpretación doctrinal de conjunto consulta el bloque de constitucionalidad y la jerarquía de normas en el derecho interno colombiano, así como las fuentes primarias y auxiliares de derecho aplicable en el plano internacional conforme al artículo 21 del Estatuto de Roma.

El método de redacción integra las herramientas del ensayo y la disertación jurídica. En consecuencia, a partir de la delimitación del objeto de estudio y del problema jurídico, se da comienzo a la demostración, integrando sus elementos en un plan detallado que se anuncia al comienzo de cada título, para terminar con una conclusión que incorpora propuestas de acción que son producto de la investigación.

La ubicación temporal del objeto de estudio propone un abordaje transversal que está centrado en el período posterior a la consagración en el derecho positivo interno colombiano de los crímenes de guerra (2001) y enfatizado en el período posterior a la entrada en vigor del Estatuto de Roma para estos crímenes (2009).

La documentación utilizada como fuente de información y conocimiento incluye convenios y otros instrumentos internacionales, documentos oficiales de los órganos de las Naciones Unidas, de la CPI y de la Organización de los Estados Americanos (OEA), informes técnicos de temas particulares, conferencias intergubernamentales, discusiones de los trabajos preparatorios y los órganos especializados relativas a los crímenes de guerra y a los crímenes internacionales más graves, informes consultivos y documentos con fuerza obligatoria, entre otros. Los documentos oficiales son citados en su lengua original o en español como lengua oficial de cada institución, si está disponible. En el derecho interno colombiano, son consultadas, igualmente, leyes, decretos con fuerza de ley y resoluciones cuyo objeto se refiere, directa o indirectamente, a materias sustantivas o de procedimiento relacionadas con los crímenes de guerra. Los documentos abreviados y las siglas correspondientes a sus organismos se citan debidamente en la lista de abreviaturas. La legislación es citada por el número correspondiente y el año, sin abreviación, a menos que se indique expresamente lo contrario en el texto.

La jurisprudencia internacional utilizada, en su versión oficial según la lengua de trabajo, pertenece a la Corte Internacional de Justicia (CIJ), los tribunales *ad hoc*, la CPI

y otros tribunales internacionales e híbridos, así como a los tribunales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en particular la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH). Esta investigación enfatiza la jurisprudencia consolidada en materia internacional penal, como el reflejo de principios generales del Derecho Internacional y, por lo tanto, como fuente auxiliar de derecho aplicable de la CPI. El análisis señala de modo expreso el uso de jurisprudencia reciente, de opiniones disidentes y de jurisprudencia no consolidada.

La jurisprudencia nacional consultada recoge la jurisprudencia colombiana, en particular las sentencias de constitucionalidad y las sentencias de casación penal en temas relacionados con el objeto de estudio en materias sustanciales o de procedimiento. Del mismo modo, se ha consultado la jurisprudencia reciente de tribunales inferiores y las decisiones de otras instancias judiciales. Adicionalmente, la investigación hace referencia a la jurisprudencia relativa al objeto de estudio y perteneciente a altos tribunales nacionales de otros países. El análisis de la jurisprudencia nacional, enfatiza la jurisprudencia consolidada (doctrina probable) y menciona expresamente cualquier cambio reciente de jurisprudencia que afecte a materias sustantivas o de procedimiento relacionadas con los crímenes de guerra.

Las abreviaturas utilizadas son debidamente mencionadas en el listado correspondiente. La jurisprudencia del Tribunal de Núremberg, de la CIJ y de la Corte IDH, se cita por el nombre de la causa asignado por cada tribunal, sin abreviación.

La bibliografía utilizada incluye libros especializados y monografías, artículos de revistas cuya información reciente o especializada ha ilustrado puntos particulares del análisis y capítulos de libros sobre temas puntuales directamente vinculados al objeto de estudio. Otras fuentes de información de actualidad, han sido utilizadas como herramienta auxiliar para ilustrar y documentar hechos ocurridos en el ámbito material, temporal y espacial de la investigación.

La investigación toma nota de los estudios de derecho cursados por la autora en la Universidad Industrial de Santander (Colombia, 2000), de su ejercicio profesional como abogada (Colombia, 2001-2005) y de sus conocimientos adquiridos en Europa, en el marco de sus estudios para la obtención del “Diploma de Estudios Avanzados en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales” en la Universidad de Valencia (España, 2007), del Master 1 en “*Droit International des droits de l’homme*” y del

Master 2 de Estado en “*Histoire, théorie et pratique des droits de l’homme*” de la *Université Catholique de Lyon* en asociación con la *Université de Grenoble* (Francia, 2009 y 2010, respectivamente). En este sentido, la investigación utiliza fuentes y conclusiones de las memorias finales realizadas por la autora en sus etapas de formación, en particular: “Los usos alternativos del derecho en la resolución de conflictos: Proyecto de Casas de Justicia” (Colombia, 2000), “La impunidad normativa y los crímenes de guerra en Colombia (España, 2007) y “*Rapport: Les défis de la Cour pénale internationale*” (Francia, 2010).

Las fuentes documentales y bibliográficas han sido analizadas teniendo en cuenta la experiencia de la autora en el trabajo sobre el terreno. Por lo tanto, la obtención de datos y percepciones ha sido nutrida por un proceso de investigación participación-acción de baja interferencia que está dividido en tres momentos.

En primer lugar, entre 2000 y 2006, la autora fue parte activa de la vida de los grupos de abogados defensores de derechos humanos, progresivamente, como líder de grupos afectados por crímenes graves y en su calidad de abogada, consejera y representante legal de las víctimas e interlocutora ante instancias gubernamentales, entre ellas, la Defensoría del Pueblo, la Vice-presidencia de la República de Colombia y el Programa de Protección a víctimas y defensores del Ministerio del Interior y Justicia, en el seguimiento de medidas de protección a víctimas y defensores decretadas por el sistema interamericano. Estos procesos de participación simple fueron delimitando el objeto de estudio a partir de las discusiones e inquietudes de la vida de los grupos referenciados. Los instrumentos utilizados durante este período y que dejan registro de las observaciones formuladas, fueron, entre otros, las causas adelantadas, los informes dirigidos a entidades competentes desde el terreno, las discusiones públicas y privadas sobre temas relativos a los crímenes de guerra y de lesa humanidad y, los informes internacionales de las organizaciones no gubernamentales de defensores de los derechos humanos.

En segundo lugar, entre 2006 y 2008, la autora fue parte activa de la vida de los grupos de víctimas y en solidaridad con las víctimas de los crímenes internacionales en Colombia, desde España y Francia. Este proceso de participación simple permitió la reformulación del objeto de estudio en el marco de los estándares internacionales a partir de las experiencias de los grupos referenciados. Los instrumentos utilizados

durante este período y que dejan registro de las observaciones formuladas fueron, entre otros, los seminarios y conferencias de abogados y defensores colombianos en el exilio, las conversaciones públicas y privadas con representantes de las víctimas y defensores colombianos en gira por Europa y los encuentros de víctimas e hijos de víctimas en el exterior.

En tercer lugar, en 2010, la autora realizó una práctica jurídica en la División Judicial de la CPI. Este proceso de participación simple permitió concretar los alcances del objeto de estudio en el marco normativo y jurisprudencial de la CPI, seleccionar la bibliografía de referencia, entre la más usada por esta corporación, identificar las grandes líneas de la jurisprudencia internacional penal, los legados y las diferencias entre la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* y la CPI, e integrar las lógicas del juicio internacional penal a los conocimientos previos de la autora sobre el juicio penal colombiano, para sintetizar el análisis.

En este marco de referencia, se ha llevado a cabo la investigación sobre los crímenes de guerra, que está dividida en cuatro capítulos y un punto de conclusiones.

El Capítulo I desarrolla los antecedentes remotos y recientes de la noción de crímenes de guerra. El estudio histórico privilegia la dimensión jurídica, teniendo en cuenta la evolución del Derecho Internacional, a partir de la construcción de la soberanía estatal y haciendo énfasis en la consolidación del concepto de crímenes de guerra como categoría especial de Derecho Internacional Penal.

En este marco, se abre el estudio de “las leyes y los usos” de guerra, destacando el alcance jurídico de las infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario y en la consolidación de los crímenes de guerra como categoría internacional penal autónoma. Seguidamente, la investigación desarrolla la noción de crímenes de guerra adoptada por la CPI, con especial referencia a la gravedad como elemento general de la definición y al grupo de incriminaciones contenido en el artículo 8 del Estatuto de Roma, para abordar el estudio de los mismos aspectos en el derecho interno colombiano. El Capítulo I termina con un estudio particular de la caracterización de las víctimas de los crímenes de guerra y de su estatuto, en el marco de la jurisdicción internacional penal de la CPI y en el derecho penal colombiano.

El Capítulo II aborda los elementos constitutivos de los crímenes de guerra. Para ello, define la naturaleza y alcance de los elementos de los crímenes en el marco del Estatuto de Roma y de la jurisprudencia de la CPI, así como las discusiones doctrinales relativas a su naturaleza vinculante. La investigación define, en primer lugar, los elementos materiales de los crímenes de guerra del Estatuto de Roma, relativos a los conflictos armados internacionales y no internacionales, con una referencia particular a cada incriminación del artículo 8-2 del Estatuto de Roma y a los elementos materiales particulares de algunas incriminaciones en el caso colombiano. En segundo lugar, se aborda el elemento de intencionalidad de los crímenes de guerra en el Derecho Internacional Penal y en el derecho penal colombiano. En tercer lugar se estudian los elementos contextuales de los crímenes de guerra, desarrollando la tipología actual de los conflictos armados, con una especial referencia a la existencia, naturaleza y características del conflicto armado colombiano a la luz de la jurisprudencia y la doctrina. Para finalizar el estudio de los elementos contextuales de los crímenes de guerra, el Capítulo II aborda el nexo entre el crimen de guerra y el conflicto armado y el conocimiento del autor sobre las circunstancias de hecho que establecen la existencia del conflicto armado en el Derecho Internacional Penal y su aplicación en el caso colombiano.

El Capítulo III emprende el análisis de la responsabilidad internacional penal del individuo. Con este propósito, la investigación comienza por identificar los principios que rigen la responsabilidad internacional penal del individuo por crímenes de guerra y definir el modelo de responsabilidad del Estatuto de Roma y del Derecho Penal colombiano. A continuación el Capítulo III presenta las teorías de la responsabilidad internacional penal aplicadas por los tribunales *ad hoc*, de la CPI y de la jurisdicción penal colombiana y acomete el análisis de las formas de participación en los crímenes de guerra, como autoría directa, co-autoría o co-perpetración, autoría indirecta o mediata y co-autoría indirecta, así como las formas accesorias de participación, en el marco del artículos 25 del Estatuto de Roma y de las normas correspondientes del Derecho Penal colombiano, consultando la jurisprudencia y la doctrina en la materia. El Capítulo III finaliza con una referencia a la responsabilidad penal de los jefes y otros superiores, consagrada en el artículo 28 del Estatuto de Roma, indaga por el deber jurídico de protección y garantía del Derecho Penal colombiano y aborda las

circunstancias eximentes e la responsabilidad penal, con particular interés en las causales expresamente referidas a los crímenes de guerra.

El Capítulo IV estudia la jurisdicción competente para perseguir y sancionar los crímenes de guerra en Colombia. La competencia principal del Estado colombiano se constata a partir del derecho aplicable y del impacto de la jurisdicción entendido como poder sancionador y poder disuasivo frente al diagnóstico de los crímenes de guerra. De la misma manera, el estudio incluye los límites de la jurisdicción relativos a la imputación, al comportamiento de los órganos del Estado, a los medios disponibles y al tratamiento que reciben las víctimas. Finalmente, el Capítulo IV se aproxima a las modalidades de cooperación y complementariedad de la CPI, inspirándose en los desarrollos de la propia corporación en la materia.

Las conclusiones son una síntesis de conceptos y hechos que se consideran probados a lo largo de la investigación, que sirven como punto de partida a una serie de sugerencias y propuestas con miras al fortalecimiento de las instituciones democráticas en Colombia en su tarea de prevenir, perseguir y sancionar los crímenes de guerra que ofenden profundamente la dignidad humana.

CAPÍTULO I. LA EMERGENCIA DEL CONCEPTO DE CRÍMENES DE GUERRA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL

En 1945, el juez y tratadista *Manfred Lachs* definió los crímenes de guerra como una categoría de Derecho Penal estrechamente vinculada a los límites de la conducta establecidos por “las leyes y los usos”¹⁷ de guerra en los conflictos armados internacionales:

“A war crime is any act of violence qualified as crime, committed during and in connection with a war under specially favourable conditions, created by the war and facilitating its commission, the act being directed against the other belligerent state, its interests, or its citizens, against stateless civilians, unless it is justified under the law of warfare”¹⁸.

Bajo la expresión “las leyes y los usos” de guerra, se ha compilado a lo largo de la historia un régimen de conductas aplicables a las fuerzas armadas en contienda. No obstante, sólo la evolución de este concepto, desde mediados del siglo XX, ha permitido separar los componentes de Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados¹⁹ y crear una categoría penal para los crímenes:

“The opinion was expressed that, although the term “laws of war” ought to be discarded, a study of the rules governing the use of armed force –legitimate or illegitimate- might be useful. The punishment of war crimes, in accordance with the principles of the Charter and Judgment of the Nüremberg Tribunal, would necessitate a clear definition of those crimes and, consequently, the establishment of rules which would provide for the case where armed force was used in a criminal manner”²⁰.

En este sentido, el Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados ha consolidado un conjunto de principios relativos a la protección de la vida, la integridad y la dignidad de las víctimas de los conflictos armados, cuya aplicación continúa ligada a la voluntad del Estado. Por su parte, la evolución de algunos de estos principios ha

¹⁷ La expresión “las leyes y los usos” de guerra fue acuñada por la doctrina y ha sido adoptada por sucesivos instrumentos internacionales sin que hasta ahora haya podido ser sustituida totalmente, pese a que en Derecho Internacional la referencia actual conveniente es la de “actos cometidos en violación del Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados”. Véase: Informe CDI 1984, *op. cit.*, p. 14, p. 47.

¹⁸ LACHS, M., *War crimes: an attempt to define the issues*, 1945, London, Stevens, 108 págs., p. 100.

¹⁹ Esta investigación hará uso preferente de la denominación “Derecho Internacional de los conflictos armados” o “Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados” utilizada por el Estatuto de Roma (art. 21-1-b) para referirse al conjunto de principios generales, normas convencionales y consuetudinarias relativas a “las leyes y los usos” de guerra que, en buena medida, se encuentran incorporadas en el Derecho Internacional Humanitario (DIH).

²⁰ ILC, doc. A/CN.4/13 and Corr. 1-3, (12-4-1949): *Report of the International Law Commission on the work of its first Session*, 290 págs., (en adelante: “Informe CDI 1949”), p. 281, p. 18.

permitido, a partir del siglo XX, exigir la responsabilidad penal internacional de los individuos autores de infracciones graves a las reglas de la guerra.

La formulación de las “infracciones graves” a las reglas de la guerra fue sometida desde sus orígenes a intensos debates en el seno de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (CDI). La discusión fue alimentada por las experiencias de los tribunales internacionales de la IIª Guerra Mundial y de los tribunales *ad hoc* creados a finales del siglo XX. Tras la Conferencia de plenipotenciarios que adoptó el Estatuto de Roma en 1998, el resultado de un siglo de discusiones interestatales fue la consagración del concepto “crimen de guerra” como crimen internacional, es decir, dotado de un contenido penal y de una jurisdicción internacional para su enjuiciamiento.

Esta evolución conceptual no ha impedido la pervivencia de las dos categorías en el Derecho Internacional. Las infracciones graves continúan siendo una categoría propia del Derecho Internacional de los conflictos armados y los crímenes de guerra se cuentan entre las nuevas categorías conceptuales adoptadas tras el surgimiento de un sector reciente del Derecho Internacional: el Derecho Internacional Penal, cuyo objeto de estudio se extiende más allá de la protección de las víctimas, hacia la protección de los valores comunes de la humanidad a través de la represión internacional de los crímenes internacionales. La coexistencia de ambas categorías es bien patente en el caso colombiano y su tratamiento, que depende de la voluntad del Estado, ha venido causando algunas confusiones doctrinales.

1. LAS VIOLACIONES DE “LAS LEYES Y LOS USOS” DE GUERRA

La necesidad de limitar las consecuencias de la guerra ha sido una de las constantes preocupaciones de la humanidad. En los orígenes dichos límites fueron ordenados por la estrategia militar y la moral, y sólo una evolución posterior condujo a la racionalización de la guerra a través del Derecho. En este sentido, la voluntad de los soberanos fue el punto de partida para la regulación de la guerra y las primeras negociaciones de los Estados modernos en materia de política internacional bajo la forma de tratados internacionales, introdujeron un conjunto de mínimos jurídicos aplicables.

1.1. ORÍGENES REMOTOS DE “LAS LEYES Y LOS USOS” DE GUERRA

La doctrina ha identificado dos regiones geográficas distintas: Asia y Europa, donde aparecieron los primeros límites a los comportamientos de barbarie cometidos durante las guerras²¹.

En este sentido, las primeras reglas sobre los comportamientos en la guerra se remontan a los libros de Números y Deuteronomio del antiguo testamento, escritos alrededor del siglo XV a. de C., que recogen la costumbre de los comportamientos en la guerra y ordenan el exterminio de la población y el saqueo como regla general según lo dispone el libro de Números (31, 17-18):

“17 Matad pues á todos quantos varones hubiere y aun tambien á los niños y degollad las mugeres, que en coito conocieron á hombres”.

Deuteronomio (20, 13-16):

“13 (...) pasarás á filo de espada a todos los varones (...).

14 Mas no á la mugeres y á los niños, las bestias y las otras cosas, que hubiere en la ciudad. Repartirás entre el ejército toda la presa, y comerás de los despojos de tus enemigos (...).

15 De este modo tratarás á todas las ciudades, que están muy lejos de ti, y que no son de aquellas ciudades, que has de recibir en posesion.

16 Mas en quanto á las ciudades que te serán dadas, á ninguno, absolutamente dexarás con vida (...)²².

El único límite previsto es la prohibición de arrasar los árboles frutales durante la guerra. Así, según el Deuteronomio (20,19), el límite reposa en la estrategia de supervivencia del ejército ocupante y no en el respeto la población no combatiente²³:

“19 Quando por mucho tiempo estuvieres sitiando una ciudad (...), no cortarás los árboles, cuyos frutos pueden comerse (...)²⁴.

En armonía con las costumbres de Oriente, hacia 1184 a. de C., para los pueblos griegos la guerra fue sinónimo de exterminio del enemigo. Los vencidos en combate eran ejecutados, los pueblos conquistados eran esclavizados, sus bienes incautados y la profanación de los cadáveres de los vencidos fue un símbolo comúnmente usado para consolidar la victoria. La población civil del enemigo vencido era dividida entre los

²¹ RATNER, S. R.; ABRAMS, J. S.; BISCHOFF, J. L., *Accountability for humans rights atrocities in International Law. Beyond the Nuremberg Legacy*, 3th edition, 2009, New York, Oxford University Press, 483 págs., p. 82.

²² MOISÉS *et al.*, *La Biblia ó el Antiguo y Nuevo Testamento traducidos al español de la Vulgata latina*, traducido por F. S. de San Miguel, 1825, Londres, Samuel Bagster, 772 págs., pp. 118 y 138.

²³ STANLEY A.; COOK, M. A., *The law of Moses and the Code of Hammurabi*, 1903, London, Adam and Charles Black, 307 págs., p. 197.

²⁴ MOISÉS *et al.*, *La Biblia ó el Antiguo y Nuevo Testamento traducidos al español de la Vulgata latina, op. cit.*, p. 138.

hombres aptos para la guerra, quienes eran ejecutados, y las mujeres y niños, quienes eran trasladados en calidad de esclavos a los territorios del vencedor²⁵.

La persistencia de la guerra y sus graves consecuencias fueron elementos determinantes en la evolución de las costumbres de los pueblos de la Grecia antigua. En los escritos de la época se continuó sosteniendo la legitimidad de la guerra pero estableciendo límites como la prohibición del uso de armas envenenadas y el respeto a los lugares sagrados²⁶. Hacia el año 1104 a. de C., algunas provincias griegas, como Megare, prohibieron la interrupción de los trabajos agrícolas durante la guerra y proclamaron el deber de las Partes en conflicto de brindar protección y cuidado a los combatientes enemigos heridos, así como su estatuto particular de invitados hasta su retorno al país enemigo²⁷. En el año 881 a. de C., las poblaciones conquistadas fueron protegidas contra la deportación forzada, aunque continuaron sometidas a la esclavitud de los conquistadores²⁸.

Sin embargo, la referencia más importante del mundo antiguo se ubicó en el siglo VI a. de C., cuando *Sun Tzu* recopiló en *El arte de la guerra* los límites recomendables a la acción de los ejércitos en combate y al tratamiento de la población basándose en los intereses estratégicos de los gobernantes:

“La regla general para la utilización de los medios militares consiste en que es mejor conservar un país [enemigo] intacto que destruirlo. Es mejor capturar intacto a su ejército que destruirlo (...)”²⁹.

Siguiendo las costumbres de su tiempo, los límites de la guerra consignados por *Sun Tzu* estuvieron basados en los intereses estratégicos de los ejércitos y en el control de los territorios. Por lo tanto, toda acción dirigida a disminuir las pérdidas humanas y materiales estuvo necesariamente asociada a la ventaja militar en la guerra³⁰.

Esta lógica fue dominante durante toda la edad antigua, aunque fue matizada progresivamente por la incorporación de la noción moral del “deber de protección”.

²⁵ CONNOP THIRLWALL, D. D., *Histoire des origines de la Grèce ancienne*, traducido por A. Joanne, 1852, París, France, Paulin et Le Chevalier éditeurs, 583 pags., p. 128.

²⁶ TRUYOL Y SERRA, A., *Historia del Derecho Internacional Público*, versión española de P. García Picazo, 1998, Madrid, Editorial Tecnos, 171 págs., p. 25.

²⁷ CONNOP THIRLWALL, D. D., *Histoire des origines de la Grèce ancienne*, *op. cit.*, p. 197.

²⁸ *Ibid.*, p. 220.

²⁹ TZU, S., *El arte de la guerra*, traducido y comentado por T. Cleary, 6ª edición, 2009, Madrid, Editorial EDAF, S.L., 163 págs., p. 41.

³⁰ McCORMACK, T. L. H., (ed.), *The Law of War Crimes. National and International Approaches*, 1997, The Hague, Kluwer Law International, 262 págs., p. 33.

Cabe recordar en este sentido que el *Código de Manu* (siglos VIII - III a. de C.) recopiló las normas jurídicas aplicables a las guerras en la India en un apartado especial dedicado a los “tiempos de adversidad”, transcribiendo algunos límites al uso de medios y métodos de combate:

“Cuando él se dedica a la batalla, nunca debe matar a sus enemigos con armas traicioneras, de púas, o mezcladas con veneno o cuya punta está en llamas; nunca debe matar a un hombre postrado, un hombre afeminado, un hombre con las palmas unidas, un hombre dormido, un hombre sin su armadura, un hombre desnudo, un hombre sin sus armas, un espectador, un hombre que se ha rendido, un hombre cuyas armas han sido dañadas, un hombre en peligro, un hombre mal herido o un hombre que ha dado la espalda (...)”³¹.

Esta preocupación por los no combatientes y por los combatientes puestos en situación de incapacidad de combatir reforzó la idea del principio de discriminación en la guerra.

En el Imperio romano, la inspiración de las primeras leyes de la guerra fue un producto de naturaleza compleja. De una parte, siguieron siendo fundamentales los intereses estratégicos ligados al mantenimiento del comercio y la mano de obra, así como el control de los territorios ocupados. De otra parte, la existencia de los “criterios de humanidad” hizo su entrada en la doctrina romana estrechamente ligada a la noción de justicia y de deber moral³².

En el año 45 d. de C., *Cicerón*, en el *Tratado de los deberes*, afirmó el deber de protección a la población conquistada durante la guerra, como parte del código de conducta de los ejércitos:

“En el orden político las leyes de la guerra son sagradas (...) después de la victoria debe perdonarse a aquéllos que no fueron ni crueles ni bárbaros durante el combate.

Es un deber proteger a aquéllos que han sido sometidos por la fuerza, y más aun, perdonar, incluso cuando el daño ha sido hecho, a los sitiados que deponen las armas y se rinden a la voluntad de los generales. La justicia en este punto ha sido religiosamente observada por nuestros ancestros, que recibiendo la lealtad de las ciudades o de las naciones conquistadas, se convertían en sus protectores (...)”³³.

³¹ *LEYES de Manú: instituciones religiosas y civiles de la India*, Biblioteca de autores célebres, traducido por V. García Calderón, 1980, París, Casa Editorial Garnier Hermanos, 510 págs., p. 196; *THE LAW Code of Manu*, traducido por P. Olivelle, 2004, New York, Oxford University Press, 316 págs., p. 113.

³² MAY, L.; ROVIE, E.; VINER, S., *The morality of war. Classical and contemporary readings*, 1st edition, 2006, New Jersey, Pearson Prentice Hall, Upper Saddle River, 447 págs., p. 1.

³³ CICERÓN, M. T., *Tratado de los deberes*, vol. 7 de la Biblioteca de la literatura y el pensamiento universales, traducido por J. Santa Cruz Teijeiro, 1975, Madrid, Editora Nacional, 207 págs., p. 31; CICERON, M. T., *Traité des devoirs*. Nouvelle Collection des moralistes anciens, 1850, París, traducido por De Gallon-La Bastida, Flox Frères, 294 págs., pp. 38-39.

Cicerón sostuvo que el sentido de justicia imponía a los gobernantes un deber de humanidad durante la guerra que venía siendo practicado durante siglos por los ancestros del Imperio y que dicha costumbre debía ser respetada.

Este deber de humanidad fue interpretado por *Tertuliano* en el siglo III como una firme oposición a la guerra³⁴. Sin embargo, la doctrina agustiniana de la guerra justa a partir del siglo V dominó la edad media y no impuso límites a los comportamientos de los combatientes³⁵.

Averroes, filósofo y juez en la España musulmana, interpretó los libros sagrados en el siglo XII para concluir que el ‘Consenso’ autorizaba los daños en la propiedad, la persona y la libertad de todos los pueblos enemigos y que sólo cierta discusión persistía en la época con respecto a los funcionarios religiosos:

“El daño infligible al enemigo puede consistir en daños a su propiedad, lesiones a su persona o violación de su libertad personal, es decir, que sea reducido a la esclavitud. Esto puede hacerse, según el ‘Consenso’ (*idjma*) con todos los politeístas: hombres, mujeres, jóvenes y ancianos, importantes y no importantes. Sólo hay desacuerdo respecto de los monjes (...)”³⁶.

Los límites de guerra existentes entre las civilizaciones de América antes de la conquista no son muy conocidos. Sin embargo, los documentos hallados y las crónicas permiten afirmar la existencia de importantes usos de la guerra, comunes a las civilizaciones mayas, aztecas e incas, basados en la expresión del mundo a través de lo complementario. En este sentido, con mayores o menores diferencias según cada civilización, se prohibía el exterminio del enemigo y, al mismo tiempo, se practicaba el sacrificio de los guerreros vencidos como tributo a los dioses y la esclavitud de los pueblos vencidos o el establecimiento de un complejo sistema de tributos sobre los pueblos sometidos por la guerra:

“(...) fue el principio de las guerras y disensiones y el principio de sacrificar los hombres ante el ídolo y con esa ocasión fortificaron el pueblo Izmachí, donde afirmaron su imperio los quichés, siendo ya mucha su potencia (...) con eso empezaron a temer los

³⁴ MAY, L.; ROVIE, E.; VINER, S., *The morality of war. Classical and contemporary readings*, op. cit., p. 12.

³⁵ DE HIPONNE, A., *La Cité de Dieu*, Tome III, traducido y anotado por E. Saisset, 1855, París, Charpentier Libraire Editeur, 376 págs., p. 128.

³⁶ AVERROES, “El capítulo sobre la *Yihad* del manual jurídico ‘*Al-Bidayah*’”, traducido y anotado en inglés por R., Peters, traducido en español por F. González O’Sullivan. En: R. Peters, *La Yihad en el islam medieval y moderno*, Colección Historia y Geografía núm. 35, 2^{da} edición, 1998, Salamanca, Universidad de Sevilla, 78 págs., pp. 19-34, pp. 21-22; AVERROES, “Chapter of *Jihad* from Averroes’ Legal Handbook: ‘*Bidàyat Al-Mudjtahid*’”, traducido y anotado por R. Peters. En: R. Peters, *Jihad in medieval and modern Islam*, Religious texts translations series Nisaba, vol. V, 1977, Leiden, E.J. Brill, 93 págs., pp. 9-25, p. 11.

pueblos porque veían que no podían prevalecer y veían que los cautivaban, los llevaban por esclavos y los sacrificaban al ídolo (...)³⁷

(...) vencidos quedaron todos sojuzgados y los pueblos que no acudían con los tributos los flechaban y castigaban”³⁸.

Por su parte en Europa, en el año 1265, la *Summa theologiae* de Tomás de Aquino incluyó una serie de cuestiones relativas a la guerra, como el papel del clero en los combates y la tregua para las fiestas religiosas³⁹. A partir del desarrollo de la teoría de la justicia y sus virtudes anexas, Aquino planteó un derecho moral compuesto de lo que en la teoría jurídica contemporánea es conocido como ‘usos sociales’ y que incluye la noción de bien común y de las conductas éticas durante la guerra⁴⁰. Aquino condenó la muerte de personas inocentes, los juicios injustos y los homicidios, a excepción de aquéllos cometidos por los soldados durante el combate y las muertes ordenadas por sentencias judiciales⁴¹.

La legitimidad de la guerra a través de sus fines fue sometida a la prueba adicional de la observancia del principio de proporcionalidad⁴². En general, Tomás de Aquino promulgó la moderación en el uso de la fuerza durante la guerra y la protección de mujeres y niños, así como de los árboles frutales:

“De la misma manera en lo que respecta a las relaciones hostiles con los extranjeros; la Ley contiene preceptos deseables (...). En cuarto lugar, ella ordena que se debe actuar con moderación en la búsqueda de la ventaja en la victoria, perdonando la vida a las mujeres y los niños, y no talando los árboles frutales del país”⁴³.

³⁷ POPOL VUH, *El libro del Consejo*, traducido al español por F. Ximénez, 3ª edición, 2007, Guatemala, Artemis- Edinter, 163 págs., p. 136.

³⁸ *Ibid.*, p. 142. En el mismo sentido de la tradición maya, la tradición azteca de las guerras floridas (siglo XI) tenía por propósito capturar a los mejores guerreros enemigos para ofrecer sacrificio a los dioses y prohibía el exterminio, basada en la filosofía de la complementariedad de los opuestos. De igual manera, las guerras de expansión incas (siglos XII-XV) privilegiaron el uso de armas mortales y el sacrificio de los guerreros sobrevivientes, seguido de la negociación de administración y tributos con los pueblos vencidos, también como una expresión del mundo a través de lo complementario. Véanse, respectivamente: GONZÁLEZ, F., *El simbolismo precolombino. Cosmovisión de las culturas arcaicas*, 2003, Buenos Aires, Editorial Kier, 320 págs., p. 96 y ss.; TEMOCHE CORTEZ, P., *Breve historia de los Incas*, Madrid, 2008, Ediciones Nowtilus S.L., 299 págs., pp. 69-70.

³⁹ MAY, L.; ROVIE, E.; VINER, S., *The morality of war. Classical and contemporary readings*, *op. cit.*, p. 27.

⁴⁰ TRUYOL Y SERRA, A., *Historia de la filosofía del derecho y del Estado, 1. De los orígenes a la baja Edad Media*, 10ª edición revisada, vol. 1, 1991, Madrid, Alianza Editorial, 468 págs., pp. 374-375.

⁴¹ MAY, L.; ROVIE, E.; VINER, S., *The morality of war. Classical and contemporary readings*, *op. cit.*, pp. 29 y 31-32.

⁴² FRANCO RESTREPO, V. L., *Guerra civiles, introducción al problema de su justificación*, 2008, Medellín, Instituto de Filosofía de la Universidad de Antioquia, 190 págs., p. 79.

⁴³ DE AQUINO, T., *Suma teológica*, Parte II-II, traducido por H. Abad de Aparicio, 1882, Madrid, Moya y Plaza, 61 págs., cuestión 42; AQUINAS, T., *Summa Theologica*, vol. II- Part II, First section, 2007, New York, Fathers of the English Dominican province translator, Cosimo P.O., 1164 págs., p. 1100.

Esta evolución de las costumbres de la guerra durante la edad media tuvo su expresión más importante durante el siglo XVI en la Escuela de Salamanca. *Francisco de Vitoria*, en *De potestate civili* (1528), desarrolló el derecho natural como base del *jus gentium*, estableciendo principios inmanentes relativos al respeto de la dignidad de los vencidos en la guerra⁴⁴. En su publicación *De Jure belli Hispanorum in barbaros* (1532), abordó directamente la cuestión de las leyes de la guerra, evocando un conjunto de prohibiciones conforme a la evolución de las costumbres.

Vitoria estableció una serie de categorías de personas protegidas por ser consideradas inocentes durante la guerra: los niños, las mujeres, los extranjeros, los huéspedes del enemigo, el clero y, en general, lo que llamó la “población civil pacífica”, así como cierta categoría de bienes pertenecientes a la población⁴⁵:

“34. Inocentes interficere in bello an liceat?

35. Inocentes interficere nunquam per se et ex intentione licet.

36. Interficere an liceat infantes et feminas in bello contra Turcas, et quid dicendum de agricolis apud Christianos, togatis peregrinis, hospitibus et clericis ?

37. Interficere innocentes per accidents, etiam scienter, aliquanto licet et aliquando non.

38. Innocentes, a quibus in futurum imminet periculum, an liceat interficere?

39. Spoliare an liceat innocentes inter hostes, et quibus rebus sint spoliandi?

40. Bellum, si satis commode geri potest non spoliando agricolas aut alios innocentes, videtur non licere eos spoliare; et quid dicendum de peregrinis et hospitibus, qui sunt apud hostes”⁴⁶.

Dicha condición de inocencia permaneció sometida a la prueba en contrario y, en todo caso, *Vitoria* recomendó la aplicación del menor daño posible:

“42. Innocentes et pueros, esto quod non sint interficiendi, an saltem liceat ducere in captivitatem et servitutem?

43. Obsides, qui vel tempore induciarum vel peracto bello ab hostibus recipiuntur, utrum interfici possint, si hostes fidem frangerent et conventis non starent”⁴⁷.

La prohibición de métodos ilícitos, como saqueos y guerras sin cuartel, también fue abordada en los estudios de *Vitoria*:

⁴⁴ TRUYOL Y SERRA, A., *Historia del Derecho Internacional Público*, op. cit., p. 60.

⁴⁵ ORTIZ-ARCE, A.; MARINO, P., “Le recours à la force dans l’oeuvre de Vitoria”. En: A. Truyol Serra et al., *Actualité de la pensée juridique de Francisco de Vitoria*, 1988, Bruxelles, Bruylant, 128 págs., pp. 81-96, p. 93.

⁴⁶ DE VITORIA, F., *Des Indis recenter inventis et de jure belli Hispanorum in barbaros, relectiones (1539): Vorlesungen uber die Kurzlich entdeckten Inder und das Recht der Spanier*, vol. 2 de Die Klassiker des Voelkerrechts, traducido al alemán por W. Schätzel (ed.), 1952, Berlin, Editorial Artibus, 178 págs., pp. 14-15; DE VITORIA, F., *On the Law of War*, citado por: MAY, L.; ROVIE, E.; VINER, S., *The morality of war. Classical and contemporary readings*, op. cit., p. 41.

⁴⁷ DE VITORIA, F., *Des Indis recenter inventis et de jure belli Hispanorum in barbaros, relectiones (1539)*, op. cit., pp. 14 y 16; *Ibid.*

“49. Captivos aut deditos an liceat interficere, supposito quod etiam fuerunt nocentes?

50. Capta in bello iusto utrum fiant capientium et occupantium, et quomodo capta in iusto bello, usque ad sufficientem satisfactionem rerum ablatarum per iniuriam et etiam impensarum, fiant occupatum.

51. Mobilia, omnia quomodo iure gentium fiant occupantis, etiamsi excedant compensationem damnorum.

52. An liceat civitatem permittere militibus in praedam, et quomodo non sit illicitum, sed et quandoque necessarium?

53. Militibus non licet praedas agere aut incendia facere sine auctoritate, alias tenerentur ad restitutionem.

54. Occupare licet et tenere agrum, arces et oppida hostium, quantum necessarium fuerit ad damnorum illatorum compensationem.

55. Occupare licet ab hostibus et tenere arces aliquam aut civitatem pro paranda securitate et vitando periculo aut pro defensione, ut tollatur ab hostibus occasio nocendi, etc.”⁴⁸.

Los métodos y medios en la guerra fueron sometidos a las reglas de la proporcionalidad y del último recurso en la doctrina de la Escuela de Salamanca, introduciendo una nueva etapa en la evolución de “las leyes y los usos” de guerra, que condujo a su racionalización y a la adopción de leyes por parte de los Estados:

“44. Interficere an liceat omnes in bello nocentes?

45. Interficere licet indifferenter omnes, qui in actuali conflictu proelii vel in oppugnatione aut defensione civitatis contra pugnant, et quamdiu res est in periculo.

46. Interficere licet nocents, parte victoria et rebus iam extra periculum positis.

47. Interficere non semper licet omnes nocentes solum ad vindicandum iniuriam”⁴⁹.

En este propósito de armonización de la costumbre internacional en materia de conducción de las hostilidades, a finales del siglo XVI, el tratadista *Hugo Grocio* en su obra *De jure belli ac pacis* (libro III) planteó la regulación de las conductas durante la guerra como un principio del *jus gentium* y una característica de las naciones civilizadas⁵⁰:

“Yo tengo por muy cierto (...), que hay entre los pueblos un Derecho común que tiene vigencia para hacer la guerra y también durante ella. Muchos y muy graves motivos me inclinan a escribir sobre éste. Pues veía por todo el orbe cristiano el afán de guerra, algo tan aborrecible incluso para pueblos bárbaros. Se recurre a las armas por motivos banales e incluso nulos, y una vez tomada la decisión, se lanzan furiosamente a toda clase de crímenes, y como impulsados por una orden sin ningún respeto del derecho divino ni del humano”⁵¹.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ GROTIUS, H. *Le droit de la guerre et de la paix*, vol. I, traducido por P. Padrier-Fodéré, 1867, París, France, Guillaumin et Cie. Librairies, 578 págs., p. 349.

⁵¹ GROCIO, H., *Del derecho de la guerra y de la paz, Prolegómenos, Libro I. Cap. I (1583-1645)*, Colección Clásicos políticos, traducido y anotado por P. Mariño Gómez, 1987, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 67 págs., pp. 42-43.

Otros teóricos del *jus gentium*, como *Vattel*, establecieron la importancia de aplicar “las leyes y los usos” de guerra aún en ausencia de reciprocidad, así como la supremacía de la ley aún en medio de la guerra⁵². En este marco de análisis, *Vattel* defendió el respeto por ciertas categorías de enemigos:

“Puesto que las mugeres y los niños son súbditos del estado y miembros de la Nación, deben contarse en el número de los enemigos; pero esto no quiere decir que se los trate como á los hombres que llevan armas ó son capaces de llevarlas (...) no se tienen los mismos derechos contra toda suerte de enemigos”⁵³.

Sin embargo, el *jus* internacionalismo debió enfrentarse a la creciente autonomía de la política internacional respecto de la moral, que fue liderada por *Maquiavelo* desde comienzos del siglo XVI. Desde esta perspectiva, la guerra se considera de nuevo –igual que en la antigüedad greco-romana- un fenómeno natural que depende del sentido de oportunidad y conveniencia en función de la razón de Estado⁵⁴.

Otros autores del siglo, como *Hobbes* y *Welzel*, reforzaron las tesis voluntaristas desde la posición de un derecho absoluto de los soberanos a hacer la guerra y la paz, así como el poder soberano para someter por la fuerza a sus súbditos sin cometer injusticia⁵⁵.

A partir del siglo XVII, las corrientes del *jus* naturalismo fueron relegadas a favor de las doctrinas del voluntarismo, que interpretaron la guerra como un componente de la soberanía y un instrumento de la política internacional que debía ser regido por la razón de Estado. Desde el punto de vista político, según *Truyol y Serra*, la Europa moderna dio paso a una pluralidad de Estados soberanos celosos de su independencia y dispuestos a hacer uso de la fuerza como recurso legítimo en las relaciones internacionales, pese a las tendencias *jus* internacionalistas⁵⁶.

El carácter precario del vínculo normativo internacional entre los Estados de Europa no impidió la guerra entre los soberanos y, a lo sumo, atenuó los nacionalismos

⁵² MATTEUCCI, N., *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*, Colección Estructuras y Procesos, 1998, Madrid, Editorial Trotta, 318 págs., pp. 169-170.

⁵³ DE VATTEL, E., *Derecho de gentes o principios de la ley natural, aplicados a la conducta y a los negocios de los soberanos*, Tomo III, traducido por M. Pascual Hernández, 1820, Madrid, Imprenta de La Compañía, 390 págs., p. 85.

⁵⁴ TRUYOL Y SERRA, A., *Historia del Derecho Internacional Público*, op. cit., p. 50.

⁵⁵ RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M., *Historia del pensamiento jurídico. I. De Heráclito a la Revolución francesa*, 8ª edición, 1996, Madrid, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 318 págs., pp. 124-125.

⁵⁶ TRUYOL Y SERRA, A., *La sociedad internacional*, 1974, Madrid, Alianza Editorial, 221 págs., pp. 32-33.

crecientes donde predominó la llamada “razón de Estado” y la ley del más fuerte hizo las veces de Derecho Internacional⁵⁷.

De esta manera, la evolución de “las leyes y los usos” de guerra se convirtió en un objeto fundamentalmente doctrinal que se abrió paso en Europa y América hacia el siglo XVIII. Estas “leyes y usos” de guerra fueron aplicadas a geometría variable, sólo entre las llamadas “naciones civilizadas”, sobre la base del respeto de principios humanitarios del derecho racional y de la aplicación del Derecho Internacional positivo⁵⁸.

Desde principios del siglo XIX, los Estados fueron configurando sus atribuciones durante los conflictos armados basándose en el derecho natural y el derecho positivo. De una parte, las compilaciones de *jus gentium* moderno, de autores como *Martens*, abrieron paso a la codificación internacional de “las leyes y los usos” de guerra⁵⁹. De otra parte, los elementos de la costumbre: la repetición de actos y la *opinio juris*, se consolidaron lentamente como Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados⁶⁰.

1.2. LA CODIFICACIÓN DE “LAS LEYES Y LOS USOS” DE GUERRA

La incorporación paulatina de algunas de “las leyes y los usos” de guerra en las legislaciones internas, así como la obligación de juzgar a los responsables de las infracciones cometidas con ocasión de la guerra, han estado desde sus inicios profundamente ligadas a la autoridad del soberano.

Los primeros juicios por conductas contrarias a “las leyes y los usos” de guerra se remontan, según la doctrina, al proceso de *Peter von Hagenbach*, gobernador de los territorios conquistados de la Alta Alsacia, quien fue juzgado en la provincia alemana de Breisach en 1474 por un tribunal compuesto por 28 jueces originarios de los Estados aliados al Santo Imperio Romano Germánico. En Breisach, el acusado se enfrentó al cargo mayor de “crímenes contra las leyes de Dios y de los hombres” por homicidio

⁵⁷ *Ibid.*, pp. 34-35.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 75.

⁵⁹ TRUYOL Y SERRA, A., *Historia del Derecho Internacional Público*, *op. cit.*, p. 94.

⁶⁰ MIAJA DE LA MUELA, A., “La recepción del derecho natural en el orden jurídico internacional”. En: M. Cobo del Rosal *et al.*, (eds.), *Filosofía del derecho. Estudios en honor del Profesor José Cortés Grau*, Tomo I, 1977, Valencia, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valencia, 739 págs., pp. 603-636, p. 609.

intencional, violencia física y otros crímenes cometidos durante la ocupación militar que le valieron la pérdida de su dignidad de caballero⁶¹.

Este primer enjuiciamiento por un tribunal internacional tuvo como base la ley común que regía al imperio. Aunque el contexto político de la época estaba estrechamente ligado al componente religioso, la doctrina ha reconocido en numerosas ocasiones a este tribunal *ex post facto* como uno de los primeros ejercicios de jurisdicción internacional en materia de crímenes de guerra.

En el siglo XVII, influyentes publicaciones como *Examen de conscience pour un roi*⁶², afirmaron que los autores de crímenes de derecho común cometidos durante un conflicto armado no debían beneficiarse de las inmunidades de la guerra:

“Il y a les lois de la guerre qu’il faut pas regarder moins religieusement que celles de la paix, autrement, la guerre ne serait plus qu’un brigandage inhumain, une série perpétuelle d’assassinats, d’abominations et de barbaries”⁶³.

En 1621, el rey *Gustave Adolphe* de Suecia dejó constancia del derecho consuetudinario de la época en sus *Articles sur les lois militaires devant être observés en temps de guerre*. En 1689, el Conde *Rosen* fue condenado a la pérdida de su dignidad militar después del juicio que le hiciera el rey *James II* de Inglaterra por tratos crueles y homicidio intencional de civiles durante el asedio de Londonderry⁶⁴.

La consolidación de las monarquías en Europa y el advenimiento del Estado nación se reflejaron en el Tratado de paz adoptado en Westfalia en 1648, que reconoció al Estado como entidad política soberana⁶⁵ y sujeto del Derecho Internacional⁶⁶. La construcción del Estado moderno fue el punto de partida de la codificación de las “leyes y los usos” de guerra.

El arribo de la modernidad impulsó la substitución del recurso a la guerra por el recurso al Derecho. En los albores del Estado moderno, la doctrina europea de Derecho Internacional condenó el uso de la guerra en las relaciones internacionales y abogó

⁶¹ SZUREK, S., “Historique. La formation du droit international pénal”. En: H. Ascensio; E. Decaux; A. Pellet, *Droit international pénal*, 2000, París, Editions A. Pedone, 1053 págs, pp. 6-22, p. 19.

⁶² Obra escrita en el siglo XVI por el arzobispo de París *François de Salignac de La Mothe-Fénelon*, conocido en sus obras como *Fénelon*. El escrito dedicado al Duque de *Bourgogne* fue publicado en 1734.

⁶³ SZUREK, S., “Historique. La formation du droit international pénal”, *op. cit.*, p. 15.

⁶⁴ *Ibid*, p. 19.

⁶⁵ En el plano interno, la soberanía implicó un reconocimiento del *dominium* del Estado, es decir, de su competencia exclusiva para organizar la vida en el interior de sus territorios.

⁶⁶ En el plano internacional, el reconocimiento de la soberanía implicó la libertad en el manejo de las relaciones internacionales, es decir, el reconocimiento del *imperium* como libertad para hacer la paz y la guerra y del principio de no injerencia en los asuntos internos de los Estados.

porque las acciones de las partes obedecieran a las limitaciones establecidas por el *jus gentium*⁶⁷. La doctrina del Derecho Internacional basó la distinción entre la guerra y la violencia pura o la barbarie, en la obediencia a las reglas que permiten a las Partes protegerse mutuamente del abuso de la fuerza⁶⁸.

Las violaciones graves del *jus in bello* fueron tomando forma como una serie de actos cometidos en el contexto de la guerra imputables a los combatientes pertenecientes a las Partes en conflicto. La determinación de la competencia para la persecución y la sanción se mantuvo ligada al derecho interno y, en consecuencia, la definición de las incriminaciones y las penas no fue materia inicial de codificación internacional.

Por su parte, los Estados Unidos de América, tras establecer algunas “Disposiciones preliminares sobre el comportamiento militar” (1775), adoptaron en 1863 el Código de *Lieber: Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field (Lieber Code)*⁶⁹. El Código de *Lieber* está considerado como la fuente directa de la codificación de las incriminaciones individuales por las conductas cometidas en el curso de la guerra⁷⁰. Su influencia sobre los esfuerzos posteriores de codificación del Derecho de los conflictos armados internacionales, pese a tratarse de un Código estatal, se explica por su carácter detallado, por el contexto separatista de su aplicación y por el carácter federal del Estado que lo proclamó.

El Código de *Lieber* dejó constancia histórica de la evolución de “las leyes y los usos” de guerra en cuanto al tratamiento de la población no combatiente y de los medios y métodos de combate:

“Art. 16. Military necessity does not admit of cruelty -that is, the infliction of suffering for the sake of suffering or for revenge, nor of maiming or wounding except in fight, nor of torture to extort confessions. It does not admit of the use of poison in any way, nor of the wanton devastation of a district. It admits of deception, but disclaims acts of perfidy; and, in general, military necessity does not include any act of hostility which makes the return to peace unnecessarily difficult (...).

⁶⁷ Véanse entre otros autores: Francisco de Vitoria (1480-1546) Baltasar Ayala (1548-1584), Francisco Suárez (1548-1617), Alberico Gentili (1552-1608), Pietrino Belli (1502-1575), Hugo Grocio (1583-1645) y Samuel Pufendorf (1632-1694).

⁶⁸ GROTIUS, H., *Le droit de la guerre et de la paix*, op. cit., p. 349.

⁶⁹ General Order number 100, 24 April 1863, *Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field (Lieber Code)*. El texto íntegro en su versión inglesa y francesa puede consultarse en el sitio de la CICR: <http://www.icrc.org/dih.nsf/FULL/110?OpenDocument> (consultado: 03/06/2010).

⁷⁰ ABI-SAAB, G.; ABI-SAAB, R. “Les crimes de guerre”. En: H. Ascensio; E. Decaux; A. Pellet, *Droit international pénal*, 2000, París, Editions A. Pedone, 1053 págs., pp. 265-291, p. 266.

Art. 22. (...) The principle has been more and more acknowledged that the unarmed citizen is to be spared in person, property, and honor as much as the exigencies of war will admit.

Art. 23. Private citizens are no longer murdered, enslaved, or carried off to distant parts, and the inoffensive individual is as little disturbed in his private relations as the commander of the hostile troops can afford to grant in the overruling demands of a vigorous war”.

Esta constatación del Código de *Lieber* fue el resultado de la evolución global de “las leyes y los usos” de guerra:

“Art. 24. The almost universal rule in remote times was, and continues to be with barbarous armies, that the private individual of the hostile country is destined to suffer every privation of liberty and protection, and every disruption of family ties. Protection was, and still is with uncivilized people, the exception.

Art. 25. In modern regular wars of the Europeans, and their descendants in other portions of the globe, protection of the inoffensive citizen of the hostile country is the rule; privation and disturbance of private relations are the exceptions”.

El Código de *Lieber* estableció un primer grupo de infracciones susceptibles de persecución y sanción penal, en lo que constituye su mayor aporte a los crímenes de guerra:

“Art. 44. All wanton violence committed against persons in the invaded country, all destruction of property not commanded by the authorized officer, all robbery, all pillage or sacking, even after taking a place by main force, all rape, wounding, maiming, or killing of such inhabitants, are prohibited under the penalty of death, or such other severe punishment as may seem adequate for the gravity of the offense.

A soldier, officer or private, in the act of committing such violence, and disobeying a superior ordering him to abstain from it, may be lawfully killed on the spot by such superior”⁷¹.

El *Manual de Oxford* de 1880, publicado en 1884 por el Instituto de Derecho Internacional, fue la contribución doctrinal más importante del siglo XIX en cuanto al derecho aplicable a los conflictos armados. Este esfuerzo de juristas europeos como *Gentili*, *Grocio* y *Vattel*, reprodujo una compilación de los reglamentos de los conflictos armados aplicados en las diferentes guerras a lo largo de la historia, tendiente a servir como modelo para las legislaciones internas⁷².

En materia institucional, la creación de las Sociedades de Socorro hacia 1863, que dieron nacimiento al Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), fue el esfuerzo más importante de la sociedad civil por regular los conflictos armados.

⁷¹ Citado en: SZUREK, S., “Historique. La formation du droit international pénal”, *op. cit.*, p. 19; SCHINDLER, D.; TOMAN, J., *Droit des conflits armés, Recueil des conventions, résolutions et autres documents*, 1996, Genève, Collection CICR/Institut Henry Dunant, p. 3.

⁷² En la promoción de modelos de legislación interna para la regulación de los conflictos armados puede destacarse también la participaron activa de la Unión Internacional de Derecho Penal, fundada en 1889 por los profesores *Joost Adriaan van Hamel* (1880-1964) de la Universidad de Ámsterdam, *Adolphe Prins* (1845-1919) de la Universidad de Bruselas y *Franz von Liszt* (1851-1919) de la Universidad de Berlín. Esta organización fue disuelta durante la IIª Guerra Mundial.

Sin embargo, hasta el siglo XIX la determinación de sanciones aplicables a la violación de “las leyes y los usos” de guerra permaneció sometida al derecho interno de los Estados. Cabe señalar en este sentido que la evolución del Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados reflejó “las leyes y los usos” de guerra (*jus in bello*), y al mismo tiempo continuó reafirmando la competencia exclusiva de los Estados en materia de persecución y sanción.

1.3. LA COMPILACIÓN MODERNA DE “LAS LEYES Y LOS USOS” RELATIVOS A LOS MEDIOS Y MÉTODOS DE COMBATE

A finales del siglo XIX, la afirmación de la libertad de los Estados para hacer la paz y la guerra se vio reflejada en una serie de tratados tendientes a limitar la conducción de las hostilidades, basándose en las reglas establecidas por el *jus gentium*, embrión del Derecho Internacional Público.

Tres Conferencias interestatales tuvieron lugar en 1864, 1899 y 1907, con la intención de regular las conductas llevadas a cabo dentro de las hostilidades. El centro del debate fue la adopción convencional de “las leyes y los usos” de guerra, así como las modalidades de arreglo pacífico de las controversias con el propósito de reducir el uso de la fuerza armada en las relaciones internacionales.

El proceso de codificación inicial incluyó principalmente una serie de Declaraciones, Convenciones y Reglamentos sobre “las leyes y los usos” relativos a los medios y métodos de combate. Otras cuestiones fueron abordadas en segundo lugar, como lo muestran los tratados específicos en materia de bienes culturales y los tratados específicos sobre la protección de los prisioneros de guerra en su calidad de víctimas de los conflictos armados.

El primer Convenio de Ginebra de 1864⁷³, y las Convenciones de La Haya de comienzos del siglo XX, establecieron una paulatina distinción entre la reglamentación internacional de los objetivos humanitarios defendidos por los Comités de Socorro y la

⁷³ Convenio de Ginebra para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña (22-8-1864), (en adelante: “Convenio de Ginebra 1864”). Los Convenios de Ginebra y otros instrumentos de Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados están disponibles en Internet en la sección “Bases de datos del CICR sobre Derecho Internacional humanitario” de la dirección: <http://www.icrc.org>.

evolución de un Derecho Internacional sancionador relativo a la conducción de los conflictos armados⁷⁴.

El período de la codificación de “las leyes y los usos” de guerra se caracterizó por la prioridad otorgada a las “reglas de humanidad” en la conducción de las hostilidades y por el silencio reinante en materia de persecución y sanción en caso de infracción de dichas reglas.

“Las leyes y los usos” de guerra reconocidos por los Estados estuvieron basados en la búsqueda de garantías recíprocas de las Partes en conflicto⁷⁵. En consecuencia, el lugar destinado a la protección de la población no combatiente estuvo seriamente limitado.

El Convenio de Ginebra de 1864 abordó por primera vez una categoría de víctimas: los militares heridos o enfermos en campaña. El compromiso internacional de 16 Estados se extendió rápidamente y la comunidad internacional manifestó su intención de respetar unas reglas mínimas concernientes a la misión médica y de socorro (arts. 1-5) y a los militares heridos o enfermos en combate (art. 6).

La Declaración de San Petersburgo de 1868 estableció ciertos límites al fuego enemigo en términos de proporcionalidad de cara al objetivo militar y selló el compromiso de los Estados de renunciar al uso de balas explosivas y de armas que agravaran inútilmente los sufrimientos de los hombres puestos fuera de combate⁷⁶.

La Declaración de 1899 prohibió el uso de balas de envoltura dura, o provistas de incisiones, por el nivel de sufrimiento inútil causado⁷⁷. El contexto hizo primar las preocupaciones de la guerra terrestre pero la Declaración de Londres de 1909 hizo extensivos los acuerdos a la guerra marítima⁷⁸.

⁷⁴ El proyecto formulado por *Gustave Moynier*, presidente de los Comités de la Cruz Roja, en 1874, incluyó un artículo de compromiso de los Estados sobre la publicidad de las normas humanitarias y la obligación de sanción penal interna a la violación de las reglas establecidas. Ésta y otras propuestas en el mismo sentido fueron descartadas. Véase: HAROUEL, V., “Les projets genevois de révision de la Convention de Genève du 22 août 1864-1868-1898”. *RICR*, núm. 834, Genève, CICR, pp. 365-386.

⁷⁵ En todas las Declaraciones que preceden las Convenciones de La Haya, existe un párrafo de reciprocidad que limita la obligación a las Partes contratantes y adherentes, y señala la ausencia de tal compromiso frente a las Partes no contratantes o que no se hayan unido con posterioridad a la Declaración. Sobre la reciprocidad, véase: ORIHUELA CALATAYUD, E., *Derecho Internacional Humanitario*. Tratados internacionales y otros textos, 1998, Madrid, McGraw-Hill, 901 págs., p. 73.

⁷⁶ Declaración de San Petersburgo con el objeto de prohibir el uso de determinados proyectiles en tiempo de guerra (11-12-1868), (en adelante: “Declaración de San Petersburgo”).

⁷⁷ Declaración prohibiendo el empleo de las balas que se hinchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano (29-7-1899), (en adelante: “Declaración de 1899”).

⁷⁸ Declaración de Londres relativa al derecho de la guerra marítima (25-2-1909).

Las Declaraciones de finales del siglo XIX fueron la antesala de una serie de compromisos duraderos adoptados por los Estados bajo la forma de Convenciones.

El 18 de octubre de 1907, se firmaron cuatro tratados relativos a los comportamientos de las Partes beligerantes y las Potencias neutrales en la guerra terrestre y marítima⁷⁹. El principio de reciprocidad en el tratamiento de los ejércitos en combate fue la prioridad de los tratados, por encima de consideraciones en torno a la población no combatiente. La regla general fue la ausencia de reglas específicas para el tratamiento de las víctimas en los conflictos armados, con la sola excepción de los militares heridos o enfermos en campaña.

No obstante, se introdujo un matiz importante a través de la “cláusula de *Martens*”, que prohibió la guerra como instrumento político de uso indiscriminado. La cláusula de *Martens* fue incorporada al preámbulo y al artículo 1 de la Convención H. IV. Esta cláusula fue el avance más importante en materia de adopción de acuerdos mínimos sobre el tratamiento a la población no combatiente, ante la imposibilidad de mayores acuerdos internacionales en la materia:

“Mientras que se forma un Código más completo de las leyes de la guerra, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública”⁸⁰.

El compendio normativo de las Convenciones de La Haya se vio reforzado con el Reglamento anexo a la Convención H. IV⁸¹, que incluyó dos grupos de población no combatiente dentro de la categoría de “beligerante”, a fin de concederle el estatus de “prisionero” de conformidad con “las leyes y los usos” de guerra (art. 3) y dispensarle un “tratamiento de humanidad” (art. 4). Esta extensión del concepto de beligerante incluyó a la población civil que toma espontáneamente las armas en caso de invasión (art. 2) y al personal civil que acompaña las tropas y que se encuentra autorizado para

⁷⁹ Convención de La Haya relativa a los derechos y a los deberes de las Potencias neutrales en la guerra marítima (18-10-1907); Convención de La Haya relativa a los derechos y a los deberes de las Potencias y de las personas neutrales en caso de guerra terrestre (18-10-1907); Convención de La Haya relativa a algunas restricciones en cuanto al ejercicio de derecho de captura en la guerra marítima (18-10-1907); Convención de La Haya relativa a las leyes y los usos de la guerra terrestre (18-10-1907), (en adelante: “Convención H. IV”); Convención de La Haya relativa a la colocación de minas submarinas automáticas de contacto (18-10-1907).

⁸⁰ La cláusula de *Martens* está presente en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, en el artículo 1-2 del Protocolo I adicional de 1977 y sirvió como preámbulo al Protocolo II adicional de 1977 a dichas Convenciones con algunas variaciones de forma.

⁸¹ Reglamento relativo a las leyes y los usos de la guerra terrestre, Anexo a la Convención H. IV (18-10-1907).

ello (art. 13). No obstante, la gran parte de la población civil que no participa de las hostilidades siguió dependiendo de la cláusula de *Martens* como la única regla aplicable a escalas variables.

En este sentido, cabe señalar que la cláusula de *Martens* estuvo sometida a la crítica y a la interpretación oficial de los Estados con niveles de restricción diferentes en cuanto a la aplicación del *jus gentium* y de los principios de Derecho Internacional en los conflictos armados de cara a la población civil.

Las infracciones generalizadas a “las leyes y los usos” de guerra durante la I^a Guerra Mundial mostraron la insuficiencia del *jus gentium* como medio para regular los conflictos. El quebrantamiento de la paz, el desconocimiento de la neutralidad de los Estados, el desprecio de los tratados y la comisión de toda clase de crímenes contra la población por parte de los actores armados, pusieron en evidencia la urgencia de avanzar en métodos de sanción a nivel internacional.

Es importante señalar en este sentido que el Tratado de Versalles del 28 de junio de 1919, que puso fin a la I^a Guerra Mundial, ordenó el enjuiciamiento de ciudadanos alemanes, incluido el jefe de Estado alemán: el *káiser Wilhelm II*, por “ofensa suprema contra la moral internacional y la autoridad sagrada de los tratados”. Sin embargo, Alemania rechazó la competencia internacional penal que había aceptado en los artículos 228 y 230 del Tratado y remitió el juicio de sus ciudadanos a la Corte Suprema del Reich en Leipzig.

De otra parte, la “Comisión sobre la responsabilidad de los autores de la guerra y la aplicación de sanciones”, que fue creada después de la I^a Guerra Mundial, estableció la responsabilidad de los individuos pertenecientes a las fuerzas vencidas durante la guerra, incluidos los jefes de Estado y los oficiales de los ejércitos, y determinó una lista de 32 incriminaciones consideradas como crímenes de guerra, cuyo enjuiciamiento dejó en manos de un tribunal internacional que debía ser creado con tal propósito. Ningún tribunal fue creado y las incriminaciones propuestas no fueron adoptadas en Derecho Internacional⁸².

Las infracciones al Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados no detuvieron a la comunidad internacional, que avanzó después de la I^a Guerra Mundial en la prohibición de ciertos medios y métodos de guerra, como los gases asfixiantes,

⁸² MALEKIAN, F., *International criminal law: The legal and critical analysis of international crimes*, vol. II, 1991, London, Cambridge University Press, 621 págs., pp. 106-107.

tóxicos o similares y los medios bacteriológicos⁸³. Otras reglas de la guerra fueron establecidas mediante tratados, relativas a la neutralidad⁸⁴ y relativas a la protección de bienes culturales⁸⁵.

La labor de una parte de la doctrina de la época de entre guerras fue de gran importancia por su empeño de codificación. La Asociación de Derecho Penal Internacional (1924) intentó conciliar un Derecho Internacional garante de la paz y la solidaridad mundial⁸⁶. Obras como *La criminalité collective des États et le droit pénal de l'avenir*⁸⁷ fueron utilizadas en los trabajos posteriores de codificación de las Naciones Unidas⁸⁸.

En contraste, la doctrina penal mayoritaria y la tradición jurídica internacional siguieron defendiendo la competencia exclusiva de los Estados en materia de contenido de la incriminación y de enjuiciamiento, es decir, para acusar y juzgar.

La consagración convencional de las infracciones al Derechos Internacional aplicable a los conflictos armados avanzó tímidamente hacia modelos de infracción penal. La última revisión del Convenio de Ginebra de 1864 (ya revisado en 1906), que fue adoptada en 1929, incluyó en el artículo 29, de manera general, la obligación de los gobiernos de adoptar legislaciones y tomar medidas necesarias para: “(...) reprimir, en tiempo de guerra, todo acto contrario a las disposiciones del presente Convenio”.

Durante el período de entre-guerras la voluntad política para aplicar sanciones internacionales a violaciones del Derecho Internacional de los conflictos armados acabó por ceder ante los intereses de la política exterior. La soberanía estatal se impuso por encima de la sanción a las violaciones de “las leyes y los usos” de guerra y los

⁸³ Protocolo sobre la prohibición del uso en la guerra, de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos (17-6-1925), (en adelante: “Protocolo G. BC”).

⁸⁴ Véanse por ejemplo: Convención de La Habana sobre la neutralidad marítima (20-2-1928); Reglas y reglamentos de La Haya sobre la guerra aérea (28-2-1923); Acta de Londres que establece las reglas que deben observar los submarinos en tiempo de guerra respecto a buques mercantes (6-11-1936).

⁸⁵ Convenio de Washington sobre la protección de las instituciones artísticas y científicas y de los monumentos históricos (5-4-1935).

⁸⁶ La Asociación de Derecho Penal Internacional fue fundada por los profesores *Quintiliano Saldaña* de las Universidades de Sevilla y Madrid, y *Henri Donnedieu de Vabres* de la Universidad de París. Entre 1929 y 1935, una Comisión de 5 miembros elaboró una proposición de Estatuto internacional penal.

⁸⁷ PELLA, V. V., *La criminalité collective des Etats et le droit pénal de l'avenir*, 2^{ème} édition, 1926, Bucarest, Imprimerie de l'Etat, 360 págs.

⁸⁸ SZUREK, S., “Historique. La formation du droit international pénal”, *op. cit.*, p. 9.

compromisos convencionales de persecución y sanción no fueron respetados⁸⁹.

La convergencia del Derecho Internacional y del Derecho Penal hacia el Derecho Internacional Penal y el refuerzo del Derecho Internacional de los conflictos armados fueron el lento producto de la experiencia de dos guerras mundiales y numerosas guerras regionales e internas.

Los principios generales frente a los crímenes de guerra fueron establecidos por el Tribunal de Núremberg después de la IIª Guerra Mundial y se reflejaron en los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y sus Protocolos adicionales. Con posterioridad, la discusión sobre las infracciones graves a “las leyes y los usos” de guerra, tendió a la formulación de las incriminaciones penales en el seno de la comunidad internacional en los trabajos de la CDI y finalmente en la Conferencia de Plenipotenciarios que aprobó en 1998 el Estatuto de Roma.

2. LA CONSOLIDACIÓN DEL CONCEPTO DE CRÍMENES DE GUERRA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PENAL

2.1. NÚREMBERG: EL ESTABLECIMIENTO DE LA NOCIÓN DE CRÍMENES DE GUERRA EN EL PLANO INTERNACIONAL

Las violaciones graves del *jus in bello* hacían referencia a los actos cometidos en el contexto de los conflictos armados internacionales que podían ser imputados a los militares y a los civiles pertenecientes a las Partes en conflicto, generalmente, los Estados.

Después de la IIª Guerra Mundial, la comunidad internacional estableció un sistema de mínimos en términos de valores comunes y exigencias necesarias no negociables tanto de salvaguarda de la condición humana, como para el orden público internacional y, por tanto, de obligatoria sumisión y cumplimiento⁹⁰.

⁸⁹ BASSIOUNI, C., “L’expérience des premières juridictions pénales internationales”. En: H. Ascensio; E. Decaux; A. Pellet, *Droit international pénal*, 2000, París, Editions A. Pedone, 1053 págs, pp. 635-659, p. 639.

⁹⁰ TOMUSCHAT, C., “La cristallisation coutumière”. En: H. Ascensio; E. Decaux; A. Pellet, *Droit international pénal*, 2000, París, Editions A. Pedone, 1053 págs, pp. 23-25, p. 24.

El Estatuto⁹¹ y la jurisprudencia del Tribunal de Núremberg fueron la base para el establecimiento de la noción de crímenes de guerra en los primeros trabajos de la CDI y de la noción de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario en los Convenios de Ginebra de 1949.

Los principios de Derecho Internacional reconocidos por los Tribunales de Núremberg⁹² y Tokio⁹³ fueron adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas que, el 13 de febrero de 1946, tomó nota de: “(...) la definición de crímenes de guerra y crímenes contra la paz y contra la humanidad que figuran en la Carta del Tribunal Militar Internacional del 8 de agosto de 1945”⁹⁴.

El Estatuto de Núremberg desarrolló el derecho aplicable a los conflictos armados de manera progresiva y más allá de la tradición jurídica existente al momento del estallido de la II^a Guerra Mundial en lo que concierne a los crímenes contra la humanidad y a su propia competencia⁹⁵. En materia de crímenes de guerra, el Estatuto del Tribunal de Núremberg optó por una lista no exhaustiva de conductas punibles por el Derecho Internacional, que no encontró ningún rechazo internacional pues correspondía enteramente a la tradición del *jus gentium*:

Artículo 6-b. Delitos de guerra:

“Las violaciones de las leyes o usos de la guerra, que comprenden, sin que esta enumeración tenga carácter limitativo, el asesinato, el maltrato, o la deportación para trabajar en condiciones de esclavitud o con cualquier otro propósito, de la población civil de territorios ocupados o que en ellos se encuentre, el asesinato o el maltrato de prisioneros de guerra o de personas que se hallen en el mar, la ejecución de rehenes, el saqueo de la propiedad pública o privada, la destrucción injustificable de ciudades, villas o aldeas, o la devastación no justificada por las necesidades militares”⁹⁶.

⁹¹ Estatuto del Tribunal de Núremberg anexo al Acuerdo para el establecimiento de un Tribunal Militar Internacional encargado del juicio y castigo de los principales criminales de guerra del Eje europeo, Londres (8-8-1945), (en adelante: “Estatuto de Núremberg”).

⁹² El Tribunal Militar Internacional fue instalado con sede en Berlín entre el 20 de noviembre de 1945 y el 1 de octubre de 1946. El juicio de los principales criminales de guerra de las Potencias vencidas tuvo lugar en la ciudad de Núremberg, de donde el Tribunal tomó su nombre.

⁹³ La Conferencia de El Cairo el 1 de diciembre de 1943 produjo la Declaración de El Cairo que, unida a la Conferencia de Postdam de 1945, dieron fundamento al Tribunal para el Lejano Oriente, que luego será llamado el Tribunal de Tokio. La Comisión de Oriente fue creada en diciembre de 1945 como un órgano político de ocupación para el Japón y su sede fue Moscú. Esta Comisión tenía por objetivo crear una superestructura para la persecución de los criminales de guerra, su juicio y castigo. En la práctica, todos los aspectos de la justicia en el Lejano Oriente estuvieron determinados por la posición del General *McArthur* en su calidad de Comandante supremo de las fuerza aliadas en el Pacífico. El fundamento jurídico del Tribunal de Tokio es la Ordenanza 19/01/1946 firmada por el General *McArthur* y ningún tratado internacional fue firmado para la creación de este Tribunal.

⁹⁴ NU, doc. A/RES/3(I) (13-2-1946): *Extradición y castigo de criminales de guerra*, 2 págs.

⁹⁵ PETRY, R., “Les Tribunaux internationaux”. En: L. Moreillon *et al.*, (eds.), *Droit pénal humanitaire*, Série II, vol. 4, 2006, Bruxelles, Bruylant, 502 págs., pp. 39-55, p. 41.

⁹⁶ Estatuto de Núremberg, *op. cit.*, artículo 6-b.; Informe CDI 1950, *op. cit.*, p. 377, párr. 118-119.

El 11 de diciembre de 1946, la Asamblea General de Naciones Unidas confirmó los principios reconocidos por el Tribunal de Núremberg en su Estatuto y su jurisprudencia y ordenó su codificación y desarrollo en los trabajos de la CDI⁹⁷.

La jurisprudencia del Tribunal de Núremberg afirmó que las violaciones a las Convenciones de La Haya sobre “las leyes y los usos” de guerra de 1907 (arts. 46, 50, 52 y 56) y al Convenio de Ginebra de 1929 sobre el tratamiento a los prisioneros de guerra (arts. 2, 3, 4, 46 y 51) eran crímenes de guerra reconocidos por los principios de Derecho Internacional y aceptados en los países civilizados como reglas de Derecho Penal antes de la existencia misma de los tratados⁹⁸:

“That violation of these provisions constituted crimes for which the guilty individuals were punishable is too well settled to admit or argument”⁹⁹.

La competencia del Tribunal de Núremberg en materia de crímenes de guerra fue aceptada de forma unánime por la doctrina¹⁰⁰. Núremberg fue un logro para el Derecho Internacional Penal pese a sus limitaciones y la redacción de la definición de crímenes de guerra bajo la forma de una lista no exhaustiva fue retomada en los tratados posteriores y en algunas legislaciones internas¹⁰¹.

Los principios de Derecho Internacional recogidos por el Estatuto y desarrollados por la jurisprudencia del Tribunal de Núremberg determinaron los trabajos posteriores de la CDI desde 1949 en el estudio de la sanción internacional por crímenes de guerra¹⁰². Sin embargo, la aplicación de un sistema sancionador en el ordenamiento internacional para estos crímenes fue aplazada por “inconveniente” frente a la política de paz y seguridad de las Naciones Unidas¹⁰³.

El Informe de la CDI de 1950 formuló los principios de Núremberg y retomó la lista no exhaustiva de crímenes de guerra en el principio VI-b, defendiendo su naturaleza de costumbre internacional y afirmando la responsabilidad penal individual

⁹⁷ NU, doc. A/RES/95(I) (11-12-1946): *Confirmación de los principios de Derecho Internacional reconocidos por el estatuto del Tribunal de Núremberg*, 1 pág., (en adelante: “NU, doc. A/RES/95(I) (11-12-1946)”).

⁹⁸ ABI-SAAB, G.; ABI-SAAB, R., “Les crimes de guerre”, *op. cit.*, p. 271.

⁹⁹ TMIN, *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*, vol. I, Núremberg, 1947, p. 253.

¹⁰⁰ BASSIOUNI, C., “L’expérience des premières juridictions pénales internationales”, *op. cit.*, pp. 635-659, p. 642.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 647.

¹⁰² Informe CDI 1949, *op. cit.*, p. 281, pár. 18.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 281, pár. 18.

por estos crímenes, pero se abstuvo de cualquier desarrollo del concepto¹⁰⁴ y en las tres décadas siguientes fue el Derecho Internacional de los conflictos armados quien tomó el relevo de la discusión bajo la figura de las infracciones graves a los Convenios de Ginebra.

2.2. EL ALCANCE JURÍDICO DE LAS INFRACCIONES GRAVES DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 sobre la protección de las víctimas de la guerra incluyeron algunas disposiciones que obligaban a los gobiernos a la persecución y sanción de las violaciones graves a las normas relativas a los conflictos armados internacionales¹⁰⁵.

Los cuatro Convenios no hacen mención a “crímenes de guerra” *stricto sensu*, sino a “infracciones graves” sobre las cuales hacen pesar una prohibición. El hecho de no haber optado por la incriminación en el sentido penal del término estuvo motivado por tres aspectos fundamentales.

Primero, en 1946 la Asamblea General de Naciones Unidas encargó a la CDI de preparar un código de crímenes contra la paz y la seguridad, en cuyo seno se previó la represión de actos cometidos en violación de “las leyes y los usos” de guerra. Dichos trabajos hicieron prever la intervención de una reglamentación penal, en el plano internacional, para reprimir las infracciones al derecho aplicable a los conflictos armados. Por esta razón, la Conferencia de Plenipotenciarios de los Convenios de Ginebra podía suponer que la cuestión internacional penal sería resuelta a corto plazo¹⁰⁶.

Segundo, paralelamente a los trabajos de la CDI en torno al derecho sustantivo de los crímenes contra la paz y la seguridad internacionales, la Asamblea General de Naciones Unidas constituyó en 1948 un Comité especial de la CDI encargado de estudiar la conveniencia y la posibilidad de creación de una jurisdicción internacional

¹⁰⁴ Informe CDI 1950, *op. cit.*, p. 377, pár. 118-119.

¹⁰⁵ I Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña (12-8-1949), (en adelante: “I Convenio de Ginebra”); II Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar (12-8-1949), (en adelante: “II Convenio de Ginebra”); III Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (12-8-1949), (en adelante: “III Convenio de Ginebra”); IV Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (12-8-1949), (en adelante: “IV Convenio de Ginebra”).

¹⁰⁶ NU, doc. A/RES/95(I) (11-12-1946), *op. cit.* pár. 4.

penal. Esta iniciativa reforzó la idea de la sumisión a examen penal, en una jurisdicción internacional, de algunas infracciones, entre ellas, las infracciones a “las leyes y los usos” de guerra¹⁰⁷.

Tercero, los trabajos preparatorios de la Conferencia de Ginebra encontraron grandes dificultades para definir el término “crimen” de forma unánime, dadas las variaciones en las legislaciones nacionales y prefirieron, en consecuencia, retener la noción general de “infracciones graves”¹⁰⁸.

La obligación internacional de persecución y sanción de las infracciones graves en los conflictos armados internacionales fue elevada a rango convencional y reconocida como una fuente de responsabilidad penal individual sometida al derecho interno de los Estados, en virtud de los Convenios de Ginebra de 1949, artículos 49/I, 50/II, 129/III y 146/IV, cuyo texto común sella el compromiso estatal en la materia:

“Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente.

Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las disposiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ellas cargos suficientes (...).”

La lista de conductas descritas como “infracciones graves” por los Convenios I y II de Ginebra 1949, artículos 50/I, 51/II, están presentes también en los artículos 130/III y 147/IV de los Convenios III y IV de Ginebra respectivamente:

“Las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la destrucción y la apropiación de bienes, no justificada por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente”.

Los artículos 130/III y 147/IV, añadieron según la especificidad de los Convenios III y IV respectivamente: de una parte, elementos relativos a la condición y tratamiento de los prisioneros de guerra prohibiendo el servicio forzado en las fuerzas

¹⁰⁷ NU, doc. A/RES/260(III) B (9-12-1948): *Prevención y sanción del delito de genocidio*, B, *Estudio por la Comisión de Derecho Internacional de la cuestión de una jurisdicción penal internacional*, 3 págs.

¹⁰⁸ CICR, doc. s/n (12-8-1949): *Commentaires au Chapitre IX: “De la répression des abus et des infractions”*, *Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, édition numérique. El texto íntegro se encuentra disponible en: <http://www.icrc.org/dih.nsf/COM/365-570059?OpenDocument> (consultado 26-9-2010).

enemigas y la privación de los derechos al debido proceso y a un juicio imparcial; y, de otra parte, elementos concernientes a la población civil y a la prohibición de la toma de rehenes, la deportación, la detención y la transferencia ilícita:

“Artículo 130/III. (...) el hecho de forzar a un prisionero de guerra a servir a las fuerzas armadas de la Potencia enemiga, o el hecho de privarlo de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente según las prescripciones del presente Convenio (...).

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

El conjunto de infracciones graves descritas en los Convenios de Ginebra y la naturaleza de la víctima de la infracción como “persona protegida” (Convenios de Ginebra de 1949, arts. 13/I, 13/II, 4/III, 4/IV) siguieron ampliamente la tradición jurídica del Estatuto de Núremberg.

En 1977, dos Protocolos adicionales completaron las conductas prohibidas en los Convenios de Ginebra de 1949. El Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949¹⁰⁹, relativo a los conflictos armados internacionales incorporó las reglas de la Convención de La Haya de 1907. El artículo 11 del Protocolo I adicional instituyó la prohibición de causar atentados a la integridad física y mental de las personas protegidas y de ejercer prácticas médicas y experiencias científicas no autorizadas. El artículo 85 del Protocolo I adicional incluyó otras infracciones relativas a los ataques a la población civil o a sus bienes, la prohibición de ataques indiscriminados, de ataques a las instalaciones que contienen fuerzas peligrosas (art. 85-3), la transferencia ilícita de población, las prácticas de *apathoid* y otras prácticas de discriminación racial, entre otras (art. 85-4).

El Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949¹¹⁰, relativo a los conflictos armados no internacionales, fue adoptado igualmente en 1977 basándose en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 (en adelante: “artículo 3 común”).

El artículo 3 común había establecido una serie de obligaciones mínimas en el marco de los conflictos armados internos para la protección de personas y de bienes sin

¹⁰⁹ 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) (8-6-1977), (en adelante: “Protocolo I adicional”).

¹¹⁰ 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) (8-6-1977), (en adelante: “Protocolo II adicional”).

relación directa con las hostilidades, incluidos los prisioneros y los heridos. Las garantías de protección se expresaron a través de prohibiciones frente a la discriminación, el homicidio intencional, la tortura y otros atentados a la integridad, la toma de rehenes y la denegación de garantías jurisdiccionales, entre otras:

“Artículo 3 - Conflictos no internacionales:

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

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

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

a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;

b) la toma de rehenes;

c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;

d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

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

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

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

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

El Protocolo II adicional, que está compuesto por cinco títulos y 28 artículos, incorporó una lista detallada de prohibiciones derivadas de la obligación de tratamiento humanitario a la población civil, los prisioneros, los heridos y los náufragos. Es de particular importancia el alcance del Protocolo II adicional, debido a que su artículo 1-1 determinó los elementos constitutivos de la categoría “Parte en conflicto”, cuya identificación es un elemento importante a la hora de establecer la responsabilidad en la violación de las prohibiciones convencionales:

“1. El presente Protocolo (...), se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1 del (...) (Protocolo I) y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte Contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo”.

En 1968, los esfuerzos convencionales se vieron reforzados por la labor de la

Asamblea General de Naciones Unidas, cuyos Estados reconocieron por unanimidad “que es necesario aplicar los principios humanitarios básicos en todos los conflictos armados” y afirmaron una serie de principios de obligatoria observancia por las autoridades, gobiernos y otros responsables de la conducción de hostilidades, a saber:

- a) Que no es ilimitado el derecho de las partes en un conflicto a adoptar medios para causar daño al enemigo;
- b) Que está prohibido lanzar ataques contra la población civil como tal;
- c) Que en todo momento ha de distinguirse entre las personas que participan en las hostilidades y los miembros de la población civil, a fin de que se respete a estos últimos lo más posible”¹¹¹.

En 1970, la comunidad internacional extendió la protección de la población civil a todos los conflictos armados, internacionales o internos, y se amplió el alcance de los principios aplicables, a la protección de bienes civiles, viviendas, instalaciones y zonas de protección civil, entre otras¹¹².

Las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas jugaron el doble rol de afirmar los principios consuetudinarios de Derecho Internacional Humanitario concernientes a la protección de la población civil durante un conflicto armado y, al mismo tiempo, impulsaron la adopción de nuevos compromisos convencionales.

El compendio normativo del Derecho Internacional Humanitario se vio reforzado durante este período por una serie de tratados a escala mundial en materia de protección a la población y a ciertos bienes durante los conflictos armados¹¹³.

Los Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos adicionales I y II fueron adoptados masivamente por los Estados, pero su aplicación penal a nivel de las legislaciones internas fue un fracaso. A pesar de ello, el contenido de los Convenios de Ginebra y de las Convenciones de La Haya adquirió el valor de costumbre internacional por la combinación de la repetición de actos inequívocos por parte de los Estados y de la

¹¹¹ NU, doc. A/RES/2444(XXIII) (19-12-1968): *Respeto de los Derechos Humanos en los conflictos armados*, 2 págs.

¹¹² NU, doc. A/RES/2675(XXV) (9-12-1970): *Respeto de los Derechos Humanos en los conflictos armados*, 1 pág.

¹¹³ Véanse entre otros: Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad (26-11-1968), la Convención sobre los derechos del niño (20-11-1989), la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y su destrucción (18-9-1997), el Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes culturales en caso de conflicto armado (26-3-1999), el Protocolo facultativo a la Convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados (25-5-2000) y la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (6-6-2008).

consolidación de una *opinio juris* internacional en la doctrina y la jurisprudencia.

La CIJ¹¹⁴ afirmó en 1949 el carácter consuetudinario de los “principios elementales de humanidad” en tiempos de guerra y de la Convención de La Haya de 1907:

“The obligations incumbents upon the Albanian authorities (...) are based, not on The Hague Convention of 1907, No. VT II, which is applicable in time of war, but on certain general and well-recognized principles, namely: elementary considerations of humanity, even more exacting in peace than in war; the principle of the freedom of maritime communication; and every State's obligation not to allow knowingly its territory to be used for acts contrary to the rights of other States”¹¹⁵.

En 1986, la Sentencia sobre el fondo en el asunto *Nicaragua c. Estados Unidos de América* permitió a la CIJ reforzar el evidente carácter consuetudinario del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y su aplicación como un conjunto de consideraciones mínimas de humanidad:

“Article 3 which is common to all four Geneva Conventions of 12 August 1949 defines certain rules to be applied in the armed conflicts of a non international character. There is no doubt that, in the event of international armed conflicts, these rules also constitute a minimum yardstick, in addition to the more elaborate rules which are also to apply to international conflicts; and they are rules which, in the Court's opinion, reflect what the Court in 1949 called "elementary considerations of humanity" (Corfu Channel, Merits, 1. C. J. Reports 1949, p. 22; paragraph 215 above)”¹¹⁶.

Esta jurisprudencia fue ratificada en la Opinión consultiva de 1996 que reconoció el conjunto de instrumentos de Derecho Internacional aplicables a los conflictos armados:

“A large number of customary rules have been developed by the practice of States and are an integral part of the international law relevant to the question posed. The "laws and customs of war" - as they were traditionally called - were the subject of efforts at codification undertaken in The Hague (including the Conventions of 1899 and 1907), and were based partly upon the St. Petersburg Declaration of 1868 as well as the results of the Brussels Conference of 1874. This "Hague Law" and, more particularly, the Regulations Respecting the Laws and Customs of War on Land, fixed the rights and duties of belligerents in their conduct of operations and limited the choice of methods and means of injuring the enemy in an international armed conflict. One should add to this the "Geneva Law" (the Conventions of 1864, 1906, 1929 and 1949), which protects the victims of war and aims to provide safeguards for disabled armed forces personnel and persons not taking part in the hostilities. These two branches of the law applicable in armed conflict have become so closely interrelated that they are considered to have gradually formed one single complex system, known today as international humanitarian law. The provisions of the Additional Protocols of 1977 give expression and attest to the

¹¹⁴ La CIJ es el órgano jurisdiccional principal de las Naciones Unidas creado por la Carta de San Francisco (art. 7-1) como continuadora de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) (art. 92), que tuvo vigencia en el marco de la Sociedad de las Naciones. A la CIJ concierne resolver de modo general los diferendos jurídicos entre los Estados, según lo previsto por el capítulo VI de la Carta (art. 6-3).

¹¹⁵ CIJ, *The Corfu Channel case (United Kingdom vs. Albania)*, Judgment of April 9th 1949, ICJ Reports 1949, p. 4, pár. 79.

¹¹⁶ CIJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. United States of America)*, Merits, Judgment of June 27th 1986, ICJ Reports 1986, p. 14, pár. 218.

unity and complexity of that law”¹¹⁷.

En esta ocasión, la CIJ confirmó el carácter de derecho consuetudinario de dicho cuerpo normativo:

“It is undoubtedly because a great many rules of humanitarian law applicable in armed conflict are so fundamental to the respect of the human person and "elementary considerations of humanity" as the Court put it in its Judgment of 9 April 1949 in the Corfu Channel case (I. C. J. Reports 1949, p. 22), that The Hague and Geneva Conventions have enjoyed a broad accession. Further these fundamental rules are to be observed by all States whether or not they have ratified the conventions that contain them, because they constitute intransgressible principles of international customary law”¹¹⁸.

La CIJ igualmente recordó la prohibición de la suspensión del Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados, en particular del IV Convenio de Ginebra relativo a la protección de personas civiles en tiempo de conflicto armado¹¹⁹.

La CIJ reafirmó esta interpretación en el marco del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969, conforme al cual:

“Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

Haciendo uso de medios complementarios de interpretación, en particular de los trabajos preparatorios¹²⁰ y de la alusión a las circunstancias de celebración de los tratados, la CIJ concluyó que el objetivo central del Convenio IV de Ginebra fue la protección de las personas civiles que se encontraran en poder del enemigo, independientemente del estatus del territorio concernido y del tipo de conflicto o de la ausencia de resistencia armada:

“La Cour relèvera que, selon le premier alinéa de l'article 2 de la quatrième convention de Genève, celle-ci est applicable dès lors que deux conditions sont remplies: existence d'un conflit armé (que l'état de guerre ait ou non été reconnu); survenance de ce conflit entre deux parties contractantes. Si ces deux conditions sont réunies, la convention s'applique en particulier dans tout territoire occupé au cours d'un tel conflit par l'une des parties contractantes. Le deuxième alinéa de l'article 2 n'a pas pour objet de restreindre le champ d'application de la convention ainsi fixé par l'alinéa premier.(...) Il tend seulement à préciser que, même si l'occupation opérée au cours du conflit a eu lieu sans rencontrer de résistance militaire, la convention demeure applicable”¹²¹.

El Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia (TPIY), por su parte, ha

¹¹⁷ CIJ, *Legality of Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, July 8th 1996, ICJ Reports 1996, p. 226, pár. 75.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 257, para.79.

¹¹⁹ CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif du 9 juillet 2004, CIJ Recueil 2004, p. 136, pár. 97.

¹²⁰ CICR, doc. s/n (26-4-1947): *Rapport sur les travaux de la conférence d'experts gouvernementaux pour l'étude des conventions protégeant les victimes de la guerre*, édition numérique, p. 8.

¹²¹ CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif, *op. cit.*, pár. 95.

reiterado el valor del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 como derecho consuetudinario en numerosa jurisprudencia:

“(...) As previously noted, that body of law includes the regime of protection established under Common Article 3 applicable to armed conflicts not of an international character, as a reflection of elementary considerations of humanity, and which is applicable to armed conflicts in general”¹²².

“Common Article 3 is part of customary international law applicable in both internal and international armed conflicts (...)”¹²³.

“L’article 3 commun renferme non seulement les règles de fond régissant les conflits armés internes mais aussi un mécanisme procédural invitant les Parties à ces conflits à convenir de respecter le reste des Conventions de Genève. (...)”¹²⁴.

Haciendo uso de la práctica general de los Estados y de los principios de Derecho Internacional, el TPIY concluyó que todo confirma la existencia de una responsabilidad penal internacional derivada de las violaciones del artículo 3 común:

“Tous ces facteurs confirment que le droit international coutumier impose une responsabilité pénale pour les violations graves de l'article 3 commun, complété par d'autres principes et règles générales sur la protection des victimes des conflits armés internes, et pour les atteintes à certains principes et règles fondamentales relatives aux moyens et méthodes de combat dans les conflits civils”¹²⁵.

Sin embargo, el alcance del Protocolo II adicional como parte integrante del derecho consuetudinario continuó siendo discutido por la jurisprudencia hasta su progresiva aceptación:

“Les règles internationales régissant les conflits internes sont apparues à deux échelons différents: celui du droit coutumier et celui du droit conventionnel. Deux catégories de règles, qui ne sont en aucune façon contraires ou incohérentes mais qui, plutôt, se soutiennent et s'étayent mutuellement, se sont ainsi cristallisées. En fait, l'interaction entre ces deux catégories est telle que certaines règles du droit conventionnel se sont progressivement intégrées au droit coutumier. C'est le cas de l'article 3 commun des Conventions de Genève de 1949, comme l'a soutenu la Cour Internationale de Justice (affaire du Nicaragua, par. 218) mais cela s'applique également à l'article 19 de la Convention de La Haye pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé du 14 mai 1954 et, comme nous le verrons plus loin (par. 117) à l'essentiel du Protocole additionnel II de 1977”¹²⁶.

En 1995, la Sala de Apelaciones del TPIY admitió que el Protocolo II adicional podía ser considerado como declarativo de algunas reglas de derecho consuetudinario en materia de conflictos armados y que “consideraciones de humanidad”, como de sentido común, hacían absurdo pensar que la población civil pudiera estar expuesta al

¹²² TPIY, Trial Chamber II (7 May 1997): *The Prosecutor v. Dusko Tadic “Dule”*, Case IT-94-1-T, Opinion and Judgment (en adelante: “TPIY, Trial *Tadic*, IT-94-1-T”), p. 609.

¹²³ TPIY, Trial Chamber I (27 September 2006): *The Prosecutor v. Momcilo Krajisnik*, Case IT-00-39-T, Judgment (en adelante: “TPIY, Trial *Krajisnik*, IT-00-39-T”), p. 843.

¹²⁴ TPIY, Chambre d’Appel (2 octobre 1995): *Le Procureur c. Dusko Tadic alias Dule*, Affaire IT-94-1, Arrêt relatif à l’appel de la Défense concernant l’exception préjudicielle d’incompétence (en adelante: “Affaire *Tadic*, IT-94-1”), p. 103.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 134.

¹²⁶ TPIY, Affaire *Tadic*, IT-94-1, *op. cit.*, p. 98.

uso de algunos medios y métodos de guerra durante los conflictos armados internos cuando su uso estaba prohibido en los conflictos armados internacionales:

“On attirera également l'attention sur le Protocole additionnel II aux Conventions de Genève. De nombreuses dispositions dudit Protocole peuvent maintenant être considérées comme déclaratives de règles existantes ou comme ayant cristallisé des règles naissantes du droit coutumier ou comme ayant vigoureusement contribué à leur évolution en tant que principes généraux. Cet argument est confirmé par les opinions exprimées par un certain nombre d'Etats (...).

(...) De fait, des considérations élémentaires d'humanité et de bon sens rendent absurde le fait que les Etats puissent employer des armes prohibées dans des conflits armés internationaux quand ils essayent de réprimer une rébellion de leurs propres citoyens sur leur propre territoire. Ce qui est inhumain et, par conséquent, interdit dans les conflits internationaux, ne peut pas être considéré comme humain et admissible dans les conflits civils”¹²⁷.

La jurisprudencia del TPIY afirmó igualmente que debían ser observados ciertos límites en la aplicación del Derecho Internacional a los conflictos armados internos: (1) el número de reglas aplicable a los conflictos armados internacionales no es extensivo en su totalidad a los conflictos armados internos; y (2) las reglas que se hacen extensivas a los conflictos armados internos no son aplicables como un conjunto sistemático y mecánico como sí ocurre en los conflictos armados internacionales¹²⁸.

El hecho de que sólo la esencia general de las reglas y no su reglamentación detallada pudiera hacerse extensiva a los conflictos armados internos, permitió concluir al TPIY que el examen de la responsabilidad penal por infracciones tocantes al Protocolo II adicional debía adoptar un carácter consuetudinario en los límites del artículo 3 común¹²⁹.

El Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), siguiendo la jurisprudencia del TPIY, partió de la constatación del carácter consuetudinario del artículo 3 común y de la existencia de principios generales aplicables a los conflictos armados de un alcance mayor:

“It is today clear that the norms of Common Article 3 have acquired the status of customary law in that most States (...), and further that there exists a corpus of general principles and norms on internal armed conflict embracing Common Article 3 but having a much greater scope”¹³⁰.

El TPIR reiteró que el Protocolo II adicional no puede considerarse en su totalidad como derecho consuetudinario, pero aclaró que el artículo 4-2 del Protocolo II

¹²⁷ *Ibid.*, párs. 117, 119.

¹²⁸ *Ibid.*, pár. 126.

¹²⁹ *Ibid.*, párs. 126-127.

¹³⁰ TPIR, Trial Chamber I (2 September 1998): *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Case ICTR-96-4-T, Judgment (en adelante: “TPIR, Trial *Akayesu*, ICTR-96-4-T”), pár. 608.

adicional, relativo a las garantías fundamentales es derecho consuetudinario, declarativo de reglas y principios generales¹³¹.

El TPIR hizo evolucionar la jurisprudencia internacional en materia de conflictos armados internos siguiendo los análisis del TPIY sobre la intención de la comunidad internacional de perseguir y sancionar las infracciones graves a los principios de derecho consuetudinario aplicables a los conflictos armados.

El TPIR concluyó que la responsabilidad penal que se impone por la violación del artículo 3 común podía hacerse extensiva a toda “infracción grave”, incluidas las infracciones graves del artículo 4 del Protocolo II adicional, siempre que dicha infracción cause graves consecuencias a la víctima:

“The Chamber understands the phrase "serious violation" to mean "a breach of a rule protecting important values [which] must involve grave consequences for the victim", in line with the above-mentioned Appeals Chamber Decision in Tadic, paragraph 94. The list of serious violations which is provided in Article 4 of the Statute is taken from Common Article 3 - which contains fundamental prohibitions as a humanitarian minimum of protection for war victims – and Article 4 of Additional Protocol II, which equally outlines "Fundamental Guarantees". The list in Article 4 of the Statute thus comprises *serious* violations of the fundamental humanitarian guarantees which, as has been stated above, are recognized as part of international customary law. In the opinion of the Chamber, it is clear that the authors of such egregious violations must incur individual criminal responsibility for their deeds”¹³².

La consolidación de la conciencia jurídica internacional sobre las consecuencias penales de las infracciones graves al Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados tuvo como base una serie de factores: la práctica jurisprudencial de la CIJ y de los tribunales *ad hoc*, la opinión internacional expresada a través de los órganos de las Naciones Unidas y la práctica de los Estados en materia de adopción de los Convenios de Ginebra y su integración en la legislación interna. Aunque la evolución del Derecho Internacional Penal fue mucho más lenta, se vio reforzada ampliamente con estos aportes.

2.3. LA CONSOLIDACIÓN DE LA NOCIÓN DE CRÍMENES DE GUERRA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PENAL

Es posible afirmar que un consenso mundial en torno a la erradicación de graves violaciones al Derecho Internacional de los conflictos armados fue la base de la construcción del concepto internacional de crímenes de guerra y del establecimiento de

¹³¹ *Ibid.*, párs. 609, 610.

¹³² *Ibid.*, pár. 616.

la CPI como jurisdicción internacional penal de carácter permanente¹³³.

Es importante señalar en este sentido que la comunidad internacional se ha visto confrontada a la perpetración de crímenes de guerra a gran escala en el marco de conflictos armados que han evolucionado, haciéndose complejos más allá de las previsiones jurídicas de principios del siglo XX¹³⁴.

La noción de crímenes de guerra acuñada por el Derecho Internacional Penal, forma parte del concepto más amplio de crímenes internacionales de la más alta gravedad y dicho concepto evolucionó en el seno de la CDI bajo la noción de “delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad” heredado del Tribunal de Núremberg¹³⁵. En 1949, la CDI indicó que la adopción de sanciones penales a la infracción de las reglas que rigen el uso de la fuerza en los conflictos armados legítimos e ilegítimos se hallaba expresamente señalada en los principios del Estatuto y en la jurisprudencia de Núremberg¹³⁶.

Sin embargo, la CDI consideró que tales infracciones no podían ser condensadas en una lista de crímenes de guerra porque la ausencia de precisión del derecho consuetudinario de la época no autorizaba tal enumeración. Por esta razón la CDI sugirió el uso de una fórmula general capaz de adaptarse a la evolución del Derecho Internacional.

En 1950, en el marco de la formulación de los principios de Núremberg, la CDI utilizó la categoría de “crímenes de guerra” (principio VI-b) y afirmó la vigencia de la responsabilidad internacional penal individual y el carácter consuetudinario de dichas infracciones, pese a lo cual, la reglamentación de los crímenes de guerra fue dejada de lado por tratarse de un tema de codificación inconveniente a la política de paz y seguridad de Naciones Unidas¹³⁷.

El Informe CDI 1951 cambió el concepto “crímenes de guerra” por el de “actos

¹³³ Hasta marzo de 2011, 114 Estados han firmado el Estatuto de Roma que dio nacimiento a CPI. Su entrada en vigor tuvo lugar el 1 de julio de 2002, tras la ratificación número 60. Ciertos países relevantes en el panorama internacional se cuentan entre los no signatarios, en particular: China, Corea del Norte, Cuba, Estados Unidos de América, India, Irak, Israel, Libia, Rusia y Sudán.

¹³⁴ BAZELAIRE J-P.; CRETIN, T., *La justice pénale internationale. Son évolution, son avenir. De Nuremberg à La Haye*, 1^{ère} édition, 2000, París, Presses Universitaires de France PUF, 261 págs., p. 63.

¹³⁵ CDI, doc. A/40/10* (26-7-1985): *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 37º período de sesiones*, 81 págs., (en adelante: “Informe CDI 1985 ”), p. 14, p. 63.

¹³⁶ Informe CDI 1949, *op. cit.*, p. 281, p. 18.

¹³⁷ Informe CDI 1950, *op. cit.*, p. 377, párs. 118-119.

cometidos en violación de las leyes y los usos de la guerra” y abordó por primera vez la cuestión de si toda violación de “las leyes y los usos” de guerra debía ser considerada un crimen internacional¹³⁸.

Entre 1952 y 1982 transcurrieron tres décadas de silencio en el interior de la CDI respecto de los crímenes de guerra, levemente interrumpidas en 1954 y 1976. El Informe CDI 1954 señaló las “violaciones a las leyes y los usos de guerra” como parte de los delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, sin ningún comentario a cerca de su contenido, en un primer Proyecto de código que la Asamblea General de las Naciones Unidas dejó a exámenes posteriores y luego pospuso *sine die*¹³⁹. Por su parte, el Informe CDI 1976 precisó que el régimen de los delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, incluidas las “violaciones a las leyes y los usos de la guerra”, no podía ser asimilado al régimen de la responsabilidad aplicable a los Estados¹⁴⁰.

El sistema de Naciones Unidas retomó la cuestión jurídica penal relativa a las violaciones de “las leyes y los usos” de guerra en el Informe CDI 1983, que incluyó un balance del proyecto de Código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad¹⁴¹. Este Informe señaló tres aspectos fundamentales de la evolución del concepto de crímenes de guerra como parte del Derecho Internacional Penal.

Primero, el hecho de que los crímenes internacionales tienen una unidad profunda de naturaleza debido a su gravedad particular¹⁴². En consecuencia, los crímenes de guerra sufrieron la adición del elemento de gravedad como un componente intrínseco a su carácter de crímenes internacionales. Este elemento había sido discutido

¹³⁸ ILC, doc. A/CN.4/48 and Corr. 1-2 (27-7-1951): *Report of the International Law Commission on its Third Session*, 144 págs., (en adelante: “Informe CDI 1951”), p. 136, pár. 11 como comentario al artículo 2.

¹³⁹ ILC, doc. A/CN.4/88 (28-7-1954): *Report of the International Law Commission Covering the Work of its Sixth Session*, 173 págs., (en adelante: “Informe CDI 1954”), p. 152, pár. 54.

¹⁴⁰ Informe CDI 1976, *op. cit.*, p. 102, pár. 21, comentario al artículo 19. Dicho análisis fue mayoritario en el seno de la CDI al momento del estudio de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad en 1983, como se verá más adelante.

¹⁴¹ La definición de agresión en 1974 le permitió a la Asamblea General de las Naciones Unidas retomar el estudio del código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, ordenando a la CDI revisar el proyecto a la luz de los avances del Derecho Internacional. Véanse: NU, doc. A/RES/36/106 (10-12-1981): *Proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad*, 1 pág.; NU, doc. A/RES/37/102 (16-12-1982): *Proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad*, 2 págs.

¹⁴² CDI, doc. A/38/10*(22-7-1983): *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 35º período de sesiones*, 101 págs., (en adelante: “Informe CDI 1983”), p. 14, párs. 46-48.

y descartado en el Informe CDI 1951, siguiendo la jurisprudencia de Núremberg¹⁴³.

Segundo, la CDI estimó que los crímenes de guerra conciernen a los individuos y no comprometen la responsabilidad penal de las personas jurídicas (personas morales) cuya responsabilidad depende de un régimen particular derivado de su naturaleza específica de entidades jurídicas¹⁴⁴. Esta posición será constante en los trabajos de la CDI y dará lugar a un estudio independiente sobre la responsabilidad de los Estados¹⁴⁵.

Tercero, el hecho de que todas las infracciones concebidas por los diferentes instrumentos internacionales de las diferentes épocas no constituyen, necesariamente, delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad¹⁴⁶. De hecho, toda violación de los Convenios de Ginebra de 1949 y de sus Protocolos adicionales de 1977 puede ser considerada como una infracción al Derecho Internacional de los conflictos armados, pero no necesariamente es un crimen de guerra bajo jurisdicción penal internacional¹⁴⁷.

La CDI continuó utilizando la categoría de “actos cometidos en violación de las leyes y los usos de la guerra” pero señaló la incompatibilidad de este concepto con la prohibición general de la amenaza y el uso de la fuerza en las relaciones internacionales, conforme a los objetivos y principios de la Carta de Naciones Unidas¹⁴⁸.

La adopción en Derecho Internacional de la noción de “crímenes de guerra” fue producto de una discusión sobre la guerra en su doble dimensión de conflictos armados internacionales y no internacionales, así como una constatación de la persistencia de la guerra como herramienta en las relaciones internacionales pese a su prohibición¹⁴⁹.

En el Estado actual del Derecho Internacional, además de las incriminaciones consignadas en el artículo 8 del Estatuto de Roma de la CPI, hay otros actos cometidos en violación de “las leyes y los usos” de guerra que constituyen infracciones al Derecho Internacional de los conflictos armados.

La dimensión internacional de las infracciones graves de “las leyes y los usos”

¹⁴³ Informe CDI 1951, *op. cit.*, p. 136, pár. 11 como comentario al artículo 2.

¹⁴⁴ Informe CDI 1983, *op. cit.*, p. 16, pár. 61, siguiendo los razonamientos de la Comisión encargada del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados: Informe CDI 1976, *op. cit.*, p. 102, pár. 21, como comentario al artículo 19.

¹⁴⁵ Informe CDI 1984, *op. cit.*, p. 11, pár. 32.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 12, pár. 40.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 13, pár. 47.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 12, pár. 40.

¹⁴⁹ CDI, doc. A/41/10* (11-7-1986): *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 38º período de sesiones*, 70 págs., (en adelante “Informe CDI 1986”), p. 48, párs. 104-105.

de guerra deriva de su pertenencia a las prohibiciones consagradas en el Derecho Internacional convencional y consuetudinario. No obstante, estas infracciones no integran los crímenes de guerra internacionales de mayor gravedad sino en la medida en que se cumplen los criterios de atribución de la jurisdicción internacional penal.

En este sentido, cabe señalar que la existencia de un conflicto armado en el territorio de un Estado supone un compromiso que no se limita a la obligación negativa de abstención en la perpetración de los crímenes de guerra.

El Estado Parte tiene una obligación positiva de protección de la población civil y de persecución y sanción de los responsables de los crímenes de guerra que se cometan hasta el fin de las hostilidades¹⁵⁰. Esa responsabilidad deriva del Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados.

Además, tales infracciones pueden ser elementos materiales de los crímenes de guerra, independientemente de las causas que hayan dado origen al conflicto armado¹⁵¹.

De otra parte, a pesar de la creación reciente de una jurisdicción internacional penal de carácter permanente, siguen existiendo crímenes de guerra que quedan fuera de su competencia y esto se explica porque la responsabilidad de los Estados sigue siendo principal en la persecución y sanción de los crímenes internacionales (arts. 1 y 17 del Estatuto de Roma). La entrada en vigor del Estatuto de Roma en 1998 garantizó, sin embargo, que los crímenes más graves tengan una jurisdicción complementaria que puede ser convocada para garantizar la salvaguarda de los valores de la humanidad y ésta es la tarea de la CPI.

2.4. LOS CRÍMENES DE GUERRA BAJO LA JURISDICCIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

El Estatuto de Roma abandonó la noción de “delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad” y adoptó la de “crímenes internacionales”, pese a lo cual se mantuvo el espíritu de dichas ofensas que “constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad” (preámbulo del Estatuto de Roma).

Los crímenes de guerra bajo jurisdicción de la CPI se refieren al conjunto de interdicciones de carácter convencional y consuetudinario del Derecho Internacional

¹⁵⁰ Informe CDI 1984, *op. cit.*, p. 13, párr. 40.

¹⁵¹ SZUREK, S., “Historique. La formation du droit international pénal ” *op. cit.*, p. 12.

aplicable a los conflictos armados que amenazan la paz y la seguridad de la humanidad. Dicho de otro modo, es claro que todas las infracciones al Derecho Internacional de los conflictos armados no son crímenes internacionales que atentan contra la paz y la seguridad de la humanidad y ésta conclusión es producto del debate del último siglo en la materia¹⁵².

No obstante, la adopción final de la noción de crímenes de guerra en el Estatuto de Roma abarca una gran mayoría de “violaciones graves”, “violaciones de excepcional gravedad”, o “infracciones graves”, precisando la consecuencia penal de cada interdicción¹⁵³.

Los crímenes de guerra debieron incorporar el sentido de la “violación al Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados” como un complejo convencional y consuetudinario de “las leyes y los usos” de guerra¹⁵⁴. Además, la adopción por parte del Derecho Internacional de la categoría de “crímenes” perteneciente al Derecho Penal, exigió una adaptación a las reglas y principios relativos a los delitos y las penas.

Por lo tanto, en la etapa preliminar de preparación del Estatuto de Roma, fue descartado y considerado inconveniente el hecho de restringirse a la adopción de un Estatuto de procedimiento y jurisdicción que excluyera el contenido mismo de los crímenes de guerra¹⁵⁵. En revancha, la incorporación, en el Estatuto de Roma, de los elementos de definición de los crímenes de guerra y el establecimiento de una lista exhaustiva de incriminaciones, fueron considerados como los medios más pertinentes

¹⁵² CDI, doc. A/46/10 (19-7-1991): *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 43º período de sesiones*, 147 págs., (en adelante: Informe CDI 1991), p. 113 párs. 2 y 3 de los comentarios al artículo 22; CDI, doc. A/51/10 (26-7-1996): *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones*, 157 págs., (en adelante “Informe CDI 1996”), p. 59, pár. 8 como comentario al artículo 20.

¹⁵³ NU, doc. A/50/22 Suplemento 22 (6-9-1995): *Informe del Comité Especial sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional*, 66 págs., (en adelante: “NU, doc. A/50/22 Suplemento 22 (6-9-1995)”), p. 16, pár. 75; Informe CDI 1986, *op. cit.*, p. 48, párs. 104-105.

¹⁵⁴ Elementos de los Crímenes, Instrumentos adoptados por la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Anexo B (10-9-2002), (en adelante: “CPI, Elementos de los Crímenes”), artículo 8, introducción; CDI, doc. A/44/10* (21-7-1989): *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 41º período de sesiones*, 151 págs., (en adelante: “Informe CDI 1989”), pp. 57-58, párs. 104-108.

¹⁵⁵ CDI, doc. A/49/10 (22-7-1994): *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 46º período de sesiones*, 193 págs., (en adelante: “Informe CDI 1994”), p. 41, pár. 4 como comentario al artículo 20. Este Informe sugirió una lista de crímenes, incluidas las violaciones graves a las leyes y usos aplicables a los conflictos armados sin referirse a su definición, pues paralelamente la CDI continuaba trabajando en el proyecto de Código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, cuyo contenido de los crímenes preveía ser la base de derecho sustantivo de la CPI agregada por vía convencional.

para garantizar el respeto del principio *nullum crimen, nulla poena, sine lege*¹⁵⁶.

En 1996, el Comité preparatorio para el establecimiento de la CPI hizo uso de los elementos de definición de los crímenes que fueron formulados en el Informe CDI 1996 relativo al Código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, para incorporarlos directamente al Estatuto de Roma y asegurar el cumplimiento del principio de legalidad en materia penal¹⁵⁷.

El artículo 8 del Estatuto de Roma es el resultado de la elaboración internacional en materia de crímenes de guerra. Este artículo estudiado en su conjunto contiene unos elementos generales de definición (art. 8-1) y una formulación de las incriminaciones o actos punibles (art. 8-2).

2.4.1. El elemento de gravedad en la definición de los crímenes de guerra en el Estatuto de Roma

El Estatuto de Roma formula los crímenes de guerra a partir de la siguiente consideración general en el artículo 8-1:

“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”.

Esta formulación remite a la noción de gravedad que fue abordada en los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales de 1977 a partir de la naturaleza de las infracciones (infracciones graves)¹⁵⁸. La CPI optó por un método mixto de definición que hizo de la condición de “gravedad” un elemento intrínseco perteneciente a los crímenes de guerra bajo su jurisdicción y un criterio facultativo de competencia dependiente de las consecuencias de las conductas incriminadas.

La incorporación de la noción de gravedad fue el resultado de la revisión del tratamiento dado a los crímenes de guerra hasta los juicios de Núremberg. De hecho, en el Estatuto y la jurisprudencia de Núremberg, la categoría de crimen no estuvo ajustada al sentido de gravedad de la infracción, sino asociada únicamente a la existencia de una violación del Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados. Esta visión de los crímenes de guerra pretendió no dejar sin castigo las infracciones, aunque algunas de

¹⁵⁶ NU, doc. A/AC.244/L.2 (20-3-1995): *Provisional estimates of the staffing, structure and costs of the establishment and operation of an International Criminal Court, Preliminary report of the Secretary-General*, 14 págs., p. 5, pár. 8.

¹⁵⁷ Informe CDI 1996, *op. cit.*, pp. 57-58, artículo 20.

¹⁵⁸ Informe CDI 1989, *op. cit.*, p. 57, pár. 98.

ellas no pertenecieran a la categoría de crímenes en el sentido estricto del Derecho Penal¹⁵⁹.

El elemento general de la gravedad fue también el producto de la preocupación humanitaria universal, ante la apreciación hecha por la comunidad internacional en su conjunto sobre la extensión de la tragedia y del horror de los conflictos armados¹⁶⁰.

Los trabajos preparatorios del Estatuto de Roma se orientaron hacia la adopción del criterio general de gravedad para definir los crímenes internacionales de mayor trascendencia, incluidos los crímenes de guerra, antes de enumerar los actos susceptibles de ser considerados como tales. La definición de los crímenes de guerra como graves en sí mismos fue constatada en la práctica convencional, en el derecho consuetudinario y en la consolidación de principios y reglas de Derecho Internacional, incluidos los principios establecidos en materia de Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados a través de la jurisprudencia internacional¹⁶¹.

Aunque la noción de gravedad no estuvo originalmente en la definición internacional de crímenes de guerra, ella formó parte de los criterios de definición de las infracciones a los Convenios de Ginebra de 1949 y del Protocolo I adicional relativo a los conflictos armados internacionales¹⁶². Estos instrumentos internacionales previeron consecuencias jurídicas a las infracciones graves, las únicas susceptibles de una sanción penal obligatoria por parte de los Estados, por el hecho de dar lugar a la configuración de crímenes de guerra en el sentido internacional del término.

El artículo 8-1 del Estatuto de Roma determina el umbral de gravedad que debe tener una infracción *in concreto* para que ella sea considerada como un crimen de guerra bajo la competencia de la CPI.

La pertenencia de dicha infracción a un plan mayor y el hecho de que el acto criminal cause daños al conjunto de la comunidad, hacen que un homicidio intencional, que una violación sexual o que la destrucción y la apropiación de bienes, puedan ser considerados como crímenes de guerra de Derecho Internacional que sobrepasan los

¹⁵⁹ Informe CDI 1951, *op. cit.*, p. 136, párr. 59, como comentario al artículo 2-11; Informe CDI 1989, *op. cit.*, p. 57, párr. 91.

¹⁶⁰ Informe CDI 1983, *op. cit.*, p. 14, párr. 48 y p. 16, párr. 65.

¹⁶¹ NU, doc. A/50/22 Suplemento 22 (6-9-1995), *op. cit.*, pp. 16-17, párrs. 72-76.

¹⁶² Informe CDI 1989. *op. cit.*, p. 56, párr. 88 et p. 57, párr. 103.

límites del Derecho Penal de los Estados¹⁶³.

La inclusión de la gravedad como elemento de definición general de los crímenes de guerra fue objeto de cuantiosos debates durante los trabajos preparatorios del Estatuto de Roma. Las tres propuestas planteadas desde el inicio y hasta el final de los trabajos preparatorios dan cuenta de dicha discusión¹⁶⁴ y una interpretación teleológica del artículo 8 del Estatuto de Roma, conforme al artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, autoriza este análisis.

Los Estados debatieron en torno a tres alternativas de inclusión del estudio del “plan o política” y de la perpetración “sobre una gran escala” como componentes de la gravedad. De una parte, ciertos Estados consideraron que estos elementos de definición debían ser obligatorios y determinantes exclusivos de la competencia de la CPI en materia de crímenes de guerra¹⁶⁵. Un segundo grupo de Estados se inclinó por considerar que dichos elementos debían ser retenidos de un modo preponderante o “en particular”, pero dejando a la CPI la libertad de apartarse de dicho análisis¹⁶⁶. Un tercer grupo de Estados propuso simplemente la exclusión de estos criterios de definición relativos a la gravedad y la adopción de las prácticas de Núremberg al respecto¹⁶⁷.

Los Estados negociaron finalmente las dos opciones contradictorias adoptando el “plan o política” y la “gran escala” como criterios de jurisdicción a tener en cuenta en el análisis de modo particular pero no de modo perentorio. De ahí que la CPI puede apartarse del estudio de dichos elementos en el análisis *in concreto* de los crímenes de

¹⁶³ La Decisión de la CPI relativa a la situación de Kenia introdujo un análisis de la gravedad de la situación con un umbral bajo de prueba y sin un examen previo del umbral de gravedad de los crímenes *in concreto*, en esta fase de apertura de la investigación. Véase: CPI, Pre-trial Chamber II (31 mars 2010): *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09-19-Corr, Public Decision pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya (en adelante: “CPI, *Situation of Kenya*, ICC-01/09-19-Corr”), párs. 58 y 61. Sobre los peligros de dicho análisis, véase: CPI, Pre-trial Chamber II (31 mars 2010): *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09-19-Corr, Public Decision pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya. Dissenting opinion of Judge Hans-Peter Kaul, (en adelante: “CPI, *Situation of Kenya*, Dissenting opinion, ICC-01/09-19-Corr”), párs. 9-10.

¹⁶⁴ NU, doc. A/CONF.183/2/Add.1 (14-4-1998): *Report of the Preparatory Committee on the establishment of an International Criminal Court. Addendum*, 173 págs., (en adelante: “NU, doc. A/CONF.183/2/Add.1 (14-4-1998)”), p. 25.

¹⁶⁵ Opción 1. “The jurisdiction of the Court shall extend to the most serious crimes of concern to the international community as a whole. The Court shall have jurisdiction in respect of the crimes listed in article X (war crimes) only when committed as part of a plan or policy or as part of a large-scale commission of such crimes”. (Subrayado fuera del texto), *Ibid*.

¹⁶⁶ Opción 2. “The jurisdiction of the Court shall be limited to the most serious crimes of concern to the international community as a whole. The Court shall have jurisdiction in respect of the crimes listed in article X (war crimes) in particular when committed as a part of a plan or policy or as part of a large-scale commission of such crimes”. (Subrayado fuera del texto), *Ibid*.

¹⁶⁷ Opción 3. “No provision on threshold”, *Ibid*.

guerra, pues éstos no son de naturaleza obligatoria, aunque su uso sea preferible y recomendable.

De otro lado, la existencia de estos elementos no se exige de modo acumulativo. La existencia de un “plan o política” y la comisión de las incriminaciones en una “gran escala” son elementos alternativos tendientes a probar la gravedad de los crímenes y uno solo de ellos es suficiente para que la condición material de gravedad del artículo 8-1 del Estatuto de Roma se considere cumplida. Esta tesis de alternancia retenida por el Estatuto de Roma de la CPI¹⁶⁸ fue el producto de la jurisprudencia constante de los tribunales *ad hoc* en la materia¹⁶⁹. La jurisprudencia de la CPI ha puesto el acento sobre dichas nociones como elementos cualitativos y cuantitativos que determinan el umbral de gravedad de un crimen de guerra como crimen internacional que se halla sometido a su competencia¹⁷⁰.

La CPI debe precisar primero el alcance de su jurisdicción en los términos del artículo 1 del Estatuto de Roma, conforme a su mandato que la reenvía a los crímenes más graves de trascendencia internacional. Por este hecho, los crímenes de guerra, tal como fueron concebidos en el artículo 8 del Estatuto de Roma, están sometidos a un triple filtro de gravedad.

Primero, como elemento especial de incriminación. Cada una de las conductas punibles del artículo 8-2 del Estatuto de Roma está definida a partir del criterio de gravedad heredado del Derecho Internacional de los conflictos armados: se trata de infracciones “graves” de los Convenios de Ginebra (art. 8-2-a del Estatuto de Roma), de violaciones “graves” de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales (art. 8-2-b del Estatuto de Roma), de violaciones “graves” del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 relativo a los conflictos armados no

¹⁶⁸ CPI, Pre-trial Chamber I (30 September 2008): *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Case ICC-01/04-01/07-717, Decision on the confirmation of charges (en adelante: “CPI, *Katanga* case, ICC-01/04-01/07-717”), pág. 412.

¹⁶⁹ TPIY, Trial *Tadic*, IT-94-1-T, *op. cit.*, pág. 648; TPIY, Chambre d’Appel (12 juin 2002): *Le Procureur c. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac et Zoran Vukovic*, IT-96-23 & IT-96-23/1-A, Arrêt (en adelante: “TPIY, Arrêt *Kunarac et consorts*, IT-96-23 & IT-96-23/1-A”), pág. 93. Pese a que la versión francesa del Estatuto del TPIR emplea la conjunción «et» en lugar de la conjunción «ou» entre los elementos «généralisée» y «systématique», el Tribunal Penal Internacional para Ruanda adoptó la interpretación de «ou» disyuntivo que fue retenida por la CPI. Esta cuestión fue resuelta en la sentencia del juicio de Akayesu: TPIR, Trial *Akayesu*, ICTR-96-4-T, *op. cit.*, pág. 579, nota 143.

¹⁷⁰ CPI, *Situation of Kenya*, ICC-01/09-19-Corr, *op. cit.*, notas 33, 34 y 37, pág. 62; CPI, Pre-trial Chamber I (8 February 2010): *The Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda*, ICC-02/05-02/09-243-Red, Public redacted Decision on the Confirmation of Charges (en adelante: “CPI, *Abu Garda* case, ICC-02/05-02/09-243-Red”), págs. 31-32.

internacionales (art. 8-2-c del Estatuto de Roma), y de violaciones “graves” de las leyes y los usos aplicables a los conflictos armados internos prolongados (art. 8-2-e del Estatuto de Roma). De hecho, los trabajos preparatorios de la CPI procedieron a una selección de actos susceptibles de ser considerados crímenes de guerra siguiendo el método de enumeración de los Convenios de Ginebra de 1949 y seleccionando cada incriminación en función de su mayor gravedad dentro del conjunto de infracciones al Derecho Internacional de los conflictos armados¹⁷¹.

Segundo, la gravedad es un elemento general de definición de los crímenes de guerra. El segundo test de gravedad ha pasado hasta ahora desapercibido en la jurisprudencia de la CPI y se manifiesta en el artículo 8-1 del Estatuto de Roma bajo la forma de la verificación de un “plan o política” o de la perpetración a “gran escala” de las conductas punibles¹⁷². Este filtro de gravedad no corresponde a la naturaleza intrínseca de una conducta individual (elemento de incriminación) sino a las consecuencias y al marco de ésta en el conjunto de la sociedad y en el contexto del conflicto armado. Cabe hacer notar que la imputación por crímenes de guerra está basada en la preocupación humanitaria universal de protección en tiempos de guerra. Por lo tanto, la perpetración de un crimen de guerra, grave en sí mismo, puede activar la competencia de la CPI, en particular, cuando forma parte de un espectro de gran escala que toca al conjunto de la sociedad o cuando involucra una empresa criminal que se vale de éstos actos para ejecutar una política o plan específico en contribución a los esfuerzos de la guerra¹⁷³.

En tercer lugar, la gravedad es una condición de admisibilidad de la causa ante la CPI¹⁷⁴. La gravedad debe ser tenida en cuenta por el Fiscal al momento de abrir una investigación (art. 15 del Estatuto de Roma) y, en general, la gravedad se cuenta entre las condiciones de admisibilidad del asunto sometido a examen de la CPI (arts. 17-1-d y

¹⁷¹ NU, doc. A/CONF.183/2/Add.1 (14-4-1998), *op. cit.*, pp. 10-25.

¹⁷² PIGNATELLI Y MECA, F., “Los crímenes de guerra en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”. En: C. Ramón Chornet (coord.), *El Derecho Internacional humanitario ante los nuevos conflictos armados*, 2002, Valencia, Tirant lo Blanch editores, p. 244; BAZELAIRE, J-P; CRETIN, T., *op. cit.*, p. 77.

¹⁷³ Informe CDI 1996, *op. cit.*, p. 59, pár. 6 como comentario al artículo 20.

¹⁷⁴ Haciendo un análisis contextual, la Sala preliminar I habló de la existencia de un doble filtro de gravedad, como condición de admisibilidad de la investigación sobre una situación y, como condición intrínseca del caso derivado de la situación ya admitida. Véase: CPI, Chambre préliminaire I (24 février 2006): *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-8-Corr-tFR, Décision relative à la décision de la Chambre préliminaire I du 10 février 2006 et à l’inclusion de documents dans le dossier de l’affaire concernant M. Thomas Lubanga Dyilo, pár. 44.

53-1 del Estatuto de Roma)¹⁷⁵. Como ha señalado la CPI, todos los crímenes bajo su jurisdicción son graves y en este sentido, la referencia al test de gravedad como condición de admisibilidad tiene un valor de salvaguarda adicional para proteger a la jurisdicción frente a la sumisión de casos periféricos y frente a la instrumentalización de la justicia internacional penal¹⁷⁶. Por otra parte, el análisis sistemático de los filtros de gravedad de los crímenes de guerra bajo competencia de la CPI, permite establecer criterios importantes frente al tratamiento de la imputación de cara a otros crímenes internacionales de igual entidad.

Como se desprende, la definición del carácter grave de las conductas descritas por el artículo 8 del Estatuto de Roma es intrínseca, aunque eso no impide que el establecimiento de la gravedad pertenezca a la jurisdicción internacional penal y, por este hecho, la CPI puede valerse de la gravedad para establecer su competencia independientemente de la calificación grave en sí misma del acto punible¹⁷⁷.

2.4.2. Las incriminaciones que constituyen crímenes de guerra en el Estatuto de Roma

La formulación de crímenes de guerra adoptada por el artículo 8-2 del Estatuto de Roma tuvo en cuenta la evolución de los estatutos de los tribunales *ad hoc* para la Ex Yugoslavia (arts. 2 y 3) y para Ruanda (art. 4). La formulación hace referencia a los Convenios de Ginebra de 1949 (art. 8-2-a del Estatuto), a las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales (art. 8-2-b del Estatuto), a las violaciones graves del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 (art. 8-2-c del Estatuto) y a otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados internos de carácter prolongado (art. 8-2-e del Estatuto).

Las tres propuestas principales en materia de crímenes de guerra coincidieron en el mismo modelo: la primera de Estados Unidos; la segunda de Costa Rica, Hungría y la Federación Suiza sobre los trabajos realizados por la CICR; y la tercera proveniente de

¹⁷⁵ CPI, *Situation of Kenya*, ICC-01/09-19-Corr, *op. cit.*, pág. 52.

¹⁷⁶ *Ibid.*, párs. 32 y 56. Sin embargo, en la situación de Kenia la Corte descartó el examen del umbral de gravedad de los crímenes probables dejándolo para un examen posterior del caso concreto y al mismo tiempo permitió un umbral bajo de prueba para la gravedad requerida en el análisis de una situación (*Ibid.*, pág. 58). Esta combinación de circunstancias ha autorizado a la Oficina del Fiscal a abrir investigación en la situación de Libia con un umbral bajo de prueba acerca de la gravedad de la situación y sin un estudio preliminar de la gravedad de los crímenes probables.

¹⁷⁷ CPI, *Situation of Kenya*, Dissenting opinion, ICC-01/09-19-Corr, *op. cit.*, párs.14-15.

Japón¹⁷⁸.

La creación de una lista exhaustiva de incriminaciones en materia de crímenes de guerra fue escogida por los Estados como una garantía de respeto de la legalidad y de las reglas de procedimiento en materia internacional penal¹⁷⁹. La ausencia de tal garantía fue motivo de críticas formuladas a los tribunales internacionales que precedieron al Estatuto de Roma. Sin embargo, es importante resaltar que esos tribunales tuvieron (y tienen aún, según su mandato) un alcance mayor de jurisdicción que el alcance de la CPI en materia de crímenes de guerra.

Esta evidencia deriva del contenido mismo del artículo 8-2 del Estatuto de Roma que se mantiene exhaustivo y restringido, cuando se le compara con el Estatuto del Tribunal de Núremberg (art. 6-b)¹⁸⁰ y con los estatutos de los tribunales *ad hoc* para Ex-Yugoslavia (art. 3)¹⁸¹ y para Ruanda (art. 4)¹⁸².

La lista de incriminaciones aparentemente vasta del artículo 8-2 del Estatuto de Roma constituye un marco limitado de acción porque se trata de una lista cerrada. Contrariamente a los estatutos de los anteriores tribunales internacionales penales, el Estatuto de Roma no considera la fórmula: “(...) sin ser limitadas” que fue la garantía de la extensión de la jurisdicción de los tribunales en materia de crímenes de guerra.

Así, los Estados signatarios del Estatuto de Roma marcaron una frontera infranqueable en torno a la lista del artículo 8-2 del Estatuto y tal frontera constituye a la vez una de las primeras limitaciones de la competencia de la CPI en materia de

¹⁷⁸ En su orden: CPI, doc. PCNICC/1999/DP.4/Add.2 (4-2-1999): *Proposal submitted by the United States of America, Draft elements of crimes, Addendum*, 9 págs., (en adelante: “CPI, Propuesta de Estados Unidos”); CPI, doc. PCNICC/1999/DP.5/and Corr.1 and Corr.2 (10-2-1999): *Proposal submitted by Hungary and Switzerland. Elements of crimes: Article 8(2)(a) of the Rome Statute of the International Criminal Court, Corrigendum 1 and 2*, 24 págs., (en adelante: “CPI, Propuesta de Suiza”); CPI, doc. PCNICC/1999/WGEC/DP.5 (23-2-1999): *Proposal submitted by Japan. Elements of crimes: Article 8(2)(a) of the Rome Statute of the International Criminal Court*, 5 págs.; CPI, doc. PCNICC/1999/WGEC/INF.1 (19-2-1999): *Request from the Governments of Belgium, Costa Rica, Finland, Hungary, South Africa and Switzerland regarding the text prepared by the International Committee of the Red Cross on article 8, paragraph 2 (a), of the Rome Statute of the International Criminal Court*, 64 págs., (en adelante: “CPI, Texto CICR”).

¹⁷⁹ NU, doc. A/50/22 Suplemento 22 (6-9-1995), *op. cit.*, (notas 14 y 17), p. 17, pár. 76.

¹⁸⁰ Estatuto de Núremberg, *op. cit.*, artículo 6.

¹⁸¹ CS, doc. S/25704 (3-5-1993): *Report of the Secretary General pursuant to paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993)*, 48 págs.; CS, doc. S/RES/827 (25-5-1993): *Que adopta el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia, anexo al Informe S/25704 del Secretario General de las Naciones Unidas, establecido conforme al párrafo 2 de la Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad*, 3 págs., (en adelante: “Estatuto del TPIY”), artículo 3.

¹⁸² CS, doc. S/RES/955 (8-11-1994): *Para el Establecimiento de un Tribunal Internacional y aprobación del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, anexo a esta resolución, habiendo recibido la petición formulada por el Gobierno de Rwanda (S/1994/1115)*, 15 págs., (en adelante: “Estatuto del TPIR”), artículo 4.

crímenes de guerra y una garantía de respeto al principio de legalidad de la ley penal y de las penas¹⁸³.

La larga lista de modos de perpetración del artículo 8-2 del Estatuto de Roma corresponde a la evolución y a la compilación de infracciones al Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados.

El artículo 8-2 del Estatuto de Roma indica que deben entenderse por crímenes de guerra:

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

b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco del Derecho Internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes: (...)

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 los que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, lesiones, detención o por cualquier otra causa (...)

e) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de Derecho Internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes: (...).”

En términos generales, las incriminaciones relativas a los conflictos armados internacionales (literales a y b) y a los conflictos armados internos (literales c y e) son: el homicidio intencional (art. 8-2-a-i) (art. 8-2-b-vi) (art. 8-2-b-xi) (art. 8-2-c-i) (art. 8-2-e-ix); la tortura, los tratamientos inhumanos y las experiencias biológicas y médicas (art. 8-2-a-ii) (art. 8-2-b-x) (art. 8-2-c-i) (art. 8-2-e-xi); el hecho intencional de causar grandes sufrimientos (art. 8-2-a-iii); la violación y la violencia sexual (art. 8-2-b-xxii) (art. 8-2-e-vi)¹⁸⁴; el enrolamiento forzado de personas provenientes de la fuerza enemiga (art. 8-2-a-v) (art. 8-2-b-xv) o de menores de 15 años (art. 8-2-b-xxvi) (art. 8-2-e-vii); la privación del debido proceso (art. 8-2-a-vi) (art. 8-2-b-xiv) (art. 8-2-c-iv)¹⁸⁵; la deportación, la transferencia o el desplazamiento ilegal de civiles (art. 8-2-a-vii) (art. 8-2-b-viii) (art. 8-2-e-viii); la detención ilegal de civiles y la toma de rehenes (art. 8-2-a-viii) (art. 8-2-c-iii)¹⁸⁶; el saqueo de bienes públicos o privados (art. 8-2-b-xvi) (art. 8-2-e-v); la destrucción y apropiación de bienes civiles (art. 8-2-a-iv) (art. 8-2-e-xii); la

¹⁸³ DAVID, E., *Éléments de Droit international et européen*, 2009, Bruxelles, Bruylant, 1566 págs., p. 1038.

¹⁸⁴ A partir de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, artículos: 50/I, 51/II, 130/III, 147/IV.

¹⁸⁵ A partir del III y IV Convenio de Ginebra, artículos: 130/III, 147/IV.

¹⁸⁶ A partir del IV Convenio de Ginebra, artículo 147/IV.

declaración de no dar cuartel (art. 8-2-b-xii) (art. 8-2-e-x); los ataques intencionales contra personas y bienes protegidos (art. 8-2-b-i, ii, iii, iv, v, ix, xxiii, xxiv, xxv) (art. 8-2-e-i, ii, iii, iv); la utilización de armas prohibidas (art. 8-2-b-xviii, xix, xx) (art. 8-2-e-xiii, xiv, xv); las prácticas de *apartheid* y de otras prácticas inhumanas y discriminatorias (art. 8-2-b-xix) (art. 8-2-c-ii).

En 2010, la Conferencia de revisión del Estatuto de Roma en Kampala redujo sustancialmente la diferencia existente entre las incriminaciones según la naturaleza internacional o interna de los conflictos armados. La reforma del artículo 8-2 se enfocó en tres incriminaciones pertenecientes a los conflictos armados internacionales¹⁸⁷ y en adelante incluidas en el artículo 8-2-e del Estatuto de Roma relativo a los conflictos armados internos de naturaleza prolongada, a saber:

“xiii) Emplear veneno o armas envenenadas; xiv) Emplear gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivos análogos; xv) Emplear balas que se ensanchan o aplastan en el cuerpo humano, como balas de camisa dura que no recubra totalmente la parte interior o que tenga incisiones”¹⁸⁸.

Es importante señalar que el Estatuto de Roma contiene incriminaciones aplicadas por primera vez a los conflictos armados. Éstas hacen referencia a los crímenes de naturaleza sexual, la depuración étnica y la violación al deber de protección del personal internacional de las Naciones Unidas.

A nivel jurisprudencial, la CPI ha venido precisando los elementos constitutivos de algunas incriminaciones. De hecho, los elementos constitutivos de cada uno de los crímenes internacionales, identifica y particulariza la incriminación. Por lo tanto, el análisis de los elementos de los crímenes de guerra es fundamental, toda vez que diferentes tipos de crímenes pueden ser cometidos en tiempos de guerra y no corresponden necesariamente a crímenes de guerra.

2.4.3. El tratamiento de la imputación por crímenes de guerra frente a otros crímenes internacionales: la aplicación del concurso de infracciones

El examen de la incriminación por crímenes de guerra en contextos de

¹⁸⁷ Hasta la Conferencia de Kampala, en Uganda, del 31 de mayo al 11 de junio de 2010, con ocasión de la primera Conferencia de revisión del Estatuto de Roma, el texto en vigor había excluido de la categoría de crímenes de guerra en los conflictos armados internos algunas infracciones consideradas como crímenes de guerra sólo en el caso de los conflictos armados internacionales, en particular las referidas en el artículo 8-2-b: ii), xvii), xviii), xix) y, xx).

¹⁸⁸ CPI, doc. RC/Res.5, Anexo I (10-6-2010): *Enmienda al artículo 8, Anexo I a la Resolución de enmienda al artículo 8 adoptada en la 12ª sesión plenaria adoptada por consenso en la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma*, 3 págs., (en adelante: “CPI, doc. RC/Res.5, Anexo I (10-6-2010)”), p. 3.

macrocriminalidad no puede aislarse del examen de otras infracciones de Derecho Internacional Penal. En este sentido, cuando un concurso de infracciones es admitido éste permite declarar a la persona responsable de infracciones múltiples por causa de los mismos hechos.

El concurso de infracciones es una noción de derecho romano-germánico que ha sido integrada a la jurisprudencia de la CPI y de los tribunales *ad hoc*. El concurso real de infracciones exige que el acusado cometa dos o más infracciones violando, por actos distintos, la misma norma o varias normas y el concurso ideal de infracciones se presenta cuando un mismo hecho viola varias normas¹⁸⁹. La posibilidad del concurso ideal de infracciones es una constante en el marco de crímenes internacionales cuya imputación depende del ejercicio probatorio sobre sus elementos constitutivos.

La jurisprudencia constante de los tribunales *ad hoc*, desde las primeras decisiones en los asuntos *Tadic* y *Akayesu*, siguiendo las prácticas jurídicas de los tribunales después de la IIª Guerra Mundial, ha estimado que el concurso de infracciones no contraviene el principio de *ne bis in idem* y constituye una práctica común en las jurisdicciones penales internas e internacionales.

En particular, el TPIY consideró que una misma conducta puede constituir un crimen de guerra y un crimen de lesa humanidad:

(...) it is clear that war crimes may also constitute crimes against humanity; the same offences may amount to both types of crime.

This is also the approach followed by the Nüremberg Tribunal. Indictment Nüremberg 1 contained charges of both war crimes and crimes against humanity and included the statement that “[t]he prosecution will rely upon the facts pleaded under Count Three [war crimes] as also constituting Crimes Against Humanity.”

Subsequently, in its ruling on individual defendants, the Nüremberg Tribunal grouped war crimes and crimes against humanity together. Similar statements occur in other cases tried on the basis of Control Council Law (...)”¹⁹⁰.

En este sentido, el TPIY llamó la atención sobre la importancia del concurso ideal de infracciones para efectos de la dosificación penal, teniendo en cuenta que la pena no depende de si las conductas se alegan de forma acumulativa o alternativa, sino de la gravedad del injusto que ha sido probado:

¹⁸⁹ TPIR, Trial Chamber III (15 May 2003): *The Prosecutor v. Laurent Semanza*, Case ICTR-97-20-T, Judgment and Sentence (en adelante: “TPIR, Trial *Semanza*, ICTR-97-20-T”), párs. 408-409; TPIY, Appeals Chamber (20 February 2001): *The Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravro Mucic “Pavo”, Hazim Dilic and Esad Landzo “Zenga”, Celebici case*, Case IT-96-21-A, Judgment (en adelante: “TPIY, Appeals *Delalic and others*, IT-96-21-A”), p. 397.

¹⁹⁰ TPIY, Appeals Chamber (15 July 1999): *The Prosecutor v. Dusko Tadic “Dule”*, Case IT-94-1-A, Judgment (en adelante: “TPIY, Appeals *Tadic*, IT-94-1-A”), párs. 700-701. En el mismo sentido: TPIY, Appeals *Delalic and others*, IT-96-21-A, *op. cit.*, párs. 410-411.

“In any event, since this is a matter that will only be relevant insofar as it might affect penalty, it can best be dealt with if and when matters of penalty fall for consideration.

What can, however, be said with certainty is that penalty cannot be made to depend upon whether offences arising from the same conduct are alleged cumulatively or in the alternative. What is to be punished by penalty is proven criminal conduct and that will not depend upon technicalities of pleading”¹⁹¹.

Por su parte, el TPIR confirmó la jurisprudencia del TPIY afirmando, adicionalmente, que la condena en concurso de infracciones debía efectuarse bajo ciertas condiciones, en particular: (1) cuando la ofensa contiene elementos constitutivos diferentes; (2) cuando las normas creadas protegen valores jurídicos o intereses diferentes; y (3) cuando es necesario condenar por ambas ofensas a fin de describir plenamente la dimensión de los crímenes:

“It is clear that the practice of concurrent sentencing ensures that the accused is not twice punished for the same acts. Notwithstanding this absence of prejudice to the accused, it is still necessary to justify the prosecutorial practice of accumulating criminal charges (...)

On the basis of national and international law and jurisprudence, the Chamber concludes that it is acceptable to convict the accused of two offences in relation to the same set of facts in the following circumstances: (1) where the offences have different elements; or (2) where the provisions creating the offences protect different interests; or (3) where it is necessary to record a conviction for both offences in order fully to describe what the accused did (...)”¹⁹².

Sin embargo, se ha establecido como regla general que las declaraciones de culpabilidad múltiples por los mismos hechos sean limitadas debido al perjuicio que pueden ocasionar al acusado y que, en todo caso, las penas deben ser concurrentes (no consecutivas)¹⁹³. En consecuencia, no es justificable condenar a un acusado por dos crímenes en relación con el mismo conjunto de hechos cuando un crimen es de menor entidad o cuando la responsabilidad en uno de ellos es accesoria:

“However, the Chamber finds that it is not justifiable to convict an accused of two offences in relation to the same set of facts where (a) one offence is a lesser included offence of the other, for example, murder and grievous bodily harm, robbery and theft, or rape and indecent assault; or (b) where one offence charges accomplice liability and the other offence charges liability as a principal, e.g. genocide and complicity in genocide”¹⁹⁴.

De la misma manera, para limitar la proliferación de condenas en concurso ideal

¹⁹¹ TPIY, Trial Chamber II (14 November 1995): *The Prosecutor v. Dusko Tadic “Dule”*, Case ICTR-94-1-T, Decision on the Defense Motion on Form of the Indictment, pár. 10.

¹⁹² TPIR, Trial *Akayesu*, ICTR-96-4-T, *op. cit.*, párs. 466 y 468.

¹⁹³ *Ibid.*, párs. 461-470; TPIR, Trial Chamber II (21 May 1999): *The Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana*, Case ICTR-95-1-T, Judgment (en adelante: “TPIR, Trial *Kayishema*, ICTR-95-1-T”), párs. 625-650; TPIR, Trial Chamber I (6 December 1999): *The Prosecutor v. Andersen Nderubumwe Rutaganda*, Case ICTR-96-3-T, Judgment and Sentence (en adelante: “TPIR, Trial *Rutaganda*, ICTR-96-3-T”), pár. 108-119; TPIY, Appeals Chamber (24 March 2000): *The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*, Case IT-95-14-A, Judgment (en adelante: “TPIY, Appeals *Aleksovski*, IT-95-14-A”), pár. 60; TPIY, Appeals *Delalic and others*, IT-96-21-A, *op. cit.*, pár. 405.

¹⁹⁴ TPIR, Trial *Akayesu*, ICTR-96-4-T, *op. cit.*, pár. 468.

de infracciones, los tribunales *ad hoc* establecieron como condición indispensable que cada crimen concurrente contenga por lo menos un elemento material distinto cuya prueba sea necesaria:

“Having considered the different approaches expressed on this issue both within this Tribunal and other jurisdictions, this Appeals Chamber holds that reasons of fairness to the accused and the consideration that only distinct crimes may justify multiple convictions, lead to the conclusion that multiple criminal convictions entered under different statutory provisions but based on the same conduct are permissible only if each statutory provision involved has a materially distinct element not contained in the other. An element is materially distinct from another if it requires proof of a fact not required by the other”¹⁹⁵.

En caso contrario, la jurisprudencia ha determinado que el juez debe proferir la condena en el marco del crimen mejor adaptado al caso por su especificidad y en la hipótesis de dos crímenes uno de los cuales contiene un elemento material adicional, la condena debe proferirse únicamente por este crimen:

“Where this test is not met, the Chamber must decide in relation to which offence it will enter a conviction. This should be done on the basis of the principle that the conviction under the more specific provision should be upheld. Thus, if a set of facts is regulated by two provisions, one of which contains an additional materially distinct element, then a conviction should be entered only under that provision”¹⁹⁶.

Dado que solamente distintos crímenes pueden justificar condenas concurrentes, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra han sido usualmente materia de concurso¹⁹⁷, a diferencia de las ofensas que constituyen simultáneamente crímenes de guerra en conflictos armados internacionales y conflictos armados internos (en el marco de conflictos armados de naturaleza compleja), donde el concurso ha sido descartado a favor de los crímenes de guerra en conflicto armado internacional¹⁹⁸. En la práctica de la jurisprudencia internacional, se ha decretado el concurso en caso de homicidios múltiples cometidos en gran escala¹⁹⁹, en caso de tortura²⁰⁰, de tratamientos inhumanos y detención ilegal²⁰¹, entre otros. En todo caso, los intereses que la comunidad internacional entiende proteger pueden coincidir en algunas circunstancias y el concurso de infracciones debe aplicarse siempre en función de los hechos propios a cada caso y

¹⁹⁵ TPIY, Appeals *Delalic and others*, IT-96-21-A, *op. cit.*, párs. 412-413; TPIR, Chambre d’Appel (16 novembre 2001): *Le Procureur c. Alfred Musema-Uwimana*, Case ICTR-96-13-A, Arrêt, párs. 361-363.

¹⁹⁶ *Ibid.*

¹⁹⁷ TPIY, Appeals *Delalic and others*, IT-96-21-A, *op. cit.*, pár. 82.

¹⁹⁸ *Ibid.*, párs. 423-424.

¹⁹⁹ TPIR, Trial *Semanza*, ICTR-97-20-T, *op. cit.*, párs. 334-339; TPIR, Trial *Rutaganda*, ICTR-96-3-T, *op. cit.*, párs. 108 y ss.

²⁰⁰ TPIR, Trial *Semanza*, ICTR-97-20-T, *op. cit.*, párs. 342-343.

²⁰¹ TPIY, Appeals Chamber (17 December 2004): *The Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez*, Case IT-95-14/2-A, Judgment (en adelante: “TPIY, Appeals *Kordic and Cerkez*, IT-95-14/2-A”), párs. 1032 y ss.

de la prueba particular sobre la cual se funda la acusación.

2.5. LOS CRÍMENES DE GUERRA EN EL DERECHO INTERNO COLOMBIANO

La categoría precisa de “crimen de guerra” no existe en el Derecho Penal colombiano, sin embargo, existe una correspondencia exacta de elementos constitutivos, gravedad, carácter de ofensa internacional y consecuencias jurídicas, bajo la denominación de “delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario”, que esta investigación, conforme a la jurisprudencia nacional e internacional, tratará bajo la categoría de crímenes de guerra.

2.5.1. La incorporación de los crímenes de guerra al Derecho Penal colombiano

La incorporación de los crímenes de guerra al derecho interno colombiano fue el producto de sucesivas reformas, motivadas por el contexto político interno, por los distintos períodos por los que ha atravesado el conflicto armado, incluidas sus graves consecuencias humanitarias, y por la evolución del Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados.

Colombia adoptó como legislación interna los cuatro Convenios de Ginebra mediante la Ley 5 de 1960²⁰², el Protocolo I adicional en la Ley 11 de 1992²⁰³ y el Protocolo II adicional a través de la Ley 171 de 1994²⁰⁴, todas ellas en vigor.

²⁰² Ley 5 de 1960, de 26 de agosto, “*Por la cual se aprueban el Acta final y los Convenios suscritos por la Conferencia Diplomática de Ginebra del 12 de agosto de 1949*”, Congreso de República de Colombia, Diario oficial 30.318. El instrumento de ratificación fue depositado ante el Consejo Federal Suizo el 8 de noviembre de 1961, en vigor a partir del 8 de mayo de 1962 en el territorio nacional de Colombia. El Contenido de los Convenios de Ginebra fue promulgado en su integralidad treinta años después mediante el Decreto 1016 de 1990, de 14 de mayo, “*Por el cual se promulgan algunos Convenios Internacionales*”, Presidente de la República de Colombia, Diario oficial 39.360.

²⁰³ Ley 11 de 1992, de 21 de julio, “*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), adoptado en Ginebra, el 8 de junio de 1977.*”, Congreso de República de Colombia, Diario oficial 40.510. El instrumento de adhesión fue depositado ante el Consejo Federal Suizo el 1 de septiembre de 1993 y entró en vigor el 1 de marzo de 1994 en el territorio nacional de Colombia. El contenido del Protocolo I fue promulgado mediante Decreto 82 de 1996, de 12 de enero, “*Por el cual se promulga 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), hecho en Ginebra el 8 de junio de 1977"*”, Presidente de la República de Colombia, Diario oficial 44.450.

²⁰⁴ Ley 171 de 1994, de 16 de diciembre, “*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*

Sin embargo, en vigencia de la Constitución de 1886 no fue defendida la prelación sobre el derecho interno de los compromisos convencionales en materia de derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario y la Corte Suprema de Justicia (CSJ) no efectuó control de constitucionalidad de las leyes a tenor de los tratados adoptados por el Estado:

“(…) en ejercicio de la jurisdicción constitucional sólo le es dado confrontar a la Corte la ley con los textos de la Carta, cuya integridad se le ha confiado. Por tanto, no procede el examen del cargo de violación del artículo 1 de la citada Ley 74 de 1968 (Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”²⁰⁵.

En materia de crímenes de guerra, el primer elemento transformador del sistema jurídico colombiano fue la reforma constitucional de 1991 que introdujo el concepto de bloque de constitucionalidad, integrando como norma superior el conjunto de tratados adoptados en materia de derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario²⁰⁶.

A partir de la Constitución Política de 1991, tras la creación de la Corte Constitucional (CC) y tras sucesivas sentencias de constitucionalidad, se estableció claramente el alcance del bloque de constitucionalidad en materia de Derecho

de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)", hecho en Ginebra el 8 de junio de 1977.”, Congreso de República de Colombia, Diario oficial 41.640. El instrumento de adhesión fue depositado ante el Consejo Federal Suizo el 14 de agosto de 1995 y entró en vigor el 14 de febrero de 1996 en el territorio nacional. El contenido del Protocolo II fue promulgado mediante Decreto 509 de 1996, del 14 de marzo, “*Por el cual se promulga 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), hecho en Ginebra el 8 de junio de 1977"*”, Presidente de la República de Colombia, Diario oficial 42.746.

²⁰⁵ CSJ, Sala Plena (23 de marzo de 1973): *Demanda de constitucionalidad del Acto legislativo 01 de 1968*, Gaceta Judicial núm. 2390-2391, Sentencia de constitucionalidad, p. 105.

²⁰⁶ El concepto de bloque de constitucionalidad tiene su primer antecedente en la Corte Constitucional alemana que declaró en 1951 que existen principios constitucionales elementales y que ellos son la expresión de un derecho preexistente a la Constitución, con lo que se prohíben ciertas revisiones constitucionales, particularmente en lo referido a derechos fundamentales de la dignidad humana o del derecho de resistencia. Véase: CHAGNOLLAUD, D., *Droit Constitutionnel Contemporain, vol. I: Théorie générale les régimes étrangères*, 5^a édition, 2007, París, Dalloz, 440 págs., p. 90. El concepto fue amplificado y consolidado por la jurisprudencia del Consejo Constitucional francés, que dio valor normativo al preámbulo de la Constitución de 1958 que reenvía al preámbulo de la Constitución francesa de 1946 y a la Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano de 1789, integrando un conjunto de principios y reglas de valor constitucional cuyo respeto se impone a la Ley. El Tribunal Constitucional español hizo uso por primera vez de la expresión en 1982 como un conjunto de normas que ni están incluidas en la Constitución ni delimitan competencias, pero cuya infracción determina la inconstitucionalidad de la ley sometida a examen. Sobre la evolución del concepto de bloque de constitucionalidad véase: CC, Sala Plena (4 de febrero de 2003): *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 21 (parcial) de la Ley 734 de 2002, Nuevo Código Disciplinario Único*, Sentencia C-067/03, Sentencia de constitucionalidad, pár. 3. A.

Internacional aplicable a los conflictos armados, basándose en los artículos 9, 53, 93, 94, 102 y 214 de la Constitución Política de Colombia²⁰⁷.

En el análisis de constitucionalidad sobre la incorporación del Protocolo I adicional²⁰⁸ y del Protocolo II adicional²⁰⁹, la CC sostuvo que los convenios sobre Derecho Internacional Humanitario prevalecen en el orden interno y poseen igual entidad jurídica que la Constitución Política. La jurisprudencia instó al Estado a adaptar la legislación interna, como norma de inferior jerarquía, a los contenidos del Derecho Internacional Humanitario a fin de hacerlo efectivo²¹⁰.

Este monismo moderado que convirtió en fuente directa de derecho interno el Derecho Internacional en materia de derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario ratificado por Colombia bajo forma de tratados, permitió orientar los alcances de la administración de justicia, limitar la validez de las normas subordinadas de derecho interno, adaptar la norma interna a las disposiciones de Derecho Internacional en el marco de las aspiraciones más relevantes de la comunidad internacional y, al tiempo, enriqueció y dinamizó el contenido y el sentido del derecho interno en materia de disposiciones aplicables a los conflictos armados.

En segundo lugar y como consecuencia de este proceso de modernización, se llevó a cabo una profunda reforma del sistema penal²¹¹. En materia sustantiva, el nuevo

²⁰⁷ El artículo 9 condiciona las relaciones exteriores del Estado al “reconocimiento de los principios del Derecho Internacional aceptados por Colombia”; el artículo 93 afirma expresamente que: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”; el artículo 94 establece que “la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”; el artículo 214-2 que regula los “estados de excepción” preceptúa: “No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”; y el artículo 102-2 establece que: “Los límites señalados en la forma prevista por esta Constitución, solo podrán modificarse en virtud de tratados aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el Presidente de la República”.

²⁰⁸ CC, Sala Plena (28 de octubre de 1992): *Revisión oficiosa del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)*, Sentencia C-574/92, Sentencia de constitucionalidad (en adelante: “CC, Sentencia C-574/92”).

²⁰⁹ CC, Sala Plena (18 de mayo de 1995): *Revisión constitucional del "Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)" hecho en Ginebra el 8 de junio de 1977, y de la Ley 171 del 16 de diciembre de 1994, por medio de la cual se aprueba dicho Protocolo*, Sentencia C-225/95, Sentencia de constitucionalidad (en adelante: “CC, Sentencia C-225/95”).

²¹⁰ *Ibid.*, pár. 12.

²¹¹ El proyecto de reforma del sistema penal de 4 de agosto de 1998 se introdujo en el Congreso de la República por iniciativa de la Fiscalía General de la Nación, en medio de una situación de inestabilidad política, de aumento en la intensidad del conflicto armado interno y de un cuestionamiento general sobre la eficiencia, la eficacia y la transparencia de los procedimientos penales.

Código Penal aprobado en el año 2000²¹² incorporó a la legislación colombiana un grupo de delitos derivados de las infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario, que tomó atenta nota del artículo 8 del Estatuto de Roma.

En materia de procedimiento, el nuevo Código de Procedimiento Penal en vigor a partir de 2006²¹³ introdujo de lleno el sistema acusatorio en un país regido hasta el año 2000 por un sistema penal inquisitivo y que pasó por un periodo de transición (2000-2006) de sistema mixto. En lo relativo a los crímenes de guerra, la reforma al procedimiento penal reforzó el papel de la sociedad civil a través de la acción popular en caso de graves violaciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, cuando se trata de bienes jurídicos colectivos.

En tercer lugar, para la adopción del Estatuto de Roma fue necesaria la reforma del artículo 93 de la Constitución Política de Colombia mediante el Acto Legislativo 2 de 2001²¹⁴, que introdujo un tratamiento especial en ciertas materias incompatibles, en particular la imprescriptibilidad de la acción penal y las penas perpetuas:

“Artículo 93. (...) Adicionado por el artículo 1 del A. L. No. 2 de 2001. El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución.

Adicionado por el artículo 1 del A. L. No. 2 de 2001. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él”.

El sistema jurídico colombiano incorporó el Estatuto de Roma de la CPI a la legislación interna mediante la Ley 742 de 2002 que fue declarada exequible²¹⁵ (constitucional y con efectos en el ordenamiento jurídico interno) en la Sentencia C-578 de 2002²¹⁶. Por su parte, la Ley 1268 de 2008 incorporó las Reglas de Procedimiento y

²¹² Ley 599 de 2000, de 24 de julio, “*Por la cual se expide el Código Penal*”, Congreso de República de Colombia, Diario oficial 44.097 (en adelante: “Código Penal”).

²¹³ Ley 906 de 2004, de 31 de agosto, “*Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*”, Congreso de República de Colombia, Diario oficial 45.658 (en adelante: “Código de Procedimiento Penal”).

²¹⁴ Acto Legislativo número 2 de 2001, de 27 de diciembre, “*Por medio del cual se adiciona el artículo 93 de la Constitución*”, Congreso de la República de Colombia, Diario oficial 44.663.

²¹⁵ La declaración de “exequibilidad” es una constatación de la conformidad y la validez de la norma en el ordenamiento interno. Por su parte, la declaración de “inexequibilidad” tiene dos componentes: la declaración de inconstitucionalidad de la norma estudiada y la orden de retiro de la norma del ordenamiento jurídico nacional.

²¹⁶ Ley 742 de 2002, de 7 de junio, “*Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma, el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)*”, Congreso de la República de Colombia, Diario oficial 44.826; CC, Sala Plena (30 de julio de 2002): *Revisión de la Ley 742 del 5 de junio de 2002 "Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de*

Prueba²¹⁷, y los Elementos de Crímenes de la CPI y la Sentencia C-801 de 2009 constató tal incorporación al bloque de constitucionalidad²¹⁸.

Por efecto de la armonización constitucional, los crímenes de guerra contenidos en el Estatuto de Roma se entienden directamente incorporados al bloque de constitucionalidad colombiano en su calidad de materia sustancial, en el marco de aplicación particular derivado del principio de complementariedad frente a la legislación nacional. Esta incorporación opera porque la regulación puntual de la Ley 742 de 2002 se ajusta a los parámetros consagrados en los artículos 93, 94 y 214-2 de la Constitución Política de Colombia, que además recoge integralmente el contenido de los Convenios de Ginebra de 1949.

2.5.2. Las incriminaciones que constituyen crímenes de guerra en el Derecho Penal colombiano

La transposición del Derecho Internacional de los conflictos armados al Derecho Penal interno de los Estados ha constituido, desde el antecedente belga de 1946, la herramienta más importante para perseguir y sancionar las infracciones graves a “las leyes y los usos” de guerra. Con este propósito, el Código Penal colombiano en vigor, inspirado en el artículo 8 del Estatuto de Roma, transformó un conjunto de infracciones graves al Derecho Internacional de los conflictos armados en “Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario” (arts. 135-164 del Código Penal), haciendo uso de las categorías de Derecho Penal relativas al principio de legalidad de la ley penal, de las penas y de los procedimientos penales.

Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)”, Sentencia C-578/02, Sentencia de constitucionalidad (en adelante: “CC, Sentencia C-578/02”).

²¹⁷ Reglas de Procedimiento y Prueba, Instrumentos adoptados por la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Anexo A (10-9-2002): (en adelante: “CPI, Reglamento de Procedimiento y Prueba”).

²¹⁸ Ley 1268 de 2008, de 31 de diciembre, “*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 Partes de Corte Penal Internacional, en Nueva York, del 3 al 10 de septiembre de 2002*”, Congreso de la República de Colombia, Diario oficial 47.219; CC, Sala Plena (10 de noviembre de 2009): Revisión de constitucionalidad la “*Ley 1268 de 2008, de 31 de diciembre, “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 Partes de Corte Penal Internacional, en Nueva York, del 3 al 10 de septiembre de 2002*”, Sentencia C-801/09, Sentencia de constitucionalidad, pár. 12.2 Decisión.

La ampliación del alcance de algunos tipos penales por parte del derecho interno con respecto al Estatuto de Roma ha sido admitida por la jurisprudencia constitucional, bajo el entendido de que, únicamente pueden considerarse contrarias al bloque de constitucionalidad aquellas disposiciones legislativas que disminuyan o reduzcan el campo de aplicabilidad o la efectividad de los crímenes de guerra o impidan el ejercicio de las garantías de las personas protegidas²¹⁹. Esto es así porque al definir las sanciones y el procedimiento penal de los crímenes de guerra, por mandato constitucional, el Estado debe hacer compatible el Derecho Internacional Humanitario y los fines de lucha contra la impunidad que resalta el Estatuto de Roma como parte del bloque de constitucionalidad²²⁰.

Los crímenes de guerra en el Derecho Penal colombiano constan de dos grandes bloques de daño antijurídico: personas y bienes protegidos. Los crímenes contra personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario reposan sobre la protección de la vida, la integridad en todas sus formas y las libertades individuales y colectivas, es decir, sobre derechos substanciales inderogables. Estos injustos penales son completados por el conjunto de conductas punibles que constituyen atentados contra los bienes protegidos en el marco de la guerra, y se traducen en una serie de incriminaciones que se enuncian en la siguiente tabla comparativa entre el Estatuto de Roma y el Código Penal colombiano:

CRIMENES DE GUERRA CONTRA PERSONAS PROTEGIDAS	
ESTATUTO DE ROMA	CODIGO PENAL COLOMBIANO
Los atentados contra la vida, especialmente el homicidio en todas sus formas (art. 8-2-c-i);	Homicidio en persona protegida (art. 135);
Matar o herir a traición a un combatiente adversario (art. 8-2-e-ix);	No existe. Recibe tratamiento de Homicidio común (art. 103) con circunstancia de agravación según el caso (art. 104);
Los atentados contra (...) la integridad corporal, especialmente (...) las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura (art. 8-2-c-i);	Lesiones en persona protegida (art. 136); Tortura en persona protegida (art. 137);
Los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes (art. 8-2-c-ii);	Tratos inhumanos y degradantes y experimentos biológicos (art. 146);
Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil como tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades (art. 8-2-e-i);	Actos de terrorismo (art. 144); Represalias (art. 158);

²¹⁹ CC, Sala Plena (25 de abril de 2007): *Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 135, 156 y 157 (parciales) de la Ley 599 de 2000, y 174, 175, 178 y 179 de la Ley 522 de 1999*, Sentencia C-291/07, Sentencia de constitucionalidad (en adelante: “CC, Sentencia C-291/07”), pág. E. 1.

²²⁰ *Ibid.*, pág. E. 2.

Dirigir intencionalmente ataques (...) contra el personal que utilice los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional (art. 8-2-e-ii);	Obstaculización de tareas sanitarias y humanitarias (art. 153);
Dirigir intencionalmente ataques contra personal (...), participante en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada (...) con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados (art. 8-2-e-iii);	Obstaculización de tareas sanitarias y humanitarias (art. 153);
Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7º, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3º común a los cuatro Convenios de Ginebra (art. 8-2-e-vi);	Acceso carnal violento (art. 138); Actos sexuales violentos (art. 139); Circunstancias de agravación (art. 140): (...) posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima. (art. 211-2 por reenvío); Prostitución forzada o esclavitud sexual (art. 141);
Declarar que no se dará cuartel (art. 8-2-e-x);	Actos de barbarie (art. 145) incluidos actos de no dar cuartel o no dejar sobrevivientes (...);
Someter a las personas que estén en poder de otra parte en el conflicto a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón del tratamiento médico, dental u hospitalario de la persona de que se trate ni se lleven a cabo en su interés, y que provoquen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud (art. 8-2-e-xi);	Tratos inhumanos y degradantes y experimentos biológicos (art. 146);
La toma de rehenes (art. 8-2-c-iii);	Toma de rehenes (art. 148);
Las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal regularmente constituido, con todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables (art. 8-2-c-iv);	Detención ilegal y privación del debido proceso (art. 149);
Reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o grupos o utilizarlos para participar activamente en hostilidades (art. 8-2-e-vii);	Reclutamiento ilícito de (...) menores de dieciocho (18) años (art. 162);
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 (art. 8-2-e-viii);	Deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil (art. 159);
Sólo para conflictos internacionales (8-2-b-xx)	Utilización de medios y métodos de guerra ilícitos, sufrimientos o pérdidas innecesarias o males superfluos (art. 142);
Sin correspondencia	Actos de discriminación racial (art. 147);
Sin correspondencia exacta. Por asimilación para conflictos internacionales (8-2-b-xv) (8-2-b-xxiii);	Constreñimiento a apoyo bélico (art. 150);

Sin correspondencia	Omisión de medidas de socorro y asistencia humanitaria (art. 152);
Sin correspondencia. Se menciona para menores en el Protocolo Adicional II (art. 4-3-a y b);	Omisión de medidas de protección a la población civil (art. 161);
CRIMENES DE GUERRA CONTRA BIENES PROTEGIDOS	
ESTATUTO DE ROMA	CODIGO PENAL COLOMBIANO
Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y medios de transporte sanitarios (...) que utilicen los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional (art. 8-2-e-ii);	Destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario (art. 155);
Dirigir intencionalmente ataques contra (...), instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o bienes civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados (art. 8-2-e-iii);	Obstaculización de tareas sanitarias y humanitarias (art. 153);
Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y otros lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, a condición de que no sean objetivos militares (art. 8-2-e-iv);	Destrucción o utilización ilícita de bienes culturales y de lugares de culto (art. 156);
Saquear una ciudad o plaza, incluso cuando es tomada por asalto (art. 8-2-e-v);	Destrucción y apropiación de bienes protegidos (...) (art. 154); Atentados a la subsistencia y devastación (art. 160);
Destruir o apoderarse de bienes de un adversario, a menos que las necesidades del conflicto lo hagan imperativo (art. 8-2-e-xii);	Despojo en el campo de batalla (art. 151). Solo aplica para cadáveres;
Sin correspondencia. Se menciona en el Protocolo Adicional I a las Convenciones de Ginebra (art. 56);	Ataque contra obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas (art. 157);
Sólo para conflictos internacionales. (art.8-2-b-vii);	Perfidia (art. 143) “simule la condición de persona protegida o utilice indebidamente signos de protección (...) contemplados en tratados internacionales ratificados por Colombia (...)”
Sin correspondencia	Exacción o contribuciones arbitrarias (art. 163);
Sin correspondencia exacta. Por asimilación a los conflictos internacionales (art. 8-2-b-iv);	Destrucción del medio ambiente (art. 164);

Tabla I. Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario en Colombia y su relación con el artículo 8 del Estatuto de Roma.

Elaboración propia.

2.5.3. El tratamiento de la imputación por crímenes de guerra frente a otros crímenes internacionales en el Derecho Penal colombiano

En la jurisprudencia reciente de la CSJ, el examen de los crímenes de guerra ha sido relegado a una plaza secundaria, privilegiando la imputación por crímenes contra la humanidad:

“No puede perderse de vista en este punto, que si bien el crimen de guerra puede coincidir como delito de lesa humanidad, éste va más allá de la violación de las leyes y costumbres de la guerra, porque lesiona los derechos más fundamentales de la persona humana como ser individual y colectivo.

Por eso, desde la perspectiva de la gravedad, si bien es cierto que el desvalor causado por una determinada conducta que al mismo tiempo puede constituir un crimen de lesa humanidad, un crimen de guerra o un delito común, dependerá en última instancia de la naturaleza de los bienes jurídicos individuales afectados, ha de admitirse que cuando ellos coinciden (vida, integridad física, integridad psicológica, libertad sexual, etc), debe considerarse que el desvalor derivado de que la existencia de un conflicto armado haya jugado un papel sustancial en la decisión del autor de llevar a cabo una conducta, en su capacidad de realizarse o en la manera en que la misma fue finalmente ejecutada, no es comparable con el desvalor generado cuando se considera que la conducta formó parte de un ataque sistemático o generalizado contra la población civil (...)”²²¹.

En la práctica, la CSJ ha establecido una especie de jerarquía de dos crímenes internacionales, que está basada fundamentalmente en su interpretación de la noción de crímenes de guerra como crímenes de menor gravedad o que no contienen un componente de gravedad comparable al de los crímenes de lesa humanidad:

“Pero además, no puede desconocerse que la comisión múltiple de delitos que se requieren para alcanzar la categoría de crímenes de lesa humanidad, incrementa la gravedad del delito, porque una víctima que es atacada en el contexto más amplio de un ataque generalizado o sistemático es mucho más vulnerable, en la medida en que se suprimen todos los medios de defensa (...)”²²².

Esta decisión parece, igualmente, estar inspirada en una interpretación de los crímenes de guerra como transposición simple de las infracciones graves del Derecho Internacional de los conflictos armados:

“La solución al problema jurídico planteado es de complejas dimensiones, ya que lo que está en juego es la aplicación de normas que sancionan las violaciones graves al derecho internacional humanitario frente a normas que sancionan delitos comunes que pueden enmarcarse dentro del contexto de lesa humanidad (...)”²²³.

En este sentido, es importante recordar dos consideraciones de la jurisprudencia internacional penal en la materia.

Primero, la jurisprudencia internacional penal ha señalado expresamente que cada crimen internacional tiene elementos materiales e intereses que protege, que no pueden hacerse extensivos a otro crimen internacional y que, caso por caso, debe analizarse la importancia de condenar un acusado por más de un tipo de crimen

²²¹ CSJ, Sala de Casación Penal (21 de septiembre de 2009): *La Fiscalía c. Gian Carlo Gutiérrez Suárez*, Radicado núm. 32022, Aprobado: Acta núm. 299, Auto (en adelante: “CSJ, Caso *Bloque Calima AUC*, núm. 32022”), pp. 227-228.

²²² *Ibid.*, p. 229.

²²³ *Ibid.*, p. 231.

internacional para reflejar la dimensión y la naturaleza de la conducta criminal perpetrada:

“(…) genocide, crimes against humanity, and violations of article 3 common to the Geneva Conventions and of Additional Protocol II have different elements and, moreover, are intended to protect different interests. The crime of genocide exists to protect certain groups from extermination or attempted extermination. The concept of crimes against humanity exists to protect civilian populations from persecution. The idea of violations of article 3 common to the Geneva Conventions and of Additional Protocol II is to protect non-combatants from war crimes in civil war. These crimes have different purposes and are, therefore, never co-extensive. Thus it is legitimate to charge these crimes in relation to the same set of facts. It may, additionally, depending on the case, be necessary to record a conviction for more than one of these offences in order to reflect what crimes an accused committed. If, for example, a general ordered that all prisoners of war belonging to a particular ethnic group should be killed, with the intent thereby to eliminate the group, this would be both genocide and a violation of common article 3, although not necessarily a crime against humanity. Convictions for genocide and violations of common article 3 would accurately reflect the accused general's course of conduct”²²⁴.

Solamente en algunos casos, cuando los crímenes se inscriben en un marco de empresa criminal genocida, el TPIR ha estimado que algunos crímenes de lesa humanidad, como el asesinato y la exterminación, están mejor descritos a través de la imputación de genocidio, pues el interés que la sociedad pretende proteger es el mismo y pronunciar declaraciones de culpabilidad acumulativas en estos casos sería contrario al principio de *non bis in idem*²²⁵.

Segundo, la jurisprudencia internacional penal ha descartado cualquier tipo de jerarquía posible entre los crímenes internacionales que pueda privilegiar uno sobre otro en sí mismo y, por el contrario, ha estimado que cada caso debe proveer los elementos necesarios para establecer cuál (o cuáles) crímenes describen de mejor manera la conducta perpetrada:

“Conversely, the Chamber does not consider that any of genocide, crimes against humanity, and violations of article 3 common to the Geneva Conventions and of Additional Protocol II are lesser included forms of each other. The ICTR Statute does not establish a hierarchy of norms, but rather all three offences are presented on an equal footing. While genocide may be considered the gravest crime, there is no justification in the Statute for finding that crimes against humanity or violations of common article 3 and additional protocol II are in all circumstances alternative charges to genocide and thus lesser included offences. As stated, and it is a related point, these offences have different constituent elements. Again, this consideration renders multiple convictions for these offences in relation to the same set of facts permissible of common article 3 would accurately reflect the accused general's course of conduct”²²⁶.

Igualmente, parece necesario llamar la atención acerca de lo ya mencionado, en los títulos correspondientes de este Capítulo I, en cuanto tres elementos: la naturaleza de

²²⁴ TPIR, Trial *Akayesu*, ICTR-96-4-T, *op. cit.*, pár. 469.

²²⁵ TPIR, Trial *Kayishema*, ICTR-95-1-T, *op. cit.*, párs. 640-650.

²²⁶ TPIR, Trial *Akayesu*, ICTR-96-4-T, *op. cit.*, pár. 470.

los crímenes de guerra que sobrepasa una simple transposición de infracciones graves al Derecho Internacional de los conflictos armados, el componente de gravedad de los crímenes de guerra y la utilización del concurso de infracciones en caso de concurrencia de crímenes internacionales en una misma conducta.

3. LA CARACTERIZACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LOS CRÍMENES DE GUERRA

3.1. EL CONCEPTO DE VÍCTIMA DE LOS CRÍMENES DE GUERRA EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

Los crímenes de guerra sólo pueden ser cometidos contra los bienes o las personas excluidas del conflicto, bien sea por su estado de indefensión (rendidos, prisioneros, heridos) o por su calidad de población civil no involucrada en el conflicto (Convenios de Ginebra arts. 50/I, 51/II, 130/III, 147/IV).

Por regla general, la víctima del crimen de guerra puede ser una persona natural o jurídica, o un conjunto de individuos, la sociedad, el Estado o la propia comunidad internacional. No obstante, el ámbito subjetivo corresponde única y exclusivamente al individuo que detenta el estatuto de persona protegida (elemento normativo de la incriminación).

Los elementos descriptivos que configuran cada una de las personas protegidas han de ser perceptibles y el autor debe ser consciente de las circunstancias de hecho que establecían esa protección, en el momento de cometer el crimen. No se trata de un conocimiento jurídico sino sensorial y de sentido común. Por lo tanto, se trata de un ámbito en el que es posible alegar error de hecho pero no error de derecho²²⁷.

La persona protegida es el sujeto pasivo de los crímenes de guerra y la cuestión relativa a su estatuto debe ser interpretada en el marco de los principios del Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados, incluidos los conflictos armados marítimos²²⁸.

Los Convenios de Ginebra establecen las condiciones estrictas que dan lugar al

²²⁷ PIGNATELLI Y MECA, F., “Los crímenes de guerra en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, *op. cit.*, pp. 305-306.

²²⁸ CPI, Elementos de los Crímenes, *op. cit.*, Introducción.

estatuto de persona protegida y estas condiciones han sido interpretadas por la jurisprudencia internacional penal²²⁹.

En los conflictos armados internacionales, las personas protegidas son mencionadas en los artículos 13, 24, 25 y 26 y los bienes protegidos son mencionados en los artículos 19 y 33-35 del I Convenio de Ginebra; en los artículos 13, 36, 37 (personas protegidas) y 22, 24, 25 y 27 (bienes protegidos) del II Convenio de Ginebra; en el artículo 4 del III Convenio de Ginebra sobre los prisioneros de guerra; en los artículos 4 y 20 (personas protegidas) y 18, 19, 21, 22, 33, 53, 57, etc. (bienes protegidos) del IV Convenio de Ginebra; y en el artículo 50 del Protocolo I adicional, que define la “población civil” como aquella “que no participa directamente en las hostilidades”.

Sin embargo, las normas generales de protección y el concepto de “ataque” a tenor de las mismas, presentan cierta ambigüedad en lo que concierne estrictamente a las violaciones del Derecho Internacional aplicable a los conflictos internacionales. En primer lugar, el artículo 85 del Protocolo I adicional no estableció claramente si la protección se refiere a las conductas de una Alta Parte contra la población y los bienes de otra Parte o si se incluyen las conductas de una Parte contra su propia población. En segundo lugar, el artículo 49-2 del Protocolo I adicional, delimitó el “ataque” como los actos de violencia que son dirigidos contra el adversario, bien se trate de acciones ofensivas o defensivas, precisando que las reglas relativas a la protección general a la población en tiempo de guerra se aplican en todo el territorio.

Esta ausencia de claridad ha llevado a autores como *David* a afirmar que si un crimen cometido por una Alta Parte en conflicto armado internacional contra su propia población o sus tropas no puede ser considerado *stricto sensu* como un crimen de guerra, debe en todo caso considerarse como un crimen de lesa humanidad:

“Encore une fois, il est permis de penser que si de tels faits commis par une partie belligérante contre ses propres populations ne sont pas des crimes de guerre *stricto sensu*, ils pourraient néanmoins être assimilés à des crimes contre l’humanité”²³⁰.

En el caso de los conflictos armados internos, la fuente se puede hallar de modo general en el artículo 3 común y en el artículo 4-1 del Protocolo II adicional que define el estatuto de persona protegida en los conflictos armados internos como:

²²⁹ TPIY, *Affaire Tadic*, IT-94-1, *op. cit.*, p. 81.

²³⁰ DAVID, E., *Principes de droit des conflits armés*, 2^{ème} édition, 1999, Bruxelles, Bruylant S.A., 860 págs., p. 599.

“Todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas (...)”.

Esta definición, según la jurisprudencia internacional, permite diferenciar entre las víctimas de crímenes de guerra que no tomaban parte en las hostilidades y las víctimas que no tomaban una parte “activa” en las hostilidades, como en el caso de los heridos y los prisioneros²³¹.

La jurisprudencia ha considerado que los crímenes de guerra derivados de las infracciones al artículo 3 común tienen como víctima a “any individual not taking part in hostilities”²³². En consecuencia, toda participación debe estar asociada a la identificación que el autor de los crímenes hace de estas personas como pertenecientes a una de las Partes en conflicto y, en todo caso, no puede tratarse de una participación directa:

“(...) the victims of the events alleged are unarmed men, women, and children, all civilians (...). To take a direct or active part in the hostilities covers acts which by their very nature or purpose are likely to cause harm to personnel and equipment of the armed forces”²³³.

La jurisprudencia internacional penal ha autorizado una interpretación ampliada del carácter “civil” de la población, debido a que en los conflictos armados internos en ocasiones es imposible distinguir formalmente a la población civil de los combatientes, sobre todo cuando se trata de grupos paramilitares o de milicias que no participan sino esporádicamente del conflicto²³⁴.

El TPIY ha hecho énfasis en su jurisprudencia sobre la importancia de determinar que el autor del crimen de guerra se considera “enemigo” de la “persona protegida”, aunque dicha calidad no depende de una condición estricta de nacionalidad (en el caso de los conflictos internacionales) o de la verificación *de facto* del carácter de “enemigo”, sino de una acusación de adhesión o pertenencia que el perpetrador efectúa sobre la víctima²³⁵.

Esta interpretación es una manifestación coherente que consulta el espíritu del Derecho Internacional de los conflictos armados. Cabe indicar sobre el particular, que

²³¹ TPIR, Trial *Kayishema*, ICTR-95-1-T, *op. cit.*, párs. 179 y 614; TPIR, Trial *Akayesu*, ICTR-96-4-T, *op. cit.*, pág. 629.

²³² TPIY, Appeals *Delalic and others*, IT-96-21-A, *op. cit.*, pág. 420 (resaltado en el original).

²³³ TPIR, Trial Chamber I (7 June 2001): *The Prosecutor v. Ignace Bagilishema*, Case ICTR-95-1A-T, Judgment (en adelante: “TPIR, Trial *Bagilishema*, ICTR-95-1A-T”), párs. 103-104; TPIR, Trial *Semanza* ICTR-97-20-T, *op. cit.*, pág. 366; TPIR, Trial *Rutaganda*, ICTR-96-3-T, *op. cit.*, pág. 101; TPIY, Trial *Tadic*, IT-94-1-T, *op. cit.*, pág. 615.

²³⁴ TPIR, Trial *Kayishema*, ICTR-95-1-T, *op. cit.*, pág. 127.

²³⁵ TPIY, Trial *Tadic*, IT-94-1-T, *op. cit.*, pág. 166.

en los conflictos armados de naturaleza múltiple y en los conflictos armados internos prolongados las personas protegidas se encuentran a menudo bajo la autoridad de la Parte beligerante de la cual son ciudadanos, en consecuencia las víctimas son a menudo ciudadanas del mismo Estado que comete los crímenes, en particular, cuando la población experimenta algún tipo de simpatía *vis-à-vis* otra de las Partes en conflicto²³⁶.

La jurisprudencia de la CPI ha sido unánime en la interpretación amplia del término “nacionales” del artículo 4-1 del IV Convenio de Ginebra:

“(…) interpréter le terme «nationales» au sens de «gouvernementales» ne peut que contrevenir à l’objet et au but du Statut de la Cour, qui n’est autre que de ne plus laisser impunis «les crimes les plus graves qui touchent l’ensemble de la communauté internationale»”²³⁷.

La CPI ha sostenido que la calificación de crímenes de guerra sólo tiene aplicación cuando los actos de violencia van dirigidos contra las personas civiles que no participan directamente de las hostilidades o contra una población civil que no ha caído en poder de la Parte en conflicto adversa u hostil a la cual el autor del crimen pertenece, en el entendido de que los crímenes son cometidos cuando la población cae en poder de esta Parte hostil²³⁸. La jurisprudencia de la CPI ha señalado que una población civil cae en poder del enemigo a partir del momento en que ésta se encuentra bajo su control:

“The Chamber notes that the jurisprudence of the ICTY has emphasised that an individual civilian, or a civilian population, falls into the hands of an adverse or hostile party to the conflict when it comes under the control of its members”²³⁹.

La jurisprudencia internacional, siguiendo los comentarios del CICR, ha definido a la unanimidad que las personas que se encuentran en un territorio controlado por una fuerza armada o grupo armado organizado deben considerarse como protegidas en virtud del Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados²⁴⁰.

3.2. EL ESTATUTO DE LAS VÍCTIMAS DE LOS CRÍMENES DE GUERRA EN LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL PENAL DE LA CPI

El artículo 68-3 del Estatuto de Roma permite a las víctimas expresar sus opiniones y observaciones ante la CPI “en las fases del juicio que considere conveniente

²³⁶ ASCENSIO, H., “Les tribunaux ad hoc pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda”. En: H. Ascensio; E. Decaux; A. Pellet, *Droit international pénal*, 2000, París, Éditions A. Pedone, 1053 págs, pp. 715-734, p. 727.

²³⁷ CPI, Chambre préliminaire I (29 janvier 2007): *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-803, Décision sur la confirmation des charges (en adelante: “CPI, Affaire *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-803”), párs. 281-282.

²³⁸ CPI, *Katanga case*, ICC-01/04-01/07-717, *op. cit.*, pár. 267.

²³⁹ *Ibid.*, pár. 268.

²⁴⁰ *Ibid.*, párs. 267-268, notas 370 y 371.

(...) y de una manera que no redunde en detrimento de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni sea incompatible con éstos”. La participación de las víctimas en el procedimiento de la CPI es una expresión internacional clara del derecho de las víctimas a un recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes²⁴¹.

No obstante, las víctimas no activan la competencia de la CPI y participación en el proceso penal está sujeta a la expresión de sus opiniones y preocupaciones sobre puntos relativos a sus intereses personales, en la medida en que estos sean respetuosos de los derechos de la Defensa. La Sala de la CPI competente debe evaluar la oportunidad, la pertinencia y los medios de intervención, según la etapa del proceso en la cual la solicitud participación haya sido formulada²⁴².

La CPI ha estimado que la participación de las víctimas puede extenderse más allá de los crímenes contenidos en la decisión de confirmación de cargos. Tal participación puede incluir la presentación de pruebas sobre la inocencia o la culpabilidad del acusado, como una extensión del derecho universalmente reconocido a las víctimas de conocer y hacer conocer la verdad judicial y material de los hechos para reconstruir la memoria histórica individual y colectiva²⁴³.

²⁴¹ Véanse: NU, doc. A/RES/60/147 (16-12-2005): *Resolución aprobada por la Asamblea General [sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/60/509/Add.1)] Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, 10 págs., (en adelante: “NU, doc. A/RES/60/147 (16-12-2005)”; CDH, doc. E/CN.4/2005/L.11/Add.8 (21-4-2005), *Informe de la Comisión al Consejo Económico y Social sobre la labor realizada en su 61º período de sesiones, Proyecto de Informe de la Comisión, Relatora: Sra. Deirdre KENT (Canada), Resolución 2005/81 Impunidad*, 53 págs., p. 15.

²⁴² CPI, Appeals Chambers (19 December 2008): *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-556 OA4 OA5 OA6, Judgment on victim participation in the investigation stage of the proceedings in the appeal of the OPCD against the decision of Pre-Trial Chamber I of 7 December 2007 and in the appeals of the OPCD and the Prosecutor against the decision of Pre-Trial Chamber I of 24 December 2007 (en adelante: “CPI, Appeals *Lubanga*, ICC-01/04-556 OA4 OA5 OA6”), p. 55; CPI, Chambre préliminaire II (23 novembre 2009): *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngujolo Chui*, ICC-01/04-01/07-1491-Red, Motifs de la décision relative aux 345 demandes de participation de victimes à la procédure. Version publique expurgée avec annexe confidentielle *ex parte* réservé au Greffe et aux représentants légaux des victimes (en adelante: “CPI, Affaire *Katanga*, ICC-01/04-01/07-1491-Red”), p. 13.

²⁴³ CPI, Chambre de première instance II (22 janvier 2010): *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngujolo Chui*, ICC-02/04-01/07-1788, Décision relative aux modalités de participation des victimes au stade des débats sur le fond (en adelante: “CPI, Affaire *Katanga*, ICC-02/04-01/07-1788”), párs. 60, 65-125; Sobre la contribución a la verdad por parte de las víctimas, véanse, entre otros documentos: NU, doc. A/RES/60/147 (16-12-2005), *op. cit.*, p. 22; Corte IDH, *Caso de la Masacre de La Rochela v. Colombia*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 11 de mayo de 2007, Serie C-163, párs. 194-196, con reenvíos de jurisprudencia; CEDH, Fifth Section Chamber (15 November 2007): *Case of Khamidov v. Russia*, application 72118/01, Judgment, Merits and Just Satisfaction, párs. 153 y 155.

Por lo tanto, la Sala de la CPI correspondiente debe, en cada caso, realizar un estudio pormenorizado de los límites de la participación de las víctimas, de tal manera que las condiciones de equidad, de imparcialidad y de economía judicial puedan ser armonizadas con los intereses de las víctimas, los derechos de la Defensa y los intereses de la justicia internacional penal²⁴⁴.

De acuerdo con las estimaciones de la Sala de la CPI competente, una serie de medidas cautelares pueden ser adoptadas a fin de proteger la integridad de las víctimas y los testigos, en virtud de las reglas 87 y 88 del Reglamento de Procedimiento y Prueba de la CPI.

Como parte de este proceso, el estudio de la CPI debe incluir la notificación a las partes, la verificación del interés personal de la víctima que solicita participar en el juicio, el cumplimiento de las obligaciones de confidencialidad y protección, el carácter apropiado de la participación solicitada y la compatibilidad de la solicitud de participación en juicio con los intereses de la Defensa y la búsqueda de la verdad:

“The Trial Chamber has correctly identified the procedure and confined limits within which it will exercise its powers to permit victims to tender and examine evidence: (i) a discrete application, (ii) notice to the parties, (iii) demonstration of personal interests that are affected by the specific proceedings, (iv) compliance with disclosure obligations and protection orders, (v) determination of appropriateness and (vi) consistency with the rights of the accused and a fair trial. With these safeguards in place, the grant of participatory rights to victims to lead evidence pertaining to the guilt or innocence of the accused and to challenge the admissibility or relevance of the evidence is not inconsistent with the onus on the Prosecutor to prove the guilt of the accused nor is it inconsistent with the rights of the accused and a fair trial. In so doing the Trial Chamber did not create an unfettered right for victims to lead or challenge evidence, instead victims are required to demonstrate why their interests are affected by the evidence or issue, upon which the Chamber will decide, on a case-by-case basis whether or not to allow such participation”²⁴⁵.

²⁴⁴ CPI, Appeals *Lubanga*, ICC-01/04-556 OA4 OA5 OA6, *op. cit.*, párs. 48-55; Sobre el derecho a acceder a la justicia internacional y el tratamiento de la prueba véanse: Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*, Sentencia de Fondo de 29 de julio de 1998, Serie C-4, párs. 127 y 130-136, con reenvíos de jurisprudencia; CEDH, Plenary Court (18 January 1978): *Ireland v. the United Kingdom*, Series A No. 25, p. 161, Judgment (en adelante: “CEDH, *Ireland v. the United Kingdom*”), párs. 208-210; CC, Sala Plena (18 de mayo de 2006): *Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2, 3, 5, 9, 10, 11.5, 13, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 31, 34, 37 numerales 5 y 7, 46, 47, 48, 54, 55, 58, 62, 69, 70 y 71 de la Ley 975 de 2005 “Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios”, y contra la ley en su integridad*, Sentencia C-370/06, Sentencia de constitucionalidad (en adelante: “CC, Sentencia C-370/06”), p. 4.7.3.4.

²⁴⁵ CPI, Appeals Chambers (11 July 2008): *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-1432 OA9 OA10, Judgment on the appeals of The Prosecutor and The Defence against Trial Chamber I's Decision on Victims' Participation of 18 January 2008 (en adelante: “CPI, Appeals *Lubanga*, ICC-01/04-1432 OA9 OA10”), p. 4.

Aunque el solicitante debe demostrar un interés personal para acceder al estatuto de víctima, la CPI ha estimado que el daño sufrido por las víctimas no debe ser necesariamente directo o personal, y que se extiende a los daños indirectos:

“The Appeals Chamber considers that the harm suffered by a natural person is harm to that person, i.e. personal harm. Material, physical, and psychological harm are all forms of harm that fall within the rule if they are suffered personally by the victim. Harm suffered by one victim as a result of the commission of a crime within the jurisdiction of the Court can give rise to harm suffered by other victims. This is evident for instance, when there is a close personal relationship between the victims (...). It is in this sense that the Appeals Chamber understands the Trial Chamber's statement that "people can be the direct or indirect victims of a crime within the jurisdiction of the Court". The issue for determination is whether the harm suffered is personal to the individual. If it is, it can attach to both direct and indirect victims. Whether or not a person has suffered harm as the result of a crime within the jurisdiction of the Court and is therefore a victim before the Court would have to be determined in light of the particular circumstances”²⁴⁶.

De otra parte, el interés de las víctimas en la participación dentro del proceso no se limita a la obtención de una reparación pecuniaria. La CPI también ha considerado que son legítimos otros intereses como la búsqueda de la verdad, la traducción en justicia de los responsables de los crímenes y la reconstrucción de la memoria histórica²⁴⁷. En general, la CPI ha estimado que el interés legítimo de las víctimas puede resumirse en el hecho de “contribuir a la manifestación de la verdad” y, con tal propósito, la víctima puede adquirir un doble estatuto de víctima-testigo. De hecho, la CPI puede autorizar a una víctima a dar su testimonio en persona²⁴⁸, incluso, bajo juramento después de la presentación de los testigos de cargos de la Oficina del Fiscal²⁴⁹. Adicionalmente, la regla 93 del Reglamento de Procedimiento y Prueba ha otorgado a las Salas el poder de solicitar las opiniones de las víctimas o de sus representantes legales sobre cualquier cuestión relevante señalada en el curso del proceso, independientemente del hecho de que éstos participen del mismo, en el marco de las atribuciones previstas en el artículo 68-3 del Estatuto de Roma ya citado²⁵⁰.

La CPI ha venido señalando que la participación de las víctimas se halla subordinada a la condición de que ellas puedan aportar una contribución “útil” a la

²⁴⁶ *Ibid.*, pár. 32.

²⁴⁷ *Ibid.*, pár. 59. Sobre la importancia y el alcance de las medidas de justicia y verdad como garantías de satisfacción y de no repetición véanse: NU, A/RES/60/147 (16-12-2005), *op. cit.*, párs. 22-23; Corte IDH, *Caso Las Palmeras v. Colombia*, Sentencia de Fondo de 6 de diciembre de 2001, Serie C-90, párs. 58-60; CEDH, Grand Chamber (19 September 1996): *Akdivar and Others v. Turkey*, Reports of Judgments and Decisions 1996-IV, p. 105, Judgment on the merits, párs. 65-67.

²⁴⁸ *Ibid.*, pár. 60.

²⁴⁹ CPI, Appeals *Lubanga*, ICC-01/04-556 OA4 OA5 OA6, *op. cit.*, pár. 86.

²⁵⁰ *Ibid.*, pár. 48.

búsqueda de la verdad, en el marco del debido proceso²⁵¹. Por esta razón, la CPI ha rechazado la participación de víctimas que desean comparecer ante la sala de audiencias conservando el anonimato *vis-à-vis* la Defensa²⁵².

La doble naturaleza de la “víctima- testigo” en el seno del proceso internacional penal ha sido objeto de un importante desarrollo y la jurisprudencia de la CPI ha estimado que sería contrario a los intereses de la justicia, privarse del testimonio de personas capaces de esclarecer la verdad por el solo hecho de que tienen el estatuto de víctimas ante la CPI²⁵³.

Sin embargo, el doble estatuto de víctima y de testigo debe armonizarse con los derechos de las partes en el seno del proceso, por lo tanto, la admisión de la participación, en calidad de víctima, de una persona que ha tenido precedentemente la calidad de testigo supone importantes desafíos en el interés de la justicia²⁵⁴.

La preservación de la calidad del testimonio, los derechos de las partes a la información suficiente para orientar el contra-interrogatorio y la atención particular que debe tenerse con respecto a la credibilidad del testimonio de quien porta el doble estatuto de “víctima- testigo”, son algunos de los elementos que han sido considerados caso por caso²⁵⁵.

En consecuencia, las solicitudes de participación en calidad de víctimas hechas por testigos que han emitido su testimonio en el curso del proceso, aunque no se encuentran *a priori* excluidas, han sido rechazadas por el triple hecho de no aportar un valor agregado (más allá del testimonio ya emitido) al esclarecimiento de los hechos, por el hecho de comprometer el testimonio ya emitido, y porque su aceptación puede comprometer los derechos de las partes a la igualdad en el curso de los contra-

²⁵¹ CPI, *Affaire Katanga*, ICC-02/04-01/07-1788, *op. cit.*, p. 91.

²⁵² *Ibid.*, párs. 92 y 93.

²⁵³ CPI, Trial Chamber I (6 May 2008): *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-1308, Decision inviting the parties' observations on applications for participation of a/0001/06 to a/0004/06, a/0047/06 to a/0052/06, a/0077/06, a/0078/06, a/0105/06, a/0221/06, a/0224/06 to a/0233/06, a/0236/06, a/0237/06 to a/0250/06, a/0001/07 to a/0005, p. 30.

²⁵⁴ CPI, Pre-trial Chamber II (1 February 2007): *The Prosecutor v. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo, Raska Lukwiya, and Dominic Ongwen*, ICC-02/04-01/05-134, Decision on legal representation, appointment of counsel for the defence, protective measures and time-limit for submission of observations on applications for participation a/0010/06, a/0064/06 to a/0070/06, a/0081/06 to a/0104/06 and a/0111/06 to a/0127/06, p. 25.

²⁵⁵ CPI, Trial Chamber I (18 January 2008): *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-1119, Decision on victims' participation p. 314; CPI, Pre-trial Chamber I (23 June 2008): *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-02/04-01/07-632, Decision on the Application for Participation of Witness 166 (en adelante: “CPI, *Katanga* case, ICC-02/04-01/07-632”), p. 30.

interrogatorios. Aunque la CPI ha insistido en el hecho de que no existe ninguna limitación a que la doble calidad “víctima-testigo” sea atribuida en el curso de un proceso²⁵⁶, la jurisprudencia ha señalado claramente que en los sistemas jurídicos que asignan a las víctimas un papel activo en el marco de los procesos penales, éstas no están generalmente autorizadas a rendir testimonio bajo juramento²⁵⁷. La intervención de una víctima en calidad de testigo continua subordinada al hecho de que su intervención sea una contribución efectiva y útil a la búsqueda de la verdad y al hecho de que su doble estatuto no comprometa el valor probatorio de su testimonio²⁵⁸.

En el plano administrativo, el Estatuto de Roma introdujo, a través del artículo 43-6, una Dependencia de Víctimas y Testigos adjunta a la Secretaría de la CPI, cuya misión, en virtud de la norma 41 del Reglamento de la CPI²⁵⁹, es adoptar medidas de protección y dispositivos de seguridad, así como prestar asesoría y asistencia a testigos y víctimas que comparezcan ante la CPI. El Servicio de Participación de Víctimas y Testigos de la CPI, basándose en las orientaciones de la Sala de la CPI competente, según el caso, se encarga de dar trámite a las diferentes demandas de los participantes en el proceso²⁶⁰. En este sentido, cabe señalar que, conforme al artículo 75 del Estatuto de Roma y a la regla 94 del Reglamento de Procedimiento y Prueba, las víctimas pueden presentar demandas de reparación contra la persona que haya sido reconocida culpable.

El procedimiento establecido por las Salas de la CPI para la participación de las víctimas ha hecho una clara distinción entre la fase de participación en el proceso y la fase de reparación, después de que un acusado haya sido declarado culpable, de modo que la participación no es una condición previa exigible para la reparación²⁶¹. En todo caso, la CPI debe velar para que los intereses de las víctimas, compatibles con la

²⁵⁶ CPI, *Katanga* case, ICC-02/04-01/07-632, *op.cit.*, p. 24

²⁵⁷ CPI, *Affaire Katanga*, ICC-02/04-01/07-1788, *op. cit.*, p. 88.

²⁵⁸ *Ibid.*, párs. 90 y 91.

²⁵⁹ CPI, doc. ICC-BD/01-01-04 (28-5-2004): *Reglamento de la Corte Penal Internacional, Aprobado por los magistrados de la Corte el día 26 de mayo de 2004 en la 5^{ta} sesión plenaria*, 78 págs., (en adelante: “Reglamento de la CPI”).

²⁶⁰ CPI, *Chambre de première instance II* (26 février 2009): *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-933, *Décision relative au traitement des demandes de participation* (en adelante: “CPI, *Affaire Katanga*, ICC-02/04-01/07-933”), párs. 28 y ss.

²⁶¹ CPI, *Affaire Katanga*, ICC-01/04-01/07-1491-Red, *op. cit.*, p. 55. Sobre el derecho de las víctimas a la reparación y el contenido de éste derecho véanse: NU, A/RES/60/147 (16-12-2005), *op. cit.*, párs. 15-23; Corte IDH, *Caso de la Masacre de La Rochela v. Colombia*, *op. cit.*, p. 198; CEDH, *First Section Chamber* (13 April 2007): *Case of Fedotova v. Russia*, application 73225/01, *Judgment*, párs. 13-18 y 53; CC, *Sentencia C-370/06*, *op. cit.*, p. 258, p. 4.7.3.4.

administración de justicia, sean respetados e incluso, en una etapa posterior al juicio, sean traducidos en reparaciones a los daños eventualmente sufridos²⁶². En consecuencia, los plazos establecidos para la recepción de solicitudes de participación no son idénticos a las demandas de reparación que dependen de sentencias en firme sobre la culpabilidad de los acusados, que la CPI no ha emitido por el momento²⁶³.

En la jurisdicción de la CPI, si bien las víctimas no pueden ser asimiladas a las partes dentro del proceso (Defensa y Acusación), su participación constituye un avance significativo que confiere al individuo un papel de actor del Derecho Internacional Penal. La evidencia de esta distinción se encuentra en el hecho de que el papel de las víctimas en el procedimiento de la CPI continúa estrictamente enmarcado por el órgano jurisdiccional. De hecho, los órganos judiciales de la CPI tienen el poder de modificar sus decisiones en materia de representación legal y participación de las víctimas, en virtud de las reglas 89 y 91-1 del Reglamento de Procedimiento y Prueba, sobre la solicitud de participación de las víctimas al procedimiento, sobre su propia calidad de víctimas y sobre las modalidades de su participación.

3.3. EL ESTATUTO DE LAS VÍCTIMAS DE LOS CRÍMENES DE GUERRA EN COLOMBIA

En el derecho interno colombiano coexisten tres estatutos aplicables a las víctimas de crímenes de guerra, incluso de manera concurrente: un estatuto ordinario aplicable a todas las víctimas de delitos del Código Penal colombiano, un estatuto de excepción y un estatuto especial aplicable para efectos de reparación a las víctimas de crímenes internacionales.

3.3.1. El estatuto ordinario de las víctimas en el proceso penal colombiano

El artículo 132 del Código de Procedimiento Penal entiende por víctimas:

“(…) las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño directo como consecuencia del injusto”.

Por su parte, el artículo 135 del Código Penal enumera las siguientes categorías de víctimas de crímenes de guerra:

²⁶² CPI, *Affaire Katanga*, ICC-02/04-01/07-1788, *op. cit.*, párs. 53 y 57.

²⁶³ CPI, *Affaire Katanga*, ICC-02/04-01/07-933, *op. cit.*, pár. 27.

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

Los bienes protegidos por el Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados, conforme al artículo 154 del Código Penal, son:

- “1. Los de carácter civil que no sean objetivos militares.
2. Los culturales y los lugares destinados al culto.
3. Los indispensables para la supervivencia de la población civil.
4. Los elementos que integran el medio ambiente natural.
5. Las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas”²⁶⁴.

El procedimiento general de participación de las víctimas se encuentra regulado en el artículo 137 del Código de Procedimiento Penal colombiano, a través de la “intervención de las víctimas”, para el resarcimiento de los daños y perjuicios individuales y colectivos causados por los diferentes injustos penales y, en el caso de los crímenes de guerra, por los daños causados contra las personas o los bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario. Al igual que la CPI, el legislador colombiano ha considerado que las víctimas pueden extender su participación más allá del contenido del acta de cargos y, diferencia de la CPI, las víctimas son actores procesales, con lo cual tienen una mayor capacidad de acción a lo largo del proceso penal.

A diferencia del Estatuto de Roma, el legislador colombiano reconoce la condición de “víctima colectiva” mediante la intervención popular (*actio popularis*) y, reconoce la calidad de víctima en ausencia de identificación, captura, juicio o condena del autor del injusto (arts. 132 y 137 del Código de Procedimiento Penal). La jurisprudencia constitucional aceptó la noción de víctima indirecta con interés directo,

²⁶⁴ Parágrafo: “Para los efectos de este artículo y los demás del título se entenderán como bienes protegidos conforme al Derecho Internacional humanitario (...)”.

en el mismo sentido de la CPI, a condición de aportar la prueba sumaria de un daño cierto²⁶⁵.

La víctima “interviniente” tiene derecho a recibir información sobre otros derechos y garantías y a ser escuchada en el juicio (arts. 11 y 136 del Código de Procedimiento Penal). La intervención de las víctimas se enmarca en el ejercicio de los “derechos a la verdad, la justicia y la reparación” (art. 137 del Código de Procedimiento Penal), ampliamente desarrollados por la jurisprudencia nacional a partir de un estudio de derecho comparado y de la evolución del Derecho Internacional en la materia²⁶⁶. La “pretensión de intervención” puede presentarse en cualquier momento dentro del proceso penal y exige representación por abogado, susceptible de amparo de pobreza, desde la “audiencia preparatoria” (arts. 11-h, 137-3 y 137-5 del Código de Procedimiento Penal). Además, la “pretensión de intervención” está sometida a requisitos formales de presentación de una denuncia o querrela que incluyen la formulación de los hechos y los daños, las pruebas que se allegan al expediente, entre otros (arts. 11, 69 y 137 del Código de Procedimiento Penal). Las pretensiones de participación y reparación de la víctima deben ser analizadas y admitidas o rechazadas, mediante providencia interlocutoria (arts. 103 y 137 del Código de Procedimiento Penal).

A diferencia de la CPI (regla 90 del Reglamento de Procedimiento y Prueba), el sistema judicial colombiano no puede decidir la designación de abogados comunes en caso de existir pluralidad de víctimas:

“(…) la limitación que impone el numeral 4° del artículo 137 al derecho de postulación de las víctimas para intervenir durante la investigación resulta desproporcionada, pues no hace aportes significativos a los fines que pretende proteger, en tanto que sí priva a las víctimas de valiosas posibilidades de acceso eficaz a la administración de justicia”²⁶⁷.

Al igual que en el proceso de la CPI, los derechos de las víctimas en el proceso penal acusatorio colombiano van más allá de la pretensión indemnizatoria, por lo tanto,

²⁶⁵ CC, Sala Plena (11 de julio de 2007): *Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 11 -ordinales d) y h) (parcial) -; 136 -numeral 11 (parcial) -, 137 - numeral 4 -; 340; 348 -parcial-, y 350 -parcial- de la Ley 906 de 2004 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”, Sentencia C-516/07, Sentencia de constitucionalidad (en adelante: “CC, Sentencia C-516/07”), p. 3.4.2.*

²⁶⁶ CC, Sala Plena (3 de abril de 2002): *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 137 de la Ley 600 de 2000, “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”, Sentencia C-228/02, Sentencia de constitucionalidad (en adelante: “CC, Sentencia C-228/02”), p. VI. 4; CC, Sala Plena (7 de junio de 2006): *Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 11, 132, 133, 134, 135, 136, 137 y 357 de la Ley 906 de 2004, “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”, Sentencia C-454/06, Sentencia de constitucionalidad (en adelante: “CC, Sentencia C-454/06”), párs. 29-41.**

²⁶⁷ CC, Sentencia C-516/07, *op. cit.*, p. 3.3.1.2.

su intervención y la de sus representantes legales en todas las fases de la actuación procesal constituye un desarrollo de su derecho a la justicia, de sus intereses civiles y de la contribución a la verdad²⁶⁸. Los funcionarios judiciales deben proporcionar la información pertinente a la víctima y sus representantes, más allá del momento de su “intervención” judicial, es decir, las víctimas, por mandato del alto tribunal constitucional, tienen derecho a un acceso pleno al expediente desde el comienzo de las indagaciones y, en todo caso, desde el momento de establecer contacto con los funcionarios judiciales, como una garantía de tutela judicial efectiva de sus derechos (arts. 135 y 357 del Código de Procedimiento Penal)²⁶⁹.

Por otra parte, la libre apreciación del testimonio permite al sistema penal no descartar el testimonio de las víctimas, que debe ser emitido bajo juramento- salvo para menores de 12 años-, conforme al artículo 383 del Código de Procedimiento Penal):

“Además, la experiencia indica que en la mayoría de los casos las víctimas o afectados son quienes pueden brindar información útil y veraz para esclarecer un hecho (...).

Los testimonios de víctimas, familiares de éstas, del testigo único, de menores, de ancianos, de “testigos de oídas”, si bien ofrecen mayor dificultad para su apreciación, esa circunstancia, en sí misma, no comporta su desestimación, porque el legislador no estableció tarifa en ese sentido. A veces, por el contrario, es la única vía para establecer un hecho (piénsese en los delitos sexuales cometidos en ausencia de terceros)²⁷⁰.

El legislador colombiano ha autorizado una protección especial a los intervinientes en el proceso penal, con particular atención en las víctimas y los testigos, como parte del deber estatal de asegurar una administración de justicia eficiente y de salvaguardar la vida y la integridad personal de los participantes del proceso penal (art. 11 del Código de Procedimiento Penal). Esta protección corresponde a la Fiscalía General de la Nación durante la etapa de instrucción (art. 114-6 del Código de Procedimiento Penal) quien puede tomar todas las medidas de protección que considere pertinentes, a favor de las víctimas, los testigos y sus familias (arts. 133 y 134 del Código de Procedimiento Penal).

La etapa de la reparación, al igual que en la CPI, es independiente de la participación de las víctimas en el proceso, pero está condicionada a su presentación a través del incidente de reparación integral que debe ser solicitado en los 30 días posteriores al fallo condenatorio y que debe ser adelantado contra el condenado por la

²⁶⁸ CC, Sentencia C-454/06, *op. cit.*, párs. 29-35.

²⁶⁹ *Ibid.*, párs. 43 y 54-56.

²⁷⁰ CSJ, Sala de Casación Penal (12 de septiembre 2007): *La Fiscalía c. Luis Fernando Campuzano Vásquez*, Radicado núm. 24448, Aprobado: Acta núm. 170, Sentencia (en adelante: “CSJ, Masacre de *La Gabarra*, núm. 24448”), pp. 24 y 38.

víctima directa, sus herederos, sucesores o causahabientes (si se trata de una demanda meramente económica) (arts. 102 y 106 del Código de Procedimiento Penal). En todo caso, la reparación está sometida al proceso contradictorio, puede involucrar a terceros civilmente responsables y depende de la prueba aportada por la víctima acerca del daño sufrido (arts. 104, 105 y 107 del Código de Procedimiento Penal). Las personas que resulten penalmente responsables de los crímenes están obligadas a reparar el daño conforme al artículo 102 del Código de Procedimiento Penal. La reparación del daño sufrido debe ser integral, pronta y efectiva (art. 11-c del Código de Procedimiento Penal). Las personas naturales o jurídicas pueden quedar vinculadas al proceso como “terceros civilmente responsables” con obligaciones de indemnización sujetas a la prueba dentro del proceso (arts. 107 del Código de Procedimiento Penal). Como sujeto procesal, la víctima puede apelar la sentencia absolutoria por ser considerada adversa en materia penal (arts. 28 y 86 de la Constitución Política). Adicionalmente, las víctimas pueden solicitar la revisión extraordinaria de las sentencias condenatorias en procesos por crímenes de guerra, cuando una instancia internacional competente haya concluido que dicha condena fue aparente o irrisoria (art. 192-4 Código de Procedimiento Penal).

A este entramado jurídico penal nacional, se adicionan otras disposiciones, relativas a la vía contencioso administrativa, en materia de indemnización a las víctimas que han sido reconocidas como tal en decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH-OEA) y del Comité del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En este sentido, la Ley 288 de 1996²⁷¹, ha establecido un procedimiento a seguir para efectos de la conciliación prejudicial y judicial en estos casos especiales, que incluye los siguientes requisitos: (1) que exista una decisión previa de cualquiera de los órganos citados en la que se concluya que el Estado Colombiano incurrió en violación de derechos humanos en un caso concreto y se establezca que, como consecuencia, deba indemnizar los perjuicios causados; (2) que exista concepto previo favorable al cumplimiento de la decisión adoptada por el órgano internacional, por parte de un Comité interinstitucional del Estado debidamente conformado; y (3) que el acuerdo de las partes sea avalado por el Agente del Ministerio Público (art. 2). Estas conciliaciones extrajudiciales también pueden llevarse a cabo de manera judicial, dentro

²⁷¹ Ley 288 de 1996, de 5 de julio, “*Por medio de la cual se establecen instrumentos para la indemnización de perjuicio a las víctimas de violaciones de derechos humanos en virtud de lo dispuesto por determinados órganos internacionales de Derechos Humanos*”, Congreso de República de Colombia, Diario oficial 42.826.

del proceso contencioso ya iniciado para efectos de reparación por las víctimas en los mismos casos (art. 5). En todo caso, el Consejo de Estado (CE) deberá estudiar los casos en que la conciliación resulta lesiva al patrimonio público o está viciada de nulidad (art. 7). En ausencia de conciliación, la Ley indica que la víctima puede acudir al trámite civil de incidente de liquidación de perjuicios que incluye la posibilidad de arbitraje, conforme al procedimiento civil colombiano (art. 11).

La importancia de estos procedimientos para efectos de los crímenes de guerra, radica en el hecho de que un buen número de casos de graves violaciones al Derecho Internacional de los conflictos armados termina siendo conocido y fallado por el sistema interamericano como violación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y éstos fallos se convierten en un nuevo punto de partida para la jurisdicción nacional ordinaria, penal y administrativa²⁷².

Adicionalmente, en ausencia de fallos internacionales, las víctimas pueden acudir a la jurisdicción contencioso administrativa en ejercicio de la acción de “reparación directa”, basada en el daño causado por la acción u omisión ilegítima de los deberes del Estado²⁷³.

3.3.2. El estatuto de excepción aplicable a las víctimas cuyos victimarios forman parte de los procesos enmarcados en la Ley 975 de 2005

Existe en Colombia un procedimiento especial regido por la Ley 975 de 2005²⁷⁴, que ha sido aplicado mayoritariamente a la desmovilización de jefes de grupos paramilitares responsables de crímenes de guerra y de crímenes de lesa humanidad.

²⁷² CE-RC, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (22 de febrero de 2007): *Jorge Enrique Sánchez Chávez y otros c. Nación- Ministerio de Defensa- Policía Nacional*, Expediente núm. 26036, Recurso de reposición, párs. 5, a.1- a.3.

²⁷³ Véase el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo en vigor y el Código de Procedimiento Contencioso Administrativo que entrará en vigor el 2 de julio de 2012, respectivamente: Decreto 1 de 1984, de 2 de enero, “*Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo*”, Congreso de la República de Colombia, Diario oficial 36.439; Ley 1437 de 2011, de 18 de enero, “*Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*”, Congreso de la República de Colombia, Diario oficial 47.956, entre otros, los artículos 140, 161-165, 308 y 309.

²⁷⁴ Ley 975 de 2005, de 25 de julio, “*Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios*”, Congreso de República de Colombia, Diario oficial 45.980.

El artículo 4 de la Ley 975 de 2005 ha reconocido el derecho de participación y de reparación de las víctimas, cuya definición, del artículo 5, excluye aquellas personas cuyo victimario es un agente del Estado:

“(…) la persona que individual o colectivamente haya sufrido daños (...). Los daños deberán ser consecuencia de acciones que hayan transgredido la legislación penal, realizadas por grupos armados organizados al margen de la ley (...)”.

La participación de las víctimas está contemplada en los artículos 34 a 41 y 58 de la Ley 975 de 2005 y ha sido reglamentada por el Decreto 315 de 2007²⁷⁵. Conforme a este Decreto, la víctima debe acreditar el daño de modo sumario para tener acceso al procedimiento (arts. 3 y 4) y en caso de participar de las audiencias debe renunciar al anonimato (art. 5). La participación de la víctima durante la versión libre se limita a la eventual sugerencia de preguntas a la Fiscalía, quién es autónoma para decidir si acoge o no las observaciones y preocupaciones de las víctimas (art. 2-d)²⁷⁶.

De la misma manera que el proceso penal ordinario, la participación de las víctimas se halla condicionada al respeto de los derechos de la Defensa y de la equidad del juicio (art. 13). La representación judicial de las víctimas está garantizada a través de los Defensores Públicos (art. 1) que, sin embargo, en estos procesos atienden un promedio de 551 víctimas cada uno, entre las víctimas que están registradas en el sistema²⁷⁷.

En cuanto a la reparación, ésta se discute en el incidente de reparación integral (art. 23). La indemnización solidaria (fondos públicos), en caso de iliquidez del condenado, fue reglamentada por el Decreto 1290 de 2008²⁷⁸, conforme al cual, el Estado ha establecido unos topes de indemnización que van de 40 a 27 salarios mínimos legales vigentes (entre 8000 y 5400 euros) y un único grupo de delitos reconocidos para

²⁷⁵ Decreto 315 de 2007, de 7 de febrero, “*Por medio del cual se reglamenta la intervención de las víctimas durante la etapa de investigación en los procesos de Justicia y Paz de acuerdo con lo previsto por la Ley 975 de 2005*”, Ministerio del Interior y de Justicia de la República de Colombia, delegatario de funciones presidenciales, Diario oficial 46.575.

²⁷⁶ La baja participación de las víctimas en estos procesos ha venido siendo materia de estudio. En 2010, de 3750 edictos publicados, se corroboró la asistencia de 50 461 víctimas a las versiones libres. Esta cifra supone un promedio de 20 personas convocadas por cada edicto, aunque en la práctica, la cifra no discrimina las veces en que una misma persona asiste a diferentes audiencias ni los casos, frecuentes, en que las víctimas organizadas y movilizadas asisten por su propia cuenta, informándose a través de las organizaciones no gubernamentales. Véase: GARCÍA, J. F., (coord.), “La contextualización del universo de las víctimas y de sus expectativas en el marco de la Ley de Justicia y Paz”. En: CITpax, *Observatorio Internacional DDR- Ley de Justicia y Paz. Tercer informe*, 2010, Madrid, Publicaciones del CITpax, 200 págs., 147-200, p. 174.

²⁷⁷ *Ibid.*, pp. 71 y 74.

²⁷⁸ Decreto 1290 de 2008, de 22 de abril, “*Por el cual se crea el programa de reparación individual por vía administrativa para las víctimas de los grupos armados organizados al margen de la ley*”, Presidente de la República de Colombia, Diario oficial 46.968.

efecto de indemnización por la vía administrativa: homicidio, desaparición forzada, secuestro, lesiones personales, tortura, delitos sexuales, reclutamiento ilegal y desplazamiento forzado (art. 5).

Algunas limitaciones de la Ley 975 de 2005 en materia de participación y reparación para las víctimas fueron modificadas después del control de constitucionalidad²⁷⁹, aunque en la práctica, la efectividad de la participación de las víctimas en estos procesos penales de carácter especial se halla fuertemente contestada y aún es incierto el componente de dignificación de la memoria de las víctimas y la reparación del daño moral y social²⁸⁰.

3.3.3. El estatuto especial aplicable a las víctimas de crímenes internacionales en materia de reparación

El 10 de junio de 2011 fue sancionada la Ley 1448 de 2011²⁸¹, con miras a establecer un estatuto unificado de reparación para las víctimas de crímenes internacionales²⁸². Esta Ley responde a la necesidad de integrar la jurisprudencia constitucional que ha venido desarrollando un núcleo de principios de obligatorio cumplimiento en materia de reparaciones, unificar el gasto nacional y establecer una ruta unificada de acceso para las víctimas al sistema nacional de asistencia, ayuda humanitaria y reparación.

²⁷⁹ La Corte Constitucional declaró inexecutable las restricciones a los derechos de las víctimas (relegadas al incidente de reparación por los arts. 23 y 45 de la Ley), precisó su calidad de sujeto procesal de pleno derecho, y la posibilidad de víctimas directas e indirectas sin límite de consanguinidad. El artículo 5-2 de la Ley 975 de 2005, sólo preveía la reparación para familiares en primera línea de consanguinidad y primera línea civil. Véase: CC, Sentencia C-370/06, *op. cit.*, p. 3.1.2.2.

²⁸⁰ OACNUDH, Declaración (24-2-2005): *Intervención del señor Michael Frühling, Director de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en la III Jornada de Seguimiento al proceso Gobierno- AUC*, 6 págs.

²⁸¹ Ley 1448 de 2011, de 10 de junio, “*Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones*”, Congreso de la República de Colombia, Diario oficial 48.096.

²⁸² El análisis de la Ponencia del Senado radicada el 17 de enero de 2011, fue presentado por la autora de esta investigación en la Conferencia-Debate: “Ley de víctimas”, llevada a cabo en la *Maison de l’Amérique Latine* de la ciudad de París el 7 de marzo de 2011. Véase: Proyecto de Ley 213 de 2010 Senado, 107 de 2010 Cámara, Acumulado con el Proyecto de Ley 85 de 2010 Cámara, de 13 de diciembre. Ponencia del Senado, 17 de enero de 2011, “*Por la cual se dictan medidas de atención, reparación integral y restitución de tierras a las víctimas de violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario y se dictan otras disposiciones*”, Congreso de la República de Colombia, Texto aprobado en plenaria por la Cámara de Representantes: Gaceta 1139/10, Texto del Senado en primer debate: Gaceta 63/11.

La Ley 1448 de 2011 que, hasta junio de 2011 no ha sido objeto de revisión constitucional, contiene tres ejes estructurales que atañen directamente a los crímenes de guerra y que deben ser materia de análisis: la noción de víctima, la noción de reparación y las garantías de participación en procesos judiciales.

El artículo 3 estipula:

“Se consideran víctimas, para los efectos de esta ley, aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido menoscabo en sus derechos fundamentales, por hechos ocurridos a partir del 1º enero de 1985, como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas Internacionales de Derechos Humanos (...)

Parágrafo 2º. Los miembros de los grupos organizados al margen de la ley no serán considerados víctimas, salvo en los casos en los que niños, niñas o adolescentes hubieren sido desvinculados del grupo armado organizado al margen de la ley siendo menores de edad (...).”

El artículo 3 incorpora todo el desarrollo jurisprudencial constitucional y penal en torno a la noción de víctima, incluida la noción de víctimas indirectas con interés directo, la prohibición de discriminación por orientación sexual, estatuto marital o grado de consanguinidad, la existencia de víctimas sin individualización de los victimarios y la noción de víctima atribuible a los defensores que sean perjudicados en ejercicio de sus funciones. No obstante, este artículo introduce dos límites inexistentes en la jurisdicción ordinaria colombiana y en el Derecho Internacional: el marco temporal y la exclusión del combatiente.

En este sentido, la exclusión del combatiente como víctima de crímenes de guerra contraviene directamente los Convenios de Ginebra, en particular, el artículo 3 común y los artículos 2 y 4-2 del Protocolo II adicional. Del mismo modo, es contrario a los artículos 13 y 230 de la Constitución Política relativos a la igualdad ante la ley y a la igualdad de la ley, así como los artículos 132 y 135 del Código de Procedimiento Penal, relativos a la noción de víctima en el proceso penal. El citado artículo 3-2 es contrario a las disposiciones de las Naciones Unidas en cuanto al concepto de víctima²⁸³ y a la jurisprudencia constante de los tribunales internacionales penales ya estudiada en el título correspondiente al concepto de víctima de crímenes de guerra en el ámbito internacional. De hecho, en Derecho Internacional Penal los combatientes pueden ser víctimas de crímenes de guerra en la medida en que se encuentren fuera de combate (heridos, rendidos o prisioneros) al momento de padecer el injusto (daño ilegítimo). Negar esta condición sería tanto como autorizar la comisión de crímenes atroces contra

²⁸³ NU, doc. A/RES/60/147 (16-12-2005), *op. cit.*, artículo 11.

las personas que han sido capturadas o han depuesto sus armas y esta conducta ha sido proscrita por el Derecho Internacional desde finales del siglo XIX.

En el caso de los menores combatientes, conforme al Derecho Internacional Penal, el menor reclutado o alistado se considera una víctima hasta haber alcanzado los 15 años y, a pesar de que pueda ser juzgado por la jurisdicción nacional por los hechos punibles cometidos durante y después de este período, conserva su estatus de víctima por el período en que padeció del reclutamiento o alistamiento siendo menor, por lo tanto, tiene derecho a acceder de modo preferencial a programas de asistencia en salud y de reinserción adaptados a sus problemas psico-sociales. En materia convencional, vinculante para Colombia, la condición de “víctima menor combatiente” se hace extensiva hasta los 18 años²⁸⁴.

En cuanto a los límites temporales que definen el estatuto de víctima de crímenes internacionales para efectos de reparación, éstos están directamente relacionados con el derecho a la reparación monetaria desde 1985 (art. 3) y a la restitución de tierras, en particular, desde 1991 (art. 75). Adicionalmente, el parágrafo 4 del artículo 3 de la Ley, señala la existencia de un “derecho a la verdad, medidas de reparación simbólica y a las garantías de no repetición” en cabeza de las víctimas por hechos ocurridos antes de 1985, “como parte del conglomerado social y sin necesidad de que sean individualizadas”. En este sentido, es importante recordar que, conforme al Derecho Internacional, los derechos de restitución e indemnización (subsidiaria de la restitución) son inderogables y los crímenes internacionales cometidos son imprescriptibles. Por lo tanto, al margen de las fechas estipuladas en la Ley, nada excluye el derecho legítimo que tiene toda víctima de acceder a la justicia por la vía ordinaria y hacer valer sus reclamaciones, bajo el régimen común de prueba²⁸⁵.

Otro asunto que merece revisión es el hecho de excluir por definición indirecta (art. 3 parágrafo 3) a las víctimas actuales y futuras de los grupos paramilitares a quienes el ejecutivo nacional no reconoce la naturaleza de grupos armados y, por el contrario, denomina “bandas criminales” de delincuencia común. Como será precisado

²⁸⁴ CPI, *Affaire Lubanga*, ICC-01/04-01/06-803, *op. cit.*, párs. 259 y ss., con reenvíos de jurisprudencia; CS, doc. S/RES/1612 (26-7-2005): *Los niños y los conflictos armados*, 6 págs., p. 1 y párs. 2-c y 14; Protocolo facultativo a la Convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados (25-5-2000), artículos 3 y 6-3 (ratificado por Colombia: 25-5-2005); UNICEF *et al.*, doc. (6-2-2007): *Principios y directrices sobre los niños asociados a fuerzas armadas o grupos armados*, 56 págs., párs. 2.0, 2.9, 3.3, 3.6 y 3.12.

²⁸⁵ CC, Sentencia T-821/07, *op. cit.*, párs. 60-61.

en el Capítulo III de esta investigación, correspondiente a la responsabilidad de los crímenes de guerra, la identificación general de grupo armado y particular de autor del crimen de guerra es el producto de un ejercicio de verificación objetiva que está bajo la responsabilidad exclusiva del operador judicial y que debe ajustarse al Derecho Internacional de los conflictos armados, en particular, a los artículos 2 y 4 del Protocolo II adicional, relativo a los conflictos armados internos.

En cuanto a las garantías de participación judicial, el conjunto de presunciones a favor de las víctimas²⁸⁶ constituye un avance significativo en el acceso eficiente a la justicia rápida, efectiva y adecuada, conforme a las recomendaciones del alto tribunal constitucional²⁸⁷. No obstante, es importante llamar la atención sobre las condiciones de progresividad, gradualidad y sostenibilidad financiera para el acceso a la reparación (arts. 17-19). Estas condiciones han sido aceptadas por la comunidad internacional únicamente con respecto a derechos económicos, sociales y culturales²⁸⁸ y han quedado proscritas en materia del núcleo de derechos intangibles como la vida, la libertad, la integridad, la dignidad y la propiedad, pues tales prácticas son incompatibles con el derecho de acceso a un recurso judicial efectivo²⁸⁹.

En otro asunto de interés se puede mencionar la participación de las víctimas en calidad de testigos, prevista por la Ley como modalidad de participación. Las reglas de participación de la víctima-testigo son similares a las establecidas en la jurisdicción ordinaria, salvo en lo relativo a la posibilidad de rendir testimonio por medio de audio o video (art. 40). Esta posibilidad debe ser estudiada cuidadosamente debido a que puede poner en riesgo los derechos de la Defensa, en particular en lo relativo al principio de contradicción y de proximidad en la apreciación de la prueba (arts. 8-j, 8-k y 404 del

²⁸⁶ Entre las presunciones adoptadas en el Proyecto de Ley, conforme a los desarrollos de la jurisprudencia constitucional en la materia, se encuentran: la presunción de buena fe en los trámites y procedimientos que adelantan las víctimas (inversión de la carga de la prueba) (arts. 5 y 78), así como la presunción de despojo en relación con los predios inscritos en el registro de tierras despojadas (art. 77), que supone una presunción *juris et de jure* (de derecho) de causa ilícita y ausencia de consentimiento en la transferencia del dominio, y la presunción *juris tantum* (de ley) de causa ilícita y ausencia de consentimiento en la transferencia del dominio de los predios aldedaños, entre otros casos.

²⁸⁷ Véanse, entre otras: CC, Sala Sexta de Revisión (26 de marzo de 2001): *Acción de tutela instaurada por Cesar Iván Perea Palomino en contra de la Red de Solidaridad Social*, Sentencia T-327/01, Sentencia de revisión de tutela, pár. IV. B. III; CC, Sala Séptima de Revisión (12 de marzo de 2010): *Acción de tutela instaurada por Orfelina Giraldo Navarro y Angélica María Díaz Lozano en contra de Acción Social*, Sentencia T-179/10, Sentencia de revisión de tutela, pár. 2.4.2.3.

²⁸⁸ CPIDESC, doc. Observación general núm. 3 (1990): *La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*, 3 págs., párs. 10-12.

²⁸⁹ Véanse, entre otros: Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José) (22-11-1969), (en adelante: “Pacto de San José”), artículo 8-1; NU, doc. A/RES/60/147 (16-12-2005), *op. cit.*, pár. 12; CC, Sentencia C-370/06, *op. cit.*, párs. 4.9.11.1- 4.9.11.6.

Código de Procedimiento Penal) y, en el contexto del conflicto armado, esta práctica puede entrañar riesgos adicionales de coacción en detrimento de la autenticidad de los testimonios. Otras prácticas como la distorsión de la voz durante la audiencia pública, la separación entre el testigo y el público y/o el acusado a través de una cortina y la distorsión de la imagen en la pantalla, han venido siendo utilizadas con éxito por la CPI sin poner en riesgo la autenticidad del testimonio y la proximidad del juez en la apreciación de la prueba.

El ejercicio de la representación legal de las víctimas que deseen acceder a la vía contencioso administrativa se ve restringido en el marco del estatuto especial, en la medida en que el artículo 44 de la Ley que establece unos topes de gastos de representación de las víctimas por proceso que corresponden aproximadamente a 6000 euros, sin importar el número de víctimas y el número de abogados representantes. En la práctica, esta medida desalienta la representación judicial de víctimas pobres (sin recursos propios) y erosiona el derecho a la representación judicial en buena y debida forma de las víctimas en igualdad de condiciones.

Por su parte, la noción de reparación integral introducida en la Ley intenta conciliar la jurisprudencia de la CC, que ha identificado cinco elementos concurrentes e insustituibles: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y no repetición²⁹⁰. En este sentido, el concepto de reparación integral, conforme a la jurisprudencia constante y consolidada de la CC, no incluye la asistencia social ni la ayuda humanitaria. De hecho, los servicios de asistencia social forman parte del conjunto de derechos humanos reconocidos a cada ciudadano por el hecho de ser persona (arts. 11-44 de la Constitución Política) y la ayuda humanitaria es un desarrollo del deber de solidaridad de la sociedad frente a personas que enfrentan una situación de catástrofe natural o humana (art. 1 de la Constitución Política)²⁹¹. Sin desconocer los efectos de reparación social y reconciliación general que puede tener la aplicación de una política social estatal permanente en materia de acceso y adaptabilidad de los servicios básicos a la ciudadanía, el hecho de confundir esta prestación con medidas de reparación puede

²⁹⁰ CC, Sala Primera de Revisión (16 de febrero de 2009): *Trámite de revisión de los fallos dictados por los despachos de instancia en las Acciones de tutela T-2.050.591, T-2.056.396 y T-2.056.402*, Sentencia T-085/09, Sentencia de revisión de tutela (en adelante: “CC, Sentencia T-085/09”), pág. 3.2; CC, Sala Octava de Revisión (5 de octubre de 2007): *Acción de tutela interpuesta por Rosmira Serrano Quintero contra la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional Acción Social*, Sentencia T-821/07, Sentencia de revisión de tutela (en adelante: “CC, Sentencia T-821/07”).

²⁹¹ CC, Sentencia T-085/09, *op. cit.*, pág. 3.3.

enviar un mensaje errado a la sociedad en virtud del cual, un cierto grupo de población sólo tendrá acceso a sus derechos constitucionales si es víctima de crímenes internacionales:

“Ahora bien, la Corte ha hecho énfasis en que las medidas de reparación no pueden confundirse con otros programas tales como los servicios sociales que presta el gobierno de manera ordinaria en materia de políticas públicas de vivienda, educación y salud, y la asistencia humanitaria que ofrece el Estado en caso de desastres (...). De este modo, aun cuando es claro que puede establecerse una relación de complementariedad entre los servicios sociales del Estado, las acciones de atención humanitaria y las medidas de reparación, al punto que un mismo ciudadano pueda ser sujeto de la ejecución simultánea de las acciones, o que una misma entidad esté encargada de la ejecución de varias de ellas, no es posible asimilarlas unas a otras o pretender sustituirlas. Cuando ello ocurre, ha dicho la Corte que se ve menguado el alcance del derecho a la reparación y, por tanto, se amenaza con su vulneración”²⁹².

En materia de restitución, la Ley se ha enfocado en el problema de la tenencia y propiedad de la tierra, aunque *stricto sensu* las víctimas han perdido cantidades importantes de bienes muebles, semovientes y viviendas urbanas (arts. 70-72), cuyo derecho de propiedad una vez probado no puede ser desconocido ni compensado a través de sistemas de créditos o subsidios parciales (art. 123), que no forman parte de los elementos de la indemnización subsidiaria a la restitución²⁹³. Adicionalmente, el hecho de condicionar la restitución de la propiedad inmueble a la inexistencia de proyectos agroindustriales productivos en el predio objeto de restitución (art. 99) reconoce implícitamente el derecho de uso y explotación por parte de los tenedores actuales (de buena fe) de las propiedades despojadas y hurta al propietario legítimo el derecho a decidir acerca del uso de su propiedad, situación que parece contradictoria con la restitución en sí misma y recrea figuras jurídicas ya declaradas inconstitucionales, relativas a la ampliación de la frontera agrícola industrial en detrimento de los derechos de los pequeños propietarios²⁹⁴.

Otros aspectos como la satisfacción (dignificación de las víctimas) en el caso de víctimas colectivas (arts. 139, 151-152) y las condiciones de tiempo y modo para la consulta a las comunidades autóctonas y minorías étnicas para definir sus

²⁹² CC, Sala Novena de Revisión (15 de julio de 2010): *Acción de tutela instaurada por Mercedes Herrera Novoa, Zoila de Jesús Ortega Mojica, Elizabeth Esther Morales Herrera, Mercedes María Morales Herrera, Tania Luz Morales Herrera, Rocío del Pilar Morales Soto, Marena Morales Ortega, Andrés José Ternera Ortega, y Antonio Rafael Ortega de la Rosa contra la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional – Acción Social*, Sentencia T-458/10, Sentencia de revisión de tutela, pár. 1.4.

²⁹³ CC, Sentencia C-454/06, *op. cit.*, párs. 42 y ss.

²⁹⁴ CC, Sala Plena (18 de marzo de 2009): *Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1152 de 2007, “por la cual se dicta al Estatuto de Desarrollo Rural, se reforma el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder, y se dictan otras disposiciones”*, Sentencia C-175/09, Sentencia constitucionalidad, pár. 19.

correspondientes reglas de reparación (art. 205), tienen un contenido general, cuyo alcance va a depender de la aplicación caso por caso y del desarrollo jurisprudencial posterior.

Adicionalmente, este estatuto especial debe tomar nota de la reforma de 2002 del Código Civil colombiano, que redujo el plazo de prescripción adquisitiva de dominio para tierras y bienes inmuebles en general de 20 a 10 años, sin exigencia de justo título (art. 2531-3-1)²⁹⁵.

En este sentido, los más de 4 millones de personas desplazadas de sus territorios con ocasión del conflicto armado interno en Colombia han abandonado su propiedad (cerca del 10,8% del área agropecuaria del país) hace más 10 años²⁹⁶ y puede suponerse que los actos públicos materiales de dominio sobre los bienes inmuebles, en términos de lo dispuesto por el artículo 2531-3-1 del Código Civil colombiano, han sido imposibles durante este período. Por su parte, terceros, muchos de ellos desmovilizados²⁹⁷, han venido ejecutando actos de señor y dueño en los términos de ley y podrían alegar la prescripción adquisitiva extraordinaria del dominio, expropiando *de facto* y *de jure* a las víctimas de los crímenes de guerra²⁹⁸, que se agolpan en los cinturones de miseria de las ciudades²⁹⁹.

Finalmente, no deja de ser sorprendente que la normativa propuesta no haga ninguna mención de las víctimas en el exterior, si se considera: (1) que la diáspora

²⁹⁵ La Ley 791 de 2002 redujo la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio para bienes inmuebles de 20 a 10 años. Esta reforma permite la adquisición de tierras sin justo título en 10 años (art. 5), tiempo que no se interrumpe aún cuando el propietario legítimo se encuentre en imposibilidad absoluta de hacer valer su derecho y dicha imposibilidad subsista (art. 6). Véase: Ley 791 de 2002, de 7 de diciembre, “*Por medio de la cual se reducen los términos de prescripción en materia civil*”, Congreso de la República de Colombia, Diario oficial 45.046.

²⁹⁶ SISDHES, “Victimas emergentes. Desplazamiento, derechos humanos y conflicto armado en 2008”. *Codhes Informa* núm. 75, 22 de abril de 2009, Bogotá, Publicaciones CODHES, pp. 1-15, p. 2.

²⁹⁷ Entre los métodos descritos para el despojo de tierras se encuentra el asesinato, el desplazamiento forzado, la escrituración sin registro y la corrupción. Véase: SEMANA, “Los señores de la tierra”, *Revista Semana* núm. 1152, 30 de mayo de 2004, Bogotá, Edición digital, p. Portada. En: <http://www.semana.com/noticias-portada/senores-tierras/79095.aspx> (consultado: 6-2-2011); MASSÉ, F.; MUNÉVAR, J., (coords.), “La evolución de las estructuras armadas en el período post-desmovilización: pasado, presente y futuro”, *op. cit.*, pp. 84, 124-126.

²⁹⁸ La superficie expropiada oscila entre 26 mil y 68 mil kilómetros cuadrados, es decir, entre 1 y 3 veces la superficie de la Comunidad Valenciana en España, o entre 2,5 y 6 veces la superficie de la región *Île-de-France*. Véase: PGN, doc. s/n (15-6-2006): *Palabras del señor Procurador General de la Nación, Doctor Edgardo José Maya Villazón, en el marco de la presentación de los resultados de la primera fase del Proyecto “Seguimiento y control preventivo a las políticas públicas en materia de desmovilización y reinserción”*, 23 págs., p. 9. En: <http://www.procuraduria.gov.co/html/eventos2006.htm> (consultado: 6-2-2011).

²⁹⁹ ACNUR, Fundraising Reports (1-12-2010): *Global Appeal 2011 Update*, 312 págs., pp. 108 y 304-308.

colombiana es tan antigua como el conflicto armado mismo; (2) que la totalidad de los refugiados políticos colombianos han sido víctimas de crímenes internacionales; (3) que otros tantos ciudadanos colombianos en el exterior que no gozan del estatuto de refugiado también han sido obligados a salir de Colombia como consecuencia de crímenes perpetrados en su contra en el contexto y con ocasión del conflicto armado y; (4) que en numerosas ocasiones el desplazamiento forzado hacia el exterior ha tenido como consecuencia el abandono de tierras y toda clase de bienes³⁰⁰.

³⁰⁰ Para un estudio de la migración colombiana asociada a los crímenes en el contexto y con ocasión del conflicto armado, véanse, por ejemplo: ACNUR, doc, HCR/EG/COL/10/2 (27-5-2010): *Directrices de elegibilidad del ACNUR para la evaluación de las necesidades de protección internacional de los solicitantes de asilo de Colombia*, 40 págs.; CRUZ ZÚÑIGA, P.; GONZÁLEZ GIL, A.; MEDINA MARÍN, R., (coords.), *La diáspora colombiana. Derechos humanos y migración forzada. Colombia-España 1995-2005*, 2008, Sevilla, ArCiBel Editores, 253 págs., pp. 44 y ss.

CAPÍTULO II. INTRODUCCIÓN A LOS ELEMENTOS DE LOS CRÍMENES DE GUERRA

Los crímenes de guerra tienen un núcleo de elementos constitutivos, independientemente de la intensidad con la que se cometan y estos elementos deben ser interpretados en el marco del Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados³⁰¹. La indivisibilidad y el carácter acumulativo de estos elementos constitutivos han sido confirmados en numerosas ocasiones por la jurisprudencia de los tribunales internacionales penales³⁰² y la CPI ha establecido un listado preciso de elementos para cada uno de los crímenes de guerra.

1. LOS ELEMENTOS DE LOS CRÍMENES DEL ESTATUTO DE ROMA

1.1. NATURALEZA

El establecimiento de los crímenes de guerra como categoría permanente de Derecho Internacional Penal partió de tres premisas fundamentales: (1) la adopción de un umbral de gravedad para la incorporación de las infracciones al Derecho Internacional de los conflictos armados en la categoría de crímenes de guerra; (2) la verificación de las incriminaciones propuestas como parte de “las leyes y los usos” de guerra generadores de responsabilidad penal individual; y (3) la inclusión de incriminaciones relativas tanto a los conflictos armados internacionales como a los conflictos armados internos³⁰³.

Los elementos de los crímenes de guerra fueron elaborados durante los trabajos de la Comisión Preparatoria entre 1999 y marzo de 2000 como una respuesta a la preocupación por el respeto al principio de legalidad de la incriminación³⁰⁴.

En los trabajos preparatorios de 1996, algunas delegaciones habían expresado

³⁰¹ CPI, Elementos de los Crímenes, *op. cit.*, artículo 8, Introducción.

³⁰² TPIR, *Trial Kayishema*, ICTR-95-1-T, *op. cit.*, p. 594, con reenvíos de jurisprudencia.

³⁰³ VON HEBEL, H., “The elements of war crimes. Introduction”. En: R. S. Lee (ed.), *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, 2001, New York, Transnational Publishers, 857 págs., pp. 109-112, p. 109.

³⁰⁴ CPI, doc. PCNICC/2000/INF/3 (6-7-2000): *Report of the Preparatory Commission for the International Criminal Court*, 39 págs., (en adelante: “CPI, doc. PCNICC/2000/INF/3 (6-7-2000)”).

la opinión de que en el Estatuto de Roma o en un anexo, debían enunciarse los elementos constitutivos de los crímenes para dar la claridad y la precisión requeridas por el Derecho Penal, dar orientación adicional al Fiscal y a la CPI, velar por el respeto de los derechos de las personas acusadas, y evitar toda manipulación política de las definiciones de los crímenes³⁰⁵. El propósito de ofrecer criterios uniformes de interpretación a la acción judicial internacional estuvo vinculado expresamente a la voluntad mayoritaria de los Estados de legislar acerca de los elementos de los crímenes³⁰⁶, teniendo extremo cuidado de incorporar el Derecho Internacional convencional y consuetudinario sin cometer inexactitudes que pusieran en peligro la competencia y la efectividad de la CPI³⁰⁷.

No obstante, el texto que consagra los Elementos de los Crímenes (Anexo B del Estatuto de Roma) presenta algunas particularidades, en cuanto a su carácter convencional y a su carácter vinculante en las decisiones de la CPI.

En este sentido es importante señalar que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 admite la existencia de instrumentos conexos que integran un mismo “tratado”. Así mismo, los anexos de un tratado por regla general, salvo disposición en contrario, son obligatorios al mismo título que el texto del tratado. De hecho, el artículo 9-1 del Estatuto de Roma fijó el mecanismo de adopción de los Elementos de los Crímenes, que “serán aprobados por una mayoría de dos tercios de los miembros de la Asamblea de los Estados Partes”. Esta decisión de los Estados Partes es conforme al mecanismo dispuesto por el artículo 9-2 de la Convención de Viena de 1969 para la adopción de tratados y constituye una excepción de mayor rigor frente a la regla general de la adopción de textos que rige para la Asamblea de Estados Partes y que está consagrada en el artículo 112-7 del Estatuto de Roma.

En este sentido, un punto de discusión de la doctrina estriba en el hecho de que el anexo B del Estatuto de Roma: los Elementos de los Crímenes, fue adoptado por la Asamblea de los Estados Partes con posterioridad a la entrada en vigor del Estatuto de Roma y enteramente a partir de las propuestas de las Comisiones

³⁰⁵ NU, doc. A/50/22 Suplemento 22 (6-9-1995), *op. cit.*, p. 57.

³⁰⁶ NU, doc. A/51/22 Suplemento 22 (13-9-1996): *Informe del Comité Preparatorio sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, vol. I*, 84 págs., (en adelante: “NU, doc. A/51/22 Suplemento 22 (13-9-1996)”), párs. 54 y 56.

³⁰⁷ NU, doc. A/CONF/183/INF/10 (13-7-1998): *Information conveyed by New Zealand. International Committee of the Red Cross: Statement of 8 July relating to the Bureau discussion paper (A/CONF.183/C.1/L.53)*, 3 págs., p. 3.

Preparatorias de 1999 y 2000³⁰⁸. Otro elemento de discusión sobre el carácter vinculante de los Elementos de los Crímenes, parte del análisis del artículo 9-1 del Estatuto de Roma, según el cual “los elementos de los crímenes ayudan a la Corte a interpretar y aplicar los artículos 6, 7 y 8”. El contenido de este artículo ha permitido afirmar que los Elementos de los Crímenes son una fuente de interpretación auténtica que “ayuda” pero no tiene carácter vinculante.

En este sentido, la inclusión de la expresión “ayudan” fue el resultado de importantes negociaciones durante los trabajos preparatorios, que permitieron reemplazar la expresión inicial “serán aplicados” cuyo contenido fue considerado mucho más estricto para efectos de la acción judicial³⁰⁹. El resultado final de las negociaciones entre los Estados permitió la elaboración de los Elementos de los Crímenes, como anexo B del Estatuto de Roma, autorizó un cierto margen de interpretación por parte de la CPI y determinó que los Elementos de los Crímenes fueran elaborados luego de la Conferencia Diplomática de adopción del mencionado Estatuto³¹⁰.

De otro lado, la tesis del carácter vinculante de los Elementos de los Crímenes se basa en el contenido del artículo 21-1-a del Estatuto de Roma que define la jerarquía de fuentes de derecho aplicable y, en el primer lugar, como fuente principal, menciona: “el Estatuto de Roma, los Elementos de los Crímenes y el Reglamento de Procedimiento y Prueba”. Estas tres fuentes son el derecho primario de la CPI y tienen carácter vinculante, sin embargo, en caso de conflicto entre ellas, los Elementos de los Crímenes (art. 9-3 del Estatuto de Roma) y el Reglamento de Procedimiento y Prueba (art. 51-5 del Estatuto de Roma), se hallan subordinados al Estatuto de Roma³¹¹.

Los trabajos preparatorios apoyan esta interpretación sobre la jerarquía de los

³⁰⁸ El texto adoptado por la Asamblea de los Estados Partes del Estatuto de Roma es idéntico al último informe de la Comisión Preparatoria. Véase: CPI, doc. PCNICC/2000/INF/3/Add.2 (6-7-2000): *Report of the Preparatory Commission for the International Criminal Court. Addendum. Finalized draft text of the Elements of Crimes*, 48 págs.

³⁰⁹ NU, doc. A/CONF/183/C.1/L.69 (14-7-1998): *Proposal submitted by the United States of America concerning the Bureau proposal (A/CONF.183/C.1/L.59)*, 1 pág.: “1. Elements of crimes shall be formulated, interpreted and applied in a manner consistent with the terms of articles 5 bis, 5 ter, 5 quater and article 21, paragraph 2. They shall be applied by the Court in reaching determinations as to guilt (...)”. (Subrayado fuera del texto).

³¹⁰ VON HEBEL, H.; KELT, M., “The making of the elements of crimes”. En: R. S. Lee (ed.), *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, 2001, New York, Transnational Publishers, 857 págs., pp. 3-18, p. 3.

³¹¹ SCHABAS, W., *An Introduction to the International Criminal Court*, 1st edition reprinted, 2002, New York, Cambridge University Press, 406 págs., p. 72.

Elementos de los Crímenes, pues enuncian desde 1996 la voluntad expresa de que:

“(…) los Estados elaboraran todos los elementos generales de los crímenes y los principios básicos de la responsabilidad y la defensa y que los establecieran en el Estatuto mismo o en un Anexo de él que tuviera igual jerarquía jurídica que el Estatuto”³¹².

La delegación de los Estados Unidos de América fue particularmente activa en las iniciativas tendientes a la adopción del documento anexo de los Elementos de los Crímenes. La Conferencia Diplomática finalmente coincidió en cuanto a la necesidad de que los Elementos de los Crímenes fueran formulados, interpretados y aplicados de manera consistente con los artículos que definen los crímenes bajo competencia de la CPI³¹³.

El respeto del principio de legalidad y del monopolio de la competencia legislativa de los Estados en materia internacional, hace que los Elementos de los Crímenes estén sometidos al mismo procedimiento de reforma que fue establecido para su adopción, es decir, la aprobación de dos tercios de la Asamblea de los Estados Partes es necesaria para crear, eliminar o modificar el anexo B (art. 9-2 del Estatuto de Roma).

En este sentido, aunque el carácter vinculante de los Elementos de los Crímenes no es absoluto y la CPI interactúa con estos Elementos pudiendo incluso proponer las reformas pertinentes, la naturaleza del anexo B hace que la Asamblea de los Estados mantenga el poder legislativo para la adopción de tales reformas (art. 9-2 del Estatuto de Roma).

Debe recordarse adicionalmente que otras propuestas sobre la formulación y reforma de los Elementos de los Crímenes por parte de los jueces, basándose en los estatutos del TPIY y el TPIR, con una naturaleza subsidiaria y no vinculante, también fueron consideradas y fueron descartadas por no hallarse ajustadas al principio de legalidad de la ley penal³¹⁴.

Por lo tanto, sólo en caso de discrepancia entre la definición de los crímenes

³¹² NU, doc. A/51/22 Suplemento 22 (13-9-1996), *op. cit.*, pág. 180.

³¹³ NU, doc. A/CONF/183/C.1/L.8 (19-6-1998): *Proposal submitted by the United States of America, Article 5*, 1 pág.: “(…) At the end of the “Crimes within the jurisdiction of the Court” section, add the following language: “Definitional elements for these crimes, contained in annex XXX, shall be an integral part of this Statute, and shall be applied by the Court in conjunction with the general provisions of criminal law, in its determinations”.

³¹⁴ NU, doc. A/51/22 Suplemento 22 (13-9-1996), *op. cit.*, pág. 184; GADIROV, E.; CLARK, R. S., “Article 9: Elements of Crimes”. En: O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observer’s notes Article by Article*, 2nd edition, 2008, München, C. H. Beck, Hart, Nomos, 1954 págs., pp. 505-529, p. 509.

contenida en los artículos 6, 7, 8, 8 *bis* del Estatuto de Roma y el anexo B de los Elementos de los Crímenes, el Estatuto de Roma debe aplicarse de manera prioritaria y en eso consiste el margen de interpretación del anexo B de los Elementos de los Crímenes que conservan los jueces de la CPI³¹⁵.

En la práctica, la interpretación de los jueces depende de una revisión simultánea de los hechos y de las normas aplicables. En consecuencia, la interpretación contextual del Estatuto de Roma es necesaria cuando el conjunto normativo deviene ambiguo u obscuro con respecto a los hechos que son materia de investigación³¹⁶.

1.2. ESTRUCTURA

En 1981, los elementos de los crímenes internacionales fueron formulados en el seno de las Naciones Unidas en los siguientes términos:

“Los elementos de un crimen serán cuatro: un elemento material, un elemento moral, un elemento de causalidad y un perjuicio (...)”³¹⁷.

No obstante, el artículo 9 del Estatuto de Roma no provee una definición de los Elementos de los Crímenes³¹⁸ y es en el artículo 30-1 del Estatuto de Roma, que fue titulado “Elemento de intencionalidad”, donde aparece indicado el conjunto de elementos de los crímenes que deben ser concurrentes para la configuración del crimen internacional:

“Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si los elementos materiales del crimen se realizan con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen (...)”. (Subrayado fuera del texto)

El artículo 30 del Estatuto de Roma establece dos categorías de elementos de

³¹⁵ GADIROV, E.; CLARK, R. S., “Article 9: Elements of Crimes”, *op. cit.*, p. 525; VON HEBEL, H.; KELT, M., “The making of the elements of crimes”, *op. cit.*, p. 8.

³¹⁶ La “interpretación contextual” es entendida en los términos formulados por el artículo 31-2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969: “2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado”. (Subrayado fuera del texto).

³¹⁷ CDH, doc. E/CN.4/1426 (19-1-1981): *Aplicación de la Convención Internacional sobre la represión y el castigo del crimen de Apartheid*, 117 págs., (en adelante: “CDH, doc. E/CN.4/1426 (19-1-1981)”), p. 39.

³¹⁸ Los trabajos preparatorios del Estatuto de Roma dejan ver la intención inicial de los Estados de separar los elementos relativos al *actus reus* (art. 28) y la *mens rea* (art. 30), aunque esta separación fue finalmente suprimida. Véase: NU, doc. A/CONF/183/C.1/WGRP/L.4/Add.1 (29-6-1998): *Report of the working group on general principles of criminal law*, 6 págs., p. 4.

los crímenes: el elemento de intencionalidad (elemento psicológico o *mens rea*) y los elementos materiales (*actus reus*) y dota de contenido a cada uno de ellos³¹⁹.

1.2.1. El elemento de intencionalidad (*mens rea*)

El elemento psicológico o elemento de intencionalidad dentro de la estructura de los Elementos de los Crímenes fue considerado desde una perspectiva general y específica. La regla general se halla consagrada en el artículo 30 del Estatuto de Roma y supone que los elementos materiales de los crímenes hayan sido ejecutados con intención y conocimiento. Los elementos de intención y conocimiento son concurrentes y las excepciones a esta regla deben hallarse expresamente incorporadas a la definición del tipo punible al que se refieren, como ocurre en algunas incriminaciones por crímenes de guerra.

El elemento psicológico de la intención está relacionado con los elementos materiales de conducta y de consecuencia (art. 30-2 del Estatuto de Roma). Cuando los tipos penales incluyen elementos materiales de conducta y de consecuencia, la intención deber probarse en ambos casos, es decir, debe probarse la intención de ejecutar la conducta criminal y, de modo concurrente, la intención de causar el resultado previsible³²⁰. Si se trata de un tipo penal de conducta, que no exige resultado, la intención debe probarse únicamente respecto de la conducta criminal.

La intención no se refiere a la voluntad específica de cometer un crimen sino a la intención de provocar los elementos materiales del crimen en cuestión, salvo en los casos de error de hecho o de derecho que anule el elemento de intencionalidad (art. 32 del Estatuto de Roma) así como en los casos de órdenes superiores y disposiciones legales (arts. 33-a, b y c del Estatuto de Roma).

El elemento psicológico del conocimiento está relacionado con la conciencia de las circunstancias y de las consecuencias previsibles de la conducta incriminada (art. 30-3 del Estatuto de Roma). El conocimiento puede ser actual o imputable por deducción a partir de los hechos y las circunstancias pertinentes³²¹ como en el caso de los jefes militares a quienes se les atribuye un deber de conocimiento (art. 28-a del Estatuto de Roma).

³¹⁹ VON HEBEL, H.; KELT, M., “The making of the elements of crimes”, *op. cit.*, p. 14.

³²⁰ GADIROV, E.; CLARK, R. S., “Article 9: Elements of Crimes”, *op. cit.*, p. 524.

³²¹ CPI, Elementos de los Crímenes, *op. cit.*, Introducción general, pár. 3.

Algunas excepciones a la regla general de la intencionalidad llevan a que el Estatuto de Roma admita una responsabilidad penal por dolo eventual (art. 28-b del Estatuto de Roma).

1.2.2. Los elementos materiales (*actus reus*)

Los elementos materiales de los crímenes no fueron definidos pero fueron directamente asociados a tres conceptos: una conducta (art. 30-2-a del Estatuto de Roma), una consecuencia (art. 30-2-b del Estatuto de Roma) o una circunstancia (art. 30-3 del Estatuto de Roma):

“(…) 2. A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien:

a) En relación con una conducta, se propone incurrir en ella;

b) En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos.

3. A los efectos del presente artículo, por “conocimiento” se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos (…”. (Subrayado fuera del texto).

En este sentido, si el elemento de intencionalidad sólo es susceptible de configurarse a partir de su asociación expresa a los elementos materiales (art. 30-1 del Estatuto de Roma), puede afirmarse legítimamente que la conducta, la consecuencia y las circunstancias son los elementos materiales de referencia conforme al Estatuto de Roma³²².

En los mismos términos del artículo 30 del Estatuto de Roma, la “Introducción general” de los Elementos de los Crímenes confirmó que el elemento psicológico (de intencionalidad) está asociado de modo concurrente a los elementos materiales de los crímenes y que éstos se refieren a una conducta, una consecuencia o una circunstancia dada³²³.

El anexo B del Estatuto de Roma indica que los elementos de los crímenes se estructuran, por regla general, a partir de los siguientes principios:

“- Habida cuenta de que los Elementos de los Crímenes se centran en la conducta, las consecuencias y las circunstancias correspondientes a cada crimen, por regla general están enumerados en ese orden;

- Cuando se requiera un elemento de intencionalidad específico, éste aparecerá después de la conducta, la consecuencia o la circunstancia correspondiente;

- Las circunstancias de contexto se enumeran en último lugar³²⁴.

³²² GADIROV, E.; CLARK, R. S., “Article 9: Elements of Crimes”, *op. cit.*, p. 513.

³²³ CPI, Elementos de los Crímenes, *op. cit.*, Introducción general, p. 2.

³²⁴ *Ibid.*, Introducción general, p. 7.

El elemento material de conducta se refiere a una acción u omisión o a una combinación de ambas. Durante los trabajos preparatorios del Estatuto de Roma la discusión sobre la conducta llevó a precisar que para que la omisión sea fuente de responsabilidad internacional ésta debe ser especificada expresa o implícitamente en la tipificación del crimen o estar basada en una obligación previa de actuar para impedir el crimen resultante³²⁵.

En la práctica, la distinción entre la acción y la omisión no está clara en algunas incriminaciones máxime cuando ambas conductas conducen al mismo resultado. Aunque algunos Estados manifestaron su preocupación por la inclusión de la omisión dentro de la definición de “conducta” para efectos de los crímenes bajo competencia de la CPI, la diferencia entre causar el daño y dejar que el daño se produzca, no tiene efectos reales sobre la responsabilidad, salvo que la conducta por acción esté señalada de modo exclusivo en el tipo penal, como es el caso de numerosos crímenes de guerra³²⁶. En otros casos, como el homicidio intencional (arts. 8-2-a-i y 8-2-c-i del Estatuto de Roma), por ejemplo, la conducta por omisión puede ser considerada como integrante del tipo penal, tal como ha señalado la jurisprudencia de la CPI toda vez que la posición privilegiada del perpetrador puede ponerlo en posición de impedir el resultado criminal³²⁷.

El elemento material de consecuencia se refiere al resultado o al daño producido por la conducta³²⁸. Ninguna definición de los crímenes de guerra en el Estatuto de Roma o en los Elementos de los Crímenes contiene una referencia directa al daño, sin embargo, de algunos tipos penales se deduce la inclusión de este requerimiento, de modo implícito a partir de la misma definición del crimen o de modo explícito como un requerimiento dentro de la definición. Es el caso de los ataques contra bienes protegidos (arts. 8-2-b y 8-2-e del Estatuto de Roma), en los cuales el ataque supone necesariamente un resultado dañoso sobre los bienes o la población objeto del ataque. En el tipo penal de la mutilación (art. 8-2-c-i del Estatuto de Roma), por ejemplo, es necesario que se produzca un daño consistente en la mutilación, la desfiguración, la incapacidad permanente, la extirpación de un

³²⁵ NU, doc. A/CONF/183/C.1/WGPP/L.1 (15-6-1998): *Chairman's suggestions for articles 21, 26 and 28*, 2 págs., (en adelante: “NU, doc. A/CONF/183/C.1/WGPP/L.1 (15-6-1998)”), p. 2.

³²⁶ Véanse por ejemplo los artículos 8-2-b-i a 8-2-b-xx del Estatuto de Roma.

³²⁷ CPI, *Katanga* case, ICC-01/04-01/07-717, *op. cit.*, p. 287.

³²⁸ GADIROV, E.; CLARK, R. S., “Article 9: Elements of Crimes”, *op. cit.*, p. 519.

órgano o la amputación de un miembro³²⁹.

El requisito de consecuencia debe hallarse expresamente en la definición del tipo penal o deducirse implícitamente de la definición del crimen. Un homicidio intencional (art. 8-2-a-i del Estatuto de Roma) tiene como consecuencia explícita la muerte de la víctima; el saqueo (arts. 8-2-b-xvi y 8-2-e-v del Estatuto de Roma) tiene como consecuencia la apropiación ilegítima de los bienes de las víctimas; la tortura (arts. 8-2-a-ii y 8-2-c-i del Estatuto de Roma) tiene como consecuencia un sufrimiento grave de la víctima.

Algunos tipos penales de conducta no requieren que se produzca una consecuencia, como en el hecho de “causar” deliberadamente grandes sufrimientos o de “atentar” gravemente contra la integridad física o la salud (art. 8-2-a-i del Estatuto de Roma). En este caso, por ejemplo, la sanción del autor que expone a la víctima a grandes sufrimientos no está basada en la verificación del sufrimiento efectivo de la víctima sino en la conducta emprendida por el autor para causarlos.

En cuanto al elemento material relativo a las circunstancias correspondientes a cada crimen, ellas están relacionadas con la naturaleza de la conducta, la naturaleza del resultado y la situación que rodea al crimen. Las circunstancias pueden configurar el crimen, diferenciarlo con respecto a otro o excluir la responsabilidad del individuo.

Un conjunto de circunstancias se encuentra enlistado en el artículo 31 del Estatuto de Roma que contiene las “circunstancias eximentes de responsabilidad penal”, en particular, la incapacidad mental, el estado de intoxicación o enajenación, la legítima defensa y la insuperable coacción ajena.

Algunas circunstancias pueden servir como elemento de definición opcional u obligatorio. En este sentido, los crímenes de guerra son cometidos, en particular pero no exclusivamente, en circunstancias de ataques a gran escala o mediados por la existencia de un plan o política (art. 8-1 del Estatuto de Roma).

Los crímenes de guerra incluyen circunstancias relativas a la naturaleza de las víctimas (personas protegidas) y a la naturaleza de los resultados (daño en bienes protegidos). De hecho, la circunstancia que configura algunos tipos penales del artículo 8-2-b y 8-2-e del Estatuto de Roma depende de que los bienes en cuestión se encuentren protegidos por el Derecho Internacional de los conflictos armados. En el

³²⁹ CPI, Elementos de los Crímenes, *op. cit.*, artículo 8-2-c-i-2.

mismo sentido, el crimen de guerra de reclutamiento y alistamiento de menores (arts. 82-b-xxvi y 8-2-e-vii del Estatuto de Roma) depende de que el menor tenga una edad igual o inferior a 15 años, o en el caso del embarazo forzado (art. 8-2-b-xxii y 8-2-e-vi del Estatuto de Roma) su configuración depende de que la víctima sea una mujer.

Dentro de los elementos materiales, algunos sistemas jurídicos de *common law* incluyen un cuarto elemento, llamado elemento causal (*causation*) que establece un vínculo entre la conducta y el resultado, pero este elemento no fue incorporado en el Estatuto de Roma³³⁰. El elemento causal ha sido definido como la conducta que causa un resultado (consecuencia previsible) que no habría sido causado sin ella³³¹. Estos mismos elementos han sido retomados en el estudio de la intencionalidad del artículo 30 del Estatuto de Roma y particularmente en el estudio de la responsabilidad del artículo 25 del Estatuto de Roma. El Estatuto de Roma ha privilegiado el análisis de la responsabilidad que sobreviene del injusto criminal por encima del estudio de la causa atribuible al resultado criminal.

1.2.3. Las circunstancias de contexto

Se trata de un conjunto de circunstancias que determina la naturaleza del crimen internacional y permite diferenciar entre, por ejemplo, una tortura constitutiva de crimen de lesa humanidad y una tortura constitutiva de crimen de guerra. Es de notar que los Elementos de los Crímenes mencionan expresamente las “circunstancias de contexto”³³² separándolas de las “circunstancias correspondientes a cada infracción” que se integran a los elementos materiales.

La atención especial a las “circunstancias de contexto” por parte del anexo B de los Elementos de los Crímenes fue producto del debate sobre la naturaleza de este elemento, que podía ser considerado como un “elemento jurisdiccional” que comparte características de los elementos materiales y del elemento de intencionalidad³³³.

Para el caso de los crímenes de guerra las circunstancias materiales de contexto se refieren a la existencia de un conflicto armado como elemento

³³⁰ NU, doc. A/CONF/183/C.1/WGPP/L.1 (15-6-1998): *op. cit.*, p. 2; GADIROV, E.; CLARK, R. S., “Article 9: Elements of Crimes”, *op. cit.*, p. 513.

³³¹ CDH, doc. E/CN.4/1426 (19-1-1981), *op. cit.*, p. 39.

³³² CPI, Elementos de los Crímenes, *op. cit.*, Introducción general, párr. 7.

³³³ VON HEBEL, H.; KELT, M., “The making of the elements of crimes”, *op. cit.*, p. 15.

determinante, pues este tipo de crímenes únicamente pueden ser cometidos en presencia de esta circunstancia. Adicionalmente, en los crímenes de guerra la circunstancia de “nexo” entre el conflicto armado y la conducta criminal es determinante para la configuración de los tipos penales. No sólo es importante la circunstancia contextual del conflicto armado, sino el hecho circunstancial de que la conducta haya tenido lugar con ocasión del conflicto armado o esté asociada a éste. Las circunstancias de contexto también requieren que el autor tenga conciencia de la existencia del conflicto armado al momento de cometer el crimen.

2. APROXIMACIÓN A LOS ELEMENTOS MATERIALES ASOCIADOS A LOS CRÍMENES DE GUERRA (ACTUS REUS)

2.1. LOS ELEMENTOS MATERIALES DE LOS CRÍMENES DE GUERRA DEL ESTATUTO DE ROMA

Los elementos objetivos o materiales de los crímenes de guerra configuran la conducta punible. El artículo 8-2 contiene 53 tipos penales, desarrollados por el Anexo B de los Elementos de los Crímenes en 73 modalidades de injustos, en su mayoría referidos a los conflictos armados internacionales, imputables a individuos y prohibidos por las “leyes y los usos” de guerra o como desarrollo reciente de la costumbre internacional en materia de conflictos armados.

Los tipos penales del artículo 8-2 del Estatuto de Roma contienen elementos de carácter material, psicológico y contextual. El artículo 8-2 del Estatuto de Roma, al mismo tiempo, introdujo límites a la jurisdicción de la CPI para los injustos penales de los conflictos armados internos. De hecho, las incriminaciones del artículo 8-2-c y 8-2-e del Estatuto de Roma sólo pueden ser consideradas en el marco de conflictos armados internos de carácter prolongado (art. 8-2-d) y no se aplican a casos de tensiones internas y de disturbios interiores (art. 8-2-f).

El Estatuto de Roma agrupó las definiciones de los crímenes de guerra en cuatro categorías: dos de ellas correspondientes a los conflictos armados internacionales y dos consagradas a los conflictos armados internos. A cada tipo de conflicto corresponde una serie de tipos penales por las violaciones graves de los Convenios de Ginebra y por las violaciones graves de “las leyes y los usos” de guerra.

Los elementos de los crímenes de guerra estuvieron basados en gran medida en dos propuestas principales: la Propuesta de Estados Unidos y la Propuesta de Suiza, ésta última basada en el Texto del CICR. Las Propuestas presentadas recogieron el Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados con particular atención en los Convenios de Ginebra (Propuesta de Estados Unidos), así como en los dos Protocolos adicionales (Propuesta de Suiza) y en la jurisprudencia y la costumbre internacional en la materia (Texto del CICR)³³⁴. En este sentido, la incorporación de las incriminaciones relativas a los conflictos armados de carácter no internacional fue el producto del acuerdo mayoritario de las delegaciones basado en la Propuesta de Suiza.

2.1.1. Las violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 y del artículo 3 común (arts. 8-2-a y 8-2-c del Estatuto de Roma)

Los artículos 8-2-a y 8-2-c del Estatuto de Roma contienen dos elementos materiales comunes (circunstancias correspondientes), que varían en su contenido para cada uno de los artículos, a saber: la definición de los conflictos armados y la noción de personas o de bienes protegidos.

Todas las incriminaciones del artículo 8-2-c del Estatuto de Roma hacen referencia a los conflictos armados de carácter no internacional, cuyo alcance se encuentra limitado por el elemento de definición negativa que excluye las tensiones internas y los disturbios interiores (art. 8-2-d del Estatuto de Roma). Sobre la naturaleza de las víctimas como personas que no participan directamente en las hostilidades, esta definición incluye a los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas, a las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa y, en general, a todas las personas que no participan de las hostilidades o, habiendo participado, ya no participan de éstas en el momento de la perpetración del injusto criminal, bien sea por voluntad propia o por incapacidad de participar (art. 8-2-c del Estatuto de Roma).

Por su parte, el artículo 8-2-a del Estatuto de Roma hace referencia a la definición de los conflictos armados internacionales aportada por el artículo 2 común a los cuatro Convenios de Ginebra y a la noción de personas o de bienes protegidos

³³⁴ Véanse: CPI, Propuesta de Estados Unidos, *op. cit.*, 9 págs.; CPI, Propuesta de Suiza, *op. cit.*, 24 págs.; CPI, Texto del CICR, *op. cit.*, 64 págs.

adoptada por estos Convenios.

Los primeros tres Convenios de Ginebra no contienen ninguna disposición que defina las personas y los bienes protegidos. El I Convenio de Ginebra se extiende a los heridos, los enfermos, el personal médico y religioso, la propiedad de la misión médica, sus establecimientos y medios de transporte. El II Convenio de Ginebra protege las mismas categorías de personas y bienes en la guerra marítima. El III Convenio de Ginebra se dirige en particular a los prisioneros de guerra. Sólo el IV Convenio de Ginebra contiene, en su artículo 4, una definición de las personas protegidas. Sin embargo, el artículo 8-2-a del Estatuto de Roma no hace ninguna referencia al Protocolo I adicional, dejando a la CPI la labor de integrar por vía jurisprudencial su artículo 85-2 que extiende las violaciones graves a una categoría de personas y bienes protegidos más amplia³³⁵.

En el marco de los elementos materiales comunes antes descritos, los tipos penales de los artículos 8-2-a y 8-2-c del Estatuto de Roma contienen conductas, consecuencias y circunstancias propias a cada uno de ellos.

Los tipos penales que constituyen violaciones a los Convenios de Ginebra pueden verse en la siguiente tabla, aunque las violaciones graves del artículo 3 común subrayadas corresponden, como se verá en su momento, a tipos penales del artículo 8-2-b del Estatuto de Roma, es decir, a violaciones graves de “las leyes y los usos” de guerra:

Violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 (art. 8-2-a)	Violaciones graves del artículo 3 común (art. 8-2-c)
i) El homicidio intencional;	i) Los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas (...);
ii) La tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos;	i) Los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente (...), las <u>mutilaciones</u> , los tratos crueles y la tortura;
—	ii) <u>Los ultrajes contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;</u>
iii) El hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente	—

³³⁵ El artículo 85-2 del Protocolo I adicional dispone que: “(...) Se entiende por infracciones graves del presente Protocolo los actos descritos como infracciones graves en los Convenios si se cometen contra personas en poder de una Parte adversa protegidas por los artículos 44, 45 y 73 del presente Protocolo, o contra heridos, enfermos o náufragos de la Parte adversa protegidos por el presente Protocolo, o contra el personal sanitario o religioso, las unidades sanitarias o los medios de transporte sanitarios que se hallen bajo el control de la Parte adversa y estén protegidos por el presente Protocolo (...)”.

contra la integridad física o la salud;	
iv) La destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares, y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente;	—
v) El hecho de forzar a un prisionero de guerra o a otra persona protegida a servir en las fuerzas de una Potencia enemiga;	—
vi) El hecho de privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a otra persona protegida de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente;	iv) Las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal regularmente constituido, con todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables;
vii) La deportación o el traslado ilegal o el confinamiento ilegal;	—
viii) La toma de rehenes;	iii) La toma de rehenes;

Tabla. II. Tipos penales que constituyen violaciones a los Convenios de Ginebra conforme al Estatuto de Roma. Elaboración propia.

2.1.1.1. El homicidio intencional (homicidio)

A pesar de que el artículo 8-2-a-i del Estatuto de Roma se refiere a “homicidio intencional” y el artículo 8-2-c-i del Estatuto de Roma se refiere a “homicidio”, los elementos materiales son los mismos con sólo algunas precisiones en el caso de los conflictos armados internos. El carácter “intencional” del homicidio en los conflictos armados internacionales responde, en principio, a la regla general del artículo 30 del Estatuto de Roma y hasta ahora la jurisprudencia no ha hecho ninguna interpretación diferente al respecto³³⁶.

El homicidio como crimen de guerra contiene dos elementos materiales específicos. Se exige que el autor haya ejecutado una conducta que sea susceptible que causar como resultado la muerte a una o más personas, es decir, se exige una conducta consistente en una acción u omisión intencional aunque no se exige que la conducta sea premeditada. La expresión “haya dado muerte” es intercambiable con “haya causado la muerte”³³⁷, con lo cual se explica que sea posible que la omisión esté al origen o “haya causado” un homicidio intencional.

La conducta exigida para el homicidio intencional debe, adicionalmente, producir como consecuencia la muerte de la víctima, es decir, el tipo penal requiere un resultado dañoso consistente en la muerte. En este sentido, la jurisprudencia de la CPI ha precisado que la prueba de la muerte no exige de modo imperativo la

³³⁶ CPI, *Katanga* case, ICC-01/04-01/07-717, *op. cit.*, párs. 295-296.

³³⁷ CPI, *Elementos de los Crímenes*, *op. cit.*, artículo 8-2-a-i, nota 31.

presencia del cadáver ya que los testimonios, los informes y otros indicios pueden dar motivos suficientes para afirmar que se han cometido los homicidios³³⁸.

Como la víctima debe ser una persona protegida por el Derecho Internacional de los conflictos armados (elemento material común a los crímenes de guerra), los homicidios cometidos en combate contra combatientes no se encuentran contenidos en este tipo penal³³⁹. Acerca de las víctimas del homicidio cometido en un conflicto armado interno, el artículo 8-c-i del Estatuto de Roma precisa aun más, indicando que es necesario que las víctimas hayan estado fuera de combate o hayan sido personas civiles o miembros del personal sanitario o religioso que no tomaban parte activa en las hostilidades³⁴⁰.

2.1.1.2. La tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos

La incriminación por tortura integró la definición del artículo 1 de la Convención contra la tortura de 1984³⁴¹, aunque excluyó el elemento normativo de “la instigación o el consentimiento de funcionarios públicos”, debido a la oposición de algunos Estados Partes. Como resultado, la incriminación por tortura tiene el mismo contenido material que fue otorgado a la tortura como crimen de lesa humanidad del artículo 7-2-f del Estatuto de Roma, excepto por uno de sus elementos.

La tortura tiene un contenido idéntico para el caso de los conflictos armados internacionales y para los conflictos armados internos y además de los elementos comunes a todos los crímenes de guerra, la tortura requiere dos elementos materiales específicos.

En primer lugar, el autor debe causar a la víctima graves (grandes) dolores o sufrimientos físicos o mentales³⁴². Este elemento califica la gravedad de la conducta

³³⁸ CPI, *Katanga case*, ICC-01/04-01/07-717, *op. cit.*, pág. 304.

³³⁹ TPIR, *Trial Semanza*, ICTR-97-20-T, *op. cit.*, párs. 256 y 334; TPIR, *Trial Rutaganda*, ICTR-96-3-T, *op. cit.*, conclusiones jurídicas, pág. 5.6; TPIY, Prosecutor office (12 June 2007): *The Prosecutor v. Zdravko Tolimir*, Case IT-05-88/2-I, Amended indictment, pág. 33.

³⁴⁰ CPI, *Elementos de los Crímenes*, *op. cit.*, artículo 8-2-a-i. La nota 56 aclara que: “(e)n la expresión “personal religioso” se incluye el personal militar no confesional y no combatiente que realiza una función análoga”.

³⁴¹ Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Documentos oficiales de las Naciones Unidas (13-12-1984).

³⁴² CPI, *Elementos de los Crímenes*, *op. cit.*, artículo 8-2-a-ii-1 y artículo 8-2-c-i-4.

y aunque la CPI no se ha visto enfrentada hasta el momento a cargos por tortura, en el futuro es previsible la incorporación de los principios generales desarrollados por la jurisprudencia internacional y, en particular, por la CEDH, que determina la intensidad del sufrimiento infligido basándose en un estudio *in concreto* que considera el efecto, la duración, la edad de la persona, el sexo, entre otros factores³⁴³.

En segundo lugar, en el entendido de que las víctimas de éste y todos los crímenes de guerra deben tener la calidad de personas protegidas por el Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados, a la diferencia de la tortura como crimen de lesa humanidad, la tortura como crimen de guerra no exige que las víctimas se hallen bajo “la custodia o control” del autor del injusto penal³⁴⁴.

En cuanto a los tratos inhumanos y los experimentos biológicos, estos reflejan la evolución de la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos, en particular, después de la IIª Guerra Mundial y hacen referencia a sufrimientos agudos que causen grave daño a la integridad física o mental.

La diferencia entre la tortura y los tratos inhumanos está mediada por el elemento de intencionalidad particular de la tortura³⁴⁵, contrario a la jurisprudencia de la CEDH que distingue entre la tortura y los tratos crueles e inhumanos en función de la intensidad del sufrimiento infligido³⁴⁶.

Los elementos del crimen de guerra de tratos inhumanos y del crimen de guerra de tratos crueles son idénticos. Los tratos inhumanos (cruels) como crímenes de guerra conforme al Estatuto de Roma requieren que el autor ejecute una conducta de acción u omisión que “haya infligido” serios daños o sufrimiento físico o mental de la víctima³⁴⁷, aunque no necesariamente su muerte o un daño permanente. Los atentados graves a la dignidad humana no forman parte de este tipo penal pues se encuentran cubiertos por el artículo 8-2-b-xxi del Estatuto de Roma.

Los experimentos biológicos son una variante del crimen de tortura y tratos inhumanos, aplicable a los conflictos armados internacionales. Este crimen requiere que el autor “haya sometido” a la víctima a experimentos biológicos. Este primer

³⁴³ CEDH, *Ireland v. the United Kingdom*, *op. cit.*, pág. 167.

³⁴⁴ CPI, Elementos de los Crímenes, *op. cit.*, artículo 8-2-a-ii-1, nota 35.

³⁴⁵ *Ibid.*, artículos 8-2-a-ii-1 y 8-2-c-i-4, elemento 2: “Que el autor haya causado los dolores o sufrimientos con una finalidad tal como la de obtener información o una confesión, castigar a la víctima, intimidarla o ejercer coacción sobre ella o por cualquier otra razón basada en discriminación de cualquier tipo”.

³⁴⁶ CEDH, *Ireland v. the United Kingdom*, *op. cit.*, pág. 167.

³⁴⁷ CPI, Elementos de los Crímenes, *op. cit.*, artículo 8-2-a-ii-2 y artículo 8-2-c-i-3.

elemento material de conducta debe ir acompañado de dos circunstancias correspondientes: que el experimento haya puesto en grave peligro la salud física o mental o la integridad de la víctima y que no se trate de tratamientos médicos o terapéuticos efectuados en el interés de las personas tratadas³⁴⁸. Este crimen se inspiró en el artículo 11 del Protocolo I adicional, salvo por el último elemento, pues el Protocolo I adicional considera que los tratamientos médicos o terapéuticos son violaciones graves cuando no hay consentimiento del paciente, en el entendido que el consentimiento forma parte de las normas médicas generalmente reconocidas³⁴⁹.

2.1.1.3. El hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud

Este tipo penal de los conflictos armados internacionales se distingue de la incriminación por tortura o tratos inhumanos por el hecho de exigir que el autor “haya causado” grandes dolores o sufrimientos físicos o mentales o haya atentado gravemente contra la integridad física o la salud de una o más personas. Se trata de un tipo penal de conducta (acción u omisión) y de resultado, que exige la consecuencia de un daño grave intencional, aunque no se excluye que el daño pueda ser mental o referido a la salud de las víctimas³⁵⁰.

2.1.1.4. La destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares, y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente

Este tipo penal no forma parte del artículo 8-2-c del Estatuto de Roma, relativo al conflicto armado interno. El injusto penal de destrucción y apropiación de bienes se refiere, específicamente, a los bienes protegidos señalados en los artículos 50/I, 51/II, 137/III y 147/IV de los Convenios de Ginebra de 1949. No obstante, el tipo penal contiene un nivel de exigencia menor del consagrado en el IV Convenio de Ginebra con respecto a los ataques contra la misión médica que pueden ser

³⁴⁸ *Ibid.*, artículo 8-2-a-ii-3.

³⁴⁹ El artículo 11-1 del Protocolo I adicional, estipula que: “(...) se prohíbe someter a las personas a que se refiere el presente artículo a cualquier acto médico que no esté indicado por su estado de salud y que no esté de acuerdo con las normas médicas generalmente reconocidas que se aplicarían en análogas circunstancias médicas a los nacionales no privados de libertad de la Parte que realiza el acto”. El artículo 11-5 estipula: “Las personas a que se refiere el párrafo 1 tienen derecho a rechazar cualquier intervención quirúrgica. En caso de que sea rechazada, el personal sanitario procurará obtener una declaración escrita en tal sentido, firmada o reconocida por el paciente”.

³⁵⁰ CPI, Elementos de los Crímenes, *op. cit.*, artículo 8-2-a-iii.

igualmente procesados en el marco del artículo 8-2-b-xiii del Estatuto de Roma.

El tipo penal contiene tres elementos materiales específicos. El primer elemento de resultado exige que el autor “haya destruido bienes o se haya apropiado de ellos”.

En segundo lugar, debe verificarse la ausencia de una causal de justificación específica, es decir, debe constatarse que la “destrucción o la apropiación no haya estado justificada por necesidades militares”, en el entendido de que las necesidades militares incluyen únicamente las medidas legítimas expresamente autorizadas por el Derecho Internacional de los conflictos armados.

En tercer lugar, esta conducta consistente en “destruir” o “apropiarse” debe ser cometida a gran escala y arbitrariamente³⁵¹, lo que excluye los actos aislados de apropiación o destrucción de bienes.

2.1.1.5. El hecho de forzar a un prisionero de guerra o a otra persona protegida a servir en las fuerzas de una Potencia enemiga

Este injusto penal exige que el autor “haya obligado” a la víctima a participar en operaciones bélicas dirigidas contra el país o las fuerzas armadas de esa persona, o a servir en las fuerzas de una Potencia enemiga³⁵². Este elemento de conducta contiene dos circunstancias correspondientes. De una parte, que la víctima actúe contra su voluntad en operaciones bélicas dirigidas contra su país o sus fuerzas armadas, en el caso clásico prohibido por el III y IV Convenio de Ginebra y, de otra parte, que la víctima sea obligada a “servir en las fuerzas de una Potencia enemiga”, lo que significa que más allá del objetivo bélico que esta Potencia persiga, se tendrá en cuenta la pertenencia de la víctima a una Parte en el conflicto que es considerada enemiga de aquella en cuya fuerza armada ha sido obligado a servir.

El alcance del término “servir” no fue precisado en los elementos de los crímenes y no ha sido abordado hasta el momento por la jurisprudencia de la CPI, aunque las disposiciones de los Convenios de Ginebra (arts. 49-57/III y 51-52/IV) indican que los prisioneros de guerra y las personas protegidas en territorios ocupados por una Potencia enemiga pueden ser compelidos a realizar ciertos servicios, siempre que éstos no incluyan la obligación de tomar parte en operaciones

³⁵¹ *Ibid.*, artículo 8-2-a-iv

³⁵² *Ibid.*, artículo 8-2-a-v y artículo 8-2-c-iv.

militares.

Adicionalmente, el elemento material de conducta contiene una circunstancia correspondiente a los métodos utilizados para obligar a la víctima y se refiere al uso de “hechos o amenazas” por parte del autor del injusto, con la cual no es necesario probar que ha habido constreñimiento físico, pues las amenazas y las presiones psicológicas pueden ajustarse al requerimiento del tipo penal.

2.1.1.6. El hecho de privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a otra persona protegida de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente

Esta incriminación se encuentra consagrada en los artículos 8-2-a-v y 8-2-c-iv del Estatuto de Roma, con importantes diferencias en cuanto a sus elementos constitutivos.

El elemento material del injusto para los conflictos armados internacionales es la conducta consistente en que el autor “haya privado a una o más personas de un juicio justo e imparcial al denegarles las garantías judiciales que se definen, en particular, en los Convenios de Ginebra III y IV de 1949”³⁵³. Este tipo penal se configura a partir de la conducta y no exige que efectivamente la víctima haya sido condenada o sancionada como consecuencia de la ausencia de garantías judiciales.

De otro lado, el III y IV Convenio de Ginebra contienen algunas reglas que permiten interpretar el contenido de esta disposición (arts. 82-88/III, 92-98/III y 71-77/IV) en cuanto al “derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente” pero el conjunto de garantías se extiende más allá y no se restringe a los Convenios de Ginebra de modo exclusivo, sino “en particular”.

Por lo tanto, la CPI puede hacer uso de las fuentes de Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados como derecho auxiliar (art. 21-2 del Estatuto de Roma) incluido el Protocolo I adicional y, en particular, su artículo 75-3³⁵⁴. La CPI también puede servirse del desarrollo del principio general de Derecho Internacional, conforme a la jurisprudencia de los tribunales internacionales en cuanto a la noción

³⁵³ *Ibid.*, artículo 8-2-a-vi, elemento 1.

³⁵⁴ El artículo 75-3 del Protocolo I adicional dispone que: “(...) 3. Toda persona detenida, presa o internada por actos relacionados con el conflicto armado será informada sin demora, en un idioma que comprenda, de las razones que han motivado esas medidas. Salvo en los casos de detención o prisión por una infracción penal, esa persona será liberada lo antes posible y en todo caso en cuanto desaparezcan las circunstancias que hayan justificado la detención, la prisión o el internamiento (...)”.

de “juicio legítimo e imparcial”.

En cuanto al injusto penal correspondiente al conflicto armado interno, éste se refiere al hecho de “condenar o ejecutar sin garantías judiciales”. El primer elemento material de conducta exige que el autor “haya condenado o ejecutado” a la víctima, sin que esto signifique que debe haberlo hecho directamente, pues el estudio del grado de responsabilidad debe llevarse a cabo de conformidad con los artículos 25 y 28 del Estatuto de Roma³⁵⁵.

El segundo elemento material se refiere a las circunstancias particulares correspondientes a un juicio, una sentencia o una ejecución que constituye un crimen de guerra a partir de tres hipótesis: primero, que no haya habido un juicio previo ante un tribunal, segundo, que el tribunal no estuviera regularmente constituido porque no ofreciera las garantías esenciales de independencia e imparcialidad o, tercero, que el tribunal no estuviera regularmente constituido porque no ofreciera todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables de conformidad con el Derecho Internacional³⁵⁶.

Este injusto penal está inspirado en el artículo 3 común, no obstante, el profesor *Ambos* señala la dificultad de interpretación derivada del hecho de que las conductas descritas en el artículo 3 común no tienen una estructura de naturaleza penal. De hecho, el artículo 3 común se basa en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1969 y esta remisión legal no existe en el Estatuto de Roma, de modo tal que puede inducir a interpretaciones extremas como que los grupos rebeldes deben establecer tribunales regulares³⁵⁷.

En este caso la CPI puede hacer uso de las fuentes de Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados como derecho auxiliar (art. 21-2 del Estatuto de Roma) incluido el Protocolo II adicional y, en particular, su artículo 6-2³⁵⁸ así como a

³⁵⁵ CPI, Elementos de los Crímenes, *op. cit.*, artículo 8-2-c-iv, nota 58.

³⁵⁶ *Ibid.*, artículo 8-2-c-iv, elemento 4.

³⁵⁷ AMBOS, K., *Temas de Derecho Internacional Penal y Europeo: derechos humanos, fines de la pena, ius puniendi, responsabilidad individual, crímenes más graves, derecho penal y guerra, proceso penal internacional y europeo, inmunidades*, 2006, Madrid, Barcelona, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S. A., 535 págs., pp. 324 y 345.

³⁵⁸ El artículo 6-2 del Protocolo II adicional dispone que: “2. No se impondrá condena ni se ejecutará pena alguna respecto de una persona declarada culpable de una infracción, sino en virtud de sentencia de un tribunal que ofrezca las garantías esenciales de independencia e imparcialidad. En particular: a) el procedimiento dispondrá que el acusado sea informado sin demora de los detalles de la infracción que se le atribuya y garantizará al acusado, en las actuaciones que procedan al juicio y en el curso de éste, todos los derechos y medios de defensa necesarios; b) nadie podrá ser condenado por una infracción si no es sobre la base de su responsabilidad penal individual; c) nadie será condenado

los trabajos preparatorios de los Elementos de los Crímenes donde algunas delegaciones afirmaron que la denegación de algunas garantías judiciales no constituye por sí sola un crimen de guerra sino una violación menor del artículo 3 común³⁵⁹ y, en este sentido, la CPI tiene la labor de interpretar las circunstancias correspondientes³⁶⁰.

2.1.1.7. La deportación o el traslado ilegal o el confinamiento ilegal

Este crimen de guerra fue adoptado para los conflictos armados internacionales basándose en los artículos 49 y 147 del IV Convenio de Ginebra³⁶¹. Este tipo penal contiene dos hipótesis de circunstancias diferentes según la conducta ejecutada por el perpetrador.

En primer lugar, el autor debe haber “deportado o trasladado a la víctima”, en el entendido de que la deportación entraña una expulsión sin acompañamiento en tanto que el traslado de población implica el control o custodia de la víctima por parte del autor. La deportación o el traslado pueden efectuarse individualmente o en masa, y el destino de la víctima puede ser el territorio de otro Estado o un territorio distinto dentro de los mismos territorios ocupados por el autor del crimen, conforme al IV Convenio de Ginebra.

El traslado o deportación no requiere la prueba del domicilio legítimo de la víctima, es decir, a diferencia del crimen de lesa humanidad del artículo 7-1-d del

por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho; tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de cometerse la infracción; si, con posterioridad a la comisión de la infracción, la ley dispusiera la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello; d) toda persona acusada de una infracción se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley; e) toda persona acusada de una infracción tendrá derecho a hallarse presente al ser juzgada; f) nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable”.

³⁵⁹ LA HAYE, E., “The elements of war crimes. C. Violations of Common Article 3”. En: R. S. Lee (ed.), *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, 2001, New York, Transnational Publishers, 857 págs., pp. 207-217, p. 213.

³⁶⁰ CPI, Elementos de los Crímenes, *op. cit.*, artículo 8-2-c-iv, nota 59: “Con respecto a los elementos 4 y 5, la Corte debe considerar si, atendidas todas las circunstancias del caso, el efecto acumulativo de los factores con respecto a las garantías privó a la persona o a las personas de un juicio imparcial”.

³⁶¹ El artículo 49 del IV Convenio de Ginebra estipula que: “Los traslados en masa o individuales, de índole forzosa, así como las deportaciones de personas protegidas del territorio ocupado al territorio de la Potencia ocupante o al de cualquier otro país, ocupado o no, están prohibidos, sea cual fuere el motivo. Sin embargo, la Potencia ocupante podrá efectuar la evacuación total o parcial de una determinada región ocupada, si así lo requieren la seguridad de la población o imperiosas razones militares (...)”. El artículo 147 del IV Convenio de Ginebra incluye como infracción grave “la deportación o el traslado ilegal”.

Estatuto de Roma, no es necesario probar que la víctima se hallaba legítimamente establecida en el lugar del cual fue trasladada o deportada³⁶².

Adicionalmente, el elemento de la “fuerza” no se halla presente en el crimen de deportación o traslado de la población, a diferencia del mismo crimen de lesa humanidad, por lo tanto, no es necesario probar el carácter forzado del traslado o la deportación³⁶³.

En segundo lugar, el artículo 8-2-a-vii del Estatuto prevé la conducta alternativa de “confinamiento ilegal”. Este tipo penal exige que el autor haya “detenido” o “mantenido detenida” a la víctima en un lugar³⁶⁴. La hipótesis de que el autor haya “mantenido detenida” a la víctima incluye los casos en que una persona protegida ha sido detenida conforme al Derecho Internacional de los conflictos armados pero su detención se prolonga ilegalmente. En este sentido cabe agregar que la detención sólo puede autorizarse por estrictos motivos de seguridad y bajo estrictas medidas de supervisión y reconsideración judicial y administrativa de la medida impuesta³⁶⁵.

El elemento de conducta del confinamiento ilegal exige una consecuencia consistente en la privación de la libertad por parte de la víctima y está asociado una circunstancia expresa que involucra la existencia de “un lugar” donde se lleva a cabo el confinamiento. Esta incriminación incluye el confinamiento por la detención domiciliaria (asignación a residencia) pero no incluye otros tipos de restricción de la libertad personal.

2.1.1.8. La toma de rehenes

Este crimen se encuentra consagrado para todos los tipos de conflicto armado, en los artículos 8-2-a-viii y 8-2-c-iii del Estatuto de Roma, con elementos constitutivos idénticos.

Este tipo penal está basado en la definición adoptada en la Convención contra

³⁶² CPI, Elementos de los Crímenes, *op. cit.*, artículo 7-1-d, elemento 2.

³⁶³ *Ibid.*, artículo 8-2-a-vii-1.

³⁶⁴ *Ibid.*, artículo 8-2-a-vii-2.

³⁶⁵ La base legal de una detención efectuada en el marco de un conflicto armado se encuentra en los artículos 27, 42, 43 y 78 del IV Convenio de Ginebra. Véase un análisis en: TPIY, Appeals *Delalic and others*, IT-96-21-A, *op. cit.*, párs. 320-321 y 377.

la toma de rehenes de 1979³⁶⁶, aunque ésta no forma parte del Derecho Internacional de los conflictos armados. La incriminación exige que el autor “haya capturado, detenido o mantenido en calidad de rehén a una o más personas”. Este tipo penal se diferencia del confinamiento ilegal porque el segundo elemento exige que “el autor haya amenazado con matar, herir o mantener detenida” a la víctima. Sin embargo la característica determinante de este injusto penal se encuentra en la intencionalidad especialmente exigida que complementa la disposición del artículo 30 del Estatuto de Roma sobre la regla general del elemento psicológico³⁶⁷.

2.1.2. Las otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables a los conflictos armados (arts. 8-2-b y 8-2-e del Estatuto de Roma)

Este grupo de incriminaciones contiene elementos materiales de circunstancia que son comunes a los artículos 8-2-a y 8-2-c del Estatuto de Roma, pues las nociones “conflicto armado” y “personas protegidas” de los Convenios de Ginebra no difieren de la costumbre internacional en la materia. En todos los tipos penales con víctimas humanas la condición de la víctima es la de una persona civil que no participaba directamente en las hostilidades. En los conflictos armados internos, el artículo 8-2-e del Estatuto de Roma no habla de una categoría particular de personas protegidas y se remite a la interpretación del Derecho Internacional de los conflictos armados en la materia. De la misma manera, la noción de bienes protegidos por el Derecho Internacional de los conflictos armados está presente en un buen número de injustos penales.

De modo general las incriminaciones reflejan la prohibición de métodos de guerra y reafirman los principios del Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados. A diferencia de los artículos 8-2-a y 8-2-c del Estatuto de Roma, las incriminaciones de los artículos 8-2-b y 8-2-e, no están basadas estrictamente en disposiciones convencionales, ni se encuentran ajustadas al lenguaje convencional propiamente dicho. En la elaboración de este listado han intervenido fuentes convencionales, en particular, las Convenciones de La Haya y sus Protocolos

³⁶⁶ Convención internacional contra la toma de rehenes, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (17-12-1979).

³⁶⁷ CPI, Elementos de los Crímenes, *op. cit.*, artículo 8-2-a-viii y artículo 8-2-c-iii, elemento 3. “Que el autor haya tenido la intención de obligar a un Estado, a una organización internacional, una persona natural o jurídica o un grupo de personas a que actuaran o se abstuvieran de actuar como condición expresa o tácita de la seguridad o la puesta en libertad de esa persona o personas”.

adicionales, los Protocolos de Ginebra sobre el uso de armas químicas (Protocolo G. BC), las Convenciones sobre la Protección del Personal de las Naciones Unidas y, en general, la evolución del Derecho Internacional en materia de paz y seguridad.

En el Estatuto de Roma, los 15 tipos penales del artículo 8-2-e (tres de ellos recientemente adoptados) transcriben y adaptan los elementos de los crímenes correspondientes de la lista de 26 tipos penales del artículo 8-2-b para los conflictos armados internacionales, como puede observarse en la siguiente tabla. Este hecho se explica porque la costumbre internacional en materia de regulación de los medios y los métodos de guerra en los conflictos armados internos ha tenido un desarrollo reciente:

Violaciones graves de las leyes y los usos aplicables a los conflictos armados internacionales (art. 8-2-b)	Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables a los conflictos armados internos (art. 8-2-e)
i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil en cuanto tal o contra personas civiles que no participen directamente en las hostilidades;	i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil como tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades;
ii) Dirigir intencionalmente ataques contra bienes civiles, es decir, bienes que no son objetivos militares;	—
iii) Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o bienes civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados;	iii) Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o bienes civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados;
iv) Lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea;	—
v) Atacar o bombardear, por cualquier medio, ciudades, aldeas, viviendas o edificios que no estén defendidos y que no sean objetivos militares;	—
vi) Causar la muerte o lesiones a un combatiente que haya depuesto las armas o que, al no tener medios para defenderse, se haya rendido a discreción;	—
vii) Utilizar de modo indebido la bandera blanca, la bandera nacional o las insignias militares o el uniforme del enemigo o de las Naciones Unidas, así como los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra, y causar así la muerte o lesiones graves;	—

viii) El traslado, directa o indirectamente, por la Potencia ocupante de parte de su población civil al territorio que ocupa o la deportación o el traslado de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio;	viii) Ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate o por razones militares imperativas;
ix) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y los lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, siempre que no sean objetivos militares;	iv) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y otros lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, a condición de que no sean objetivos militares;
x) Someter a personas que estén en poder de una parte adversa a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón de un tratamiento médico, dental u hospitalario, ni se lleven a cabo en su interés, y que causen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud;	xi) Someter a las personas que estén en poder de otra parte en el conflicto a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón del tratamiento médico, dental u hospitalario de la persona de que se trate ni se lleven a cabo en su interés, y que provoquen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud;
xi) Matar o herir a traición a personas pertenecientes a la nación o al ejército enemigo;	ix) Matar o herir a traición a un combatiente adversario;
xii) Declarar que no se dará cuartel;	x) Declarar que no se dará cuartel;
xiii) Destruir o apoderarse de bienes del enemigo, a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo;	xii) Destruir o apoderarse de bienes de un adversario, a menos que las necesidades del conflicto lo hagan imperativo;
xiv) Declarar abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un tribunal los derechos y acciones de los nacionales de la parte enemiga;	—
xv) Obligar a los nacionales de la parte enemiga a participar en operaciones bélicas dirigidas contra su propio país, aunque hubieran estado al servicio del beligerante antes del inicio de la guerra;	—
xvi) Saquear una ciudad o una plaza, incluso cuando es tomada por asalto;	v) Saquear una ciudad o plaza, incluso cuando es tomada por asalto;
xvii) Emplear veneno o armas envenenadas;	xiii) Emplear veneno o armas envenenadas;
xviii) Emplear gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogos;	xiv) Emplear gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogos;
xix) Emplear balas que se ensanchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano, como balas de camisa dura que no recubra totalmente la parte interior o que tenga incisiones;	xv) Emplear balas que se ensanchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano, como balas de camisa dura que no recubra totalmente la parte interior o que tenga incisiones;
xx) Emplear armas, proyectiles, materiales y métodos de guerra que, por su propia naturaleza, causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios o surtan efectos indiscriminados en violación del derecho internacional de los conflictos armados, a condición de que esas armas o esos proyectiles, materiales o métodos de guerra, sean objeto de una prohibición completa y estén incluidos en un anexo	—

del presente Estatuto en virtud de una enmienda aprobada de conformidad con las disposiciones que, sobre el particular, figuran en los artículos 121 y 123;	
xxi) Cometer atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;	artículo 8-2-c-ii) Los ultrajes contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes
xxii) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que también constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra;	vi) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra;
xxiii) Utilizar la presencia de una persona civil u otra persona protegida para poner ciertos puntos, zonas o fuerzas militares a cubierto de operaciones militares;	—
xxiv) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y medios de transporte sanitarios, y contra personal que utilice los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional;	ii) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y medios de transporte sanitarios y contra el personal que utilicen los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional;
xxv) Hacer padecer intencionalmente hambre a la población civil como método de hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar intencionalmente los suministros de socorro de conformidad con los Convenios de Ginebra;	—
xxvi) Reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades;	vii) Reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o grupos o utilizarlos para participar activamente en hostilidades;

Tabla. III. Tipos penales que constituyen violaciones a “las leyes y los usos” de guerra conforme al Estatuto de Roma. Elaboración propia.

2.1.2.1. El hecho de dirigir ataques contra la población civil

Esta incriminación es consecuencia del principio de distinción y de la protección de la población civil que no toma parte directamente en las hostilidades. El tipo penal exige en primer lugar una conducta de acción u omisión, es decir, que el autor “haya lanzado un ataque”. En segundo lugar el tipo penal exige un objeto específico del ataque que ilegítima la conducta, es decir, el hecho de que el ataque “haya sido dirigido contra la población civil” de modo intencional. Se trata de un crimen de conducta, que no exige ningún resultado particular³⁶⁸.

³⁶⁸ *Ibid.*, artículo 8-2-b-i

Aunque los elementos de los crímenes son idénticos en ambos tipos de conflicto, la incriminación para los conflictos armados internacionales está basada en los artículos 51-2, 51-3 y 85-3-a del Protocolo I adicional, a excepción del requerimiento adicional del artículo 85-3-a³⁶⁹, sobre el resultado dañoso en el cuerpo o en la salud de la víctima, que no fue incorporado al Estatuto de Roma. El tipo penal para los conflictos armados internos estuvo inspirado en el artículo 13-c del Protocolo II adicional.

2.1.2.2. El hecho de dirigir ataques contra objetos de carácter civil

Los elementos materiales del tipo penal exigen que el autor “haya lanzado un ataque” con un objetivo intencional ilegítimo, a saber: que el objeto del ataque hayan sido bienes de carácter civil, es decir, bienes que no fuesen objetivos militares³⁷⁰. Se trata de un crimen de conducta que no requiere un resultado dañoso conforme al Estatuto de Roma.

Este tipo penal no se aplica a los conflictos armados internos ya que no existe una prohibición equivalente en el Protocolo II adicional. En el caso de los conflictos armados internacionales, aunque este tipo penal no forma parte de las infracciones graves del artículo 85 del Protocolo I adicional, el artículo 52 del Protocolo I adicional prohíbe el ataque a los objetivos civiles e introduce una definición negativa que los distingue de los objetivos militares³⁷¹. La definición de “objetivo militar” (art. 52-2 Protocolo I adicional) excluye específicamente a la población civil y a sus bienes, (art. 51-2 del Protocolo I adicional), incluso cuando éstos se hallan mezclados con personal militar (art. 51-4 y -5 Protocolo I adicional).

A pesar de esta distinción, los dos elementos constitutivos del objetivo

³⁶⁹ El artículo 85-3-a del Protocolo I adicional define que: “Además de las infracciones graves definidas en el artículo 11, se considerarán infracciones graves del presente Protocolo los actos siguientes, cuando se cometan intencionalmente, en violación de las disposiciones pertinentes del presente Protocolo, y causen la muerte o atenten gravemente a la integridad física o a la salud; a) hacer objeto de ataque a la población civil o a personas civiles (...)”. (Subrayado fuera del texto).

³⁷⁰ CPI, Elementos de los Crímenes, *op. cit.*, artículo 8-2-b-ii

³⁷¹ El artículo 52 del Protocolo I adicional establece que: “(...) 1. Los bienes de carácter civil no serán objeto de ataques ni de represalias. Son bienes de carácter civil todos los bienes que no son objetivos militares (...) 2. Los ataques se limitarán estrictamente a los objetivos militares. En lo que respecta a los bienes, los objetivos militares se limitan a aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida. 3. En caso de duda acerca de si un bien que normalmente se dedica a fines civiles, tal como un lugar de culto, una casa u otra vivienda o una escuela, se utiliza para contribuir eficazmente a la acción militar, se presumirá que no se utiliza con tal fin”.

militar, a saber, la contribución a los esfuerzos de la guerra y la ventaja militar obtenida, pueden hacer que la determinación del objetivo militar se torne difícil en los conflictos actuales. Tal es el caso de los ataques contra la infraestructura de transporte masivo, que ha sido considerada históricamente como objetivo militar por su importante contribución al soporte logístico del enemigo. Durante la guerra en la Ex Yugoslavia, este objetivo militar fue revaluado sobre la base de una ausencia de contribución militar concreta³⁷².

2.1.2.3. El hecho de dirigir ataques contra personal o bienes participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria

Los artículos 8-2-b-iii y 8-2-e-iii del Estatuto de Roma definen este tipo penal a partir de una serie de elementos materiales específicos para garantizar la protección del personal de las Naciones Unidas en misiones de paz o de asistencia humanitaria.

En primer lugar es necesario que el autor “haya lanzado un ataque”, con lo cual, se trata de un tipo penal de conducta por acción u omisión que no requiere un resultado.

El segundo elemento exige la ausencia de error o daño fortuito, es decir, la conducta debe tener como objeto específico el “personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”.

En tercer lugar, el tipo penal exige que se constaten las circunstancias específicas de las víctimas y de los bienes, es decir, el hecho de que hayan tenido derecho a la protección otorgada a personas civiles o bienes de carácter civil con arreglo al Derecho Internacional de los conflictos armados.

El tratamiento del ataque a las misiones de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de las Naciones Unidas como un crimen de guerra es novedoso en el Derecho Internacional de los conflictos armados. El injusto se inspiró

³⁷² BOTHE, M., “War crimes”. En: A. Cassese; P. Gaeta; J. R. W. D. Jones, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. I-A, 1st edition, 2002, New York, Oxford University Press, 483 págs., pp. 379-426, p. 398.

en la Convención sobre la protección del personal de Naciones Unidas de 1999³⁷³ y en los trabajos de la CDI de 1996³⁷⁴.

En este sentido, si el tercer elemento de la incriminación exige que las personas protegidas no tengan el carácter de “combatientes”, la evolución de las misiones de paz de las Naciones Unidas deja abierta la discusión sobre el carácter civil de estas misiones, en particular las misiones llamadas “de nueva generación” o de restablecimiento de la paz en el marco del capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas³⁷⁵.

2.1.2.4. El hecho de causar incidentalmente muertes, lesiones o daños excesivos

Este tipo penal exige una conducta y una previsión calificada sobre las consecuencias. El primer elemento es la conducta consistente en que el autor “haya lanzado un ataque”. Los artículos 35-3, 51-4, 5-b, 55-1 y 85-3-b del Protocolo I adicional sirvieron como base a la configuración del primer elemento de este injusto penal de los conflictos armados internacionales.

El segundo elemento exige la expectativa de unos resultados conformes a la gravedad del ataque. La magnitud del ataque debe hacer que los daños previstos sean “manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto prevista”. Esta calificación depende de que el ataque “haya sido tal que causaría pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural”³⁷⁶. La cuestión de la proporcionalidad de la ventaja militar en la calificación del daño medio ambiental es un elemento adicional no previsto en el artículos 35-3 y 55-1 del Protocolo I adicional.

Los aspectos más complejos de este tipo penal guardan relación con el alcance de la ventaja militar, la dimensión de su previsión y la proporcionalidad del

³⁷³ Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado (9-12-1994).

³⁷⁴ Informe CDI 1996, *op. cit.*, p. 57, párs. 7 y 8 como comentario al artículo 19: “Crímenes contra el personal de las Naciones Unidas y el personal Asociado”.

³⁷⁵ MURACCIOLE, J-F., *L'ONU et la sécurité collective*, 2006, París, Ellipses editions Marketing S. A., 176 págs., p. 106.

³⁷⁶ CPI, Elementos de los Crímenes, *op. cit.*, artículo 8-2-b-iv.

daño y al mismo tiempo abren interesantes posibilidades de regulación de los ataques excesivos.

Por una parte, el hecho de que la ventaja militar deba ser previsible y haber sido prevista, hace que la previsión incorpore una circunstancia material, como excepción a la regla general³⁷⁷ y que exija unas circunstancias materiales asociadas al conocimiento del autor. De hecho, la valoración jurídica sobre el juicio de valor realizado por parte del autor del injusto debe estar fundada en la información necesaria que hubiese tenido el autor en el momento del acto.

El anexo B de los Elementos de los Crímenes contiene la siguiente definición de lo que debe considerarse una ventaja militar:

“La expresión “ventaja militar concreta y directa de conjunto” se refiere a una ventaja militar que fuera previsible por el autor en el momento correspondiente. Tal ventaja puede, temporal o geográficamente, estar o no relacionada con el objeto del ataque. El hecho de que en el contexto de este crimen se admita la posibilidad de lesiones o daños incidentales legales no justifica en modo alguno una violación del derecho aplicable en los conflictos armados. No se hace referencia a las justificaciones de la guerra ni a otras normas relativas al *jus ad bellum*. La norma recoge el requisito de proporcionalidad inherente a la determinación de la legalidad de una actividad militar en el contexto de un conflicto armado”³⁷⁸.

La ventaja militar “de conjunto” se refiere a una valoración que excede el ámbito geográfico o temporal pero debe ser concreta y directa y no depende del hecho de “ganar la guerra”. Estas incriminaciones conciernen a la violación del principio de proporcionalidad. Por lo tanto, incluyen un balance judicial entre el acto y la ventaja militar concreta y directa prevista para tal acción. La proyección de una ventaja militar indirecta está abiertamente excluida y la ventaja militar debe ser evidente, para que la acción no sea considerada excesiva y, por lo tanto, criminal. A pesar de estas precisiones, la evaluación de la proporcionalidad de una acción militar contra objetivos civiles sigue siendo materia de un balance difícil.

De hecho, la definición del carácter proporcional del ataque se halla sometida a un juicio de valor³⁷⁹ que debe ser efectuado *a priori* por los mandos militares y estos no se encuentran aislados de la sociedad, de la misma manera que el orden militar no puede ser considerado independientemente del sistema social a que pertenece. La escala de prioridades, de objetivos militares y de contribuciones efectivas a la guerra depende, en todo caso, del contexto, de la extensión del conflicto y de la posición de la Parte concernida. En consecuencia, la evaluación de

³⁷⁷ *Ibid.*, Introducción general pár. 4, y artículo 8-2-b-iv, nota 37.

³⁷⁸ *Ibid.*, nota 36.

³⁷⁹ *Ibid.*, artículo 8-2-a-iv, nota 37.

la proporcionalidad de los actos incriminados depende fundamentalmente de los elementos psicológicos del crimen imputado.

Por otra parte, el injusto penal abre la posibilidad de sancionar el uso de armas nucleares. Esta prohibición, que no forma parte de la costumbre internacional³⁸⁰, sin embargo puede constituir una violación de las leyes de humanidad en tiempos de conflicto armado, en particular, en lo relativo a los daños excesivos que pueden ser causados a la población y puede ser retenida como crimen de guerra de acuerdo al artículo 8-2-b-i (ataque contra personas civiles), ii (ataque contra bienes de carácter civil) y iv (ataque intencional a sabiendas de que causará pérdidas incidentales, daños extensos, duraderos y graves, excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista).

2.1.2.5. El hecho de atacar lugares no defendidos

Los ataques contra lugares que no estén defendidos y que no sean objetivos militares, se encuentran sometidos a sanción penal siempre y cuando la población no haya opuesto resistencia, aun en la hipótesis de que la población cuente con fuerzas de policía³⁸¹.

Este tipo penal de los conflictos armados internacionales fue inspirado en el artículo 59-2 del Protocolo I adicional y exige, en primer lugar, que el autor “haya atacado una o más ciudades, aldeas, viviendas o edificios”, en segundo lugar, que estos lugares “hayan estado abiertos a la ocupación sin resistencia” y, en tercer lugar, que no hayan reunido las condiciones de un “objetivos militar”. Este tipo penal no cubre la destrucción de bienes protegidos, que se encuentra cubierta por el artículo 8-2-b-ix del Estatuto de Roma.

2.1.2.6. El hecho de causar la muerte o lesiones a una persona que esté fuera de combate

Este tipo penal sanciona el daño en persona protegida, cuando se trata de personas que no se encuentran en capacidad de participar de las hostilidades porque han sido heridos y puestos en incapacidad de combatir, conforme al artículo 23-c de

³⁸⁰ CIJ, *Legality of Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, *op. cit.*, pág. 72.

³⁸¹ CPI, *Elementos de los Crímenes*, *op. cit.*, artículo 8-2-b-v y nota 38.

la Convención de H. IV de 1907 y al artículo 41 del Protocolo I adicional³⁸². La incriminación cubre únicamente los conflictos armados internacionales.

El tipo penal exige en primer lugar, que el autor “haya causado la muerte o lesiones” a la víctima. El elemento de conducta del autor viene acompañado de un segundo elemento de circunstancia que exige verificar la calidad de la víctima como una persona que “haya estado fuera de combate”, retomando los términos del artículo 41 del Protocolo I adicional³⁸³.

2.1.2.7. El hecho de utilizar de modo indebido una bandera blanca, la bandera nacional o las insignias militares o el uniforme del enemigo o de las Naciones Unidas, así como los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra

Este tipo penal ha sido dividido en cuatro grupos en el anexo B de los elementos de los Crímenes.

En primer lugar, el uso de la bandera blanca³⁸⁴. En segundo lugar, el uso de la bandera nacional o las insignias militares o el uniforme del enemigo³⁸⁵. El tercer tipo penal es el uso de la bandera nacional o las insignias militares o el uniforme o de las Naciones Unidas³⁸⁶. El cuarto injusto prohíbe el uso de los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra³⁸⁷.

Esta incriminación que fue prevista sólo para los conflictos armados internacionales, se basa en el artículo 23-f de la Convención H. IV y en los artículos 37 y 38 del Protocolo I adicional por lo que refiere a las insignias de las Naciones Unidas.

En primer lugar un elemento material de conducta, es decir, que el autor “haya utilizado” cualquiera de los distintivos comprometidos en el tipo penal.

³⁸² El artículo 41 del Protocolo I adicional estipula que: “1. Ninguna persona podrá ser objeto de ataque cuando se reconozca o, atendidas las circunstancias, deba reconocerse que está fuera de combate. 2. Está fuera de combate toda persona: a) que esté en poder de una Parte adversa; b) que exprese claramente su intención de rendirse; o c) que esté inconsciente o incapacitada en cualquier otra forma a causa de heridas o de enfermedad y sea, por consiguiente, incapaz de defenderse; y siempre que, en cualquiera de esos casos, se abstenga de todo acto hostil y no trate de evadirse”.

³⁸³ CPI, Elementos de los Crímenes, *op. cit.*, artículo 8-2-b-vi

³⁸⁴ *Ibid.*, artículo 8-2-b-vii-1.

³⁸⁵ *Ibid.*, artículo 8-2-b-vii-2.

³⁸⁶ *Ibid.*, artículo 8-2-b-vii-3.

³⁸⁷ *Ibid.*, artículo 8-2-b-vii-4.

En segundo lugar, el tipo penal exige una circunstancia particular del uso, es decir, un elemento de ilicitud que se aproxima a la perfidia, ya que exige, en el caso de la bandera blanca, que el autor “haya hecho tal utilización para fingir una intención de negociar cuando no tenía esa intención” y en caso de los demás signos distintivos, que se haya hecho un uso indebido, “en forma prohibida por el Derecho Internacional de los conflictos armados mientras llevaba a cabo un ataque”³⁸⁸ o con “fines de combate”, es decir, con un propósito directamente relacionado con las hostilidades, que no incluye las actividades médicas, religiosas o similares³⁸⁹.

El tercer elemento material, exige un resultado, una consecuencia dañosa de la conducta, consistente en causar la muerte o lesiones graves a la víctima, de conformidad con el artículo 85 del Protocolo I adicional.

Las distintas conductas exigidas no tienen mayores diferencias en sus elementos materiales, aunque se exige una intencionalidad calificada por el conocimiento del autor sobre la ilegalidad de sus actos, que constituye una excepción a la regla general de los Elementos de los Crímenes³⁹⁰.

2.1.2.8. El traslado, directa o indirectamente, por la Potencia ocupante de parte de su población civil al territorio que ocupa, o la deportación o el traslado de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio. El desplazamiento forzado

Este tipo penal del artículo 8-2-b-viii del Estatuto de Roma corresponde a los conflictos armados internacionales basándose en los artículos 49 y 147 del IV Convenio de Ginebra. El tipo correspondiente en los conflictos armados internos, con algunas adaptaciones y limitaciones conceptuales debidas a la naturaleza del conflicto, es el desplazamiento forzado del artículo 8-2-e-viii del Estatuto de Roma cuya redacción se basó en el artículo 17-1 del Protocolo II adicional.

En el conflicto armado internacional se exige una serie de elementos materiales específicos, algunos de ellos alternativos. En primer lugar, el elemento material de conducta consta de dos alternativas: que el autor haya “trasladado, directa

³⁸⁸ *Ibid.*, artículo 8-2-b-vii-2 y -3.

³⁸⁹ *Ibid.*, artículo 8-2-b-vii-4 y nota 42.

³⁹⁰ *Ibid.*, Introducción general, pár. 6. La excepción incluye el dolo eventual en tres de los casos, salvo por el uso de la bandera, insignia o uniforme de las Naciones Unidas. *Ibid.*, Introducción general, artículo 8-2-b-vii-3, nota 41.

o indirectamente, parte de su propia población al territorio que ocupa”, o que el autor haya “deportado o trasladado la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio”³⁹¹.

La segunda alternativa se encuentra ya incluida en el artículo 8-2-a-vii del Estatuto de Roma. La primera alternativa fue intensamente discutida por la delegación Árabe, de Suiza y de los Estados Unidos de América³⁹² es vistas de limitar o ampliar el alcance de su formulación. Ninguna limitación fue encontrada en el Derecho Internacional de los conflictos armados y el carácter “directo o indirecto” del traslado de la “propia población” debe ser interpretado con arreglo a las disposiciones pertinentes del Derecho Internacional de los conflictos armados³⁹³.

A pesar de estas disposiciones, el carácter vinculante de la prohibición continúa siendo discutido por Estados como Israel que no forma parte del Protocolo I adicional y considera que el artículo 85 del Protocolo I adicional, que define la violación del artículo 49 del IV Convenio de Ginebra como una violación grave, no es vinculante³⁹⁴.

En el caso de los conflictos armados internos, el artículo 8-2-e-viii del Estatuto de Roma exige en primer lugar una conducta, consistente en que el autor “haya ordenado el desplazamiento de una población civil”. Esta conducta exige la verificación de dos circunstancias especiales: el hecho de que el autor haya estado en situación de causar ese desplazamiento mediante la orden dada y, finalmente, el hecho de que la orden no haya estado justificada por la seguridad de las personas civiles de que se trataba o por necesidades militares³⁹⁵. La necesidad militar debe ser entendida en los términos dispuestos por el artículo 17 del Protocolo II adicional³⁹⁶.

³⁹¹ *Ibid.*, artículo 8-2-b-viii y nota 44.

³⁹² CPI, doc. PCNICC/1999/WGEC/INF/3 (12-8-1999): *Proposals in relation to elements of article 8 (2) (b) (viii) of the Rome Statute of the International Criminal Court*, 3 págs.

³⁹³ CPI, Elementos de los Crímenes, *op. cit.*, artículo 8-2-b-viii y nota 44; En este sentido, el artículo 49 del IV Convenio de Ginebra estipula: “(...) La Potencia ocupante no podrá efectuar la evacuación o el traslado de una parte de la propia población civil al territorio por ella ocupado”.

³⁹⁴ VON HEBEL, H., “The elements of war crimes. Article 8(2)(b)(viii)- The Transfer, Directly or Indirectly, by the Occupying Power of Parts of Its own Civilian Population into the Territory It Occupies, or the Deportation or Transfer of All or Parts of the Population of the Occupied Territory Within or Outside this Territory”. En: R. S. Lee (ed.), *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, 2001, New York, Transnational Publishers, 857 págs., pp. 158-162, pp.161-162.

³⁹⁵ CPI, Elementos de los Crímenes, *op. cit.*, artículo 8-2-e-viii.

³⁹⁶ El artículo 17 del Protocolo II adicional estipula que: “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

2.1.2.9. El hecho de atacar bienes protegidos

El artículo 8-2-b-ix del Estatuto de Roma es un caso especial del ataque a bienes civiles del artículo 8-2-b-ii del Estatuto de Roma. Esta incriminación también ha sido incorporada para el caso de los conflictos armados internos por el artículo 8-2-e-iv del Estatuto de Roma.

Un gran número de disposiciones del Derecho Internacional de los conflictos armados protegen cierta categoría de bienes en tiempos de guerra, especialmente los bienes de la misión médica y los bienes culturales³⁹⁷.

Los elementos materiales exigen, en primer lugar, que el autor “haya lanzado un ataque”, en segundo lugar, que el ataque haya estado dirigido contra uno o más edificios dedicados a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales o los lugares en que se agrupe a enfermos y heridos que no sean objetivos militares³⁹⁸.

El segundo elemento material, la condición de “que no sean objetivos militares” no estaba presente en el Protocolo I adicional. La definición del objetivo militar es la misma del artículo 8-2-b-ii del Estatuto de Roma que está basado en el artículo 52-2 del Protocolo I adicional. El ataque intencional es requerido. No se excluye que se produzca un resultado dañoso sobre los bienes protegidos, aunque no es un requerimiento necesario.

2.1.2.10. El hecho de causar mutilaciones o de someter a experimentos médicos o científicos

Este tipo penal de resultado fue adoptado con los mismos elementos para todos los conflictos armados en sus dos variantes de conducta.

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. 2. No se podrá forzar a las personas civiles a abandonar su propio territorio por razones relacionadas con el conflicto”. (Subrayado fuera del texto).

³⁹⁷ Véanse los artículos 27 y 56 de la Convención H. IV, los artículos 19-23/I, 22-23/II, 34-35/II, 14/IV, 18-19/IV de los Convenios de Ginebra sobre los hospitales y lugares con destinación similar, los artículos 53, 59-3 y 85-4 del Protocolo I adicional y la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado (12-5-1954).

³⁹⁸ CPI, Elementos de los Crímenes, *op. cit.*, artículo 8-2-b-ix y artículo 8-2-e-iv.

La referencia a este crimen en el Derecho Internacional de los conflictos armados se encuentra en los artículos 13-1/III y 32/IV de los Convenios de Ginebra, en el artículo 3 común, en los artículos 11-2 y 75-2 del Protocolo I adicional y en el artículo 42-2-b del Protocolo II adicional.

En el primer caso, la conducta de mutilar exige dos resultados alternativos en el cuerpo o en la salud de la víctima. La primera alternativa es la verificación de que el autor haya, en particular³⁹⁹, desfigurado o incapacitado en forma permanente a la víctima o le haya extirpado un órgano o amputado un miembro. La segunda posibilidad exige que la conducta haya causado la muerte a esa persona o personas o haya puesto en grave peligro su salud física o mental⁴⁰⁰.

En el segundo caso, la conducta exige que el autor haya sometido a la víctima a experimentos médicos o científicos. Además de los resultados alternativos previstos para el injusto penal de mutilación, esta conducta prevé la posibilidad de que el experimento haya puesto en grave peligro “la integridad” de la víctima⁴⁰¹.

La ejecución de cualquiera de las conductas requiere la verificación del hecho de que las víctimas “estén en poder de una Parte adversa”, es decir del enemigo en el conflicto armado. Este elemento identifica la naturaleza potencial de las víctimas como prisioneros, heridos y en general personas que no toman una parte activa en las hostilidades⁴⁰².

Del mismo modo que en el artículo 8-2-a-ii del Estatuto de Roma, la configuración del injusto penal exige la exclusión de una circunstancia de justificación consistente en la aplicación de un tratamiento médico, dental u hospitalario o en el interés de la persona tratada. Sin embargo, el mero consentimiento de la víctima no es causal de justificación del crimen:

“El consentimiento no es una eximente de este crimen. La disposición sobre este crimen prohíbe todo procedimiento médico que no esté indicado por el estado de salud de la persona afectada y que no esté de acuerdo con las normas médicas generalmente aceptadas que se aplicarían en circunstancias médicas análogas a personas que sean nacionales de la parte que realiza el procedimiento y que no estén

³⁹⁹ La inclusión de la expresión “en particular” indica el carácter no exhaustivo de los ejemplos de mutilación o experimentación médica o científica.

⁴⁰⁰ CPI, Elementos de los Crímenes, *op. cit.*, artículo 8-2-b-x-1 y 8-2-e-xi-1.

⁴⁰¹ *Ibid.*, artículo 8-2-b-x-2 y 8-2-e-xi-2.

⁴⁰² El crimen de guerra de mutilación se encuentra reforzado en caso de conflicto armado interno y en este sentido, el artículo 8-2-c-i del Estatuto de Roma consagra el crimen de mutilación sin consideración de la custodia o control ejercido sobre la víctima por parte del autor.

en modo alguno privadas de su libertad. Esta nota también se aplica al mismo elemento del artículo 8 2) b) x)-2”⁴⁰³.

2.1.2.11. El hecho de matar o herir a traición

Este tipo penal está previsto como violación del artículo 23-b de la Convención H. IV, en el artículo 3 del Protocolo I adicional. El injusto se hizo extensivo a los conflictos armados internos en el Estatuto de Roma (arts. 8-2-b-xi y 8-2-e-ix).

El tipo penal exige dos conductas vinculadas por un nexo de causalidad. En primer lugar, que el autor se haya ganado la confianza de una o más personas y les haya hecho creer que tenían derecho a protección o que él estaba obligado a protegerlas en virtud de las normas del Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados⁴⁰⁴.

En segundo lugar, que el autor haya dado muerte o herido a esa persona o personas, aprovechando la confianza que se había ganado. Un tercer elemento material exige la verificación de la condición indispensable de las víctimas, es decir, el hecho de que éstas hayan pertenecido a una Parte enemiga⁴⁰⁵.

2.1.2.12. El hecho de no dar cuartel

El artículo 23-d de la Convención H. IV y el artículo 40 del Protocolo I adicional regulan esta conducta, que se hizo extensiva también a los conflictos armados internos en el Estatuto de Roma.

A diferencia del crimen de herir o matar a personas que se hallen fuera de combate, el crimen de no dar cuartel no exige ningún resultado, pues la mera conducta es penalizada, es decir, que el autor haya dado una orden o hecho una declaración en el sentido de que no hubiese sobrevivientes, configura en sí mismo el punible⁴⁰⁶. La orden o declaración de no dejar sobrevivientes puede emitirse como amenaza al adversario o como orden de batalla⁴⁰⁷. En todo caso, es necesario que el autor de la orden o la declaración estuviera en situación de mando o control efectivos

⁴⁰³ CPI, Elementos de los Crímenes, *op. cit.*, nota 46.

⁴⁰⁴ *Ibid.*, artículo 8-2-b-xi y artículo 8-2-e-ix.

⁴⁰⁵ *Ibid.*

⁴⁰⁶ *Ibid.*, artículo 8-2-b-xii y artículo 8-2-e-x.

⁴⁰⁷ *Ibid.*, artículo 8-2-b-xii, elemento 2 y artículo 8-2-e-x, elemento 2.

respecto de las fuerzas subordinadas a las que haya dirigido la orden o la declaración⁴⁰⁸.

2.1.2.13. El hecho de destruir bienes del enemigo o apoderarse de bienes del enemigo

El artículo 23-g de la Convención H. IV, el artículo 53 del IV Convenio de Ginebra y el artículo 54 del Protocolo I adicional, regulan este tipo penal de resultado cuya sanción se hizo extensiva los conflictos armados internos en el Estatuto de Roma (arts. 8-2-b-xiii 8-2-e-xii).

El primer elemento material del tipo penal es el resultado consistente en que el autor “haya destruido un bien o se haya apoderado de un bien”⁴⁰⁹. En segunda medida, la naturaleza del bien que ha sido objeto del injusto debe ser verificada en el doble sentido de que “haya sido de propiedad de una Parte enemiga” o “adversaria” y de que ese bien haya estado protegido de la destrucción o apropiación en virtud del Derecho Internacional de los conflictos armados⁴¹⁰.

La noción de bienes incluye tanto los bienes públicos como privados y la referencia al Derecho Internacional de los conflictos armados permite excluir algunos bienes que no se encuentran especialmente protegidos. Este injusto requiere, finalmente, de la exclusión de la circunstancia de justificación, es decir, la verificación de que la destrucción o apropiación no haya estado justificada por necesidades militares⁴¹¹.

2.1.2.14. El hecho de denegar derechos o acciones a los nacionales de la Parte enemiga

El artículo 23-h de la Convención H. IV y el artículo 64 del IV Convenio de Ginebra regulan esta conducta cuya sanción sólo fue considerada en el caso de los conflictos armados internacionales (art. 8-2-b-xiv del Estatuto de Roma).

El elemento material exige que el autor “haya abolido, suspendido o declarado inadmisibles ante un tribunal ciertos derechos o acciones” de las

⁴⁰⁸ *Ibid.*, artículo 8-2-b-xii, elemento 3 y artículo 8-2-e-x, elemento 3.

⁴⁰⁹ *Ibid.*, artículo 8-2-b-xiii y artículo 8-2-e-xii.

⁴¹⁰ *Ibid.*; *Katanga case*, ICC-01/04-01/07-717, *op. cit.*, párs. 310-314.

⁴¹¹ CPI, Elementos de los Crímenes, *op. cit.*, artículo 8-2-b-xiii y artículo 8-2-e-xii.

víctimas⁴¹². Se trata de un tipo penal de resultado que no se satisface con la mera declaración. Adicionalmente, la conducta está calificada por las circunstancias relativas a la naturaleza de las víctimas como “los nacionales de una Parte enemiga”.

2.1.2.15. El hecho de obligar a participar en operaciones bélicas

Este tipo penal del artículo 8-2-b-xvi del Estatuto de Roma está previsto como violación del artículo 23 de la Convención H. IV y en los artículos 49-57/III y 51/IV de los Convenios de Ginebra. El injusto penal no se hizo extensivo a los conflictos armados internos.

Los elementos materiales del tipo penal exigen, primero, que el autor haya obligado a una o más personas, mediante hechos o amenazas, a participar en operaciones bélicas contra su propio país o sus propias fuerzas y, segundo, esa persona o personas hayan sido nacionales de una Parte enemiga⁴¹³.

2.1.2.16. El saqueo

Este tipo penal se hizo extensivo a los conflictos armados internacionales y a los conflictos armados internos en los artículos 8-2-b-xvi y 8-2-e-v del Estatuto de Roma, respectivamente. La misma incriminación está prevista como violación de los artículos 28 y 47 de la Convención H. IV y en los artículos 15/I, 18/II, 18/III y 33/IV de los Convenios de Ginebra.

Los elementos materiales específicos de este injusto exigen, en primer lugar, que el autor se haya apropiado de un bien, en segundo lugar, que tal apropiación tenga por objeto su uso privado o personal y, en tercer lugar, que la apropiación haya tenido lugar sin el consentimiento del propietario⁴¹⁴. La expresión “uso privado o personal” excluye la apropiación justificada por necesidades militares⁴¹⁵.

Los bienes apropiados, sean públicos o privados deben pertenecer al enemigo del autor del crimen, o a individuos o entidades que están aliadas o pertenecen a la Parte que es hostil al autor y, a diferencia de la destrucción de bienes, en el caso del saqueo es indispensable que los bienes hayan pasado a estar bajo control del autor

⁴¹² *Ibid.*, artículo 8-2-b-xiv.

⁴¹³ *Ibid.*, artículo 8-2-b-xv.

⁴¹⁴ *Ibid.*, artículo 8-2-b-xvi y artículo 8-2-e-v.

⁴¹⁵ *Ibid.*, nota 47.

del crimen. El propósito del autor de hacer uso personal o privado de los bienes no exige una materialización de este uso, pues es suficiente la comprobación de una cadena de conductas tendientes a la apropiación con fines privados⁴¹⁶.

2.1.2.17. El hecho de emplear veneno o armas envenenadas

El derecho consuetudinario y el artículo 23-a de la Convención H. IV consagran esta violación al Derecho Internacional de los conflictos armados que se ha hecho extensiva recientemente a los conflictos armados internos, a través de la reforma del artículo 8 del Estatuto de Roma⁴¹⁷.

La definición de “veneno” no está presente en los elementos del crimen, que concentró su atención en las consecuencias de la sustancia que sea empleada para determinar la criminalidad de la conducta. En primer lugar se exige que el autor “haya empleado una sustancia o un arma que descargue una sustancia como resultado de su uso”. En segundo lugar, es necesario “que la sustancia haya sido tal que, en el curso normal de los acontecimientos, cause la muerte o un daño grave para la salud por sus propiedades tóxicas”⁴¹⁸.

Del segundo elemento puede inferirse que el tipo penal no requiere que la víctima muera o sea gravemente afectada, es decir, se trata de un tipo penal de conducta que no exige un resultado, aunque exige que el grado de peligrosidad de la conducta sea tal que “en el curso normal de los acontecimientos” el resultado se produzca. Dicho de otro modo, la atención médica fortuita no podría excusar el ilícito.

2.1.2.18. El hecho de emplear gases, líquidos, materiales o dispositivos prohibidos

El Protocolo G. BC de la Convención H. IV, fue la base de discusión entorno a este tipo penal. El carácter de prohibición consuetudinaria de otras armas de

⁴¹⁶ *Ibid.*; *Katanga case*, ICC-01/04-01/07-717, *op. cit.*, párs. 329-330.

⁴¹⁷ CPI, doc. RC/Res.5, Anexo I (10-6-2010), *op. cit.*, Anexo I: Enmienda al artículo 8. Añádase al apartado e) del párrafo 2 del artículo 8 lo siguiente: “xiii) Emplear veneno o armas envenenadas (...)”.

⁴¹⁸ CPI, Elementos de los Crímenes, *op. cit.*, artículo 8-2-b-xviii; CPI, doc. RC/Res.5, Anexo II (10-6-2010): *Enmienda a los Elementos de los Crímenes, Anexo II a la Resolución de enmienda al artículo 8 adoptada en la 12ª sesión plenaria adoptada por consenso en la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma*, 1 pág., (en adelante: “CPI, doc. RC/Res.5, Anexo II (10-6-2010)”), artículo 8-2-e-xiii.

destrucción masiva como las armas nucleares y las armas biológicas fue fuertemente contestado por los Estados, por lo tanto no fueron incorporadas en el injusto penal⁴¹⁹.

Siete años después de la entrada en vigor del Estatuto de Roma, durante la Conferencia de revisión de 2010, México introdujo de nuevo la propuesta de incorporación del uso o amenaza de uso de las armas nucleares como crimen de guerra pero la propuesta no fue considerada⁴²⁰.

Los Elementos de los Crímenes contienen una nota especial indicando, adicionalmente, que el tipo penal no debe entenderse como una limitación del Derecho Internacional vigente o en desarrollo acerca de la elaboración, la producción, el almacenamiento y la utilización de armas químicas. Esta nota estuvo motivada en la discusión de los Estados Partes acerca de la utilización legítima de agentes químicos de control de disturbios⁴²¹.

Esta conducta criminal en violación del Derecho Internacional de los conflictos armados internacionales, se hizo extensiva a los conflictos armados internos a través de la reforma del artículo 8 del Estatuto de Roma de 2010⁴²².

La definición de los elementos empleados fue dejada de lado en los elementos de este crimen para concentrarse en los efectos de éstos sobre la víctima.

En consecuencia, el tipo penal exige, en primer lugar, que el autor haya empleado un gas u otra sustancia o dispositivo análogo y, en segundo lugar, que el gas, la sustancia o el dispositivo haya sido tal que, en el curso normal de los acontecimientos, cause la muerte o un daño grave para la salud por sus propiedades asfixiantes o tóxicas⁴²³.

⁴¹⁹ Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción (13-1-1993); CIJ, *Legality of Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, *op. cit.*, pár. 72.

⁴²⁰ CPI, doc. ICC-ASP/8/43/Add.1 (10-11-2009): *Report of the Bureau on the Review Conference. Addendum, Assembly of States Parties of the International Criminal Court*, 18 págs., Anexo III (en adelante: “CPI, doc. ICC-ASP/8/43/Add.1 (10-11-2009)”), pp. 9-11.

⁴²¹ CPI, Elementos de los Crímenes, *op. cit.*, nota 48; GARRAWAY, C., “The elements of war crimes. Article 8(2)(b)(xviii)- Employing Prohibited Gases, Liquids, Materials or Devices”. En: R. S. Lee (ed.), *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, 2001, New York, Transnational Publishers, 857 págs., pp. 179-180, p. 80.

⁴²² CPI, doc. RC/Res.5, Anexo I (10-6-2010), *op. cit.*, Anexo I. Enmienda al artículo 8. Añádase al apartado e) del párrafo 2 del artículo 8 lo siguiente: “(...) xiv) Emplear gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogos (...)”.

⁴²³ CPI, Elementos de los Crímenes, *op. cit.*, artículo 8-2-b-xviii; CPI, doc. RC/Res.5, Anexo II (10-6-2010), *op. cit.*, artículo 8-2-e-xiv.

2.1.2.19. El hecho de emplear balas prohibidas

El tipo penal se inspira en la Declaración prohibiendo el empleo de las balas que se hinchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano de 1899. Esta violación al Derecho Internacional de los conflictos armados internacionales se hizo extensiva a los conflictos armados internos a través de la reforma del artículo 8 del Estatuto de Roma de 2010⁴²⁴.

Los elementos del crimen están concentrados en los efectos que causa la conducta prohibida. Por lo tanto, el tipo penal exige que el autor “haya empleado ciertas balas” y que las balas se ensanchen o aplasten fácilmente en el cuerpo humano y, por esta razón, su uso infrinja el Derecho Internacional de los conflictos armados⁴²⁵. El tipo penal descrito excluye el uso de estas balas prohibidas en el marco de situaciones que no cumplan el requisito de infringir el Derecho Internacional de los conflictos armados, por ejemplo, en el uso doméstico que hagan las fuerzas armadas de un país que no se encuentre asociado a un conflicto armado.

2.1.2.20. El hecho de emplear armas, proyectiles, materiales o métodos de guerra enumerados en el anexo del Estatuto

Este tipo penal supone una lista de armas, proyectiles, materiales y métodos de guerra en constante evolución conforme al Derecho Internacional de los conflictos armados, ya que las disposiciones de los artículos 121 y 123 del Estatuto de Roma autorizan a la Asamblea de los Estados Partes a efectuar reformas basadas en propuestas de los Estados y a efectuar la revisión del Estatuto de Roma.

Sin embargo, la primera revisión del Estatuto, que tuvo lugar siete años después de su entrada en vigor, en Kampala (junio de 2010), no produjo el anexo correspondiente a este artículo y los elementos del crimen siguen sin ser redactados.

Otras propuestas de enmienda, tendientes a ampliar el grupo de armas prohibidas y su sanción penal, fueron presentadas por algunos Estados Partes. Los proyectos de enmienda abordaron el uso de determinadas armas prohibidas por

⁴²⁴ CPI, doc. RC/Res.5, Anexo I (10-6-2010), *op. cit.*, Anexo I. Enmienda al artículo 8. Añádase al apartado e) del párrafo 2 del artículo 8 lo siguiente: “(...) xv) Emplear balas que se ensanchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano, como balas de camisa dura que no recubra totalmente la parte interior o que tenga incisiones”.

⁴²⁵ CPI, Elementos de los Crímenes, *op. cit.*, artículo 8-2-b-xix; CPI, doc. RC/Res.5, Anexo II (10-6-2010), *op. cit.*, artículo 8-2-e-xv.

tratados internacionales ampliamente ratificados y considerados parte del derecho consuetudinario internacional por un número importante de Estados.

Entre las enmiendas sugeridas para los artículos 8-2-b y 8-2-e del Estatuto de Roma se pueden destacar las prohibiciones contenidas en tres convenciones: la Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción, en violación de dicha Convención, Londres, Moscú y Washington, 10 de abril de 1972; la Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción, en violación de dicha Convención, París, 13 de enero de 1993; y en la Convención, Ottawa, 18 de septiembre de 1997 sobre el uso de minas antipersonal:

“Using the agents, toxins, weapons, equipment and means of delivery as defined by and in violation of the Convention on the Prohibition of the Development, Production and Stockpiling of Bacteriological (Biological) and Toxin Weapons and on their Destruction, London, Moscow and Washington, 10 April 1972;

(...) Using chemical weapons or engaging in any military preparations to use chemical weapons as defined by and in violation of the Convention on the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and Use of Chemical Weapons and on Their Destruction, Paris, 13 January 1993 ;

(...) Using anti-personnel mines as defined by and in violation of the Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production and Transfer of Anti-Personnel Mines and on their Destruction, Ottawa 18 September 1997”⁴²⁶.

Sin embargo, ninguna de ellas obtuvo la aprobación de la Conferencia Diplomática. Otras propuestas, sobre la inclusión de la prohibición del uso de fragmentos no localizables así como de armas láser cegadoras, corrieron igual suerte⁴²⁷.

2.1.2.21. El hecho de cometer atentados contra la dignidad personal

El ultraje a la dignidad personal, que incluye la profanación de cadáveres⁴²⁸, fue adoptado para los conflictos armados internacionales en el artículo 8-2-b-xxi del Estatuto de Roma y para los conflictos armados internos en el artículo 8-2-c-ii del Estatuto de Roma.

Este tipo penal se basa en los artículos 95 del IV Convenio de Ginebra, 75-2 y 85-4 del Protocolo I adicional y 4-2-e del Protocolo II adicional. Los elementos

⁴²⁶ CPI, doc. ICC-ASP/8/43/Add.1 (10-11-2009). *Report of the Bureau on the Review Conference. Addendum, op. cit.*, Anexo II, pp. 3-4.

⁴²⁷ *Ibid.*, pp. 4-5.

⁴²⁸ CPI, Elementos de los Crímenes, *op. cit.*, nota 49.

materiales del crimen exigen, en primer lugar que el autor haya sometido a una o más personas a tratos humillantes o degradantes o haya atentado de cualquier otra forma contra su dignidad⁴²⁹. La conducta no exige que la víctima tenga conciencia de la dimensión del trato que sufre y, en todo caso, el carácter indigno del tratamiento dispensado debe tener en cuenta los aspectos pertinentes de la cultura a que pertenece la víctima⁴³⁰.

En segundo lugar, el tipo penal exige que la dimensión del atentado contra la dignidad haya sido tan grave que esté reconocido generalmente como atentado contra la dignidad personal por el Derecho Internacional⁴³¹.

2.1.2.22. La violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual

La consagración de las seis conductas descritas por los artículos 8-2-b-xxii y 8-2-e-vi del Estatuto de Roma como crímenes de guerra va más allá del Derecho Internacional de los conflictos armados existente al momento de la adopción del Estatuto de Roma.

Los diferentes informes sobre la situación en los conflictos armados de la Ex Yugoslavia y de Ruanda motivaron la acción de los Estados y la experiencia de los tribunales *ad hoc* contribuyó en gran medida a la adopción de estos injustos penales⁴³². Las consideraciones relativas a la cultura y la religión a que pertenece la víctima fueron descartadas de los elementos de los crímenes pero influyeron en el contenido de las discusiones sobre los demás elementos⁴³³.

El tipo penal de violación se basa en el artículo 27-2 del IV Convenio de Ginebra, en los artículos 75-2 y 76-1 del Protocolo I adicional y 4-2-e del Protocolo II adicional. Sin embargo estas disposiciones no aportan una definición de violación y no la consideran expresamente como una violación grave sino como una forma de

⁴²⁹ *Ibid.*, artículo 8-2-b-xxi y artículo 8-2-c-ii.

⁴³⁰ *Ibid.*, nota 49.

⁴³¹ *Ibid.*, artículo 8-2-b-xxi y artículo 8-2-c-ii.

⁴³² LA HAYE, E., "The elements of war crimes. Article 8(2)(b)(xxii)- Rape, Sexual Slavery, Enforced Prostitution, Forced Pregnancy, Enforced Sterilization, and Sexual Violence". En: R. S. Lee (ed.), *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, 2001, New York, Transnational Publishers, 2001, 857 págs., pp. 184-199, p. 185.

⁴³³ *Ibid.*, p. 186.

tortura. Los casos *Delalic et al*⁴³⁴ y *Furundzija*⁴³⁵ del TPIY así como el asunto *Akayesu*⁴³⁶ del TPIR sirvieron como base para la elaboración de los elementos de este crimen.

El primer elemento material del tipo penal de violación exige que el autor haya invadido el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual o del orificio anal o genital de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo⁴³⁷. El concepto de invasión del cuerpo de la víctima fue escogido por su carácter de género neutro⁴³⁸.

En segunda medida, la conducta del autor debe estar caracterizada por el ejercicio de la fuerza o la coacción sobre la víctima. La fuerza puede ejercerse a través del temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, o simplemente como consecuencia del entorno coercitivo o de condiciones en que la víctima se halla puesta en incapacidad consentir⁴³⁹.

El tipo penal también considera la persona incapaz de dar su libre consentimiento (menores e incapaces mentales) o que ha sido puesta en incapacidad de consentir de forma inducida. Esta consideración también se aplica para los casos de prostitución forzada, esterilización forzada y otras formas de violencia sexual⁴⁴⁰.

El segundo tipo penal, la esclavitud sexual, por sus características particulares y por su novedad en el Derecho Internacional⁴⁴¹, reconoce que sus autores podrán ser dos o más personas con un propósito delictivo común⁴⁴².

La esclavitud sexual exige, en primer lugar, que el autor “haya ejercido uno de los atributos del derecho de propiedad” sobre la víctima, como comprarlas, venderlas, prestarlas o darlas en trueque, o imponerles algún tipo similar de privación

⁴³⁴ TPIY, Trial Chamber II (16 November 1998): *The Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravro Mucic “Pavo”, Hazim Dilic and Esad Landzo “Zenga”, Celebici case*, Case IT-96-21-T, Judgment (en adelante: “TPIY, Trial *Delalic et al*, IT-96-21-T”), p. 478 y ss.

⁴³⁵ TPIY, Trial Chamber II (10 December 1998): *The Prosecutor v. Anto Furundzija*, Case IT-95-17/1-T, Judgment (en adelante: “TPIY, Trial *Furundzija*, IT-95-17/1-T”), p. 180 y ss.

⁴³⁶ TPIR, Trial *Akayesu*, ICTR-96-4-T, *op. cit.*, p. 597 y ss.

⁴³⁷ CPI, Elementos de los Crímenes, *op. cit.*, artículo 8-2-b-xxii-1 y artículo 8-2-e-vi-1.

⁴³⁸ *Ibid.*, nota 50.

⁴³⁹ *Ibid.*, artículo 8-2-b-xxii-1, elemento 2 y artículo 8-2-e-vi-1, elemento 2.

⁴⁴⁰ *Ibid.*, nota 51.

⁴⁴¹ El Estatuto de Roma es el primer instrumento internacional que adopta específicamente esta conducta como crimen de guerra y crimen contra la humanidad. De modo general, el antecedente de esta prohibición es la Convención sobre la esclavitud (25-9-1926).

⁴⁴² CPI, Elementos de los Crímenes, *op. cit.*, nota 52.

de la libertad, o cualquiera de dichos atributos⁴⁴³. Se entiende que ese tipo conducta puede incluir la exacción de trabajos forzados, el tráfico de personas, en particular de mujeres y niños, o cualquier otro tipo de reducción de la víctima a una condición servil⁴⁴⁴. La condición servil está definida en el artículo 1 de la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud de 1956⁴⁴⁵. En segundo lugar, para que se configure el tipo penal es necesario que el autor “haya hecho que esa persona o esas personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual”⁴⁴⁶.

El tercer tipo de conducta regulado en este grupo es la prostitución forzada, que había sido regulada por el artículo 27-3 del IV Convenio de Ginebra como una forma de ultraje a la dignidad personal.

Los elementos materiales son dos: primero, el injusto exige que el autor “haya hecho” que la víctima realizara uno o más actos de naturaleza sexual. La acción del autor debe basarse en el uso de la fuerza, la amenaza de la fuerza o mediante coacción, bien sea por temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra la víctima o contra terceros, o aprovechando un entorno coercitivo o la incapacidad de esa o esas personas de dar su libre consentimiento⁴⁴⁷. Segundo, que el autor u otra persona “hayan obtenido o esperado obtener ventajas pecuniarias o de otro tipo a cambio de los actos de naturaleza sexual o en relación con ellos”⁴⁴⁸. Este segundo elemento distingue claramente entre la prostitución forzada y la esclavitud sexual u otros actos sexuales.

El cuarto injusto penal regulado es el embarazo forzado que sólo había sido considerado por algunas resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos (CDH) de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de violencia contra la mujer en 1995, 1996, 1997 y 1998⁴⁴⁹.

El primer elemento material del crimen exige el confinamiento de las víctimas con la intención de modificar la composición étnica de una población o de

⁴⁴³ *Ibid.*, artículo 8-2-b-xxii-2 y artículo 8-2-e-vi-2.

⁴⁴⁴ *Ibid.*, nota 53.

⁴⁴⁵ Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud (7-9-1956).

⁴⁴⁶ CPI, Elementos de los Crímenes, *op. cit.*, artículo 8-2-b-xxii-2 y artículo 8-2-e-vi-2.

⁴⁴⁷ *Ibid.*, artículo 8-2-b-xxii-3 y artículo 8-2-e-vi-3.

⁴⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁴⁹ LA HAYE, E., “The elements of war crimes. Article 8(2)(b)(xxii)- Rape, Sexual Slavery, Enforced Prostitution, Forced Pregnancy, Enforced Sterilization, and Sexual Violence”, *op. cit.*, p. 193.

cometer otra infracción grave del Derecho Internacional. El segundo elemento exige una circunstancia particular de las víctimas: que hayan quedado embarazadas por la fuerza. Este injusto penal no exige que el autor sea la misma persona que ha embarazado por la fuerza a la víctima y tampoco exige que la víctima haya quedado embarazada como consecuencia de una violación pues otros métodos de fecundación pueden ser considerados⁴⁵⁰.

El quinto tipo penal es la esterilización forzada que no tiene antecedente de adopción en el Derecho Internacional. El primer elemento material de este crimen exige que el autor “haya privado” a la víctima de la capacidad de reproducción biológica, sin que esta conducta incluya las políticas de control de natalidad de los Estados que no tengan un efecto permanente⁴⁵¹. Sin embargo la conducta puede incluir el suministro forzado y repetido de métodos de anticoncepción. En segundo lugar, el tipo penal exige la exclusión de dos circunstancias de justificación de la conducta, a saber, que se encuentre en el marco de un tratamiento médico u hospitalario de la víctima o víctimas, o que la esterilización se haya llevado a cabo con su libre consentimiento⁴⁵².

La última conducta regulada es la violencia sexual, que se basa en las disposiciones de los artículos 27-2 del IV Convenio de Ginebra, 75-2-b del Protocolo I adicional y 4-2-e del Protocolo II adicional, donde la conducta recibió tratamiento de ultrajes a la dignidad y el honor de la mujer.

El tipo penal exige que el autor “haya realizado” un acto de naturaleza sexual contra una o más personas o “haya hecho que esa o esas personas realizaran” un acto de naturaleza sexual. La conducta exige el uso de la fuerza, la amenaza de la fuerza o la coacción. Algunos ejemplos de métodos utilizados son: la coacción causada por el miedo a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas o contra otra o aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de esa o esas personas de dar su libre consentimiento⁴⁵³. En segundo lugar, la conducta debe tener un umbral de gravedad comparable a la de una infracción grave de los Convenios de Ginebra⁴⁵⁴ o en caso de los conflictos

⁴⁵⁰ CPI, Elementos de los Crímenes, *op. cit.*, artículo 8-2-b-xxii-4 y artículo 8-2-e-vi-4.

⁴⁵¹ *Ibid.*, artículo 8-2-b-xxii-5, artículo 8-2-e-vi-5 y nota 54.

⁴⁵² *Ibid.*, nota 55: “Se entiende que la expresión “libre consentimiento” no comprende el consentimiento obtenido mediante engaño”.

⁴⁵³ *Ibid.*, artículo 8-2-b-xxii-6, artículo 8-2-e-vi-6.

⁴⁵⁴ *Ibid.*, artículo 8-2-b-xxii-6.

armados internos, de una gravedad comparable a la de una infracción grave del artículo 3 común⁴⁵⁵.

2.1.2.23. El hecho de utilizar a personas protegidas como escudos

Los artículos 23/III, 28/IV de los Convenios de Ginebra y 51-7 del Protocolo I adicional consagran este tipo penal, que no fue adoptado para los conflictos armados internos.

El primer elemento material exige una conducta del autor que ofrece dos alternativas: que el autor haya trasladado a una o más personas civiles o a otras personas protegidas en virtud del Derecho Internacional de los conflictos armados o que el autor haya aprovechado la presencia de esas personas de alguna otra manera⁴⁵⁶.

Este elemento incluye no sólo la posibilidad de utilizar a las víctimas como escudos humanos porque se hallan bajo el control o la custodia del autor del injusto, sino la posibilidad de que el autor penetre en los lugares donde se encuentran las personas protegidas para utilizarlas como un medio de protección militar.

Esta incriminación, que se centra en la protección de la población civil frente a las operaciones militares, exige la acción intencional del autor en la perpetración del injusto, es decir, la conducta debe estar calificada a través de la intención que haya tenido el autor de proteger un objetivo militar de un ataque o proteger, favorecer o entorpecer operaciones militares.

2.1.2.24. El hecho de atacar bienes o personas que utilicen los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra

Los artículos 24-27/I, 39-44/I, 42-44/II, 18-22/IV de los Convenios de Ginebra y los artículos 13, 15, 18, 23 y 24 del Protocolo I adicional consagran este tipo penal, que fue adoptado para los conflictos armados internacionales y para los conflictos armados internos en los artículos 8-2-b-xxiv y 8-2-e-ii del Estatuto de Roma, respectivamente.

⁴⁵⁵ *Ibid.*, artículo 8-2-e-vi-6.

⁴⁵⁶ *Ibid.*, artículo 8-2-b-xxiii.

El elemento material exige un ataque a objetivos protegidos. De una parte, se trata de una conducta a través de la cual el autor haya atacado a una o más personas, edificios, unidades o medios de transporte sanitarios u otros bienes. De otra parte, debe verificarse que tales bienes utilizaban, de conformidad con el Derecho Internacional, un emblema distintivo u otro método de identificación que indicaba que gozaban de protección con arreglo a los Convenios de Ginebra⁴⁵⁷.

2.1.2.25. El hecho de hacer padecer hambre como método de guerra

La costumbre internacional y el artículo 54-2 del Protocolo I adicional fueron la base para este tipo penal. No obstante su actualidad, esta incriminación no fue adoptada para los conflictos armados internos.

Este injusto penal exige que el autor “haya privado” a personas civiles de objetos indispensables para su supervivencia. La conducta puede ser una acción u omisión y no se limita solamente a la privación de los alimentos, sino que incluye los líquidos, los medicamentos y cualquier objeto “indispensable para la supervivencia”⁴⁵⁸.

En este sentido es importante notar que la naturaleza de la víctima ha sido delimitada como una “persona civil”, es decir, una persona que no toma parte activa en las hostilidades, lo cual excluye a los combatientes y a las personas puestas fuera de combate. Del mismo modo es importante señalar que esta conducta no requiere un resultado dañoso en la víctima más allá de la efectiva privación que sufre y que es infligida de modo intencional por el autor.

2.1.2.26. El hecho de utilizar, reclutar o alistar niños en las fuerzas armadas

La incriminación consistente en el reclutamiento, el alistamiento o la utilización de menores en las hostilidades fue producto de la evolución del Derecho Internacional de los conflictos armados aplicada tanto a los conflictos armados internacionales como a los conflictos armados internos a través de los artículos 8-2-b-xxvi y 8-2-e-vii del Estatuto de Roma, respectivamente.

⁴⁵⁷ *Ibid.*, artículo 8-2-b-xxiv y artículo 8-2-e-ii.

⁴⁵⁸ *Ibid.*, artículo 8-2-b-xxv.

La base de este tipo penal fue el artículo 77-2 del Protocolo I adicional⁴⁵⁹, el artículo 4-3-c del Protocolo II adicional⁴⁶⁰ y el artículo 38 de la Convención sobre los derechos del niño de 1989.

La primera jurisprudencia internacional al respecto fue emitida por el Tribunal Especial de Sierra Leona (TESL), cuyo Estatuto, posterior al Estatuto de Roma, incluyó la posibilidad de juzgar menores por crímenes de guerra. Sin embargo, el TESL ha desarrollado una jurisprudencia más orientada a la búsqueda de responsabilidades penales entre los adultos que, conforme al artículo 4-c del Estatuto del TESL, alistaron y utilizaron a esos menores en las hostilidades, basado en el hecho de que tal crimen forma parte del derecho consuetudinario del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra⁴⁶¹.

El tipo penal incluye, en primer lugar, una conducta que tiene tres alternativas de ejecución con un mismo objetivo. Las alternativas son el reclutamiento, el alistamiento y la utilización en general, el objetivo de la conducta ejecutada es la vinculación de la víctima y su participación activa en las hostilidades. El segundo elemento material del crimen califica a la víctima, que debe ser menor de 15 años al momento la perpetración del crimen⁴⁶².

En este sentido la CPI ha indicado que:

“(…) la «conscription» et «l’ enrôlement» sont deux formes de recrutement. La «conscription» constitue un recrutement forcé tandis que «l’ enrôlement» se réfère davantage à un recrutement volontaire”⁴⁶³.

Debido a que el reclutamiento voluntario también forma parte de las conductas sancionadas, la CPI ha hecho énfasis en que el consentimiento del menor no constituye una causal de justificación ni un medio de defensa válido⁴⁶⁴.

⁴⁵⁹ El artículo 77-2 del Protocolo I adicional estipula: “(…) 2. Las Partes en conflicto tomarán todas las medidas posibles para que los niños menores de quince años no participen directamente en las hostilidades, especialmente absteniéndose de reclutarlos para sus fuerzas armadas. Al reclutar personas de más de quince años pero menores de dieciocho años, las Partes en conflicto procurarán alistar en primer lugar a los de más edad”.

⁴⁶⁰ El artículo 4-3-c del Protocolo II adicional estipula: “(…) c) los niños menores de quince años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades (…)”.

⁴⁶¹ TESL, Appeals Chamber (31 May 2004): *Prosecutor v. Sam Hinga Norman*, Case SCSL-2004-14-AR-72(E), Decision on Preliminary Motion Based on Lack of jurisdiction. Child Recruitment, pár. 30.

⁴⁶² CPI, Elementos de los Crímenes, *op. cit.*, artículo 8-2-b-xxvi, elemento 1 y artículo 8-2-e-vii, elemento 1.

⁴⁶³ CPI, *Affaire Lubanga*, ICC-01/04-01/06-803, *op. cit.*, pár. 246.

⁴⁶⁴ *Ibid.*, pár. 247.

Por otro lado, se trata de un crimen de ejecución continuada, crimen continuado o crimen permanente, es decir, que el crimen continúa siendo cometido mientras los menores se mantengan al interior de las fuerzas armadas que les han enrolado y cesa de perpetrarse solamente en la hipótesis de que el menor deje las fuerzas armadas o cumpla la edad de 15 años⁴⁶⁵.

La jurisprudencia de la CPI ha indicado igualmente que este crimen puede ser cometido por el autor contra personas pertenecientes a su propio campo en el conflicto armado y que la interpretación del término “fuerzas armadas nacionales” que se aplica al artículo 8-2-b-xxvi del Estatuto de Roma no concierne solamente a las fuerzas armadas que pertenecen a un Estado (fuerzas armadas gubernamentales) sino a todas las fuerzas armadas y grupos armados organizados⁴⁶⁶.

2.2. EL CASO COLOMBIANO

Los elementos materiales de los crímenes de guerra en el derecho interno colombiano guardan estrecha relación con lo dispuesto por el Estatuto de Roma, con algunas particularidades vinculadas a la voluntad del legislador y a la jurisprudencia nacional.

2.2.1. Los elementos materiales particulares de los crímenes de guerra en el Derecho Penal colombiano

El Derecho Penal colombiano no cuenta con un desarrollo normativo de los elementos de los crímenes de guerra. No obstante, la incorporación de las materias sustantivas del Estatuto de Roma al bloque de constitucionalidad colombiano y de los Elementos de los Crímenes como Ley ordinaria, autorizan al operador judicial el uso de las herramientas jurídicas internacionales en la interpretación de la gran mayoría de los injustos penales que son idénticos a los consagrados en el Estatuto de Roma⁴⁶⁷, sin olvidar que algunas diferencias merecen particular consideración.

En primer lugar, el Código Penal colombiano aplica los mismos tipos penales al conflicto armado interno y al conflicto armado internacional. Estos punibles

⁴⁶⁵ *Ibid.*, pág. 248.

⁴⁶⁶ *Ibid.*, pág. 275, 280 y 285.

⁴⁶⁷ Véase en esta investigación: Capítulo I, 2.5.1. La incorporación de los crímenes de guerra al Derecho Penal colombiano.

forman parte de los “Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario” de los artículos 135-164 del Código Penal⁴⁶⁸, en consecuencia, la naturaleza del conflicto armado (internacional o interno) no influye en la identificación material del tipo penal imputable.

Los tipos penales relativos al uso de armas prohibidas, como el hecho de “utilizar medios o métodos de guerra prohibidos o destinados a causar sufrimientos o pérdidas innecesarios o males superfluos” (art. 142 del Código Penal), la perfidia (art. 143 del Código Penal), el constreñimiento para participar de la guerra (art. 150 del Código Penal) se encuentran sancionados también en los conflictos armados internos así como “los atentados a la subsistencia y la devastación” que incluyen el hecho atacar, inutilizar, dañar, retener o apoderarse de “bienes o elementos indispensables para la subsistencia de la población civil” (art. 160 del Código Penal).

Un segundo elemento de interés reside en la ampliación de la edad a 18 años para la prohibición de reclutamiento de menores (art. 162 del Código Penal) frente a la disposición del Estatuto de Roma que fija la edad de prohibición en 15 años. Es importante señalar en este sentido que, 15 años es la edad admitida por el Derecho Internacional de los conflictos armados⁴⁶⁹, sin embargo, recientes disposiciones como el Protocolo facultativo a la Convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, de 2000, fija la edad en 18 años para el reclutamiento obligatorio (art. 2) y mantiene en 15 años la edad del reclutamiento voluntario (art. 3).

En tercer lugar, la inclusión de tipos penales aplicables al conflicto armado interno que no existen en el Estatuto de Roma, tiene una importancia especial por las condiciones del conflicto armado interno vigente en el país.

El artículo 152 del Código Penal sanciona la omisión de medidas de socorro y asistencia, para todo el que “estando obligado a prestarlas, omita las medidas de socorro y asistencia humanitarias a favor de las personas protegidas”, y el artículo 161 del Código Penal sanciona la “omisión de medidas de protección a la población civil”.

⁴⁶⁸ Véase en esta investigación: Capítulo I, 2.5.2. Las incriminaciones que constituyen crímenes de guerra en el Derecho Penal colombiano (Tabla I).

⁴⁶⁹ Véanse: artículo 38 de la Convención sobre los derechos del niño de 1989; artículo 4-3-c del Protocolo II Adicional; artículo 77-2 del Protocolo I adicional.

El artículo 158 del Código Penal sanciona las “represalias”, entendidas como los “actos de hostilidad contra personas y bienes protegidos” y el artículo 144 del Código Penal sanciona los “actos de terrorismo” en el espíritu del tipo penal de ataque a la población civil del Estatuto de Roma.

El artículo 147 del Código Penal sanciona la discriminación racial como crimen de guerra consistente en realizar “prácticas de segregación racial o [ejercer] tratos inhumanos o degradantes basados en otras distinciones de carácter desfavorable que entrañen ultraje contra la dignidad personal, respecto de cualquier persona protegida”. Este crimen de guerra no se encuentra en el Estatuto de Roma.

El ataque contra obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas también ha sido incorporado a los tipos penales colombianos (art. 157 del Código Penal). Este injusto incluye una causal de justificación basada en “imperiosas necesidades militares” y sanciona el ataque de “presas, diques, centrales de energía eléctrica, nucleares u otras obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas”. Esta incriminación está basada en el artículo 15 del Protocolo II adicional y no forma parte del Estatuto de Roma.

Los dos últimos injustos no incluidos en el Estatuto de Roma, se encuentran en el artículo 163 del Código Penal que prohíbe las exacciones o contribuciones arbitrarias y el artículo 164 del Código Penal que, por su parte, sanciona el empleo de “métodos o medios concebidos para causar daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural”.

2.2.2. La jurisprudencia constitucional colombiana en cuanto a los elementos materiales de los crímenes de guerra

Para efectos de armonización del bloque de constitucionalidad colombiano, hasta el momento la CC ha conocido de tres cuestiones relativas a los elementos materiales de los crímenes de guerra.

La primera cuestión tiene que ver con la palabra “combatientes” que forma parte de la definición de “persona protegida” (art. 135 del Código Penal):

“(…) Parágrafo. Para los efectos de este artículo y las demás normas del presente título se entiende por personas protegidas conforme al derecho internacional humanitario: (...) 6. Los combatientes que hayan depuesto las armas por captura, rendición u otra causa análoga”.

El análisis de la CC se centró en la utilización de la figura de los “combatientes” en el ámbito de los conflictos armados no internacionales y la CC encontró ajustada a derecho esta utilización. Al respecto, la CC determinó que:

“(…) –el término “combatientes”- se refiere a una de las sub-categorías de las personas fuera de combate, en tanto una de las diversas categorías de “personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario” –las personas que han participado en las hostilidades y ya no lo hacen por haber depuesto las armas por captura, rendición u otra causa similar- (…).

(…) por cuanto su incorporación al tipo penal que se estudia no reduce el ámbito de protección dispensado por la garantía fundamental de la prohibición del homicidio a quienes no participan de las hostilidades en un conflicto interno. Únicamente serían contrarias al bloque de constitucionalidad aquellas disposiciones legales que, al incorporar la noción de “combatiente” al ámbito de la regulación de los conflictos armados internos, disminuyan o reduzcan el campo de aplicabilidad o la efectividad de tales garantías, o impidan que éstas se constituyan en medios para la materialización de los referidos principios: humanitario y de distinción”⁴⁷⁰.

El segundo elemento material bajo estudio corresponde a la expresión “a la otra parte” incorporada por el legislador al tipo penal de toma de rehenes (art. 148 del Código Penal):

“El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, prive a una persona de su libertad condicionando ésta o su seguridad a la satisfacción de exigencias formuladas a la otra parte, o la utilice como defensa (…)”

La CC efectuó una revisión de la definición consuetudinaria del crimen internacional de toma de rehenes y de las disposiciones correspondientes del anexo B de los Elementos de los Crímenes de la CPI para concluir que, efectivamente, el requisito consistente en que las exigencias para liberar o preservar la seguridad del rehén se dirijan a la otra Parte en un conflicto armado no internacional, es violatorio del bloque de constitucionalidad y por lo tanto debe ser excluido del artículo 148 del Código Penal:

“(…) En efecto, este requisito no se encuentra previsto en las normas consuetudinarias que consagran la definición de los elementos de este crimen de guerra, por lo cual la introducción de dicha condición, al restringir las hipótesis de configuración del delito en cuestión, reduce injustificadamente el ámbito de protección establecido en el Derecho Internacional Humanitario, puesto que deja desprotegidos a los rehenes cuyos captores han formulado exigencias, no a la otra parte en el conflicto armado, sino a sujetos distintos a dicha parte –los cuales, según se enuncia en los Elementos de los Crímenes de la Corte Penal Internacional, pueden ser un Estado, una organización internacional, una persona natural o jurídica, o un grupo de personas-. Dado que quienes se encuentran en esta hipótesis fáctica han de recibir la protección plena del Derecho Internacional Humanitario y no existen en el ordenamiento jurídico constitucional elementos que justifiquen reducir el grado de protección previsto por la tipificación del crimen de guerra en cuestión, concluye la Sala Plena que se ha desconocido, con la introducción del requisito acusado, el bloque de constitucionalidad y, por lo mismo, los artículos 93 y 94 Superiores, así como al artículo 28 de la Constitución, que consagra el derecho fundamental a la libertad

⁴⁷⁰ CC, Sentencia C-291/07, *op. cit.*, pár. E. 1.

personal, el cual se ve protegido directamente por esta garantía fundamental del principio humanitario (...)⁴⁷¹.

El tercer objeto de análisis correspondió a la expresión “debidamente señalados con los signos convencionales” de los artículos 156 y 157 del Código Penal relativos a los bienes y lugares de culto así como a las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas:

Artículo 156. Destrucción o utilización ilícita de bienes y de lugares de culto. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, sin justificación alguna basada en imperiosas necesidades militares y sin que previamente haya tomado las medidas de protección adecuadas y oportunas, ataque y destruya monumentos históricos, obras de arte, instalaciones educativas o lugares de culto, que constituyan el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos, debidamente señalados con los signos convencionales, o utilice tales bienes en apoyo del esfuerzo militar (...).

Artículo 157. Ataque contra obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, sin justificación alguna basada en imperiosas necesidades militares, ataque presas, diques, centrales de energía eléctrica, nucleares u otras obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas, debidamente señalados con los signos convencionales (...).

Con un razonamiento similar al del asunto anterior, la CC declaró inexecutable esta condición, pues estimó que:

“(...) este requisito no está incluido dentro de las normas convencionales y consuetudinarias de Derecho Internacional Humanitario que protegen los bienes culturales y las obras o instalaciones que contienen fuerzas peligrosas; en consecuencia, la introducción del requisito de señalización en el tipo penal que se estudia restringe el alcance de las salvaguardas internacionales aplicables, puesto que excluiría del ámbito de protección de estas normas a los bienes culturales y religiosos y a las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas que no se encuentren señalizados”⁴⁷².

3. EL ELEMENTO DE INTENCIONALIDAD DE LOS CRÍMENES DE GUERRA (MENS REA)

3.1. EL ESTADO ACTUAL DEL ELEMENTO SUBJETIVO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PENAL

El principio universal bien establecido de la responsabilidad penal por el hecho propio o personal, ha sido reiterado por la jurisprudencia internacional de los tribunales *ad hoc* y fue incorporado al artículo 30-1 del Estatuto de Roma como elemento de la atribución subjetiva general para los crímenes internacionales bajo la jurisdicción de la CPI.

El elemento subjetivo, también llamado *mens rea*, elemento moral o elemento

⁴⁷¹ *Ibid.*, pág. E. 2.

⁴⁷² *Ibid.*, pág. E. 3.

psicológico de los crímenes de guerra, está integrado por dos aspectos: la conciencia (conocimiento) y la intención (voluntad), que hacen del autor un sujeto imputable.

El elemento cognitivo es la conciencia del crimen y se considera presente cuando el autor sabe pertinentemente que la circunstancia criminal existe o que su acción u omisión producirá como consecuencia normal el hecho criminal.

El elemento volitivo es la intención, que debe ir directamente ligada a los elementos materiales, es decir, la voluntad de cometer la acción o la omisión capaz de desencadenar los hechos criminales de los cuales el autor tiene previa conciencia.

El TPIY, haciendo uso de una extensa recopilación de las jurisprudencias nacionales y de los tribunales militares después de la IIª Guerra Mundial, concluyó que los dos elementos de intención y de conocimiento están presentes como regla general del comportamiento criminal:

“As is set forth in more detail below, the requirements which are established by these authorities are two-fold: that of a criminal intention to participate in a common criminal design and the foreseeability that criminal acts other than those envisaged in the common criminal design are likely to be committed by other participants in the common design”⁴⁷³.

La CPI ha confirmado la obligatoriedad de los elementos de la conciencia y el conocimiento en la determinación del elemento subjetivo de los crímenes internacionales:

“La référence à l’«intention» et à la «connaissance» de manière cumulative exige l’existence d’un élément intentionnel de la part du suspect (...)”⁴⁷⁴.

Conforme al derecho primario de la CPI, no es necesario que el autor del crimen tenga conciencia del estatuto jurídico particular de “persona protegida” de la víctima. Es suficiente con que las circunstancias *de facto* permitan distinguir entre las personas o los bienes protegidos por el Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados:

“Este elemento de intencionalidad reconoce la relación entre los artículos 30 y 32. Esta nota también es aplicable al elemento correspondiente de cada uno de los crímenes comprendidos en el artículo 8-2) a) y a los elementos de otros crímenes comprendidos en el artículo 8-2), relativo a la conciencia de circunstancias de hecho que establezcan la condición de personas o bienes protegidos en virtud de las normas de Derecho Internacional aplicables a los conflictos armados”⁴⁷⁵.

Los componentes del elemento psicológico no siempre se encuentran en el mismo grado de intensidad ni de determinación. La fluctuación entre estos aspectos

⁴⁷³ TPIY, Appeals *Tadic*, IT-94-1-A, *op. cit.*, pág. 206.

⁴⁷⁴ CPI, *Affaire Lubanga*, ICC-01/04-01/06-803, *op. cit.*, pág. 351; CPI, *Katanga case*, ICC-01/04-01/07-717, *op. cit.*, pág. 529.

⁴⁷⁵ CPI, Elementos de los Crímenes, *op.cit.*, nota 32.

ha permitido establecer diversas modalidades de dolo que han sido acuñadas por la doctrina y acogidas por la jurisprudencia internacional penal: el dolo directo de primer grado, el dolo directo de segundo grado y el dolo eventual.

El dolo directo de primer grado es el elemento de imputación subjetiva por excelencia de los crímenes de guerra, como lo señala unánimemente la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* y de la CPI. En efecto, la CPI ha señalado que la intención y el conocimiento son acumulativos:

“La référence à l’«intention» et à la «connaissance» de manière cumulative exige l’existence d’un élément intentionnel de la part du suspect. Cet élément intentionnel couvre d’abord et avant tout les situations dans lesquelles le suspect i) sait que ses actions ou omissions seront à l’origine des éléments objectifs du crime et ii) commet ces actions ou omissions dans l’intention concrète de provoquer les éléments objectifs du crime (on parle également de «dol direct de premier degré»)”.⁴⁷⁶

Esto implica, por regla general, que el autor sabe que sus acciones u omisiones producirán los elementos objetivos de un crimen y comete estas acciones u omisiones con la intención concreta de provocarlo⁴⁷⁷.

El dolo directo de segundo grado ha sido también utilizado ampliamente por la jurisprudencia internacional penal. En este caso, el autor no tiene la intención concreta de provocar los elementos objetivos del crimen, pero tiene conciencia de que los hechos criminales resultarán necesariamente de sus acciones u omisiones pues están inevitablemente unidos a su conducta.

El TPIY ha admitido que el dolo directo de segundo grado tiene la misma aceptación que el dolo directo de primer grado en su jurisprudencia:

“The Trial Chamber is convinced that Dr. Stakic and his co-perpetrators acted in the awareness that crimes would occur as a direct consequence of their pursuit of the common goal. The co-perpetrators consented to the removal of Muslims from Prijedor by whatever means necessary and either accepted the consequence that crimes would occur or actively participated in their commission (...)”.⁴⁷⁸

La conciencia puede probarse por factores como el conocimiento que tiene el autor de su propia importancia en la ejecución de los elementos materiales del crimen o de la cadena de crímenes:

“The Trial Chamber is convinced that Dr. Stakic knew that his role and authority as the leading politician in Prijedor was essential for the accomplishment of

⁴⁷⁶ CPI, *Affaire Lubanga*, ICC-01/04-01/06-803, *op. cit.*, p. 351; CPI, *Katanga* case, ICC-01/04-01/07-717, *op. cit.*, p. 529.

⁴⁷⁷ ESER, A. “Mental Elements-Mistakes of Fact and Mistakes of Law”. En: A. Cassese; P. Gaeta; J. R. W. D. Jones, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. I, 1st edition, 2002, New York, Oxford University Press, 2018 págs., pp. 889-948, p. 909.

⁴⁷⁸ TPIY, Trial Chamber II (31 July 2003): *The Prosecutor v. Milomir Stakic*, Case IT-97-24-T, Judgment (en adelante: “TPIY, Trial *Stakic*, IT-97-24-T”), p. 496.

the common goal. He was aware that he could frustrate the objective of achieving a Serbian municipality by using his powers to hold to account those responsible for crimes, by protecting or assisting non-Serbs or by stepping down from his superior positions”⁴⁷⁹.

Para la CPI, el dolo directo de segundo grado forma parte del derecho primario:

“Article 30 of the Statute sets out the subjective element for crimes within the jurisdiction of the Court, including the war crimes provided for in article 8(2)(a)(ii) of the Statute. Thus, this offence includes, first and foremost, cases of *dolus directus* of the first degree. In the view of the Chamber, this offence also encompasses *dolus directus* of the second degree”⁴⁸⁰.

Por su parte, el dolo eventual ha sido aceptado abiertamente por la jurisprudencia del TPIY con precisiones de orden probatorio que lo deslindan de la mera negligencia (culpa):

“It should be noted that more than negligence is required. What is required is a state of mind in which a person, although he did not intend to bring about a certain result, was aware that the actions of the group were most likely to lead to that result but nevertheless willingly took that risk. In other words, the so-called *dolus eventualis* is required (also called “advertent recklessness” in some national legal systems)”⁴⁸¹.

En materia de dolo, los tribunales *ad hoc* han adoptado la teoría de la probabilidad que está centrada en el elemento cognitivo, es decir, en la conciencia que tiene el autor del riesgo de producir los elementos materiales del crimen y en su decisión de actuar a pesar de ello⁴⁸².

Conforme a la jurisprudencia del TPIY, el grado de probabilidad del resultado criminal que ha sido advertido por el autor es determinante del elemento subjetivo y éste sólo puede verificarse cuando el autor vislumbraba “muy posiblemente” dicho resultado⁴⁸³.

En la jurisprudencia de la CPI relativa al dolo eventual los desarrollos han sido diferentes. Una parte de la jurisprudencia de la CPI ha afirmado que el dolo eventual forma parte integrante de los elementos subjetivos del artículo 30 del Estatuto de Roma:

“L’élément intentionnel susmentionné couvre également d’autres manifestations de la notion de dol auxquels la jurisprudence des tribunaux *ad hoc* a déjà eu recours. Il s’agit : (...).

⁴⁷⁹ *Ibid.*, p. 498.

⁴⁸⁰ CPI, *Katanga* case, ICC-01/04-01/07-717, *op. cit.*, p. 359; CPI, *Affaire Lubanga*, ICC-01/04-01/06-803, *op. cit.*, p. 352.

⁴⁸¹ TPIY, Appeals *Tadic*, IT-94-1-A, *op. cit.*, p. 220.

⁴⁸² MIR PUIG, S., *Derecho penal: Parte general*, 3ª edición, 1990, Barcelona, Ediciones PPU, 865 págs., p. 264; RAGUÉS I VALLÈS, R., *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, Barcelona, Ediciones José María Bosch, 566 págs., pp. 67-68.

⁴⁸³ TPIY, Appeals *Tadic*, IT-94-1-A, *op. cit.*, p. 220.

ii. des situations dans lesquelles le suspect a) est conscient du risque que les éléments objectifs du crime résultent de ses actions ou omissions et b) accepte ce résultat en s'y résignant ou en l'admettant (on parle également de «dol éventuel»)⁴⁸⁴.

Esta tesis jurisprudencial ha introducido dos casos de dolo eventual posibles para los crímenes de guerra según el grado de probabilidad de ocurrencia de los elementos materiales.

En el primer caso, cuando existe un alto grado de probabilidad del resultado criminal, la jurisprudencia de la CPI ha adoptado la teoría de la probabilidad, según la cual poco importa la actitud interna del autor (de aprobación o desaprobación del ilícito), porque se privilegia el hecho de que haya actuado pese a conocer el peligro inherente de su acción:

“La Chambre estime que dans ce dernier type de situation, deux cas de figure sont à distinguer. Premièrement, si le risque de causer les éléments objectifs du crime est élevé (c'est-à-dire, lorsqu'il est probable que cette conséquence « adviendra dans le cours normal des événements »), le fait que le suspect admet l'idée de provoquer les éléments objectifs du crime peut se déduire de ce que :

i. le suspect a conscience de la probabilité importante que ses actions ou omissions se traduiraient par la réalisation des éléments objectifs du crime ; et ii. malgré cette conscience, le suspect décide de commettre ses actions ou omissions⁴⁸⁵.

En el segundo caso, cuando el riesgo de la producción de los elementos materiales del crimen es bajo, la jurisprudencia de la CPI admite el dolo eventual adoptando la teoría de la voluntad o el consentimiento, conforme a la cual se exige que el autor haya sido consciente del resultado criminal probable hasta el punto de aprobarlo expresamente.

“ (...) Deuxièmement, si le risque de causer les éléments objectifs du crime est faible, le suspect doit avoir manifestement ou expressément accepté l'idée que ces éléments objectifs puissent résulter de ses actes ou omissions⁴⁸⁶.

Hasta tanto los procesos en el seno de la CPI no hayan terminado la etapa del juicio, la posición jurisprudencial no está consolidada. En este sentido, cabe señalar que otra parte de la jurisprudencia se ha mostrado prudente ante la férrea postura de los equipos de la Defensa que alegan un error de derecho derivado de la inclusión del dolo eventual en el derecho primario de la CPI:

“As previously mentioned, there is no need for the present Decision to discuss whether the concept of *dolus eventualis* has a place within the framework of article 30 of the Statute because the Chamber will not rely on this concept for the mental element in relation to the crimes charged. Therefore, the Defence for Germain Katanga's contention that the Statute does not include the notion of *dolus eventualis* is rendered moot⁴⁸⁷.

⁴⁸⁴ CPI, *Affaire Lubanga*, ICC-01/04-01/06-803, *op. cit.*, p. 352.

⁴⁸⁵ *Ibid.*, párs. 353-354.

⁴⁸⁶ *Ibid.*, párs. 353-354.

⁴⁸⁷ CPI, *Katanga*, ICC-01/04-01/07-717, *op. cit.*, p. 531.

En todo caso, la jurisprudencia internacional no admite la negligencia (la culpa con representación) como prueba del elemento subjetivo:

“Lorsque l'état d'esprit du suspect ne va pas jusqu'à admettre que les éléments objectifs du crime puissent résulter de ses actes ou omissions, un tel état d'esprit ne saurait être considéré comme une commission véritablement intentionnelle de ces éléments objectifs, et ne remplirait donc pas la condition d'«intention et connaissance» énoncée à l'article 30 du Statut”⁴⁸⁸.

La jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* y la jurisprudencia de la CPI han establecido que sus correspondientes Estatutos no admiten la noción de la imprudencia o negligencia consciente (*recklessness*), porque no satisface la condición de la intención y el conocimiento⁴⁸⁹.

La existencia del principio que supone la intención y el conocimiento como aspectos acumulativos del elemento psicológico, no impide que ciertos crímenes puedan contener atribuciones subjetivas especiales (dolo especial, *dolus specialis*, *special intent*). Tal es el caso de algunas incriminaciones constitutivas de crímenes de guerra bajo la competencia de la CPI:

“(…) the application of the "should have known" standard pursuant to article 28(a) of the Statute justifies a deviation from the default rule as it requires a lower fault element than that required under article 30 of the Statute. Moreover, there are certain crimes that are committed with a specific purpose or intent, and thus, requiring that the suspect not only fulfill their subjective elements, but also an additional one - known as specific intent or *dolus specialis*”⁴⁹⁰.

Uno de los crímenes de guerra que admite un grado más elevado es el hecho de reclutar o alistar a niños menores de 15 años (arts. 8-2-b-xxvi y 8-2-e-vii del Estatuto de Roma). En este caso, la CPI ha considerado que la regla general del dolo directo se aplica a todos los elementos materiales del crimen, a excepción del elemento consistente en el conocimiento del autor sobre la edad de las víctimas frente al cual el Derecho Internacional Penal aplica un dolo especial (imprudencia o negligencia) conforme lo establecen los elementos del citado crimen⁴⁹¹:

“Partant, cette condition, telle qu'elle figure dans les Éléments des crimes au

⁴⁸⁸ CPI, Affaire *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-803, *op. cit.*, pár. 355; TPIY, Appeals *Tadic*, IT-94-1-A, *op. cit.*, pár. 220.

⁴⁸⁹ FLETCHER, G. P., *Rethinking Criminal Law*, New York, Oxford University Press, 2000, 898 págs., p. 443; ESER, A., “Mental Elements-Mistakes of Fact and Law”, *op. cit.*, p. 898-899; PIRAGOFF, D. K.; ROBINSON, D., “Article 30: Mental Element”. En: O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observer's notes Article by Article*, 2nd edition, 2008, München, C. H. Beck, Hart, Nomos, 1954 págs., pp. 849-861, p. 861.

⁴⁹⁰ CPI, Pre-trial Chamber II (15 June 2009) *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-424, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo (en adelante: “CPI, *Bemba* case, ICC-01/05-01/08-424”), pár. 354; CPI, Affaire *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-803, *op. cit.*, pár. 356.

⁴⁹¹ CPI, Elementos de los Crímenes, *op. cit.*, artículo 8-2-b-xxvi y 8-2-e-vii: “3. Que el autor haya sabido o debiera haber sabido que se trataba de menores de 15 años”.

regard des articles 8-2-b-xxvi et 8-2-e-vii, constitue une exception à la condition d'«intention et connaissance» énoncée à l'article 30 du Statut. En conséquence, et comme prévu à l'article 30-1 du Statut, elle s'appliquera à la détermination de l'âge des victimes, tandis que la condition générale d'«intention et connaissance» s'appliquera aux autres éléments objectifs des crimes de guerre prévus aux articles 8-2-b-xxvi et 8-2-e-vii du Statut, incluant l'existence d'un conflit armé et le lien entre les actes visés et ce conflit armé »⁴⁹².

De esta forma, el elemento moral se considera verificado si el autor del crimen no conocía la edad de las víctimas porque no actuó con la diligencia necesaria en estas circunstancias y su ignorancia es el producto de su propia falta:

“La condition inscrite dans les Éléments des crimes au moyen de la formule «aurait dû savoir» — à distinguer de le formule «devait nécessairement savoir» ou de la condition de connaissance inférée — relève de la notion de négligence parce qu'elle est remplie lorsque le suspect: i.) ne savait pas que les victimes avaient moins de 15 ans à l'époque de leur enrôlement, conscription ou utilisation dans le cadre d'une participation active à des hostilités; et (...) ii.) n'était pas au courant parce qu'il n'a pas agi avec la diligence voulue dans les circonstances en question (on ne peut dire que le suspect «aurait dû savoir» que si son ignorance résulte de son manquement à son obligation d'agir avec la diligence voulue) »⁴⁹³.

Una segunda excepción a la *mens rea* del artículo 30 del Estatuto de Roma es la incriminación del artículo 8-2-b-vii del Estatuto de Roma, consistente en el uso indebido de la bandera blanca, de banderas, insignias y uniformes del enemigo o de los signos previstos por los Convenios de Ginebra de 1949.

En este caso, el derecho primario de la CPI establece que la negligencia es suficiente como prueba del elemento subjetivo, pues la ignorancia del autor sobre la prohibición es imputable a su propia falta, ya que haciendo uso de una diligencia mediana el autor “debiera haber sabido” sobre la prohibición de tal uso⁴⁹⁴.

Por el contrario, en el mismo artículo 8-2-b-vii del Estatuto de Roma, la incriminación consistente en el uso indebido de la bandera, las insignias o los uniformes de las Naciones Unidas se mantiene el dolo general⁴⁹⁵, por lo tanto la negligencia no se encuentra penalizada y es necesario que el autor “haya sabido” que su conducta estaba prohibida:

“Este elemento de intencionalidad reconoce la interacción entre el artículo 30 y el artículo 32. El criterio de que el autor “debiera haber sabido”, aplicable a los

⁴⁹² CPI, *Affaire Lubanga*, ICC-01/04-01/06-803, *op. cit.*, p. 359.

⁴⁹³ *Ibid.*, p. 358.

⁴⁹⁴ CPI, *Elementos de los Crímenes*, *op. cit.*, artículo 8-2-b-vii-1, 8-2-b-vii-2 y 8-2-b-vii-4: “3. Que el autor haya sabido o debiera haber sabido que estaba prohibido...” y notas 39 y 40: “Este elemento de intencionalidad reconoce la interacción entre el artículo 30 y el artículo 32. Las palabras “estaba prohibido” denotan ilegalidad.”

⁴⁹⁵ *Ibid.*, artículo 8-2-b-vii-3: “3. Que el autor haya sabido que estaba prohibido utilizar la bandera, la insignia o el uniforme de esa forma”.

demás crímenes tipificados en el artículo 8 2) b) vii), no lo es aquí porque las prohibiciones correspondientes son de índole reglamentaria y variable⁴⁹⁶.

Salvo las excepciones antes mencionadas, en el análisis de la culpabilidad la regla del dolo general como elemento subjetivo de los crímenes de guerra es parte integrante del estado actual del Derecho Internacional Penal, lo que no impide que los autores de los crímenes sean juzgados de acuerdo a grados de responsabilidad variables según su participación y su nivel de autoridad.

3.2. EL CASO COLOMBIANO

El alcance del dolo general del Estatuto de Roma ha sido interpretado por la jurisprudencia colombiana en los siguientes términos:

“Según el Estatuto, actúa dolosamente quien "actúa con intención y conocimiento". La norma exige la presencia de dos elementos: uno volitivo (la intención) y otro intelectual (el conocimiento). La intención se refiere o bien a la conducta o comportamiento incriminado o bien a la consecuencia provocada. Para que haya intención respecto de la conducta la persona debe proponerse incurrir en el comportamiento prohibido; por su parte, la intención referida a la consecuencia se da cuando la persona se propone causar el resultado o es consciente de que éste se producirá en el curso normal de los acontecimientos. Por conocimiento se entiende "la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos"⁴⁹⁷.

El Derecho Penal colombiano aplica la teoría de la culpabilidad conforme a la tradición romano-germánica y, en consecuencia, el dolo es la regla general de los crímenes de guerra, conforme al artículo 12 del Código Penal:

“Sólo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva”.

La jurisprudencia nacional es unánime en cuanto a que el dolo requiere la presencia del elemento intelectual o cognitivo (conocimiento o conciencia) frente a los elementos objetivos de la infracción y del elemento volitivo (voluntad), aunque estos componentes no tengan en todos los casos los mismos grados de intensidad y de interpretación:

“El dolo directo de primer grado se entiende actualizado cuando el sujeto quiere el resultado típico. El dolo directo de segundo grado, llamado también de consecuencias necesarias, cuando el sujeto no quiere el resultado típico pero su producción se representa como cierta o segura. Y el dolo eventual, cuando el sujeto no quiere el resultado típico, pero lo acepta, o lo consiente, o carga con él, no obstante habérselo representado como posible o probable⁴⁹⁸”.

⁴⁹⁶ *Ibid.*, nota 41.

⁴⁹⁷ CC, Sentencia C-578/02, *op. cit.*, p. 4.5.6.4.4.5.2.4.

⁴⁹⁸ CSJ, Sala de Casación Penal (25 de agosto de 2010): *La Fiscalía c. Rodolfo Sebastián Sánchez Rincón*, Radicado núm 32964, Aprobado: Acta núm. 267, Sentencia (en adelante: “Caso Sánchez Rincón, núm. 32964”), p. 33.

El derecho interno admite la culpabilidad por acciones u omisiones que constituyen crímenes (art. 25 del Código Penal), y establece tres niveles de *mens rea* susceptibles de ser comprometidos penalmente⁴⁹⁹.

El dolo directo de primer y segundo grado del artículo 22 del Código Penal configura la primera hipótesis del elemento subjetivo en el derecho interno colombiano, en armonía con el Derecho Internacional penal:

“La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización (...)”.

En el mismo artículo 22 del Código Penal, el Derecho Penal colombiano ha adoptado la teoría de la probabilidad para admitir un dolo eventual como el elemento subjetivo de los crímenes:

“También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar”.

Según esta regla, la reprobación moral del autor frente al injusto criminal es irrelevante, porque es suficiente con que el autor haya podido prever (con mediana inteligencia) que la infracción podía producirse y a pesar de ello haya actuado⁵⁰⁰:

“Indudablemente, en lo atinente a la teoría del dolo eventual, el código de 1980 había acogido la llamada teoría estricta del **consentimiento**, (emplea la expresión “la **acepta**, previéndola como posible”) en el que existe un énfasis del factor volitivo cuando el autor acepta o aprueba la realización del tipo, porque cuenta con el acaecimiento del resultado. El código de 2000, en cambio, abandona esa afiliación teórica para adoptar la denominada teoría de la **probabilidad**, en la que lo volitivo aparece bastante menguado, no así lo cognitivo que es prevalente. (...) Irrelevante la voluntad en esta concepción del dolo eventual (...) el sujeto está conforme con la realización del injusto típico, porque al representárselo como probable, nada hace por evitarlo”⁵⁰¹.

El estado actual del Derecho Penal nacional permite afirmar que en Colombia no puede aceptarse la segunda hipótesis de dolo eventual de la jurisprudencia de la CPI. En otros términos, si la probabilidad de producir el resultado criminal es baja, es imposible valerse de un análisis de la voluntad del autor del injusto criminal para establecer su culpabilidad.

En el Derecho Penal colombiano la producción de los elementos materiales (objetivos) de los crímenes de guerra debe ser “probable” y el autor debe

⁴⁹⁹ Código Penal, *op. cit.*, artículo 21: “Modalidades de la conducta punible. La conducta es dolosa, culposa o preterintencional (...)”.

⁵⁰⁰ En la vigencia del antiguo Código Penal (Decreto 100 de 1980) hasta 2001 prevaleció la teoría del consentimiento. El artículo 36 definía el dolo como: “La conducta es dolosa cuando el agente conoce el hecho punible y quiere su realización, lo mismo cuando la acepta previéndola como posible”. (Subrayado fuera del texto).

⁵⁰¹ CSJ, Sala de Casación Penal (15 de septiembre de 2004): *La Fiscalía c. José Wladimir Osorio Roa*, Radicado núm. 20860, Aprobado: Acta núm. 077, Sentencia (en adelante: “CSJ, Caso Osorio Roa, núm. 20860”), p. 17. (Negrillas en el texto).

comprometer abiertamente su voluntad en la acción u omisión, tomando el riesgo de que tales elementos materiales de los crímenes de guerra se produzcan. En cuanto al grado de probabilidad, la jurisprudencia colombiana ha aceptado un umbral medio que está determinado por la experiencia y por una consideración aproximada de carácter operacional:

“(…) lo representado no es lo **posible**, como lo estatúa el código de 1980, entendiéndolo por tal lo real, lo objetivo, necesario, (sólo lo real es posible y algo es real, sólo si es posible) como propiedad del ser, sino lo **probable**, que es de índole gnoseológica, subjetiva conforme a la cual se trata de una consideración aproximada a lo relativo a la creencia, a la frecuencia, como magnitud tanto referida a acontecimientos como a los argumentos o proposiciones argumentativas, por lo cual resultaría próxima a una noción operacional”⁵⁰².

Por otro lado, el Código Penal contiene tres crímenes de guerra que excluyen el dolo eventual cuando el autor del injusto penal “previamente haya tomado las medidas de protección adecuadas y oportunas” (arts. 154 a 156 del Código Penal) frente a la probable producción de los elementos materiales del crimen. Estas infracciones se refieren a la destrucción y apropiación de bienes protegidos, a la destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario y a la destrucción o apropiación ilícita de bienes culturales o de lugares de culto.

En todos los casos, el autor no ha tenido la intención de dejar librada al azar la producción de los elementos materiales de los crímenes, pues ha tomado las medidas de protección frente a un injusto penal cuyo resultado se considera probable.

El elemento subjetivo de la imprudencia o preterintencionalidad (art. 24 del Código Penal), que corresponde a un estado de espíritu en el cual el autor no ha tenido la intención de provocar los elementos materiales del crimen a través de su conducta, no ha sido aceptado por el derecho interno como válido para los crímenes de guerra, en armonía con la jurisprudencia internacional penal en la materia⁵⁰³.

El dolo especial en los crímenes de guerra es la culpa en Derecho Penal colombiano, conforme al artículo 23 del Código Penal:

“La conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo”.

El artículo 21 del Código Penal establece que sólo son punibles los casos expresamente señalados por la ley y, en principio, ningún crimen de guerra previsto en el derecho interno colombiano es imputable a título culposo.

⁵⁰² *Ibíd.*

⁵⁰³ CPI, *Affaire Lubanga*, ICC-01/04-01/06-803, *op. cit.*, pág. 355.

4. LAS CIRCUNSTANCIAS CONTEXTUALES DE LOS CRÍMENES DE GUERRA

4.1. LA EXISTENCIA Y NATURALEZA DEL CONFLICTO ARMADO

La existencia objetiva de un conflicto armado internacional o interno en el territorio de un Estado excluye una serie de actos y situaciones que no son considerados “conflictos armados” en Derecho Internacional.

La CPI excluyó de su competencia los actos legítimos que son ejecutados por los gobiernos con el objeto de mantener y restablecer el orden público en el Estado y de defender la unidad e integridad territorial del Estado (art. 8-3 del Estatuto de Roma). Se trata de una garantía de no intervención en los asuntos internos de los Estados que ha sido consagrada de larga data por vía convencional (art. 3-1 Protocolo II adicional) en respuesta a los compromisos interestatales en el seno de las Naciones Unidas (art. 2-7 de la Carta de Naciones Unidas).

Las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, como motines, actos aislados y esporádicos de violencia u otros actos de carácter similar también han sido excluidas de la categoría de conflictos armados internos y se encuentran fuera de la competencia de la CPI (art. 8-2-d y f del Estatuto de Roma). Los actos citados ya habían sido excluidos de la noción de conflicto armado por vía convencional (art. 1-2 del Protocolo II adicional).

La Sala de Apelaciones del TPIY, tras un cuidadoso estudio de la doctrina y la costumbre internacional, definió lo que puede entenderse por un conflicto armado en el Derecho Internacional, que se refiere al recurso a la fuerza armada entre Estados o a un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos en el seno de un Estado. En todos los casos se aplica el Derecho Internacional de los conflictos armados sin derogaciones:

“(…) un conflit armé existe chaque fois qu'il y a recours à la force armée entre Etats ou un conflit armé prolongé entre les autorités gouvernementales et des groupes armés organisés ou entre de tels groupes au sein d'un Etat. Le droit international humanitaire s'applique dès l'ouverture de ces conflits armés et s'étend au-delà de la cessation des hostilités jusqu'à la conclusion générale de la paix; ou, dans le cas de conflits internes, jusqu'à ce qu'un règlement pacifique soit atteint. Jusqu'alors, le droit international humanitaire continue de s'appliquer sur l'ensemble du territoire des Etats belligérants ou, dans le cas de conflits internes, sur l'ensemble du territoire sous le

contrôle d'une Partie, que des combats effectifs s'y déroulent ou non”⁵⁰⁴.

La distinción entre conflicto armado internacional y no internacional determina el umbral de aplicación del Derecho Internacional de los conflictos armados: los conflictos armados internacionales aplican las normas de Derecho Internacional de los conflictos armados en su conjunto, a diferencia de los conflictos armados internos cuya protección se limita al artículo 3 común y al Protocolo II adicional.

La clasificación de los conflictos armados parte de la distinción tradicional entre conflicto armado internacional y conflicto armado no internacional o conflicto armado interno y se extiende hacia una modalidad menos precisa pero de gran actualidad que corresponde a los conflictos armados internacionalizados⁵⁰⁵.

4.1.1. Los conflictos armados internacionales

La definición de conflicto armado internacional aceptada en Derecho Internacional fue adoptada en el artículo 2 común a los Convenios de Ginebra de 1949:

“Aparte de las disposiciones que deben entrar en vigor ya en tiempo de paz, el presente Convenio se aplicará en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias Altas Partes Contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra.

El Convenio se aplicará también en todos los casos de ocupación total o parcial del territorio de una Alta Parte Contratante, aunque tal ocupación no encuentre resistencia militar (...)”.

El artículo 1-3 y 1-4 del Protocolo I adicional, extendió el campo de aplicación de los Convenios de Ginebra de 1949 a las guerras de descolonización y contra los regímenes racistas:

“3. El presente Protocolo, que completa los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra, se aplicará en las situaciones previstas en el artículo 2 común a dichos Convenios.

4. Las situaciones a que se refiere el párrafo precedente comprenden los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación, consagrado en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”.

La existencia de un conflicto armado no conduce directamente a la instauración de un estado de guerra. Sin embargo, trae consigo la obligación

⁵⁰⁴ TPIY, *Affaire Tadic*, IT-94-1, *op. cit.*, p. 70.

⁵⁰⁵ RONZITTI, N., *Diritto Internazionale dei conflitti armati*, 2006, Torino, Giappichelli editore, 383 págs., p. 319.

automática de aplicar las normas internacionales de los conflictos armados⁵⁰⁶ y la denuncia de los Convenios no invalida la aplicación de la cláusula de *Martens* (Convenios de Ginebra de 1949, arts. 63/I, 62/II, 142/III, 158/IV).

El Derecho Internacional de los conflictos armados tiene aplicación a pesar de la inexistencia de una declaración formal de guerra⁵⁰⁷, hasta el término general de las operaciones militares y, en el caso de los territorios ocupados, hasta el fin de la ocupación, excepto para efectos de repatriación, liberación y reasentamiento (art. 3-b del Protocolo I adicional)⁵⁰⁸.

Sin embargo, el comienzo de las hostilidades continúa siendo materia de interpretación estatal, dado que los Convenios no precisan las condiciones en las cuales se debe entender que un conflicto armado internacional ha dado comienzo.

Se trata de una constatación *de facto* que conlleva la aplicación de las reglas de la guerra *de jure* y que no depende de la magnitud de la catástrofe humanitaria, sino de la participación activa de por lo menos dos Estados, condición que no se aplica en el caso del conflicto armado interno, tal como lo señaló la jurisprudencia del TPIY⁵⁰⁹.

En el plano del Derecho Internacional Penal, el derecho primario aplicable a la CPI (art. 21-1-a del Estatuto de Roma) no definió lo que se entiende por conflicto armado internacional, aunque dejó señalado que la expresión conflicto armado internacional incluye la ocupación militar⁵¹⁰.

La CIJ constató que de acuerdo con el Derecho Internacional convencional y consuetudinario, un territorio se considera ocupado cuando se encuentra *de facto* bajo la autoridad de un ejército enemigo⁵¹¹. De hecho, la ocupación sólo puede predicarse del territorio donde se encuentra establecida la Potencia extranjera y donde está en capacidad de ejercer su autoridad.

⁵⁰⁶ *Ibid.*, p. 131.

⁵⁰⁷ La declaración del estado de guerra fue obligatoria hasta la IIª Guerra Mundial como condición previa a la aplicación del Derecho de los conflictos armados.

⁵⁰⁸ Los Convenios de Ginebra crearon una extensión de la protección de la población hasta la liberación y la repatriación de las personas protegidas aún en caso de denuncia de los tratados, la cual sólo surtirá efectos un año después de su notificación al Consejo Federal Suizo, salvo cuando el Estado denunciante esté implicado en un conflicto, caso en el cual los Convenios se mantienen en vigor hasta que no se haya concertado la paz y, en todo caso, mientras no hayan terminado las operaciones de liberación y de repatriación de las personas protegidas.

⁵⁰⁹ TPIY, *Affaire Tadic*, IT-94-1, *op. cit.*, p. 137.

⁵¹⁰ CPI, *Elementos de los Crímenes*, *op. cit.*, nota 34.

⁵¹¹ CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, *Avis consultatif*, *op. cit.*, párs. 78 y 89.

En este sentido, cabe señalar que el Estatuto de Roma ha previsto que la CPI pueda remitirse a los principios y normas de Derecho Internacional aplicables, incluidos los principios establecidos del Derecho Internacional de los conflictos armados (art. 21-2)⁵¹², que sustenta las incriminaciones del artículo 8-2-a y 8-2-b del Estatuto de Roma:

“La Chambre considère qu’un conflit armé est de caractère international s’il oppose deux ou plusieurs États, et que cette notion couvre les cas d’occupation de tout ou partie du territoire d’un État tiers, que cette occupation, de tout ou partie du territoire rencontre, rencontre ou non une résistance militaire”⁵¹³.

4.1.2. Los conflictos armados internos

La definición convencional de conflicto armado de carácter no internacional fue la consecuencia de la continua constatación de los crímenes cometidos durante las guerras civiles que, teniendo lugar en el territorio de un Estado y entre sus habitantes, hasta la adopción de los Convenios de Ginebra de 1949 fueron considerados como del dominio interno de los Estados.

Las catástrofes humanitarias producidas por las guerras civiles fueron constatadas por el CICR, quien obtuvo en algunos casos autorización de las Partes en conflicto para intervenir a favor de las víctimas. Los Comités de Socorro (embrión del CICR) intervinieron durante la guerra civil en el territorio plebiscitario de la Alta Silesia en 1921 y en la guerra civil española entre 1932–1936, basándose en los principios del Convenio de Ginebra de 1864⁵¹⁴.

En el plano convencional, el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 reguló las conductas:

“En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes (...)”.

El texto del artículo 3 común es aplicable *de jure* sin exigencia de reciprocidad. Su observancia no está subordinada a deliberaciones preliminares sobre la índole del conflicto, su intensidad o sobre las disposiciones particulares que han de respetarse. Aunque el texto del artículo 3 común sólo prevé la aplicación de los

⁵¹² CPI, *Bemba case*, ICC-01/05-01/08-424, *op. cit.*, párs. 217-218.

⁵¹³ CPI, *Affaire Lubanga*, ICC-01/04-01/06-803, *op. cit.*, pár. 209; CPI, *Katanga case*, ICC-01/04-01/07-717, *op. cit.*, pár. 238.

⁵¹⁴ PICTET, J. S., *Comentario del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional*, traducido por J. Chocomeli Lera, y M. Duque Ortiz, 1ª edición en español, 1998, Bogotá, CICR-Plaza & Janés Editores, 375 pags., Introducción histórica. El texto íntegro está disponible en el sitio oficial del CICR: <http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/5TDMMU#1> (consultado: 29/09/2010).

principios generales del Derecho Internacional de los conflictos armados, define estos principios y los completa mediante la enunciación de algunas normas imperativas en cada uno de los cuatro Convenios.

Por su parte, el artículo 1 del Protocolo II adicional extendió el campo de aplicación material del artículo 3 común, respetando el marco de los conflictos armados no cubiertos por el Protocolo I adicional, basándose en una serie de criterios de verificación del conflicto armado interno:

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

En el plano del Derecho Internacional Penal, la definición de conflicto armado interno en el Estatuto de Roma se remitió al Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados, incluido el Protocolo II adicional.

El artículo 8-2-d del Estatuto de Roma está basado en el artículo 1-2 del Protocolo II adicional y excluye las tensiones internas y los disturbios interiores del campo de aplicación de las infracciones al artículo 3 común consignadas en el artículo 8-2-c del Estatuto de Roma.

El artículo 8-2-c del Estatuto de Roma se refiere lacónicamente a un “conflicto armado que no sea de índole internacional”, remitiéndose a la definición del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949. Al respecto, la jurisprudencia de la CPI ha establecido que las Partes enfrentadas deben reunir los requisitos de mando único y responsable, control territorial y, en general, capacidad para asumir y acatar las reglas de la guerra⁵¹⁵.

El artículo 8-2-f del Estatuto de Roma interpreta las incriminaciones del artículo 8-2-e del mismo Estatuto y se inspira en el artículo 1-1 del Protocolo II adicional. Sin embargo, el Estatuto de Roma adicionó el carácter prolongado del conflicto armado interno como un límite de jurisdicción de la CPI:

“(…) l’article 8-2-f du Statut fait mention des «conflits armés qui opposent [des groupes armés] de manière prolongée». Selon la Chambre, ces termes mettent

⁵¹⁵ CPI, *Bemba case*, ICC-01/05-01/08-424, *op. cit.*, p. 224.

l'accent sur la nécessité que les groupes armés en question aient la capacité de concevoir et mener des opérations militaires pendant une période prolongée⁵¹⁶.

El artículo 8-2-f del Estatuto de Roma además incorpora específicamente la posibilidad de que tal conflicto armado tenga lugar entre las fuerzas del Estado y fuerzas disidentes o entre grupos armados organizados:

“(…) an "armed conflict not of an international character" is characterised by the outbreak of armed hostilities of a certain level of intensity, exceeding that of internal disturbances and tensions, such as riots, isolated and sporadic acts of violence or other acts of a similar nature, and which takes place within the confines of a State territory. The hostilities may break out (i) between government authorities and organized dissident armed groups or (ii) between such groups”⁵¹⁷.

La CPI ha señalado que, en el caso del conflicto armado que tiene lugar entre los grupos armados organizados, también son aplicables las infracciones del artículo 8-2-c del Estatuto de Roma, conforme al desarrollo del derecho consuetudinario de los conflictos armados:

“Even though mention of opposing parties to the conflict is made *expressis verbis* in article 8(2)(f) of the Statute but not in article 8(2)(d) of the Statute, the Chamber holds that this characteristic element in the context of an armed conflict not of an international character is a well established principle in the law of armed conflict underlying the 1949 Geneva Conventions to which the Statute refers in article 8(2)(c) and (d) of the Statute. Therefore, the Chamber holds that this element also applies to article 8(2)(c) of the Statute”⁵¹⁸.

No obstante, el Estatuto de Roma no aborda el estudio de la intensidad del conflicto y, en la práctica, en los conflictos de baja intensidad, incluso si se trata de conflictos armados prolongados, puede ser menos visible la comisión de crímenes de guerra de la gravedad que exige la jurisdicción de la CPI, aunque a la larga su perpetración sea más habitual.

A nivel jurisprudencial, la definición de conflicto armado de índole no internacional adoptada por el Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados ha tenido importantes desarrollos en el TPIY y el TPIR.

A partir de la definición de conflicto armado formulada por la Sala de Apelaciones del TPIY⁵¹⁹, el TPIR ha reiterado que los conflictos armados no internacionales son las situaciones en las que las hostilidades tienen lugar entre fuerzas armadas o grupos armados organizados en el interior de un mismo Estado⁵²⁰.

⁵¹⁶ CPI, *Affaire Lubanga*, ICC-01/04-01/06-803, *op. cit.*, pág. 234.

⁵¹⁷ CPI, *Bemba case*, ICC-01/05-01/08-424, *op. cit.*, pág. 231.

⁵¹⁸ *Ibid.*, pág. 232.

⁵¹⁹ TPIY, *Affaire Tadic*, IT-94-1, *op. cit.*, pág. 70.

⁵²⁰ TPIR, Trial Chamber I (27 January 2000): *The Prosecutor v. Alfred Musema-Uwimana*, Case ICTR-96-13-T, Judgment and Sentence (en adelante: “TPIR, Trial *Musema*, ICTR-96-13-T”), pág. 248.

Un conflicto armado no internacional es diferente de un conflicto armado internacional justamente a causa del estatuto jurídico de las Partes en presencia: las Partes en conflicto no son Estados soberanos, sino el gobierno de un Estado en conflicto con uno o varios grupos armados al interior de su territorio⁵²¹.

La expresión “conflictos armados” introduce un criterio material: la existencia de hostilidades entre fuerzas armadas que están más o menos organizadas, en directa exclusión de tensiones internas, disturbios interiores y otros actos de violencia.

Sin embargo, en los conflictos armados internos existe también una distinción importante entre aquellos que caen bajo la autoridad del artículo 3 común y del Protocolo II adicional y aquellos conflictos armados internos que dependen únicamente del artículo 3 común⁵²².

4.1.2.1. Conflicto armado interno clásico o de alta intensidad

El artículo 3 común se aplica al “conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes”. En un sentido estricto, el artículo 3 común no incluye otra condición que las dos antes establecidas, la exclusión de la participación de un segundo Estado y la identificación del territorio donde tienen lugar las hostilidades.

El TPIR ha desarrollado los elementos que permiten distinguir entre un conflicto armado interno, que evoca la existencia de hostilidades entre fuerzas armadas más o menos organizadas, y un simple estado de tensión interna, de bandidaje o de insurrección sin continuidad⁵²³. La jurisprudencia del TPIR ha tomado como criterios de referencia los elementos compilados por el CICR en el Comentario al artículo 3 común, para establecer la existencia de un conflicto armado interno⁵²⁴:

1. Que la Parte en rebelión contra el Gobierno legítimo posea una fuerza

⁵²¹ *Ibid.*, pág. 247.

⁵²² TPIR, Trial *Akayesu*, ICTR-96-4-T, *op. cit.*, pág. 601.

⁵²³ *Ibid.*, pág. 620.

⁵²⁴ *Ibid.*, pág. 619; PICTET, J. S., *Comentario del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional*, *op. cit.*, disposiciones aplicables; Véase el comentario de esta jurisprudencia en: TORRES PÉREZ, M.; BOU FRANCH, V., *La contribución del Tribunal Internacional Penal para Ruanda a la configuración jurídica de los crímenes internacionales*, 2004, Valencia, Tirant lo Blanch, 486 págs., pp. 405- 406.

militar organizada, una autoridad responsable de sus actos, que actúe sobre un territorio determinado y tenga los medios para respetar y hacer respetar el Convenio.

2. Que el Gobierno legítimo esté obligado a recurrir al ejército regular para combatir a los insurrectos, que han de estar organizados militarmente y disponer de una parte del territorio nacional.

3. a) Que el Gobierno legal haya reconocido a los insurrectos la condición de beligerantes; o bien

b) que haya reivindicado para sí mismo la condición de beligerante; o bien

c) que haya reconocido a los insurrectos la condición de beligerantes exclusivamente con miras a la aplicación del Convenio; o bien

d) que el conflicto se haya incluido en el orden del día del Consejo de Seguridad de la Asamblea General de las Naciones Unidas como constitutivo de una amenaza contra la paz internacional, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión.

Los elementos que el TPIR consideró aplicables a los conflictos armados internos en virtud del artículo 3 común, se centran en tres aspectos: la necesidad, la capacidad y el reconocimiento.

Primero, el Estado debe verse obligado a hacer uso de sus fuerzas armadas regulares para combatir las fuerzas disidentes o los grupos armados organizados. Este elemento de necesidad da cuenta de la intensidad del conflicto, de su extensión y de sus consecuencias para las personas y los bienes protegidos por el Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados.

Segundo, las fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados deben hallarse en un estado de fuerza suficiente, es decir, deben tener la capacidad para exhibir una organización regular y un control territorial que les permita respetar y hacer respetar los Convenios de Ginebra de 1949.

Finalmente, debe existir un reconocimiento del estatus de beligerancia *de jure* como declaración expresa del gobierno o *de facto* como consecuencia de la proclamación de la beligerancia estatal, de las negociaciones de paz o del pronunciamiento del Consejo de Seguridad en el marco del artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas.

En materia de conflictos armados internos, tanto los comentarios del CICR como la jurisprudencia guardan silencio en torno a la posibilidad de reconocimiento de beligerancia por parte de un tercer Estado. No obstante, esa situación se presenta a menudo en contextos de conflictos armados prolongados que tienden a desbordar la frontera nacional.

La jurisprudencia subraya que la definición de conflicto armado interno no se basa en la subjetividad de las Partes, bien a la inversa, ella reposa sobre criterios objetivos relativos a la naturaleza y a la intensidad del recurso a la fuerza armada⁵²⁵, donde la aplicación del Derecho Internacional Penal es un desarrollo consuetudinario del Derecho Internacional de los conflictos armados⁵²⁶.

En cuanto a los criterios que determinan el ámbito de aplicación del Protocolo II adicional, una serie de condiciones se imponen de manera concurrente⁵²⁷:

1. El desarrollo de las hostilidades debe tener lugar en el territorio de una Alta Parte contratante;

2. Las Partes en conflicto deben ser identificables, de una parte como fuerzas armadas de la Alta Parte contratante y, de otro lado, como fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados;

3. Las fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados deben contar con un mando responsable;

4. Las fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados deben ejercer control sobre una parte del territorio del Estado;

5. El control territorial ejercido por las fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados debe permitirles llevar a cabo operaciones militares continuas y concertadas; en consecuencia, dicho control territorial debe permitir a las fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados aplicar el Protocolo II adicional.

El Protocolo II adicional no define lo que puede entenderse por conflicto armado interno. Sin embargo, siempre que se esté en presencia de conflictos de alta

⁵²⁵ TPIR, Trial *Akayesu*, ICTR-96-4-T, *op. cit.*, pág. 624.

⁵²⁶ TPIY, Trial *Krajisnik*, IT-0039-T, *op. cit.*, pág. 843; TPIY, *Affaire Tadic*, IT-94-1, *op. cit.*, pág. 112.

⁵²⁷ TPIR, Trial *Akayesu*, ICTR-96-4-T, *op. cit.*, págs. 622-623.

intensidad las condiciones del artículo 3 común se asocian a los criterios del Protocolo II adicional y su aplicación es automática.

En caso de conflictos donde no se reconoce el status de beligerancia o donde los criterios del Protocolo II adicional no se satisfacen, la aplicación de éste no es posible y sólo tiene lugar la aplicación del artículo 3 común⁵²⁸.

4.1.2.2. Conflicto armado interno de baja intensidad

En general, se trata de conflictos de larga duración con diferentes grados de intensidad a lo largo de su historia y que conviven con la existencia más o menos efectiva del Estado. En algunos casos, el Estado niega la existencia del conflicto armado y rehúsa la adopción o la concesión de estatuto de beligerancia sin que, por otra parte, el asunto sea considerado en el orden del día del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

La prolongación del conflicto, que a menudo provoca su invisibilidad reduce, aunque no anula, las posibilidades de aplicación del Protocolo II adicional. La norma general de Derecho Internacional aplicable a este tipo de conflictos armados es el artículo 3 común cuyo contenido es mucho menos detallado⁵²⁹, lo cual no impide la vigencia de los derechos fundamentales inderogables⁵³⁰.

La condición de fuerzas armadas disidentes o de grupos armados organizados debe probarse por la existencia de un mando responsable, por el control sobre una parte del territorio que sea verificable a través de operaciones militares sostenidas y concertadas y, por la capacidad para aplicar el artículo 3 común. La verificación de la intensidad del conflicto y de la organización de las Partes son los criterios mínimos capaces de diferenciar entre el bandidaje y el conflicto armado interno⁵³¹.

Ahora bien, un conflicto armado interno de baja intensidad puede prolongarse en el tiempo de manera estructurada, con lo cual se mantendrán *stricto sensu* las condiciones mencionadas para la aplicación del artículo 3 común y, caso por caso,

⁵²⁸ TPIR, Trial *Musema*, ICTR-96-13-T, *op. cit.*, p. 252.

⁵²⁹ CÁCERES BRUN, J., "Aspectos destacados en la aplicación del Derecho Internacional humanitario y los derechos humanos". *RDH-TAV* núm. 78, 2003, Buenos Aires, Lexis Nexis Abeledo Perrot, pp. 49-70, p. 56.

⁵³⁰ TPIY, Trial Chamber II (30 November 2005): *The Prosecutor v. Fatmir Limaj, Haradin Bala and Isak Musliu*, Case IT-03-66-T, Judgment (en adelante: "TPIY, Trial *Limaj and others*, IT-03-66-T"), p. 87.

⁵³¹ *Ibid.*, p. 84; TPIY, Trial *Tadic*, IT-94-1-T, *op. cit.*, p. 562.

del Protocolo II adicional, pero puede ser que el conflicto se prolongue de modo desestructurado y presente características diferentes producto de su degradación.

Los llamados “conflictos desestructurados” se caracterizan por el debilitamiento o la desaparición de las estructuras estatales y de la estructura de mando de los grupos armados que pretenden acceder al poder⁵³². Este tipo de conflictos es propio de Estados debilitados (Estados fallidos) y puede presentar conductas de exterminio racial y fuertes desplazamientos de la población, entre otras.

En estos casos, pese a que la presencia de mando y coordinación de los grupos armados sea menos evidente, la necesidad de protección se impone y el artículo 3 común rige a las Partes en conflicto, salvo que la intervención de otro Estado obligue al análisis de la internacionalización del conflicto armado interno y al cambio de régimen aplicable.

4.1.3. Los conflictos armados internacionalizados

Después de su creación por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en 1993, el TPIY se vio confrontado a la existencia de un conflicto armado interno que se transformó en conflicto armado internacional y que mantuvo características de conflictos múltiples durante la comisión de los crímenes⁵³³. Este hecho determinó la evolución de la jurisprudencia del TPIY y su importante contribución a la persecución y sanción de los crímenes de guerra en los conflictos armados modernos:

“It is indisputable that an armed conflict is international if it takes place between two or more States. In addition, in case of an internal armed conflict breaking out on the territory of a State, it may become international (or, depending upon the circumstances, be international in character alongside an internal armed conflict) if (i) another State intervenes in that conflict through its troops, or alternatively if (ii) some of the participants in the internal armed conflict act on behalf of that other State”⁵³⁴.

Un conflicto internacionalizado es una situación que compromete, al mismo

⁵³² GÜEL PERIS, S., *Conflictos armados internos y aplicabilidad del Derecho Internacional humanitario*, 2005, Madrid, Instituto de Estudios Europeos de la Universidad San Pablo- CEU y Dykinson S. L., 358 págs, p. 21.

⁵³³ El territorio de la antigua República Federal Socialista de Yugoslavia fue el marco de la *ratio loci* del TPIY, para los crímenes cometidos desde el 1 de enero de 1991 (artículo 8 del Estatuto TPIY). Sin embargo, una parte importante de los crímenes cometidos quedó bajo la competencia de los Estados creados después del desmembramiento del Estado federal y, en consecuencia, la competencia primaria del TPIY frente a las jurisdicciones estatales (artículo 9 Estatuto TPIY) podía ser percibida como violatoria de la soberanía nacional y un signo de injerencia de las potencias representadas en el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Véase: CUJO, E.; FORTEAU, M., “Les réactions des organes politiques”. En: H. Ascensio; E. Decaux; A. Pellet, *Droit international pénal*, 2000, París, Editions A. Pedone, 1053 págs., pp. 663-680, p. 673.

⁵³⁴ TPIY, Appeals *Tadic*, IT-94-1-A, *op. cit.*, p. 84.

tiempo, actores armados nacionales e internacionales. Un conflicto armado interno puede extenderse a actores internacionales y producir una reacción en cascada con consecuencias regionales⁵³⁵. La intervención de actores internacionales en un conflicto armado interno cambia la naturaleza del conflicto, dándole un carácter internacional. No obstante, tal cambio de naturaleza exige determinar si los grupos armados que se oponen pueden ser considerados de *facto* o de *jure* como órganos de una Potencia extranjera⁵³⁶.

La participación de un tercer Estado debe ser dirigida hacia la intervención. Esto excluye la acción individual de mercenarios extranjeros en un conflicto armado interno que no compromete al Estado cuya nacionalidad detentan, siempre que no estén bajo su control directo o indirecto⁵³⁷.

La intervención del tercer Estado debe ser ilegítima. Se trata de una presencia que sustituye la autoridad del Estado en cuyo territorio tiene lugar el conflicto⁵³⁸ y, en consecuencia, dicha intervención excluye los efectos de acuerdos de cooperación militar suscritos por los Estados en el marco de sus competencias.

La intervención no puede confundirse con el derecho de defensa individual y colectiva, en el entendido de que tal derecho a la defensa de las fronteras de un Estado sólo puede ser el resultado de una agresión armada y no opera en caso de amenaza inminente⁵³⁹.

En la evolución del concepto de conflictos armados internacionalizados, la jurisprudencia del TPIY amplió la interpretación del criterio de “control efectivo” de una Potencia extranjera establecido en 1986 por la CIJ en el asunto *Nicaragua contra Estados Unidos de América*⁵⁴⁰. La jurisprudencia de la CIJ indicaba la obligación de un control efectivo y directo sobre cada operación militar y paramilitar en causa, a fin de exigir la responsabilidad de la Potencia extranjera:

“(…) In sum, the evidence available to the Court indicates that the various

⁵³⁵ Véase por ejemplo el caso de los Grandes lagos en el África subsahariana: MATHIEU, P.; WILLAME, J-C., *Conflicts et guerres au Kivu et dans la région des grands lacs: entre tensions locales et escalade régionale*, Cahiers africains 39-40, Institut africain-CEDAF, 1999, París, L'Harmattan, 218 págs., p. 46.

⁵³⁶ TPIY, Appeals *Tadic*, IT-94-1-A, *op. cit.*, p. 87.

⁵³⁷ CIJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment of December 19th 2005, ICJ Reports 2005, p. 168, p. 177.

⁵³⁸ *Ibid.*, p. 173.

⁵³⁹ CIJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. United States of America)*, Merits, *op. cit.*, p. 194.

⁵⁴⁰ *Ibid.*, p. 115.

forms of assistance provided to the contras by the United States have been crucial to the pursuit of their activities, but is insufficient to demonstrate their complete dependence on United States aid (...) However, whether the United States Government at any stage devised the strategy and directed the tactics of the contras depends on the extent to which the United States made use of the potential for control inherent in that dependence”⁵⁴¹.

El criterio de “control efectivo” fue ampliado por la Sala de Apelaciones del TPIY en 1999 a partir de la evolución del Derecho Internacional de los conflictos armados, cuyas reglas y principios determinan en qué momento las fuerzas armadas pueden ser consideradas intermediarias de una Potencia extranjera, incluso si no tienen formalmente el estatuto de órganos de dicha Potencia⁵⁴².

El III Convenio de Ginebra de 1949 definió al combatiente legítimo incluyendo a las milicias, los grupos o unidades paramilitares y los grupos organizados de resistencia, cuando cualquiera de ellos forma parte de las fuerzas armadas de una de las Partes en conflicto (art. 4-A-1/III), cuando pertenece a una Parte en conflicto y actúa sobre el territorio de otra Parte o cuando actúa en su propio territorio que se encuentra bajo ocupación, siempre que cumplan las condiciones del artículo 4-A-2/III⁵⁴³.

La jurisprudencia del TPIY concluyó que siempre que en un conflicto armado actúan unidades paramilitares que pertenecen a una Potencia extranjera, el conflicto presenta un carácter internacional y toda violación a los Convenios de Ginebra constituye una infracción grave y un crimen de guerra⁵⁴⁴.

El TPIY señaló que el comportamiento de los Estados después de la IIª Guerra Mundial permite afirmar la existencia de un acuerdo general que admite la responsabilidad de los Estados por el comportamiento de sus fuerzas irregulares, a

⁵⁴¹ *Ibid.*, pág. 110.

⁵⁴² TPIY, Appeals *Tadic*, IT-94-1-A, *op. cit.*, pág. 90. La jurisprudencia llama igualmente la atención sobre el hecho de que el establecimiento del vínculo entre un actor armado y una Potencia extranjera para efectos del Derecho Internacional Penal difiere de las reglas generales aplicables en Derecho Internacional concernientes a la responsabilidad de los Estados. Véase un estudio completo de éste tema en: *Ibid.*, pág. 99 y ss.

⁵⁴³ III Convenio de Ginebra, *op. cit.*: “Artículo 4 - Prisioneros de guerra. A. Son prisioneros de guerra, en el sentido del presente Convenio, las personas que, perteneciendo a una de las siguientes categorías, caigan en poder del enemigo: 1) los miembros de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto, así como los miembros de las milicias y de los cuerpos de voluntarios que formen parte de estas fuerzas armadas; 2) los miembros de las otras milicias y de los otros cuerpos de voluntarios, incluidos los de movimientos de resistencia organizados, pertenecientes a una de las Partes en conflicto y que actúen fuera o dentro del propio territorio, aunque este territorio esté ocupado, con tal de que estas milicias o estos cuerpos de voluntarios, incluidos estos movimientos de resistencia organizados, reúnan las siguientes condiciones: a) estar mandados por una persona que responda de sus subordinados; b) tener un signo distintivo fijo reconocible a distancia; c) llevar las armas a la vista; d) dirigir sus operaciones de conformidad con las leyes y los usos de la guerra (...)”.

⁵⁴⁴ TPIY, Appeals *Tadic*, IT-94-1-A, *op. cit.*, pág. 92.

pesar de la definición amplia de “Parte en conflicto” adoptada por el Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados⁵⁴⁵.

Para que la responsabilidad de la Potencia extranjera pueda ser establecida y el conflicto tome un carácter internacional, el Estado que actúa por intermediación de fuerzas irregulares debe asumir la responsabilidad de estas fuerzas como combatientes legítimos. Para que ello ocurra, debe probarse que la Potencia extranjera ejerce un control sobre las tropas irregulares y que estas tropas dependen de tal Potencia extranjera y están subordinadas a ella:

“In order for irregulars to qualify as lawful combatants, it appears that international rules and State practice therefore require control over them by a Party to an international armed conflict and, by the same token, a relationship of dependence and allegiance of these irregulars *vis-à-vis* that Party to the conflict. These then may be regarded as the ingredients of the term “belonging to a Party to the conflict”⁵⁴⁶.

El criterio de “control efectivo” evolucionó hacia el criterio de “control global” de la fuerza irregular y este criterio será utilizado de forma análoga por la jurisprudencia posterior⁵⁴⁷:

“(…) control by a State over subordinate *armed forces* or *militias* or *paramilitary units* may be of an overall character (and must comprise more than the mere provision of financial assistance or military equipment or training) (...) Under international law it is by no means necessary that the controlling authorities should plan all the operations of the units dependent on them, choose their targets, or give specific instructions concerning the conduct of military operations and any alleged violations of international humanitarian law. The control required by international law may be deemed to exist when a State (or, in the context of an armed conflict, the Party to the conflict) *has a role in organising, coordinating or planning the military actions of the military group*, in addition to financing, training and equipping or providing operational support to that group”⁵⁴⁸.

En 2005, en el asunto *República Democrática del Congo contra Uganda*, la CIJ reforzó la necesidad de probar el ejercicio efectivo de la autoridad extranjera establecida en el caso del control directo:

“In order to reach a conclusion as to whether a State, the military forces of which are present on the territory of another State as a result of an intervention, is an “occupying Power” in the meaning of the term as understood in the *jus in bello*, the Court must examine whether there is sufficient evidence to demonstrate that the said authority was in fact established and exercised by the intervening State in the areas in question”⁵⁴⁹.

La CPI por su parte, incorporó en 2007 el desarrollo jurisprudencial

⁵⁴⁵ *Ibid.*, párs. 93-94.

⁵⁴⁶ *Ibid.*, pár. 94.

⁵⁴⁷ TPIY, Trial *Krajisnik*, IT-00-39-T, *op. cit.*, pár. 843; TPIY, Appeals *Kordic and Cerkez*, IT-95-14/2-A, *op. cit.*, pár. 299.

⁵⁴⁸ TPIY, Appeals *Tadic*, IT-94-1-A, *op. cit.*, pár. 137.

⁵⁴⁹ CIJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, *op. cit.*, pár. 173.

internacional afirmando que un conflicto armado que estalla sobre el territorio de un Estado puede transformarse en conflicto internacional o presentar paralelamente el doble carácter de conflicto armado interno e internacional⁵⁵⁰.

La última de estas hipótesis corresponde al conflicto armado internacionalizado, en cuyo caso debe estar probada más allá de toda duda razonable la intervención directa o indirecta de un tercer Estado:

“(…) un conflit armé interne qui éclate sur le territoire d'un État peut devenir international-ou, selon les circonstances, présenter parallèlement un caractère international- si i) les troupes d'un autre État interviennent dans le conflit (intervention directe) ou si ii) certains participants au conflit armé interne agissent au nom de cet autre État (intervention indirecte)”⁵⁵¹.

La jurisprudencia de la CPI ha aceptado el criterio de control global, que se aplica cuando un tercer Estado juega un papel en la organización, la coordinación y la planificación de acciones militares de un grupo militar y adicionalmente sostiene dicho grupo con su financiamiento, entrenamiento, suministro de equipos y en general, a través de un apoyo operacional, en ausencia de una intervención directa de la Potencia extranjera⁵⁵².

En Derecho Internacional Penal, la distinción entre conflicto armado internacional y conflicto armado interno tiene por propósito fundamental evitar que una persona sea perseguida por crímenes que serían materialmente diferentes en cada uno de los conflictos antes citados⁵⁵³.

Tal grupo de infracciones en materia internacional penal se ha venido reduciendo sustancialmente⁵⁵⁴ y la discusión sobre el carácter internacional o interno de un conflicto armado va perdiendo interés en la práctica jurisprudencial, pues la justicia internacional se ve más a menudo confrontada a conflictos armados de naturaleza múltiple⁵⁵⁵.

⁵⁵⁰ CPI, *Affaire Lubanga*, ICC-01/04-01/06-803, *op. cit.*, p. 209; CPI, *Katanga case*, ICC-01/04-01/07-717, *op. cit.*, p. 238.

⁵⁵¹ CPI, *Affaire Lubanga*, ICC-01/04-01/06-803, *op. cit.*, p. 209.

⁵⁵² *Ibid.*, p. 211.

⁵⁵³ *Ibid.*, p. 203.

⁵⁵⁴ Se mantiene vigente la discusión relativa a algunas incriminaciones del Estatuto de Roma, entre ellas el empleo de “armas, proyectiles, materiales y métodos de guerra que, por su propia naturaleza, causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios o surtan efectos indiscriminados en violación del derecho humanitario internacional de los conflictos armados” (art. 8-2-b-xx) y el hecho de “Hacer padecer intencionalmente hambre a la población civil como método de hacer la guerra” (art. 8-2-b-xxv). Estas incriminaciones se mantienen como exclusivas de los conflictos armados internacionales después de la reforma de Kampala de junio de 2010.

⁵⁵⁵ CPI, *Affaire Lubanga*, ICC-01/04-01/06-803, *op. cit.*, págs. 210-215.

4.1.4. Caracterización del conflicto armado colombiano

4.1.4.1. La naturaleza interna del conflicto armado

En el caso colombiano se encuentran presentes los criterios recopilados por el CICR y adoptados por la jurisprudencia internacional que permiten afirmar la existencia de un conflicto armado de naturaleza interna⁵⁵⁶.

En primer lugar, la utilización de la violencia armada contra la autoridad de gobierno por parte de grupos armados organizados dentro del Estado persiste desde 1964 y tiene lugar en el territorio del Estado colombiano.

Es de conocimiento público internacional la existencia de un mando único, la fuerza militar organizada, el control relativo de partes del territorio colombiano y la existencia de medios para respetar y asegurar el respeto de las Convenciones de Ginebra, por parte de las guerrillas colombianas: Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia- Ejército del Pueblo (FARC-EP) y Ejército de Liberación Nacional (ELN), así como de los grupos paramilitares otrora federados en las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) y actualmente reorganizados bajo nombres diversos, entre ellos el de “Águilas Negras”.

La existencia de un conflicto armado interno simultáneo entre las fuerzas armadas del Estado y fuerzas disidentes, y entre “grupos armados organizados”, adiciona un componente de intensidad al conflicto. Su carácter prolongado se ajusta a las condiciones establecidas por el Derecho Internacional Penal en los términos del artículo 8-2-f del Estatuto de Roma.

A nivel del sistema interamericano, la Corte IDH ha considerado como hecho probado la existencia de un conflicto armado interno en Colombia:

“Efectuado el examen de los elementos probatorios que constan en el expediente del presente caso, las manifestaciones de las Partes, así como el reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por el Estado, la Corte considera probados los siguientes hechos: *El conflicto armado interno en Colombia y los grupos armados ilegales denominados ‘paramilitares’*”⁵⁵⁷.

⁵⁵⁶ TPIR, Trial *Akayesu*, ICTR-96-4-T, *op. cit.*, p. 619; PICTET, J. S. *Comentario del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional*, *op. cit.*, disposiciones aplicables; TORRES PÉREZ, M.; BOU FRANCH, V. *La contribución del Tribunal Internacional Penal párr. Ruanda a la configuración jurídica de los crímenes internacionales*, *op. cit.*, pp. 405- 406.

⁵⁵⁷ Corte IDH, *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 15 de septiembre de 2005, Serie C-134, p. 96. (Cursivas en el texto).

A nivel nacional, la CC y la CSJ han establecido en numerosa jurisprudencia la existencia del conflicto armado en el territorio del Estado:

“4. Resulta un lugar común afirmar que en Colombia existe un conflicto armado que se ha desarrollado desde hace varias décadas, frente al cual los órganos políticos han intentado buscar soluciones de distinta índole (...)”⁵⁵⁸

“No puede dejarse de lado que el Estado Colombiano ha reconocido por diferentes vías la existencia del conflicto armado no internacional, como también a los grupos guerrilleros y de autodefensa como parte del mismo (...)”⁵⁵⁹.

En segundo lugar, el Estado colombiano se ha visto obligado a recurrir a sus fuerzas armadas, regulares e irregulares, para combatir a los insurgentes desde 1964 y hasta el presente.

Cabe recordar en este sentido que, el 24 de diciembre de 1965, el Estado colombiano emitió el Decreto Legislativo 3398 “por el cual se organiza la defensa nacional”. Este Decreto fue adoptado como legislación permanente mediante la Ley 48 de 1968 que se encuentra en vigor⁵⁶⁰. En la parte considerativa de esta normativa se indicó que:

“la acción subversiva que propugnan los grupos extremistas para alterar el orden jurídico, requiere un esfuerzo coordinado de todos los órganos del poder público y de las fuerzas vivas de la Nación”.

El crecimiento de la fuerza pública colombiana en brigadas y unidades especiales de contra-guerrilla, las fuerzas de despliegue rápido y los batallones de alta montaña⁵⁶¹, así como las operaciones militares y los continuos combates, dan cuenta de la acción militar del Estado contra los grupos armados disidentes⁵⁶².

La Corte IDH constató el recurso a la fuerza del Estado colombiano a partir de la década de los sesenta del siglo XX ante el surgimiento de diversos grupos

⁵⁵⁸ CC, Sala Plena (24 de enero de 2001): *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 8 (parcial) de la Ley 418 de 1997*, Sentencia C-048/01, Sentencia de constitucionalidad (en adelante: “CC, Sentencia C-048/01”), pár. VII. 4.

⁵⁵⁹ CSJ, Sala de Casación Penal (27 de enero de 2010): *La Fiscalía c. Mario y Geiber José Fuentes Montaña*, Radicado núm. 29753, Aprobado: Acta núm. 16, Sentencia, pp. 36-37 con reenvíos de jurisprudencia.

⁵⁶⁰ Con excepción de los artículos 30 y 34 del citado Decreto, que fueron derogados. Los artículos 25 y 33 del referido Decreto Legislativo dieron fundamento legal a la creación de “grupos de autodefensa” como fuerzas irregulares integradas por civiles.

⁵⁶¹ DE SHAZO, P.; MENDELSON FORMAN, J.; McLEAN, P., “Countering Threats to Security and Stability in a Failing State: Lessons from Colombia. A Report of the CSIS Americas Program”. *CSIS*, 2009, Washington D. C., The CSIS Press, 91 págs., pp. 12-14. El texto íntegro está disponible en el sitio: http://csis.org/files/publication/090930_DeShazo_CounteringThreats_Web.pdf (consultado: 21/11/2009).

⁵⁶² La información oficial sobre los combates y operaciones militares de la fuerza pública puede ser consultada en el sitio oficial del Ejército Nacional de Colombia: <http://www.ejercito.mil.co/>

guerrilleros⁵⁶³, con sucesivos decretos gubernamentales en materia de orden público que han venido dando testimonio de la pervivencia del conflicto armado⁵⁶⁴.

La Corte IDH también dio cuenta de la existencia de fuerzas armadas irregulares, llamadas “paramilitares”, actuando bajo la responsabilidad del Estado colombiano en el marco del conflicto armado interno, como un hecho ya establecido en sucesivos informes de órganos de Naciones Unidas:

“Se ha documentado en Colombia la existencia de numerosos casos de vinculación entre paramilitares y miembros de la fuerza pública en relación con hechos similares a los ocurridos en el presente caso, así como actitudes omisivas de parte de integrantes de la fuerza pública respecto de las acciones de dichos grupos. En los informes publicados desde 1997 sobre la situación de derechos humanos en Colombia, la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha documentado los casos representativos de violaciones del derecho a la vida, en los que se alegó que el gobierno y las fuerzas armadas colaboraron con los paramilitares en asesinar, amenazar o desplazar a la población civil”⁵⁶⁵.

En tercer lugar, el reconocimiento de la beligerancia puede verificarse de dos maneras. Por un lado, a través de la reivindicación de la beligerancia del propio Estado frente a los insurrectos en la legislación de orden público que ha sido adoptada entre 1964 y 2010⁵⁶⁶, entre las cuales cabe destacar:

Resolución No. 005/1969. “No.183. *Objetivos de las operaciones de organización de la población civil.* a) organizar en forma militar a la población civil para que se proteja contra la acción de las guerrillas y apoye la ejecución de operaciones de combate (...)”⁵⁶⁷.

Resolución 036/1987. “No. 17. Guerra de Contrainsurgencia. La Guerra de contrainsurgencia (...) (*emplea*) acciones de tipo político, económico, psicológico, sociológico, militar y paramilitar contra las fuerzas insurgentes para prevenir o eliminar el proceso revolucionario y garantizar que no vuelva a presentarse (...)”⁵⁶⁸.

Por otro lado, la condición de beligerancia ha sido reconocida a los insurrectos en el marco de las negociaciones de paz avanzadas por los diferentes

⁵⁶³ Corte IDH, *Caso de la Masacre de Mapiripán v. Colombia*, op. cit., pág. 96.1

⁵⁶⁴ *Ibid.*, párs. 96.4-96.18.

⁵⁶⁵ *Ibid.*, pág. 96.19; CDH, doc. E/CN.4/2005/10 (28-2-2005): *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, 61 págs., pág. 8; CDH, doc. E/CN.4/2001/15 (20-3-2001): *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, 60 págs., párs. 29 y 30.

⁵⁶⁶ Véase una compilación legislativa completa en: Corte IDH, *Caso de la Masacre de Mapiripán v. Colombia*, op. cit., párs. 96.4-96.18.

⁵⁶⁷ Resolución núm. 5 de 1969, de 9 de abril, *que desarrolla la Ley 48 de 1968, mediante la cual se aprueba el Reglamento de combate de contraguerrillas, Código EJC. 3-10 Reservado**. Comando del Ejército de la República de Colombia, Comandante General de las Fuerzas Militares.

* Los documentos de las Fuerzas Armadas de Colombia están clasificados por niveles según su grado de confidencialidad: público, restringido, confidencial, reservado, secreto, y ultra secreto.

⁵⁶⁸ Resolución 36 de 1987, de 12 de noviembre, *Mediante la cual se aprueba el Reglamento de combate de contraguerrillas. Código EJC-3-10 Restringido*, Comandante General de las Fuerzas Militares, Mayor General Oscar Botero Restrepo, Coronel Luis Alfonso Plazas Vega, Ayudante General.

gobiernos y con miras a la aplicación del Derecho Internacional de los conflictos armados⁵⁶⁹. Tal reconocimiento ha sido incorporado al ordenamiento jurídico reciente:

Ley 418 de 1997. Artículo 8-a: “(...) los representantes autorizados expresamente por el Gobierno Nacional, (...) podrán: a) Realizar todos los actos tendientes a entablar conversaciones y diálogos con las organizaciones armadas al margen de la ley a las cuales el Gobierno Nacional les reconozca el carácter político”⁵⁷⁰.

Ley 782 de 2002. Artículo 2: “(...) se entiende por grupo armado al margen de la ley, aquel que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerza sobre una parte del territorio un control tal que le permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas”⁵⁷¹.

La CC ha estimado que el Estado colombiano y demás actores armados en el conflicto están obligados *de jure* y *de facto* a la puesta en práctica del Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados:

“(...) la obligatoriedad del Derecho Internacional humanitario se impone a todas las Partes que participen en un conflicto armado, y no sólo a las Fuerzas Armadas de aquellos Estados que hayan ratificado los respectivos tratados”⁵⁷².

Los supuestos específicos derivados de un conflicto armado interno permiten la aplicación del Derecho Internacional de los conflictos armados, especialmente las disposiciones contenidas en el artículo 3 común y del Protocolo II adicional.

En general, los términos de uso común en materia convencional y doctrinal: “conflicto armado de índole no internacional” y “conflicto armado interno” respectivamente, son asimilables y aplicables al caso colombiano. El criterio de definición negativa aportado por el artículo 1-2 del Protocolo II adicional, permite excluir la existencia de una situación de “tensiones internas y disturbios interiores”.

La CC ha reconocido la autoridad de *jus cogens* del Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados en el caso colombiano:

“(...) los principios del Derecho Internacional Humanitario plasmados en los Convenios de Ginebra y en sus dos Protocolos, por el hecho de constituir un catálogo ético mínimo aplicable a situaciones de conflicto nacional o internacional, ampliamente aceptado por la comunidad internacional, hacen parte del *ius cogens* o derecho consuetudinario de los pueblos. En consecuencia, su fuerza vinculante proviene de la universal aceptación y reconocimiento que la comunidad internacional de Estados en su conjunto le ha dado (...) El Derecho Internacional Humanitario es,

⁵⁶⁹ NU, doc.A/53/PV.11 (23-9-1998): *Acta de la 11ª sesión plenaria de la Asamblea General*, 29 págs, p. 2.

⁵⁷⁰ Ley 418 de 1997, de 26 de diciembre, “*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 República de Colombia, Diario oficial 43.201.

⁵⁷¹ Ley 782 de 2002, de 23 diciembre, “*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 República de Colombia, Diario oficial 45.043.

⁵⁷² CC, Sentencia C-225/95, *op. cit.*, p. 8.

ante todo, un catálogo axiológico cuya validez absoluta y universal no depende de su consagración en el ordenamiento positivo”⁵⁷³.

El Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados es parte integrante del bloque de constitucionalidad colombiano y prevalece frente a normas de inferior jerarquía:

“(…) los convenios de Derecho Internacional Humanitario prevalecen en el orden interno (…) éstos forman con el resto del texto constitucional un "bloque de constitucionalidad", cuyo respeto se impone a la ley (…) Como es obvio, la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del Derecho Internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores”⁵⁷⁴.

Del mismo modo, la CC ha reconocido expresamente los compromisos convencionales de Colombia como Alta Parte Contratante de los Convenios de Ginebra, del Protocolo II adicional, y demás normas de Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados en todo el territorio nacional:

“(…) es preocupante observar cómo la guerrilla se ha venido expandiendo desde regiones marginales... todo ello orientado a su fortalecimiento económico con el cual han potencializado su capacidad de intimidación (...) el Estado Colombiano, como parte vinculada al respeto del artículo 3º común a los Convenios de Ginebra, se obliga a ponerlo en práctica y a vigorizar la negociación humanitaria y pacífica del conflicto”⁵⁷⁵.

Ahora bien, la evolución de la jurisprudencia internacional permite afirmar que un conflicto armado interno puede presentar paralelamente un carácter internacional si las tropas de otro Estado intervienen de modo directo o si algunas Partes del conflicto armado interno actúan a nombre de otro Estado⁵⁷⁶. En este sentido, la acción de terceros Estados viene actuando como una variable de internacionalización que, pese a no hallarse consolidada, ha potenciado la regionalización del conflicto y que se expresa en la presencia de los Estados Unidos de América y la acción de los Estados fronterizos.

4.1.4.2. La cooperación militar de los Estados Unidos de América como un elemento de internacionalización del conflicto

⁵⁷³ CC, Sentencia C-574/92, *op. cit.*, pág. B. 1. c).

⁵⁷⁴ CC, Sentencia C-225/95, *op. cit.*, pág. 12.

⁵⁷⁵ CC, Sentencia C-048/01, *op. cit.*, pág. VII. 25.

⁵⁷⁶ TPIY, Appeals *Tadic*, IT-94-1-A, *op. cit.*, pág. 84.

La acción de tropas de los Estados Unidos de América en territorio colombiano está amparada en un importante número de acuerdos de cooperación⁵⁷⁷.

En 2004, el Estado colombiano suscribió el “Plan Colombia”⁵⁷⁸, que amplió la cooperación y estableció un programa bilateral de control de narcóticos y de las actividades terroristas y otras amenazas contra la seguridad nacional de la República de Colombia, con una aportación presupuestaria de 1300 millones de dólares en ayuda militar y el entrenamiento de batallones en operaciones contrainsurgentes y antidrogas⁵⁷⁹.

En 2007, los dos Estados firmaron un Memorando de Entendimiento para una Relación Estratégica de Seguridad para Promover la Cooperación entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de los Estados Unidos de América. El citado Memorando permitió a Colombia aprobar en 2007 el presupuesto de guerra más alto en la historia del país con una alta participación financiera de los Estados Unidos para la segunda fase del Plan Colombia (2007-2013). En promedio, Colombia recibió 700 millones de dólares anuales de los Estados Unidos de América como aporte al Plan Colombia entre 1999-2006 y, en su segunda fase, se prevé una aportación similar⁵⁸⁰.

Basándose en estos marcos jurídicos, los Estados Unidos de América han dirigido y entrenado a la fuerza pública colombiana en programas conjuntos extensivos e intensivos y han aportado efectivos militares estadounidenses y contratistas privados de compañías, como *DynCorp* y *Northrop Grumman*, entre los cuales se cuentan algunos militares en retiro del ejército estadounidense⁵⁸¹.

⁵⁷⁷ Entre los acuerdos bilaterales más relevantes y en vigor pueden mencionarse: Acuerdo de asistencia militar entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América (17-4-1952); Convenio General para ayuda económica, técnica y afín (23-7-1962); Acuerdo para el establecimiento de una Misión del Ejército, una Misión Naval y una Misión Aérea de las Fuerzas Militares de los Estados Unidos de América en la República de Colombia que prorroga la permanencia de las misiones militares, establecidas en Colombia en virtud de los convenios firmados entre los dos países el 14 de octubre de 1946 y el 21 de febrero de 1949 (7-12-1974).

⁵⁷⁸ Anexo al Convenio General de ayuda económica, técnica y afín entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de los Estados Unidos de América (Plan Colombia) (30-8-2004).

⁵⁷⁹ DÁVILA LADRÓN DE GUEVARA, A., (dir.) *Estrategia de fortalecimiento de la democracia y el desarrollo social (2007-2013) versión final*, 2007, Bogotá, Dirección de Justicia y Seguridad y Departamento Nacional de Planeación, 90 págs., p. 9.

⁵⁸⁰ CAMBIO, “Entrevista a Alfredo Rangel Suárez, director de la Fundación seguridad y democracia”. *Revista Cambio núm. 737*, 13-19 de agosto de 2007, Bogotá, Edición impresa, pp. 13-16.

⁵⁸¹ El 13 de febrero de 2003 las FARC-EP derribaron una avioneta en territorio colombiano (departamento de Caquetá). Tres ciudadanos estadounidenses fueron capturados y dos tripulantes

El 30 de octubre de 2009 los Estados suscribieron el “Acuerdo complementario para la Cooperación y Asistencia Técnica en Defensa y Seguridad entre los Gobiernos de la República de Colombia y de los Estados Unidos de América”, relativo a la autorización a 1400 miembros de las fuerzas armadas estadounidenses para el uso de siete bases militares colombianas: tres bases de la Fuerza Aérea, dos de la Armada y dos del Ejército Nacional.

No obstante, la CC declaró inexecutable, por lo tanto, sin efectos en el ordenamiento jurídico colombiano tal Acuerdo suscrito sin las formalidades de un tratado internacional pero con sus consecuencias jurídicas⁵⁸².

La CC constató que no estaba ante un Acuerdo complementario simplificado, sino frente a un instrumento internacional que involucraba nuevas obligaciones para el Estado Colombiano y una extensión de las obligaciones adquiridas con anterioridad:

“Para la Corte, el referido Acuerdo involucra, entre otros, los siguientes compromisos: autorización para acceder y utilizar instalaciones militares por personal militar y civil extranjero; facultad de libre circulación de buques, naves, aeronaves y vehículos tácticos extranjeros por el territorio nacional, sin posibilidad de inspección o control por las autoridades nacionales; autorización para el uso y porte de armas en el territorio nacional por personal extranjero; extensión de un estatuto personal de inmunidades y privilegios diplomáticos para contratistas y subcontratistas así como personas a cargo del personal de los Estados Unidos; y la previsión de cláusulas indeterminadas en relación con la extensión y prórrogas del Acuerdo, las bases militares e instalaciones objeto del acceso y uso por el personal extranjero”⁵⁸³.

Pese a que la participación militar de los Estados Unidos de América en el conflicto armado colombiano es evidente, en el estado actual de la jurisprudencia internacional penal y a la luz del Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados, la acción militar de este país no puede considerarse como generadora de un cambio de naturaleza en el conflicto armado interno.

murieron en el impacto. Todos los ocupantes eran contratistas de la empresa estadounidense *Northrop Grumman*. Uno de los tripulantes muerto en el impacto fue Thomas John JANIS, un ex militar condecorado de la fuerza aérea de Estados Unidos de América. Véanse: CINEP, “2003: Mercenariado internacional en el paramilitarismo colombiano”. *N&N-Especial Deuda con la Humanidad 1988-2003*, 2004, Bogotá, Banco de Datos CINEP, pp. 475-478, p. 475; CDH, doc. A/HRC/10/14/Add.1 (27-2-2009): *Implementation of General Assembly Resolution 60/251 of 15 March 2006 entitled “Human Rights Council”*. Report of the Working Group on the use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the right of peoples to self-determination. Chairperson-Rapporteur, Mr. Alexander Ivanovitch Nikitin. Addendum. Communications to and from governments, *English/Spanish only*, 15 págs., párs. 18-21.

⁵⁸² CC, Sala Plena (17 de agosto de 2010): *Acuerdo Complementario para la Cooperación y asistencia técnica en defensa y Seguridad entre los gobiernos de la República de Colombia y de los Estados Unidos de América*, suscrito en Bogotá el 30 de octubre de 2009, Auto 288/10, Comunicado núm. 40 (en adelante: “CC, Auto 288/10”), p. 2. Decisión.

⁵⁸³ CC, Auto 288/10, *op. cit.*, p. 3.4. Fundamentos de derecho.

A tenor de la jurisprudencia del TPIY, debe precisarse que las tropas de los Estados Unidos de América presentes en el territorio colombiano no combaten a nombre de dicha Potencia sino en favor de intereses comunes tocantes a la seguridad del Estado colombiano, en virtud de los tratados de cooperación suscritos por las Partes⁵⁸⁴.

Conforme a la jurisprudencia de la CIJ, puede afirmarse que la intervención de los Estados Unidos de América no está probada porque su acción no es contraria a los intereses del Estado en cuyo territorio tiene lugar el conflicto armado y ninguna disposición internacional puede atentar contra el derecho a la legítima defensa individual y colectiva o a la cooperación de los Estados en este dominio⁵⁸⁵.

La inexistencia de “intervención” en el sentido del Derecho Internacional no impide constatar que la presencia de la Potencia militar de Estados Unidos de América en territorio colombiano eleva el nivel de confrontación y pérdidas humanas en el conflicto armado y provoca un clima de tensión en las fronteras colombianas más habitadas.

4.1.4.3. La contribución de la acción de los Estados fronterizos a la internacionalización del conflicto

Venezuela es la frontera más extensa de Colombia con 2219 kilómetros de longitud terrestre, esto es, 3,4 veces la extensión de la frontera franco-española⁵⁸⁶. Brasil, Perú, Ecuador y Panamá, cierran el círculo terrestre de las fronteras colombianas, pero estos países no se ven afectados de la misma manera, pues a excepción de Venezuela y Ecuador, las fronteras restantes son selváticas y escasamente pobladas⁵⁸⁷.

⁵⁸⁴ TPIY, Appeals *Tadic*, IT-94-1-A, *op. cit.*, pág. 97.

⁵⁸⁵ CIJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, *op. cit.*, pág. 142.

⁵⁸⁶ La frontera terrestre Colombia-Venezuela fue fijada por Laudo Arbitral proferido por María Cristina, reina regente de España, el 16/03/1891 y ratificada por el Tratado López de Mesa-Gil Borges el 5/04/1941. El límite va de Castilletes en La Guajira, hasta la isla de San José frente a la Piedra del Cocuy, en el río Negro.

⁵⁸⁷ Las fronteras terrestres de Panamá, Brasil y Perú se encuentran ubicadas en zona selvática del Darién y el Amazonas respectivamente, con escasa población y limitado control de los Estados.

Hasta 2011 Colombia mantiene diferendos limítrofes con Venezuela⁵⁸⁸ y Nicaragua⁵⁸⁹. Entre 1932-1934, Colombia vivió una guerra con Perú a causa de la violación del tratado de delimitación Salomón-Lozano de 1922. Colombia mantiene en tensión a toda la sub-región por el efecto contagio de los sucesivos conflictos armados internos que ha vivido desde comienzos del siglo XX.

Colombia no ha sido nunca un vecino fácil. El crecimiento económico, los períodos de bonanza y la modernización del país se han reflejado sólo marginalmente en las áreas de frontera que continúan hasta el presente dependiendo en la prestación de bienes y servicios de las infraestructuras de los países vecinos⁵⁹⁰.

El éxodo de colombianos hacia Venezuela se mantiene constante desde la década de los setenta, a causa del conflicto armado colombiano y se calcula que por lo menos el 10% de la población venezolana es de origen colombiano. Hasta 1990, los nacionales colombianos constituyeron el 50% de la población extranjera residente en Venezuela⁵⁹¹.

En territorio venezolano son frecuentes las detenciones en masa de grupos paramilitares colombianos, de efectivos de la fuerza pública colombiana y de miembros de las guerrillas colombianas operando en territorio venezolano: 31 detenidos el 27 de enero de 2009, 10 detenidos en junio de 2007, 1 comandante paramilitar detenido en abril de 2007, el comandante de las FARC-EP Rodrigo Granda, detenido en territorio venezolano por la fuerza pública colombiana en el 2005, 120 paramilitares y militares activos de la fuerza pública colombiana detenidos

⁵⁸⁸ El diferendo fronterizo entre Colombia y Venezuela trata sobre la soberanía del Golfo de Venezuela y data del momento mismo de la disolución de la Gran Colombia (1821-1831). Este diferendo tiene como móvil la presencia de hidrocarburos en la zona en 3780 kilómetros cuadrados del Golfo que están en disputa. El área total del Golfo es de 15000 kilómetros cuadrados y el 91% es venezolano sin discusión. Después de la Crisis de la Corbeta colombiana Caldas (1987) detenida por las autoridades venezolanas en la “zona en disputa”, las conversaciones fueron suspendidas. En 2007 se reanudaron los acercamientos para encontrar una solución posible al diferendo sin que hasta el presente haya una decisión en firme.

⁵⁸⁹ La frontera marítima entre Colombia y Nicaragua depende del tratado Esguerra-Bárcenas de 24/03/1928, denunciado por Nicaragua el 6/12/2001 ante la CIJ, por diferencias en cuanto al título territorial y la delimitación marítima en el Caribe occidental, en lo relativo al Archipiélago de San Andrés y Providencia y los cayos de Roncador, Quitasueño y Serrana. La CIJ se declaró competente para conocer el diferendo mediante Decisión 13/12/2007. El asunto se encuentra bajo estudio de la CIJ.

⁵⁹⁰ LAZZERI, P., *Le conflit armé en Colombie et la communauté internationale, Recherches et documents de l'Amérique latine, 2005*, París, L'Harmattan, 239 págs., p. 59.

⁵⁹¹ RAMÍREZ, S., “Colombianos en Venezuela y Ecuador. En: A. González Gil (ed.), *Lugares, procesos y migrantes: aspectos de la migración colombiana*, núm. 2 Regional integration and social cohesion, 2009, Bruselas, PIE Meter Lang S.A, 304 págs, pp. 109-128, p. 111.

en las cercanías de Caracas en mayo de 2004, son algunos de los casos más significativos y más recientes.

El conflicto armado colombiano, por ser la confrontación interna más antigua, más aguda y de mayor profundidad en la región, tiene consecuencias más graves, articula diversos procesos a partir de las dinámicas existentes en ambos lados de las zonas fronterizas, es usado por sectores gubernamentales vecinos en sus propias situaciones críticas y sirve como catalizador de intereses nacionales y regionales⁵⁹².

El caso de Ecuador es similar, aunque más reciente⁵⁹³. No obstante su tamaño y dificultades económicas, Ecuador es el segundo país –después de Venezuela- que mayor número de refugiados colombianos acoge en el mundo⁵⁹⁴.

El incidente fronterizo más grave entre Colombia y Ecuador tuvo lugar el 1 de marzo de 2008, cuando las fuerzas militares colombianas bombardearon un campamento de las FARC-EP localizado en suelo ecuatoriano. La condena unánime de la OEA a esta violación de la soberanía ecuatoriana y su intervención de buenos oficios, han permitido una normalización relativa de las relaciones entre los dos países⁵⁹⁵.

Las tensiones entre los Estados fronterizos y el Estado colombiano en la última década han sido constantes. Venezuela y Ecuador inciden continuamente a través de sus posiciones oficiales y extraoficiales en el conflicto armado colombiano que sobrepasa las líneas fronterizas y tiende a constituir una amenaza a la seguridad de los terceros Estados⁵⁹⁶.

⁵⁹² ARDILA, M.; CARDONA, D.; RAMIREZ, S., *Colombia y su política exterior en el siglo XXI*, 2005, Bogotá, Ediciones Friedrich Ebert Stiftung en Colombia, 393 págs., p. 27.

⁵⁹³ La frontera Colombia-Ecuador fue definida por el Tratado Suárez-Vernaza (15/07/1911). La frontera tiene una longitud de 586 km desde el río Güepí hasta la desembocadura del río Mataje en la bahía Ancón de Sardinias en el Océano Pacífico y no ha habido reclamaciones posteriores de las Partes.

⁵⁹⁴ En 2009 Venezuela otorgó 719 refugios a colombianos, los solicitantes de asilo fueron 7754. La cifra total de población de interés del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) en Venezuela es de 200000 personas, la mayoría de ellos de origen colombiano. Hasta 2009, en Ecuador se registraron 11492 refugiados y 36665 solicitantes de asilo, la mayoría de nacionalidad colombiana. En este país el número total de la población en necesidad de protección es de 250000 personas según cifras de ACNUR. La información detallada está disponible en el sitio: <http://www.acnur.org/crisis/colombia/paisesvecinos.htm> (consultado 27/05/2009).

⁵⁹⁵ CP-OEA, doc. CP/RES. 930 (1632/08) (5-3-2008): *Convocatoria de la reunión de consulta de Ministros de relaciones exteriores y nombramiento de una comisión*, Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, 1 pág.

⁵⁹⁶ NU, SG/SM/11446 (3-3-2008): *Secretary General urges restraint following rise in tensions involving Colombia, Ecuador and Venezuela*, Documento no oficial, Servicios de Información de Naciones Unidas: <http://www.un.org/News/Press/docs/2008/sgsm11446.doc.htm> (consultado 5/10/2010).

No obstante, conforme al estado actual de la jurisprudencia internacional y del Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados, no es posible establecer que la acción de Venezuela o Ecuador, constituyen un caso de ocupación o de intervención directa o indirecta en el conflicto armado interno de Colombia.

Por una parte, las tropas de los Estados de Venezuela y Ecuador no han intervenido y no ejercen ningún tipo de autoridad *de facto* o *de jure* en territorio colombiano⁵⁹⁷.

Por otra parte los grupos armados que se oponen al Estado colombiano no actúan en nombre de ninguno de los Estados vecinos⁵⁹⁸. No existen fuerzas armadas irregulares, milicias o unidades paramilitares actuando en Colombia por cuenta de los Estados vecinos y, en consecuencia, un control global tampoco puede ser alegado en derecho⁵⁹⁹.

Desde los inicios del conflicto armado interno colombiano en 1964 y hasta el presente, Venezuela, Ecuador y los demás países fronterizos no han jugado ningún papel en la organización, la coordinación o la planificación de acciones militares de los grupos insurgentes. Las estructuras autónomas y organizadas de estos grupos armados han coordinado y planificado toda su estrategia de guerra contra los órganos del Estado durante las últimas cinco décadas⁶⁰⁰.

En la última década, sin embargo, el gobierno de Colombia ha denunciado situaciones que podrían suponer una participación en materia de suministro y apoyo operacional a los grupos insurgentes por parte de Venezuela y Ecuador⁶⁰¹. Estos hechos no se encuentran probados más allá de toda duda razonable y, en todo caso,

⁵⁹⁷ CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif, *op. cit.*, párs. 78 y 89; CIJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, *op. cit.*, pár. 177.

⁵⁹⁸ CPI, *Affaire Lubanga*, ICC-01/04-01/06-803, *op. cit.*, pár. 209; CPI, *Katanga case*, ICC-01/04-01/07-717, *op. cit.*, pár. 238.

⁵⁹⁹ TPIY, *Affaire Tadic*, IT-94-1, *op. cit.*, pár. 137; CIJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, *op. cit.*, pár. 177.

⁶⁰⁰ Entre los estudios más destacados puede consultarse: FALS BORDA, O.; UMAÑA LUNA, E.; GUZMÁN CAMPOS, G., *La violencia en Colombia: estudio de un proceso social*, vol. I y II, 11ª edición, 2005, Bogotá, Editorial Taurus, 890 págs.

⁶⁰¹ NU, SG/SM/18823 (23-7-2010): *Venezuela y Colombia: ONU llama a la calma*, Documento no oficial, Servicios de Información de Naciones Unidas: <http://www.un.org/spanish/News/fullstorynews.asp?newsID=18823&criteria1=SG&criteria2=Di%C3%A1logo%20Venezuela-Colombia> (consultado 5/10/2010).

no constituyen una conducta generalizada que pueda ser atribuible a Venezuela, a Ecuador o a cualquiera de sus órganos estatales, incluidas sus fuerzas armadas⁶⁰².

Otros factores como el vínculo cada vez más estrecho entre el conflicto armado y los tráficos ilegales, el crecimiento de los ejércitos colombianos en contienda, la rápida expansión geográfica del conflicto hacia territorios de frontera sin presencia estatal colombiana y la guerra por el control de corredores estratégicos de tráficos transnacionales, son factores que han involucrado en la última década a la comunidad internacional y, en particular, a los Estados fronterizos.

El carácter prolongado del conflicto armado colombiano y su degradación ponen a menudo en dificultades a las autoridades de los Estados vecinos, quienes deben emitir juicio sobre el carácter de las conductas de los actores armados colombianos:

“(…) advierte el Tribunal Supremo de Justicia que la República Bolivariana de Venezuela y las Repúblicas de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, suscribieron el Acuerdo Bolivariano sobre Extradición el 18 de julio de 1911 en Caracas, cuyos artículos 4 y 5 disponen: “Art. 4.- No se acordará la extradición de ningún prófugo criminal si el hecho por el cual se pide se considera en el Estado requerido como delito político o hecho conexo con él (…)

Igualmente el artículo 271 de la Constitución establece:

*ARTÍCULO 271.- En ningún caso podrá ser negada la extradición de los extranjeros o extranjeras responsables de los delitos de deslegitimación de capitales, drogas, delincuencia organizada internacional, hechos contra el patrimonio público de otros Estados y contra los derechos humanos (…)*⁶⁰³.

La violación manifiesta del territorio de los Estados vecinos por parte de los ejércitos colombianos en contienda es la evidencia material de un conflicto armado interno desbordado más allá del territorio nacional. Este hecho viene obligando a los terceros Estados a negociar con los poderes *de facto* que se encuentran en la frontera para mantener la estabilidad de sus propios territorios y garantizar el ejercicio de sus obligaciones internacionales de cara a sus propios habitantes.

La interlocución de los gobiernos de los países fronterizos con las Partes del conflicto armado colombiano que controlan las zonas de frontera no es una causa del conflicto armado interno, bien al contrario, es una consecuencia de su desbordamiento, como lo han manifestado frecuentemente los Estados fronterizos:

“El Gobierno del Ecuador recuerda que es víctima del conflicto colombiano, no su propiciador (…)

⁶⁰² CPI, *Affaire Lubanga*, ICC-01/04-01/06-803, *op. cit.*, p. 216.

⁶⁰³ TSJ-RBV, Sala de Casación Penal (10 de diciembre de 2001): *Ministerio del Interior y Justicia c. José María Ballestas Tirado*, Expediente 01-847, Sentencia de extradición (en adelante: “TSJ-RBV, Caso Ballestas, E01-0847”), vistos. (Subrayado y cursivas en el texto).

El Estado colombiano tiene la obligación bajo el Derecho Internacional de impedir que los efectos de su conflicto interno rebasen las fronteras y afecten a las sociedades y territorios de los países vecinos, obligación internacional que no cumple en lo que concierne a la República del Ecuador.

El conflicto interno de Colombia, marcado por la acción de grupos irregulares, paramilitares y organizaciones criminales vinculadas al narcotráfico, que han tenido su origen y operan en territorio colombiano, debe ser resuelto exclusivamente dentro de la República de Colombia. El Ecuador no tomará parte en dicho conflicto, con aplicación al principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados, consagrado en el Derecho Internacional⁶⁰⁴.

4.2. EL NEXO ENTRE EL CRIMEN DE GUERRA Y EL CONFLICTO ARMADO

4.2.1. El contenido del nexo en el Derecho Internacional Penal

La existencia de un conflicto armado y el hecho de que la víctima reúna las condiciones de persona protegida en los términos del Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados no son condiciones suficientes para que se configure un crimen de guerra.

La jurisprudencia internacional penal ha establecido que el comportamiento criminal debe estar asociado al conflicto armado, es decir, la perpetración del crimen debe tener una relación directa con el conflicto armado o con el contexto de dicho conflicto.

El TPIR ha insistido sobre la necesidad de probar más allá de toda duda razonable el vínculo entre el conflicto armado y los crímenes cometidos, pues todos los crímenes perpetrados en período de conflicto armado no están forzosamente ligados a él:

“When the country is in a state of armed conflict, crimes committed in this period of time could be considered as having been committed in the context of this conflict. However, it does not mean that all such crimes have a direct link with the armed conflict and all the victims of these crimes are victims of the armed conflict”⁶⁰⁵.

Los tribunales *ad hoc* son de la opinión que el vínculo de conexión queda satisfecho cuando logra probarse que la infracción cometida está estrechamente ligada a las hostilidades o ha sido perpetrada en relación con éstas:

“The “nexus” requirement is met when the offence is closely related to the hostilities or committed in conjunction with the armed conflict. The Appeals Chamber

⁶⁰⁴ CS, doc. S/2008/177 (14-3-2008): *Cartas idénticas de fecha 13 de marzo de 2008 dirigidas al Secretario General y al Presidente del Consejo de Seguridad por el Representante Permanente del Ecuador ante las Naciones Unidas*, 3 págs., pp. 1-2.

⁶⁰⁵ TPIR, *Trial Kayishema*, ICTR-95-1-T, *op.cit.*, p. 600.

in *Tadic* held that it is “sufficient that the alleged crimes were closely related to the hostilities occurring in other parts of the territories controlled by the parties to the conflict” (...). Moreover, it is not a requirement that fighting was taking place in the exact time-period when the acts the offences alleged occurred were perpetrated. The Chamber will determine whether the alleged acts were committed against the victims because of the conflict at issue”⁶⁰⁶.

El TPIR remarcó que la expresión “vínculo de conexión” no puede ser comprendida como una expresión vaga e indefinida. Por el contrario, la existencia de un nexo directo entre los crímenes cometidos y el conflicto armado debe quedar establecida a través de los hechos para probar que las personas fueron afectadas en razón del conflicto y no paralelamente a él⁶⁰⁷.

La pertenencia del autor a estructuras militares de una de las Partes en conflicto, la calidad de persona civil de la víctima y su adhesión contraria a la del autor del crimen, la consideración misma sobre los hechos criminales como útiles a los objetivos últimos de una campaña militar, son algunos de los elementos que la jurisprudencia internacional penal señala que pueden ser considerados como indicadores de un nexo entre el crimen y el conflicto armado⁶⁰⁸ sin que un vínculo de causa-efecto sea requerido:

“Un lien de cause à effet n’est pas exigé entre le conflit armé et la perpétration du crime mais il faut, à tout le moins, que l’existence du conflit armé ait considérablement pesé sur la capacité de l’auteur du crime à le commettre, sa décision de le commettre, la manière dont il l’a commis ou le but dans lequel il l’a commis”⁶⁰⁹.

La CPI ha adoptado plenamente esta jurisprudencia, pues el derecho primario de esta Corte establece que, para demostrar más allá de toda duda razonable que el acusado es en lo penal individualmente responsable de los crímenes de guerra, es necesario establecer el nexo entre los diferentes actos reprochados al acusado y el conflicto armado sin suponer que los actos cometidos se inscriben *ipso facto* en el contexto y en relación al conflicto armado⁶¹⁰.

Esta condición es aplicable independientemente del carácter internacional o interno del conflicto armado, pues uno de los elementos contextuales de los crímenes de guerra exige que el acto punible tenga lugar durante la conducción de las

⁶⁰⁶ TPIR, Trial *Bagilishema*, ICTR-95-1A-T, *op.cit.*, p. 105; TPIR, Trial *Semanza* ICTR-97-20-T, *op.cit.*, p. 369; TPIR, Trial *Rutaganda*, ICTR-96-3-T, *op.cit.*, p. 104; TPIR, Trial *Akayesu*, ICTR-96-4-T, *op. cit.*, p. 643; Trial *Kayishema*, ICTR-95-1-T, *op. cit.*, p. 186; TPIR, Trial *Musema*, ICTR-96-13-T, *op. cit.*, p. 260; TPIY, *Affaire Tadic*, IT-94-1, *op. cit.*, p. 70.

⁶⁰⁷ TPIR, Trial *Kayishema*, ICTR-95-1-T, *op. cit.*, p. 604.

⁶⁰⁸ TPIY, Chambre d’Appel (12 juin 2002): *Le Procureur c. Kunarac et consorts*, Affaire IT-96-23 & IT-96-23/1-A, Arrêt (en adelante: “TPIY, Arrêt *Kunarac et consorts*, IT-96-23 & IT-96-23/1-A”), p. 59.

⁶⁰⁹ *Ibid.*, p. 58.

⁶¹⁰ CPI, Elementos de los Crímenes, *op. cit.*, artículo 8, Introducción.

hostilidades o esté vinculado a estas⁶¹¹.

La jurisprudencia de la CPI se apoya en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* para estimar que el comportamiento criminal punible como crimen de guerra debe estar estrechamente ligado a las hostilidades que tienen lugar en cualquier parte del territorio controlado por las Partes en conflicto⁶¹². La CPI ha desarrollado el nexo en términos de “rol substancial” del conflicto armado en la decisión del autor del crimen, en su capacidad para perpetrarlo o en la manera como el crimen ha sido ejecutado:

“Il ne s’agit donc pas de considérer le conflit armé comme la cause ultime du comportement ni d’exiger que ce comportement prenne place au milieu des combats. Néanmoins, le conflit armé doit jouer un rôle substantiel dans la décision de l’auteur du crime, dans la capacité de celui-ci de l’exécuter ou dans la manière dont le comportement a finalement été commis (...).

Après avoir constaté l’existence d’un conflit armé, la Chambre fait observer que pour qu’un crime puisse être qualifié de crime de guerre (...) l’Accusation doit prouver à ce stade qu’il existe des motifs substantiels de croire qu’il existe un lien suffisant et manifeste entre ce crime et le conflit. Autrement dit, il doit être démontré qu’il existe des motifs substantiels de croire que les crimes présumés ont été étroitement liés aux hostilités”⁶¹³.

La expresión del derecho primario de la CPI refuerza la importancia del nexo entre la conducta criminal y el conflicto armado en términos de capacidad, modalidad u objeto del crimen. El asocio entre la conducta criminal y el conflicto armado está presente como elemento de todos los crímenes de guerra del artículo 8 del Estatuto de Roma:

“Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado (...) y haya estado relacionada con él”⁶¹⁴.

Esta expresión acumulativa que indica la existencia de un conflicto armado y el asocio necesario de éste a los hechos criminales, permite afirmar que el Derecho Internacional Penal de la CPI ha establecido que los crímenes de guerra pueden ser cometidos después de la cesación de las hostilidades, siempre que los hechos continúen íntimamente ligados al conflicto armado, pues en todo caso habrán sido cometidos en el contexto del conflicto⁶¹⁵.

⁶¹¹ CPI, *Katanga case*, ICC-01/04-01/07-717, *op. cit.*, pár. 267.

⁶¹² CPI, *Affaire Lubanga*, ICC-01/04-01/06-803, *op. cit.*, pár. 287; TPIY, Trial Chamber III (26 February 2001): *The Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez*, Case IT-95-14/2-T, Judgment (en adelante: “TPIY, Trial *Kordic and Cerkez*, IT-95-14/2-T”), párs. 32-33.

⁶¹³ CPI, *Affaire Lubanga*, ICC-01/04-01/06-803, *op. cit.*, párs. 287-288; CPI, *Katanga case*, ICC-01/04-01/07-717, *op. cit.*, párs. 380-383.

⁶¹⁴ CPI, *Elementos de los Crímenes*, *op. cit.*, artículo 8.

⁶¹⁵ LA HAYE, E., *War Crimes in Internal Armed Conflicts*, 2008, New York, Cambridge University Press, 424 págs., p. 113.

4.2.2. El caso colombiano

En el contexto de un conflicto armado interno la necesidad de establecer un vínculo entre la conducta incriminada y el conflicto en sí mismo es crucial para determinar si se está frente a un crimen de guerra o a un crimen de naturaleza diferente⁶¹⁶.

El Derecho Penal colombiano recoge íntegramente la discusión internacional en materia de crímenes de guerra y acompaña todas las conductas penales del elemento de nexos causal: “con ocasión y en desarrollo del conflicto armado”⁶¹⁷.

La práctica jurídica nacional muestra frecuentemente que los elementos materiales, el elemento contextual relativo a la existencia del conflicto armado en un territorio determinado, el elemento psicológico y la calidad de la víctima como persona protegida, pueden ser probados en el curso de un proceso penal:

“En el caso que aquí nos ocupa, emergen desde un comienzo serias dudas acerca de las verdaderas circunstancias en las cuales se produjeron las muertes violentas de las tres personas reportadas como “guerrilleros de las FARC” por Parte de las unidades militares involucradas en el episodio del día 04 de mayo de 2005 en la vereda Santa Marta del municipio de Sonsón; pues, mientras aquéllas dicen que las mismas fueron dadas de baja en desarrollo de un presunto contacto armado; la esposa de una de las víctimas asegura, que todas éstas, al parecer campesinos de la región, fueron sacadas de sus respectivas viviendas por personal militar, apareciendo posteriormente relacionados en el informe 1853 del 9 de mayo de 2005, originario del Grupo de Caballería Mecanizado No. 4 JUAN DEL CORRAL, como TERRORISTAS ABATIDOS EN COMBATE” (Folio 89 - 95 del antecedente)”⁶¹⁸.

El poder judicial en Colombia, sin embargo, se ha pronunciado rara vez en cuanto al nexo entre el conflicto armado y el crimen cometido y, en consecuencia, los crímenes son juzgados como delitos ordinarios y en el mejor de los casos como crímenes de lesa humanidad.

Algunos ejemplos de casos llevados ante las instancias judiciales nacionales pueden ilustrar la existencia de los elementos constitutivos de los crímenes de guerra, incluido el vínculo entre el crimen cometido y el conflicto armado conforme a la jurisprudencia internacional en términos de “rol substancial”, situación que no impide que los punibles sean juzgados como delitos comunes.

⁶¹⁶ *Ibid.*, p. 110.

⁶¹⁷ Código Penal, *op. cit.*, Título II. Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario.

⁶¹⁸ CSJ, Sala de Casación Penal (27 de julio de 2009): *La Fiscalía c. Ramiro Jairo Ramírez Ortega y otros*, Radicado núm. 31914, Aprobado: Acta núm. 228, Auto (en adelante: “CSJ, Caso *Falsos positivos*, núm. 31914”), p. 6.

En el caso de ejecuciones extrajudiciales perpetradas por miembros activos del Ejército de Colombia, la existencia del conflicto armado ha jugado un rol substancial en la capacidad para perpetrar el crimen, que se deriva de la condición de autoridades militares *de jure*, de sus funciones excepcionales para efectuar retenes, detenciones de civiles y traslado de detenidos en la vía pública y en zonas de conflicto armado, pero también de su capacidad para emitir informes de combates y partes de combatientes enemigos dados de baja:

“(…) de conformidad con los hechos que se declararon probados en los fallos de instancia, (…) la muerte de los mencionados civiles se produjo después de haber sido retenidos por miembros del Ejército Nacional adscritos a la compañía “Atacador” y conducidos a las instalaciones de la Base la Solita, en donde permanecieron privados ilegalmente de su libertad en un “hueco” que se construía en el lugar a manera de bunker, (…) siendo sacados luego por una escuadra militar (…) y conducidos por un estrecho hasta el sector conocido como “de los eucaliptos”, (…) lugar en el cual la tropa, por órdenes del Capitán JOSÉ MAURICIO MUÑOZ PLAZA les disparó cuando se hallaban en un completo estado de indefensión (…)”⁶¹⁹.

En casos como el de las masacres de Río Frío (Valle) y Segovia (Antioquia), entre otras, el rol substancial del conflicto armado puede observarse en la manera como el crimen fue ejecutado, pues la acción criminal conjunta del Ejército Nacional, la Policía Nacional y los grupos paramilitares, permitió a los perpetradores seleccionar a las víctimas, torturarlas, después asesinarlas y posteriormente simular un escenario de combate con los grupos guerrilleros para intentar el ocultamiento de los crímenes:

“(…) llegó un grupo de hombres armados, algunos de los cuales vestían prendas de la Fuerza Pública y ocultaban su rostro mediante el uso de una capucha, quienes ingresaron violentamente a los domicilios de las familias (…) para concentrarlos en la casa de la familia (...), donde fueron sometidos a torturas y algunos obligados a vestir prendas militares, para posteriormente asesinarlos, (...).

A esa misma hora arribó a las estribaciones de la meseta en la que está ubicada la casa, un pelotón del Ejército Nacional, (…) quienes, simulando ser objeto de ataque, abrieron fuego desde su posición, inferior y sin visibilidad, en contra de la casa donde había ocurrido la masacre, “tomándose” posteriormente el inmueble. (...).

El entonces Mayor DELGADO CARRILLO, rindió informe en el que dio cuenta de un enfrentamiento con miembros de una columna del grupo guerrillero E.L.N, con el resultado de 13 bajas de esa organización, el decomiso de abundante material de guerra y la absoluta ausencia de novedades en sus propias filas (...)”⁶²⁰.

En el caso de la vinculación de senadores del Congreso de la República a

⁶¹⁹ CSJ, Sala de Casación Penal (6 de mayo de 2009): *La Fiscalía c. José Mauricio Muñoz Plaza y otros*, Radicado núm. 26137, Aprobado: Acta núm. 127, Sentencia (en adelante: “CSJ, Caso Falsos positivos, núm. 26137”), pp. 34-35.

⁶²⁰ CSJ, Sala de Casación Penal (6 de marzo de 2003): *La Fiscalía c. Eduardo Delgado Carrillo y otros*, Radicado núm. 17550, Aprobado: Acta núm. 30, Auto (en adelante: “CSJ, Masacre de Río Frío, núm. 17550”), pp. 2-3; véase un *modus operandi* similar en: CSJ, Sala de Casación Penal (25 de octubre de 2001): *La Fiscalía c. Alejandro Londoño Tamayo y otros*, Radicado núm. 18499, Aprobado: Acta núm. 165, Sentencia (en adelante: “CSJ, Masacre de Segovia, núm. 18499”), pp. 3-4.

grupos paramilitares, el rol substancial del conflicto armado se deduce del objetivo último de obtener el control político del Estado:

“(…) la organización armada ilegal desarrollaba un proyecto político que tenía como finalidad posicionar a sus miembros en todos los niveles de la administración, incluidos los cargos de elección popular, con el ánimo de expandir su área de influencia y tener voceros en los altos cargos con poder de decisión a nivel nacional. (…)

Tarea que cumplen luego de su asentamiento, (….) a través de la intimidación armada de sus habitantes, copando así los sectores económicos y sociales de la misma”⁶²¹.

El rol substancial del conflicto armado en los ataques de las guerrillas contra la población civil puede deducirse del hecho de la acusación previa que pesa sobre las víctimas de adherir o pertenecer a la Parte enemiga del conflicto armado:

“En desarrollo de la labor que se le encomendaba (….) a ella le correspondía además de auxiliar posibles heridos, desmantelar las viviendas de la región en procura de encontrar armas de fuego de donde derivarían el compromiso paramilitar de sus poseedores y a quienes avisando a sus compañeros designados, necesariamente acabarían no de otro modo que asesinandolos, pues ésa era la misión (….)”⁶²².

El conflicto armado también juega un rol substancial en los ataques contra instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, pues son considerados sitios estratégicos para el Estado como Parte enemiga en el conflicto:

“Para golpear la infraestructura petrolera y con ello la economía nacional, varios guerrilleros (….) le colocaron un artefacto de gran poder detonante a la línea de conducción de crudos (….) donde finalmente se produjo la descomunal conflagración que en minutos arrasó con buena parte de las viviendas y produjo una tragedia humana de incalculables proporciones: casi un centenar de muertos —entre niños, adultos y ancianos- y graves heridas por quemaduras a un número de aproximadamente treinta personas”⁶²³.

Sin embargo, las ejecuciones extrajudiciales se han procesado como homicidio agravado⁶²⁴, las órdenes de no dar cuartel, el homicidio intencional en persona protegida y la tortura en persona protegida han sido calificadas como desaparición forzada agravada⁶²⁵, el ataque a instalaciones peligrosas con graves consecuencias para la población civil y el medio ambiente ha sido calificado como

⁶²¹ CSJ, Sala de Casación Penal- única instancia (12 de septiembre 2007): *La Fiscalía c. Álvaro Araújo Castro*, Radicado núm. 27032, Aprobado: Acta núm. 84, Sentencia (en adelante: “CSJ, Parapolítica senador Araújo Castro, núm. 27032”), p. 2.

⁶²² CSJ, Sala de Casación Penal (9 de noviembre 2006): *La Fiscalía c. Sandra Rivera Suárez*, Radicado núm. 22698, Aprobado: Acta núm. 128, Sentencia (en adelante: “CSJ, Masacre de *Potrero Grande*, núm. 22698”), p. 2.

⁶²³ CSJ, Sala de Casación Penal (7 de marzo 2007): *La Fiscalía c. Nicolás Rodríguez Bautista y otros*, Radicado núm. 23825, Aprobado: Acta núm. 31, Sentencia (en adelante: “CSJ, Caso *Machuca*, núm. 23825”), p. 2.

⁶²⁴ CSJ, Caso *Falsos positivos*, núm. 31914, *op. cit.*, p. 6.

⁶²⁵ JPC, Juez 3º Bogotá (9 de junio de 2010): *La Fiscalía c. Coronel Luis Alfonso Plazas Vega*, Radicado núm. 11001320700320080002500, Sentencia de primera instancia (en adelante: “JPC, Caso *Toma del Palacio de Justicia*”), p. 1.

homicidio simple y lesiones personales⁶²⁶ y, el ataque intencional a la población civil o contra personas que no participan directamente a las hostilidades se ha procesado como homicidio simple⁶²⁷, entre otros. En ninguno de estos casos, los operadores judiciales hacen uso de los crímenes de guerra y sólo de modo retórico (sin consecuencias jurídicas de adecuación del tipo penal) se hace alusión a los crímenes de lesa humanidad.

4.3. EL CONOCIMIENTO DEL AUTOR SOBRE LAS CIRCUNSTANCIAS DE HECHO QUE ESTABLECEN LA EXISTENCIA DEL CONFLICTO ARMADO

La cuestión relativa a la relación entre la conducta del perpetrador de los crímenes de guerra y el conflicto armado en sí mismo fue ampliamente abordada durante los trabajos preparatorios del Estatuto de Roma.

Este elemento fue formulado como una especie de elemento psicológico propio de los elementos contextuales de los crímenes de guerra después de sendos debates en el seno de la Comisión Preparatoria de 1999⁶²⁸. En un principio, algunos Estados Partes del Estatuto de Roma afirmaron que si el “nexo” podía ser considerado un elemento de jurisdicción y no un elemento contextual, en consecuencia, la conciencia del autor sobre el conflicto resultaba irrelevante. Esta posición puso igualmente en evidencia las dificultades que se crean a cargo de la Acusación para probar la conciencia del autor sobre las circunstancias de hecho que establecen el conflicto armado⁶²⁹. Desde este punto de vista, la prueba de la existencia del conflicto armado y la prueba del nexo entre el conflicto y la conducta del autor serían suficientes para configurar los elementos contextuales de los crímenes de guerra, conforme a la jurisprudencia del TPIY⁶³⁰.

Sin embargo, la posición mayoritaria de los Estados determinó la necesidad de introducir la prueba de una especie de elemento moral al interior de los elementos contextuales para distinguir entre los crímenes de guerra y los crímenes de naturaleza común que se encuentran bajo la autoridad de la ley penal de los Estados aún en

⁶²⁶ CSJ, Caso *Machuca*, núm. 23825, *op. cit.*, p. 2.

⁶²⁷ CSJ, Masacre de *Potrero Grande*, núm. 22698, *op. cit.*, p. 2.

⁶²⁸ VON HEBEL, H., “The elements of war crimes. Introduction”, *op. cit.*, p. 121.

⁶²⁹ CPI, doc. PCNICC/2000/INF/3 (6-7-2000), *op. cit.*, 39 págs.

⁶³⁰ TPIY, Trial *Tadic*, IT-94-1-T, *op. cit.*, pár. 572.

tiempos de guerra. El factor decisivo para determinar si una persona es autor responsable de crímenes de guerra será la conciencia que éste tenga de la existencia de la guerra en sí misma. Para ello, los Estados hicieron alusión al hecho de que ciertas conductas son consideradas como crímenes de guerra en caso de conflicto armado pero no se encuentran prohibidas en ausencia de conflicto armado, como el uso de ciertas armas y municiones.

La evolución del Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados ha permitido constatar que en los crímenes de guerra no se exige que el autor haya hecho una evaluación *de jure* acerca de la existencia de un conflicto armado ni de su carácter internacional o no internacional. Por lo tanto, únicamente se exige el conocimiento de las circunstancias *de facto* 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”⁶³¹.

La Introducción a los Elementos de los Crímenes de guerra de la CPI ha determinado el alcance del conocimiento del autor sobre “circunstancias de hecho” que determinan la existencia de un conflicto armado. En este sentido, si el autor no necesita conocer los elementos jurídicos que distinguen un conflicto armado internacional de un conflicto armado interno, o a éste último de un disturbio interior, lo que exige este elemento contextual es que el autor conozca más allá de la duda razonable, una serie de hechos relevantes capaces de hacer suponer (con mediana inteligencia) que se encontraba actuando en el marco de un conflicto armado⁶³².

La prueba sobre el conocimiento se adiciona a la prueba de los elementos contextuales de existencia y naturaleza del conflicto y de nexos causales. Esta carga probatoria puede ser considerada difícil de alcanzar por parte de la Acusación como fue señalado por algunos Estados Partes durante las negociaciones, particularmente cuando se trata de conflictos armados internos donde la frontera entre los disturbios interiores es difícil de establecer. Sin embargo, la precisión sobre el elemento contextual del conocimiento de las circunstancias fue interpretada por la mayoría de los Estados como un umbral menor al establecido por el elemento psicológico del artículo 30 del Estatuto de Roma. De hecho, el citado artículo exige, en términos generales, la voluntad y la conciencia del autor, y esta exigencia podría hacer suponer erradamente que el autor de los crímenes de guerra debe ser conciente de la

⁶³¹ CPI, Elementos de los Crímenes, *op. cit.*, artículo 8, Introducción.

⁶³² *Ibid.*

existencia y de la naturaleza del conflicto armado. Para evitar esta confusión, la “conciencia” acerca de la naturaleza del conflicto fue excluida de la Introducción a los Elementos de los Crímenes y los Estados Partes del Estatuto de Roma adoptaron el conocimiento de “circunstancias de hecho” que determinan la existencia del conflicto (tercer elemento contextual) como un término medio entre la Introducción de los elementos de los Crímenes de guerra y el artículo 30 del Estatuto de Roma.

Este elemento contextual no exige el conocimiento de “las” circunstancias de hecho, sino de “circunstancias de hecho...”. Esta sutil diferencia supone que la Acusación no debe probar un conocimiento complejo de los elementos de hecho que determinan la existencia del conflicto armado, sino algunos hechos relevantes conocidos por el autor y/o de público conocimiento, que permitan suponer la existencia de un conflicto armado a cualquier persona puesta en la situación del autor. En la práctica eso permite que una vez que la Acusación haya establecido la existencia de los dos elementos contextuales de “existencia y naturaleza del conflicto armado” y de “nexo entre la conducta y el conflicto”, habrá sido inevitablemente suministrada al mismo tiempo la prueba del conocimiento que pueda tener el autor sobre los hechos relevantes que determinan la existencia de un conflicto⁶³³.

⁶³³ VON HEBEL, H., “The elements of war crimes. Introduction”, *op. cit.*, p. 123.

CAPÍTULO III. LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL INDIVIDUO POR CRÍMENES DE GUERRA

La responsabilidad penal individual puede definirse como la obligación que tiene una persona natural de responder penalmente por sus actos, es decir, la imputación de una infracción penal a una persona determinada⁶³⁴.

El principio universalmente reconocido de “la responsabilidad del propio hecho” permite hacer que los individuos respondan de los hechos que les conciernen y que asuman las consecuencias penales de su comportamiento cuando éste contribuye de cualquier manera a la realización de un acto criminal. La responsabilidad penal concierne a las personas físicas de manera individual, pues incluso cuando se trata de infracciones perpetradas en grupo, cada persona debe responder de su propia contribución al acto criminal⁶³⁵.

La responsabilidad penal, así entendida, fue incorporada al Derecho Internacional a través de la jurisprudencia del Tribunal de Núremberg, después de la IIª Guerra Mundial, fue reconocida por la CDI en la elaboración de los Principios de Núremberg y fue incorporada a los estatutos de los tribunales *ad hoc* y de la CPI.

La responsabilidad internacional penal, por la naturaleza de los crímenes que son atribuidos a la jurisdicción internacional penal, involucra la participación de multiplicidad de individuos dentro de la “macrocriminalidad” o “criminalidad de sistema” que impide la acción del Estado, bien por incapacidad de actuar o por connivencia con el crimen y sus autores⁶³⁶.

En este sentido, la responsabilidad internacional penal por crímenes de guerra supone el cumplimiento de un número de condiciones previas, propias a la naturaleza de los crímenes internacionales, que incluyen el umbral de gravedad (art. 8-1 del Estatuto de Roma) y la verificación de los elementos constitutivos de los crímenes de guerra (arts. 8-2 y 30 del Estatuto de Roma).

El carácter individual de la responsabilidad internacional penal puede

⁶³⁴ DESPORTES, F.; LE GUNEHEC F., *Droit pénal général*, 15^{ème} édition, 2008, Paris, Economica, 1228 págs., p. 480, pár. 502.

⁶³⁵ BOULOC, B., *Droit pénal général*, Collection Précis, 21^{ème} édition, 2009, Paris, Dalloz, 722 págs., p. 266, pár. 291.

⁶³⁶ AMBOS, K., *Temas de Derecho Internacional Penal y Europeo: derechos humanos, fines de la pena, ius puniendi, responsabilidad individual, crímenes más graves, derecho penal y guerra, proceso penal internacional y europeo, inmunidades, op. cit.*, pp. 21-23, con reenvíos de doctrina.

constatarse igualmente en el hecho de que la fórmula: “el que (...)”, que precede a todas las infracciones de Derecho Penal de los Estados, no está presente en las infracciones del Estatuto de Roma pero es retomada al momento de determinar la responsabilidad internacional penal en los artículos 25 y 28 del Estatuto de Roma.

De otra parte, el Derecho Penal clásico de los Estados consagra las formas de responsabilidad penal propias de crímenes y delitos cometidos a escala estatal: la autoría, la co-autoría y la complicidad. No obstante, el Derecho Penal nacional clásico no está dirigido a discriminar la responsabilidad de los grandes criminales que están a la cabeza de verdaderas empresas criminales, pues por regla general no efectúa una valoración acuciosa del contexto de los crímenes⁶³⁷.

A diferencia de la responsabilidad penal estatal, la responsabilidad internacional penal de los individuos, que se inscribe en el marco de la lucha contra la impunidad de los crímenes más graves, tiene por objeto la persecución y sanción de los criminales que se encuentran a la cabeza de la empresa criminal. Es importante señalar que los cuadros políticos y militares, los altos mandos a la cabeza de crímenes de guerra cometidos a gran escala o en el marco de un plan o política definidos, deben ser perseguidos “en particular” (art. 8-1 del Estatuto de Roma), dejando a las jurisdicciones internas la tarea de perseguir y sancionar a los criminales que integran la empresa criminal en su base y estructura media y baja. En efecto, los esfuerzos de las jurisdicciones internacionales penales se han enfocado en el desarrollo de nociones de participación en materia de responsabilidad internacional penal, que sean más adaptadas al perfil de los acusados de alto nivel de responsabilidad política y organizativa.

Aunque la práctica internacional reciente es incierta en cuanto a lo que se considera un “alto responsable” encausado⁶³⁸, tanto la “teoría de la empresa criminal

⁶³⁷ Al respecto *Roxin* afirmó: “Debemos anticipar que somos conscientes de que crímenes de guerra, de Estado y de organizaciones como los que aquí se analizan no pueden aprehenderse adecuadamente con solos baremos del delito individual (...) las figuras jurídicas de autoría, inducción y complicidad, que están concebidas a la medida de los hechos individuales, no pueden dar debida cuenta de tales sucesos colectivos, (...)”. Véase: ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, traducido de la 7ª edición alemana por J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo, 2000, Madrid, Marcial Pons, 797 págs., p. 270.

⁶³⁸ Exceptuando la situación de Sudán (las causas contra el Presidente y el Ministro del Interior), los asuntos que se encuentran bajo investigación de la CPI tienen que ver con conflictos regionales de menor extensión con respecto al territorio nacional donde tienen lugar, si bien, en el marco de crímenes internacionales cometidos a gran escala. En todos los casos los encausados son jefes de milicias o grupos rebeldes de talla mediana y pequeña. De hecho, las Decisiones de confirmación de cargos que han sido emitidas hasta 2011 se refieren, dos de ellas, a tres jefes de grupos rebeldes y milicias étnicas de la provincia de Ituri en la RDC: *Thomas Lubanga Dylo* (UPC: *Union des patriotes congolais* y su brazo armado: FPLC: *Forces patriotiques pour la libération du Congo*) *Germán Katanga* (RPI: *Force de*

conjunta” desarrollada por la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, como la “teoría del control sobre el crimen” desarrollada por la jurisprudencia de las Salas Preliminares de la CPI, coinciden en el propósito de responder al desafío que impone un perfil de acusados de alto nivel y, en este sentido, las dos teorías antes citadas incorporan y desarrollan los principios que rigen la responsabilidad internacional penal del individuo.

1. PRINCIPIOS QUE RIGEN LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL PENAL DEL INDIVIDUO POR CRÍMENES DE GUERRA

1.1. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL PENAL ES INDIVIDUAL Y PERSONAL

1.1.1. La responsabilidad internacional penal concierne a la persona natural individualmente considerada

Después de la I^a Guerra Mundial, un órgano interestatal creado bajo el nombre de “Comisión sobre la responsabilidad de los autores de la guerra y la aplicación de sanciones” estableció los primeros criterios de responsabilidad internacional penal de los individuos basándose en los principios de Derecho Penal de la subjetividad y la individualización de la pena⁶³⁹. Más tarde, los principios de responsabilidad internacional penal fueron desarrollados ampliamente por el Estatuto y la jurisprudencia del Tribunal de Núremberg y fueron retomados en 1950 por la CDI, tras la creación del sistema de las Naciones Unidas:

“The question as to the subjects of criminal responsibility under the draft code was then examined by the Commission. The Commission decided that it would only deal with the criminal responsibility of individuals (...).

The Commission considered at some length the responsibility of a person acting as Head of State or as responsible government official. The tentative decision taken on

Résistance Patriotique en Ituri) y *Mathieu Ngudjolo Chui* (FNI: *Front des Nationalistes et Intégrationnistes*). La tercera confirmación de cargos corresponde a un jefe político, senador de la RDC actuando como jefe político-militar de una milicia que desplegó su acción al norte de la República Centrafricana: *Jean-Pierre Bemba* (MLC: *Mouvement de libération du Congo*): Véanse: CPI, *Affaire Lubanga*, ICC-01/04-01/06-803, *op. cit.*, párs. 5-8; CPI, *Katanga case*, ICC-01/04-01/07-717, *op. cit.*, párs. 6-10; CPI, *Chambre Préliminaire III* (23 mai 2008) : *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/04-01/08-1, *Mandat d'arrêt à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo*, pár. 9.

⁶³⁹ MALEKIAN, F., *International criminal law: The legal and critical analysis of international crimes*, *op. cit.*, p. 106.

this matter follows the relevant principle of the Nuremberg Charter and judgment as formulated by the Commission.

In respect of the responsibility of a person acting under superior orders, the Commission also decided tentatively to follow the relevant principle of the Nuremberg Charter and judgment, as formulated by the Commission”⁶⁴⁰.

En este sentido cabe señalar que, los principios del Tribunal de Núremberg establecieron claramente la responsabilidad penal de cualquier individuo por crímenes internacionales, incluidos los crímenes de guerra⁶⁴¹:

“ Principio I. Toda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable de él y está sujeta a sanción”⁶⁴².

De esta manera, el primer principio de Núremberg corresponde al artículo 6-1 de su Estatuto, que establece la responsabilidad del Tribunal de sancionar “individuos”, pues el establecimiento de la responsabilidad internacional penal supone la existencia de un deber de respeto del Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados que sobrepasa la esfera de los Estados. En armonía con esta premisa, la intermediación estatal en materia de responsabilidad desaparece frente a casos de crímenes internacionales particularmente graves, donde la sanción se retorna contra el individuo:

“Crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provision of international law be enforced”⁶⁴³.

Por efecto de la importancia excepcional atribuida al respeto de las obligaciones en materia de derechos humanos y Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados, el Derecho Internacional prevé una serie de consecuencias en caso de transgresión de la norma internacional por parte de los individuos. Estas consecuencias pueden llegar a ser de carácter internacional penal:

“Nations can only act through human beings, and when Germany signed, ratified and promulgated The Hague and Geneva Conventions, she bound each one of her subjects to their observance. The defendants are in court not as members of a defeated nation but because they are charged with crime”⁶⁴⁴.

Cabe recordar que el proceso de incriminación individual por infracciones graves fue formulado por el Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados desde 1949 (arts. 49, 50, 129 y 146, comunes a los Convenios de Ginebra) y ha sido

⁶⁴⁰ Informe CDI 1950, *op. cit.*, p. 380, párs. 151, 154 y 155.

⁶⁴¹ NU, doc. A/RES/95(I) (11-12-1946), *op. cit.*

⁶⁴² Informe CDI 1950, *op. cit.*, p. 374, pár. 98.

⁶⁴³ TMIN, *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*, vol. I, Núremberg, 1947, p. 223.

⁶⁴⁴ TMIN, *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*, vol. II, Núremberg, 1948, pp. 659- 660. Citado por: DAVID, E., *Principes de droit des conflits armés*, *op. cit.*, p. 590.

adoptado progresivamente, desde el Estatuto de Núremberg (art. 6), por el Estatuto del TPIY (art. 7), el Estatuto del TPIR (art. 6) y por el Estatuto de Roma (art. 25).

En la jurisprudencia internacional, el TPIY formuló el principio de la responsabilidad internacional penal de los individuos, identificando las dos nociones de este principio que enuncian, de una parte, que nadie puede ser tenido como responsable de un acto criminal perpetrado por otra persona y, de otra parte, que nadie puede ser declarado responsable de un crimen sin que haya sido declarado culpable de la infracción que se le imputa:

“The basic assumption must be that in international law as much as in national systems, the foundation of criminal responsibility is the principle of personal culpability: nobody may be held criminally responsible for acts or transactions in which he has not personally engaged or in some other way participated (*nulla poena sine culpa*)”⁶⁴⁵.

El artículo 25-1 y 25-2 del Estatuto de Roma consagró sin margen de error la responsabilidad internacional penal de los individuos por los crímenes bajo competencia de la CPI:

“1. De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales.

2. Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto”.

En el estado actual del Derecho Internacional Penal, la responsabilidad internacional penal es individual y personal.

En este sentido, es importante recordar que el artículo 9 del Estatuto de Núremberg dejó abierta la posibilidad de declarar la naturaleza criminal de un grupo u organización y que el artículo 10, a su vez, determinó que la sola pertenencia a una organización declarada criminal podría constituir un crimen que, según la legislación de cada Estado Parte, era susceptible de la pena de muerte⁶⁴⁶. De hecho, la jurisprudencia del Tribunal de Núremberg, indicó la posibilidad de declarar la “criminalidad de grupo” y determinó como condición imprescindible para la declaración de tal carácter criminal el hecho de que la organización hubiera actuado como grupo en la perpetración de los crímenes:

“(…) If satisfied of the criminal guilt of any organisation or group this Tribunal should not hesitate to declare it to be criminal because the theory of "group criminality" is new, or because it might be unjustly applied by some subsequent tribunals (...)”⁶⁴⁷.

⁶⁴⁵ TPIY, Appeals *Tadic*, IT-94-1-A, *op. cit.*, p. 186.

⁶⁴⁶ TMIN, *Opinion and Judgment of the International Military Tribunal for the Trial of German Major War Criminals*, Núremberg, 1946, pp. I. Judgment, The Accused Organizations: General.

⁶⁴⁷ *Ibid.*

“As to the first reason for our decision, it is to be observed that from the time that it can be said that a conspiracy to make aggressive war existed the Reich Cabinet did not constitute a governing body, but was merely an aggregation of administrative officers subject to the absolute control of Hitler. Not a single meeting of the Reich Cabinet was held after 1937, but laws were promulgated in the name of one or more of the cabinet members. The Secret Cabinet Council never met at all. A number of the cabinet members were undoubtedly involved in the conspiracy to make aggressive war; but they were involved as individuals, and there is no evidence that the cabinet as a group or organisation took any part in these crimes (...)”⁶⁴⁸.

No obstante, puede afirmarse que el establecimiento de la naturaleza criminal de las organizaciones tuvo más bien el efecto de una prueba de responsabilidad en la conspiración criminal para los individuos acusados, pertenecientes a las organizaciones que fueron declaradas criminales⁶⁴⁹ pues, en todo caso, el Tribunal de Núremberg ratificó el carácter individual y personal de la responsabilidad internacional penal como uno de los principios generales de derecho más importantes:

“In effect, therefore, a member of an organisation which the Tribunal has declared to be criminal may be subsequently convicted of the crime of membership and be punished for that crime by death (...).

Article 9, it should be noted, uses the words " The Tribunal may declare" (...). This discretion is a judicial one and does not permit arbitrary action, but should be exercised in accordance with well settled legal principles one of the most important of which is that criminal guilt is personal, and that mass punishments should be avoided (...) the Tribunal should make such declaration of criminality so far as possible in a manner to insure that innocent persons will not be punished.

A criminal organisation is analogous to a criminal conspiracy in that the essence of both is cooperation for criminal purposes (...)”⁶⁵⁰.

Aunque la declaración del carácter criminal de las organizaciones podría interpretarse como una excepción a la regla de la incriminación individual y personal, es importante señalar que, en todos los casos, la declaración relativa al carácter criminal de las organizaciones tuvo lugar en el marco de juicios adelantados contra individuos con acusaciones personales acerca de crímenes cometidos por éstos, conforme a las disposiciones del propio artículo 9 del Estatuto de Núremberg:

“En el juicio de aquella persona o personas miembros de algún grupo u organización, el Tribunal podrá declarar (en relación con cualquier acto por el que dicha persona o personas puedan ser castigados) que el grupo u organización a la que pertenecía la citada persona o personas era una organización criminal⁶⁵¹.

⁶⁴⁸ *Ibid.*, p. The Reich Cabinet.

⁶⁴⁹ Conforme al Acta de cargos, fueron declaradas criminales 4 de las organizaciones postuladas: el Partido Nazi, la *Die Geheime Staatspolizei* (Gestapo), la *Die Sicherheitsdienst des Reichsfuehrer SS* (SD), la Policía secreta (SS). El *Die Reichsregierung* (Gabinete Ministerial), el *Die Sturmabteilungen der Nationalsozialistischen Deutschen Arbeiterpartei* (SA) y el Alto Estado Mayor Alemán, no fueron declaradas organizaciones criminales. *Ibid.*

⁶⁵⁰ *Ibid.*, p. The Accused Organizations: General. (Subrayado fuera del texto).

⁶⁵¹ Estatuto de Núremberg, *op. cit.*, artículo 9. (Subrayado fuera del texto).

De hecho, la condena de las organizaciones no se extendió a todos sus miembros, sino a un número determinado de cargos ocupados dentro de la estructura y, en una clara alusión a la responsabilidad individual, la condena fue proferida únicamente contra los miembros de esta organización que actuaron dolosamente, dirigiendo su voluntad y conciencia (*mens rea*) a la perpetración de crímenes internacionales. En una segunda alusión directa a la responsabilidad individual y personal, la condena excluyó a todos los miembros de la organización que entregaron sus cargos antes del comienzo de la guerra:

“The Tribunal declares to be criminal within the meaning of the Charter the group composed of those members of the (...) holding the positions enumerated in the preceding paragraph who became or remained members of the organisation with knowledge that it was being used for the commission of acts declared criminal by Article 6 of the Charter, or who were personally implicated as members of the organisation in the commission of such crimes. The basis of this finding is the participation of the organisation in war crimes and crimes against humanity connected with the war, the group declared criminal cannot include therefore, persons who had ceased to hold the positions enumerated in the preceding paragraph prior to 1st September, 1939”⁶⁵².

“Since the declaration with respect to the organisations and groups will, as has been pointed out, fix the criminality of its members, that definition should exclude persons who had no knowledge of the criminal purposes or acts of the organisation and those who were drafted by the State for membership, unless they were personally implicated in the commission of acts declared criminal by Article 6 of the Charter as members of the organisation. Membership alone is not enough to come within the scope of these declarations”⁶⁵³.

1.1.2. La responsabilidad internacional penal no concierne a las personas jurídicas aunque no excluye otras formas de responsabilidad internacional de los Estados

La responsabilidad penal de las personas jurídicas (personas morales) fue discutida y descartada durante los trabajos preparatorios del Estatuto de Roma, pese a que en el Derecho Penal de los Estados esta figura ha sido objeto de evolución. De hecho, en la última década, Estados como Francia y España incorporaron en su derecho interno la responsabilidad penal de las personas jurídicas como una ficción necesaria para la salvaguarda de los derechos de las víctimas (art. 121-2 del Código Penal francés⁶⁵⁴ y art. 31 *bis* del Código Penal de España⁶⁵⁵).

⁶⁵² TMIN, *Opinion and Judgment of the International Military Tribunal for the Trial of German Major War Criminals*, *op. cit.*, p. Leadership corps Nazi Party, conclusion. En el mismo sentido: p. Gestapo and SD, conclusion, p. SS, conclusion.

⁶⁵³ *Ibid.*, p. The Accused Organizations: General.

⁶⁵⁴ Loi 92-683 du 22 juillet 1992, portant réforme des dispositions générales du code pénal de la République de France, version consolidée au 7 janvier 2011. El texto íntegro en francés puede consultarse

Una prueba de la difícil evolución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas fue el rechazo de la propuesta de Francia, durante los trabajos preparatorios del Estatuto de Roma, sobre la posibilidad de vincular al Estado como tercero civil responsable en el marco de un proceso internacional penal⁶⁵⁶. En el caso de la ley penal colombiana, ésta rechaza toda responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 29 del Código Penal) pero admite la responsabilidad subsidiaria de reparación.

En este marco de diversidad de sistemas estatales, la Conferencia Diplomática del Estatuto de Roma aprobó el artículo 25-4, donde ratificó la responsabilidad internacional penal de los individuos, sin agotar los regímenes de responsabilidad internacional aplicables a los Estados:

“4. Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional”.

La fórmula adoptada por el artículo 25-4 del Estatuto de Roma dejó expresada la validez de la discusión sobre la responsabilidad internacional de los Estados que adelanta la CDI desde los años ochenta⁶⁵⁷. De hecho, es preciso recordar que el Estado es responsable de las consecuencias del uso de la fuerza incluso cuando este uso se halla en conformidad con el Derecho Internacional de los conflictos armados⁶⁵⁸ y los crímenes de guerra son, a menudo, una de esas consecuencias ilícitas.

No obstante, desde 1976, la CDI ha señalado que no es posible asimilar el derecho-deber reconocido a los Estados, que se refiere a la sanción de los individuos autores de crímenes internacionales bajo su competencia, con una forma especial de responsabilidad estatal de carácter penal⁶⁵⁹.

en el sitio oficial: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719> (consultado: 18/01/2011).

⁶⁵⁵ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, *del Código Penal*, Reino de España, BOE núm. 0281, de 24 de noviembre de 1995. No obstante, en todos los casos se excluye expresamente la responsabilidad penal de los Estados (art. 31-5 *bis* del Código Penal de España), (art. 121-2 del Código Penal francés).

⁶⁵⁶ NU, doc. A/CONF/183/C.1/WGPP/L.5 (19-6-1998): *Working paper on article 23, paragraphs 5 and 6*, 2 págs.

⁶⁵⁷ AMBOS, K., “Article 25: Individual criminal responsibility”. En: O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observer’s notes Article by Article*, 2nd edition, 2008, München, C. H. Beck, Hart, Nomos, 1954 págs., pp. 743-770, p. 765.

⁶⁵⁸ DAVID, E., *Principes de droit des conflits armés, op. cit.*, p. 71; SASSÒLI, M., “La responsabilidad del Estado por las violaciones del derecho internacional humanitario”. *RICR núm. 846*, 30 de junio de 2002, Ginebra, CICR. El texto íntegro se encuentra disponible en el sitio oficial del CICR: <http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/5tecbx?opendocument>, (consultado: 19/01/2011).

⁶⁵⁹ Informe CDI 1976, *op. cit.*, p. 102, pár. 21 como comentario al artículo 19.

De la misma manera, la atribución de la responsabilidad internacional penal a los individuos pertenecientes a órganos del Estado no es asimilable a una responsabilidad internacional “penal” de los Estados⁶⁶⁰.

La necesidad de prevenir los crímenes internacionales justifica que un alto miembro de un órgano del Estado pueda ser tenido por responsable penal a título individual y que, al mismo tiempo, el Estado al que pertenece pueda quedar sometido a un régimen especial de responsabilidad internacional, sin que estas dos circunstancias sean de la misma naturaleza⁶⁶¹. Sólo cuando un Estado invoca la inmunidad para uno de sus órganos y pide a una jurisdicción extranjera no perseguir penalmente al funcionario cuestionado, el Estado concernido asume la responsabilidad por todo acto internacionalmente ilícito cometido por sus órganos en el marco de la protección invocada⁶⁶², pero aún en ésta hipótesis, la responsabilidad del Estado no adquiere una naturaleza penal:

“La responsabilidad internacional de los Estados se genera en forma inmediata con el ilícito internacional atribuido al Estado y, para establecer que se ha producido una violación de los derechos consagrados en la misma, no se requiere determinar, como ocurre en el derecho penal interno, la culpabilidad de sus autores o su intencionalidad y tampoco es preciso identificar individualmente a los agentes a los cuales se atribuyen los hechos violatorios. Es en ese marco que la Corte efectúa la determinación de responsabilidad internacional del Estado en este caso, la que no corresponde condicionar a estructuras propias y específicas del derecho penal, interno o internacional, definitorias de criterios de imputabilidad o responsabilidades penales individuales; tampoco es necesario definir los ámbitos de competencia y jerarquía o subordinación de cada agente estatal involucrado en los hechos”⁶⁶³.

En el estado actual del Derecho Internacional, es bien sabido que la persecución y sanción de los individuos autores de crímenes internacionales, incluidos los crímenes de guerra, no agota la responsabilidad internacional del Estado por los hechos internacionalmente ilícitos que puedan serle atribuidos en virtud del comportamiento de sus órganos. Sin embargo, no todos los crímenes cometidos por los órganos del Estado son atribuibles al Estado y, en todo caso, no son atribuibles a título de responsabilidad penal⁶⁶⁴.

Otro elemento que merece una reflexión en el marco de los crímenes de guerra es la distinción entre la responsabilidad internacional penal y la obligación de

⁶⁶⁰ *Ibid.*, nota 473.

⁶⁶¹ *Ibid.*

⁶⁶² CIJ, *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, Arrêt, *op. cit.*, p. 196.

⁶⁶³ Corte IDH, *Caso La Cantuta v. Perú*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 29 de noviembre de 2006, Serie C-162, p. 156.

⁶⁶⁴ *Ibid.*

reparación del Estado. Cabe recordar que la obligación de reparación y la responsabilidad de los Estados por los hechos de sus órganos durante los conflictos armados internacionales fueron enunciadas de modo general en el artículo 3 de la Convención H. IV de 1907:

“La Parte beligerante que viole las disposiciones de dicho Reglamento estará obligada a indemnización, si fuere el caso, y será responsable de todos los actos cometidos por las personas que hagan parte de su fuerza armada”.

El artículo 91 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 consagra una disposición similar sobre la responsabilidad de los Estados:

“La Parte en conflicto que violare las disposiciones de los Convenios o del presente Protocolo estará obligada a indemnizar si hubiere lugar a ello. Será responsable de todos los actos cometidos por las personas que formen parte de sus fuerzas armadas”.

Por su parte, en el derecho interno de los Estados, el Derecho Administrativo se rige por reglas estrictas en cuanto al deber estatal de reparación por acción y omisión atribuible al Estado y no excluye el derecho de repetición del Estado contra sus propios órganos⁶⁶⁵.

En igual sentido, el artículo 75-6 del Estatuto de Roma, preservó los derechos de las víctimas a obtener una reparación por el daño causado y la jurisprudencia de la CPI podría verse inclinada a estudiar una actuación judicial internacional de reparación contra el Estado, posterior a la sentencia, en particular cuando los condenados sean miembros de órganos del Estado o hayan actuado como órganos *de facto*:

“Nada de lo dispuesto en el presente artículo podrá interpretarse en perjuicio de los derechos de las víctimas con arreglo al derecho interno o el derecho internacional”.

Esta acción podría ser emprendida oficiosamente, como acción de repetición del Fondo Fiduciario de la CPI (art. 79 del Estatuto de Roma) contra el Estado concernido, o a petición de las víctimas participantes en el proceso y como consecuencia de la expresión de sus opiniones y preocupaciones (art. 68-3 del Estatuto de Roma), teniendo en cuenta que el artículo 21-1 del Estatuto de Roma faculta a la CPI para aplicar:

“b) En segundo lugar, cuando proceda, los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados

c) En su defecto, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre

⁶⁶⁵ En el derecho administrativo colombiano, una “Acción de reparación directa” por el “hecho” de un órgano del Estado puede declarar la responsabilidad activa extra-contractual del Estado y condenar al pago de reparaciones correspondientes. Véase: CE-RC, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (30 de julio de 2008): *Dagoberto Ahumada Ramírez c. Nación- Ministerio de Hacienda y Crédito Público*, Expediente núm. 16637, Sentencia, pár. 2. 2.

que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos”.

1.2. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL PENAL SE BASA EN EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LOS DELITOS Y LAS PENAS

1.2.1. La noción del principio de legalidad en la ley penal de los Estados

El principio de legalidad en la ley penal o del imperio de la ley es un principio fundamental de Derecho Penal según el cual todo ejercicio del poder punitivo debe estar sometido a la voluntad de la ley.

De conformidad con la aplicación de este principio, la ley penal de los Estados define las infracciones, las penas y el procedimiento penal⁶⁶⁶. El principio de legalidad en la ley penal de los Estados tiene una doble importancia. De una parte, es la garantía más importante de seguridad jurídica para los individuos frente al poder del Estado. De otra parte, la ley penal cumple una función preventiva general de intimidación, para evitar la infracción que describe y el atentado a los bienes jurídicos que protege⁶⁶⁷.

La expresión más reveladora de este principio fue consignada por primera vez en la Carta Magna de 1215:

“(39) No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgement of his equals or by the law of the land”⁶⁶⁸.

El principio de legalidad en la ley penal fue consagrado en la Declaración de Independencia de Filadelfia de 1776⁶⁶⁹ y en la Declaración de los Derechos del hombre y el ciudadano de la revolución francesa en 1789⁶⁷⁰. No obstante, la adopción del principio de legalidad ha sido progresiva y solamente a partir del siglo XX se puede

⁶⁶⁶ Las tesis defendidas por *Cesar Beccaria* en el siglo XVIII en *Los delitos y las penas* (1764), sirvieron como base al jurista alemán *von Feuerbach* quien acuñó la máxima: *nullum crimen, nulla poena sine proevia lege*, es decir, que para que una conducta sea calificada como una infracción hace falta que ésta haya sido descrita como tal con anterioridad a la ejecución de la conducta y, de la misma manera, la pena a imponer debe haber sido previamente especificada por la ley.

⁶⁶⁷ ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., (dir.), *Fundamentos de derecho penal. Parte general*, 4ª edición, 2010, Valencia, Tirant lo Blanch, 596 págs., p. 73.

⁶⁶⁸ El texto íntegro de este documento en latín y en inglés puede consultarse en el sitio oficial de la British Library: <http://www.bl.uk/treasures/magnacarta/index.html> (consultado: 21/01/2011).

⁶⁶⁹ El texto íntegro de este documento en inglés puede consultarse en el sitio oficial The US National archives and Records administration: http://www.archives.gov/exhibits/charters/declaration_transcript.html (consultado: 22/01/2011).

⁶⁷⁰ El texto íntegro de este documento en francés puede consultarse en el sitio oficial Legifrance: <http://www.legifrance.gouv.fr/html/constitution/const01.htm> (consultado: 22/01/2011).

hablar de una adopción generalizada en el derecho interno de los Estados, respondiendo a cuatro características bien definidas⁶⁷¹.

En primer lugar, la ley penal debe ser anterior (*nullum crimen, nulla poena sine proevia lege*). El principio de legalidad es la base concreta del principio de culpabilidad en materia de responsabilidad penal, pues no existe la posibilidad de inculpar a un individuo de un crimen (juicio de reproche) o de ejercer su defensa (falta de motivación) en ausencia de un instrumento legal que establezca el crimen. En ausencia de un instrumento legal previo no existe la posibilidad de motivar ningún análisis y, en consecuencia, no existe ninguna responsabilidad penal que pueda ser determinada. La ley penal rige hacia el futuro (*tempus regit actum*) y se prohíbe la aplicación *ex post facto*. La no retroactividad de la ley penal de los Estados sólo exceptúa la ley penal favorable, es decir, la ley penal menos severa en términos de infracciones, penas y procedimiento, considerada en su conjunto y caso por caso⁶⁷².

El Derecho Penal colombiano, fiel a la tradición liberal, reconoce el principio de legalidad como base y norma rectora (art. 6 del Código Penal). La Constitución Política (art. 29) establece que nadie puede ser juzgado sino conforme a la ley preexistente al acto que se le imputa.

En segundo lugar, la ley penal debe ser escrita (*nullum crime sine lege scripta*). Las fuentes no escritas de derecho, es decir, la jurisprudencia, los principios generales y la costumbre no tienen una función creadora *stricto sensu* en Derecho Penal. La incriminación debe tener una base legal y el juez penal está obligado a citar el artículo del Código sobre el cual funda su acusación. Sin embargo, en la tradición de *common law* la “ley” es interpretada en un sentido material que se aplica a las normas escritas y no escritas, a los actos del poder legislativo, a los actos reglamentarios y a la jurisprudencia (fuente creadora de derecho)⁶⁷³. En los sistemas de tradición romano-germánica, la noción de ley escrita se basa en su doble naturaleza accesible y previsible. En el entendido de que la fuente jurisprudencial y los principios generales de derecho no

⁶⁷¹ CASSESE, A., *International Criminal Law*, 1st edition, 2003, New York, Oxford University Press, 472 págs., pp. 140-141.

⁶⁷² En el caso colombiano, el artículo 29-3 de la Constitución Política y el artículo 6 del Código Penal estipulan expresamente el principio de no retroactividad de la ley penal y la excepción de retroactividad de la ley penal favorable. Para un estudio completo, véase, por ejemplo: PABÓN PARRA, P. A., *Manual de Derecho Penal, Parte General*, tomo I, 7^a edición, 2005, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 1491 págs., pp. 36-37.

⁶⁷³ CEDH, Cour- Chambre (24 avril 1990): *Affaire Kruslin c. France*, Series A No. 176-A, Arrêt, pár. 29.

reúnen tales condiciones, la evolución de la tradición romano-germánica apunta a otorgar a la jurisprudencia cierto poder de creación del Derecho Penal por la vía indirecta de delimitación del campo de aplicación de la ley penal⁶⁷⁴. En cuanto a la extensión de los principios generales de derecho por vía jurisprudencial, la elección es delicada y puede, en ciertos casos, atentar contra el principio de legalidad⁶⁷⁵.

En la ley colombiana, el carácter escrito de la ley penal de los crímenes de guerra está garantizado por el Libro II Título II del Código Penal, que establece la lista de delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario. Por su parte, el uso de la jurisprudencia en Colombia como fuente de derecho, incluida la materia penal, está regulado por el artículo 4 de la Ley 169 de 1896, que dispone:

“Artículo 4. Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los Jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”⁶⁷⁶.

La teoría de la doctrina probable fue confirmada por la CC, siempre y cuando se entienda que la CSJ, como juez de casación, y los demás jueces que conforman la jurisdicción ordinaria, al apartarse de la doctrina probable dictada por aquélla, están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión⁶⁷⁷.

En este sentido, los mecanismos integradores del derecho interno en el caso colombiano, exigen la interpretación de la ley penal escrita (el Código Penal y de Procedimiento Penal) a la luz de los convenios internacionales en materia de derechos humanos y Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados (arts. 2, 13, 93 y 94 de la Constitución Política). Otros principios, como la dignidad, la igualdad, la equidad, la costumbre y los principios generales de derecho, deben ser igualmente considerados en el ejercicio judicial penal (arts. 1, 2, 13 y 230 de la Constitución Política), aunque no

⁶⁷⁴ La costumbre como fuente no escrita juega un papel marginal en Derecho Penal y para su aplicación es preciso aportar prueba de la existencia de una tradición local ininterrumpida concurrente con el silencio evidente de la ley penal escrita.

⁶⁷⁵ Véase en particular la extensión de los principios generales de humanidad frente a los crímenes de lesa humanidad en ausencia de ley penal interna: Cass. crim., *Fédération nationale des déportés et mutilés résistants et patriotes et autres c. Klaus Barbie*, pourvoi no 83-94.194, Bulletin criminel p. 610, 6 octobre 1983.

⁶⁷⁶ Ley 169 de 1896, de 1 de diciembre, “*Sobre reformas judiciales*”, Congreso de la República de Colombia, Diario oficial 10.235.

⁶⁷⁷ CC, Sala Plena (9 de agosto de 2001): *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 4 de la Ley 169 de 1896*, Sentencia C-836/01, Sentencia de constitucionalidad (en adelante: “CC, Sentencia C-836/01”), párs. 14 y 24.

de modo principal, pues la norma escrita continúa siendo la fuente directa de la ley penal y las fuentes integradoras de conocimiento sólo deben ser utilizadas cuando la ley penal escrita se halla en contradicción con los preceptos constitucionales (art. 4 de la Constitución Política). Otra variación al principio de ley penal escrita en el caso colombiano se refiere a la jurisdicción indígena, pues la Constitución Política (art. 246) reconoce las normas ancestrales, por lo general de tradición oral, como fuente primaria del Derecho Penal aplicable a sus miembros (arts. 7, 63, 68, 70, 96, 246 y 329 de la Constitución Política).

En tercer lugar, la ley penal debe ser formal, es decir, la ley penal debe ser sancionada por el órgano competente en materia legislativa. La norma penal por regla general se halla excluida de los reglamentos y otras normas que emanan del poder ejecutivo. La reserva de ley refleja la doctrina liberal de la separación de poderes. Este principio fundador de los Estados modernos exige que el parlamento ejerza la totalidad de la competencia que le ha sido atribuida por vía constitucional y no pueda abandonar al poder discrecional del ejecutivo la fijación de reglas que la Constitución le ordena adoptar⁶⁷⁸. En Colombia, la fuente formal de producción de la ley penal *stricto sensu* es el Congreso de la República, en virtud de los artículos 15-2, 150-3, 213 y 214 de la Constitución Política.

En cuarto lugar, la ley penal debe ser estricta (*lex certa*). El principio de legalidad exige que la ley penal se enmarque con precisión al caso, sin que sean admisibles las interpretaciones extensivas que amplían los efectos de la ley más allá de los hechos abordados. La doble obligación de claridad y precisión de la ley penal conlleva a que el juez penal deba hacer una interpretación restrictiva de la ley en lo que se refiere a la limitación de derechos y libertades, de tal manera que toda analogía queda prohibida⁶⁷⁹. En consecuencia, el juez penal está autorizado a una interpretación exegética (literal) de la ley penal y, sólo en ciertos casos, a una interpretación teleológica para ahondar en la voluntad del legislador, cuando la ley no es suficientemente clara en cuanto a sus objetivos y la razón de su expedición.

La interpretación analógica en el Derecho Penal colombiano está prohibida expresamente salvo en materias permisivas (art. 6 del Código Penal). La interpretación de la ley penal en el caso colombiano exige al juez dar sentido a la ley penal partiendo

⁶⁷⁸ CC-F, *Décision sécurité et liberté*, núm. 80-127 DC, 19-20 janvier 1981.

⁶⁷⁹ WERLE, G., *Principles of the International criminal law*, 2nd edition, 2009, The Hague, TMC Asser Press, 658 págs., p. 974.

de los valores contenidos en el ordenamiento jurídico del modelo de Estado social y democrático de Derecho (Preámbulo y arts. 1 y 2 de la Constitución Política). En este sentido, el juez penal está en la obligación de actualizar, frente a situaciones concretas, los valores constitucionales, los deberes y derechos del conjunto de la sociedad y los bienes jurídicos tutelados (art. 230 de la Constitución Política), pues en el Derecho Penal colombiano, el Estado es el representante de la sociedad y el ofendido directo por la violación de la norma penal.

De esta forma, la interpretación de la ley penal por parte del juez está basada en un enfoque teleológico, que consulta el alcance gramatical (literal) de la norma y lo complementa, en primer lugar, con un análisis sistemático del conjunto, es decir, de los objetivos del legislador al momento de su adopción, de la política criminal, de su aplicación en el marco constitucional y legal y, en segundo lugar, de un estudio del espíritu de la norma, de su finalidad y de su aplicación adaptada a las variaciones sociales y al caso concreto.

El principio de legalidad continúa siendo la máxima garantía penal contra la arbitrariedad del poder del Estado. No obstante, el carácter dinámico de la ley penal es una consecuencia necesaria de la dinámica social y de la transformación del crimen, en particular, en contextos de conflicto armado que suponen la perpetración de crímenes internacionales y exigen la integración de la evolución del Derecho Internacional Penal.

1.2.2. La aplicación del principio de legalidad al Derecho Internacional Penal en vigor

El Derecho Internacional Penal estuvo regido hasta finales del siglo XX por el principio de *sustantive justice*, que privilegia el interés general sobre el interés del individuo y, en consecuencia, subordina la aplicación del principio de legalidad a la justicia efectiva⁶⁸⁰. La tradición del respeto de la soberanía de los Estados y del ejercicio punitivo como máxima demostración de la soberanía impidió la configuración de infracciones, penas y procedimientos penales en el orden internacional hasta bien entrado el siglo XX.

En consecuencia, durante los episodios de graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional de los conflictos armados, la comunidad

⁶⁸⁰ CASSESE, A., *International Criminal Law*, op. cit., pp. 142-143.

internacional hizo uso de la costumbre internacional y de los principios generales de Derecho Internacional para justificar su ejercicio punible *ex post facto* y llegó incluso a cuestionar la aplicabilidad del principio de legalidad en materia internacional penal⁶⁸¹. En la práctica, sólo los crímenes de guerra encontraron una base consuetudinaria y convencional sólida para la aplicación del principio de legalidad por parte de los tribunales internacionales establecidos a partir de 1945⁶⁸².

A finales del siglo XX, los tribunales *ad hoc* acogieron implícitamente el respeto al principio de legalidad. Para ello, la jurisprudencia hizo uso de los principios generales de Derecho Internacional e incorporó el acumulado convencional en materia de respeto al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional de los conflictos armados. Esta referencia contribuyó a dar claridad y precisión a los elementos de los crímenes internacionales⁶⁸³.

En este sentido, cabe recordar que el principio de legalidad en la ley penal ha sido consagrado en numerosos instrumentos internacionales, en particular, en el artículo 11-2 de la Declaración Universal de los derechos humanos de 1948 que dispone:

“Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”.

El espíritu de esta disposición ha sido retomado en los artículos 2-5 y 7 de la Convención Europea de los derechos humanos de 1950, en el artículo 15 del Pacto Internacional relativo a los derechos civiles y políticos de 1966 y en el artículo 9 del Pacto de San José, entre otros.

En cuanto al Derecho Internacional Penal en vigor, éste ha consagrado explícitamente la existencia y la actualidad del principio de legalidad de la ley penal y al mismo tiempo ha dotado de un contenido particular los cuatro presupuestos del principio de legalidad. De hecho, los trabajos preparatorios del Estatuto de Roma dejaron algunos elementos de interpretación al respecto:

“57. Con respecto a la especificación de los crímenes, se expresó la opinión de que un instrumento de procedimiento en que se enumeraran los crímenes en lugar de definirlos no satisfaría los requisitos del principio de legalidad (*nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege*) y que los elementos constitutivos de cada crimen deberían

⁶⁸¹ PETRY, R., “Les Tribunaux internationaux”, *op. cit.*, p. 41; BASSIOUNI, C., “L’expérience des premières juridictions pénales internationales”, *op. cit.*, pp. 646-647.

⁶⁸² ABI-SAAB, G.; ABI-SAAB, R., “Les crimes de guerre”, *op. cit.*, p. 247; CASSESE, A., *International Criminal Law*, *op. cit.*, p. 144.

⁶⁸³ TPIY, *Affaire Tadic*, IT-94-1, *op. cit.*, párs. 140-141; CASSESE, A., *International Criminal Law*, *op. cit.*, p. 145.

especificarse para evitar toda ambigüedad y garantizar el respeto pleno de los derechos de los acusados (...).

58. A juicio de varias delegaciones, sería importante consignar en el Estatuto el principio de la no retroactividad de sus disposiciones. Se dijo también que había que incluir una disposición por la cual la Corte no pudiera imponer una sanción sobre la base del derecho consuetudinario si el Estatuto no consignaba una definición clara del crimen⁶⁸⁴.

En primer lugar, la no retroactividad de la norma internacional penal y su vigencia anterior a los hechos que se juzgan (*lex proevia*), que fue consagrada en el artículo 24 del Estatuto de Roma, debe ser interpretada teniendo en cuenta las fuentes de Derecho Internacional:

“What this principle requires is that a person may only be found guilty of a crime in respect of acts which constituted a violation of the law at the time of their commission (...)

That principle does not prevent a court, either at the national or international level, from determining an issue through a process of interpretation and clarification as to the elements of a particular crime; nor does it prevent a court from relying on previous decisions which reflect an interpretation as to the meaning to be ascribed to particular ingredients of a crime⁶⁸⁵.

En segundo lugar, la noción de “norma” se refiere en primer lugar a un instrumento internacional suscrito con las formalidades del derecho de los tratados, cuya expresión más acabada es el Estatuto de Roma (art. 22-1 del Estatuto de Roma). No obstante, el juez internacional goza de un amplio margen para dinamizar la ley formal haciendo uso de las fuentes de Derecho Internacional, en particular, los principios generales de Derecho Internacional y la costumbre internacional, con el fin de adaptarse a los cambios en las condiciones sociales internacionales y responder al objetivo máximo de administrar justicia (art. 21 del Estatuto de Roma)⁶⁸⁶.

En tercer lugar, la especificidad de la ley penal internacional penal en materia de infracciones (art. 22-1-a del Estatuto de Roma), penas (art. 23 del Estatuto de Roma) y procedimiento (art. 51-4 del Estatuto de Roma), no excluye el uso de principios generales de Derecho Internacional y de derecho consuetudinario como fuente complementaria (art. 21-1-b del Estatuto de Roma) como es de uso general en la práctica jurisprudencial internacional⁶⁸⁷.

En cuarto lugar, la garantía de una interpretación estricta de la norma internacional penal (*lex certa*) que excluye la analogía fue consagrada en el artículo 22-

⁶⁸⁴ NU, doc. A/50/22 Suplemento 22 (6-9-1995), *op. cit.*, párs. 57-58.

⁶⁸⁵ TPIY, Appeals *Aleksovski*, IT-95-14-A, *op. cit.*, párs. 126-127. Véase la interpretación extensiva del principio de no retroactividad sobre los crímenes de guerra en los conflictos armados internos en: TPIY, Appeals *Tadic*, IT-94-1-A, *op. cit.*, párs. 94-137.

⁶⁸⁶ TPIY, Appeals *Tadic*, IT-94-1-A, *op. cit.*, párs. 97.

⁶⁸⁷ TPIY, Trial *Furundzija*, IT-95-17/1-T, *op. cit.*, pág. 177.

2 del Estatuto de Roma. En consecuencia, el texto del tratado es, en sí mismo, el centro de toda interpretación posible. No obstante, las interpretaciones extensivas de contexto están expresamente permitidas por el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969⁶⁸⁸ y han sido autorizadas por el artículo 21 del Estatuto de Roma.

1.3. LOS RESPONSABLES POR CRÍMENES DE GUERRA NO SON SUJETOS CALIFICADOS

1.3.1. Naturaleza de los sujetos responsables por crímenes de guerra en el Derecho Internacional Penal

La *ratione personae* exige en principio que el presunto autor de crímenes de guerra pertenezca a una de las Partes en conflicto. Sin embargo, el contenido de dicho criterio ha sido objeto de una importante evolución.

El TPIR consideró que el objetivo último del Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados: la protección de las víctimas, exige una interpretación menos restrictiva de las personas susceptibles de cometer los crímenes de guerra:

“Due to the overall protective and humanitarian purpose of these international legal instruments, however, the delimitation of this category of persons bound by the provisions in Common Article 3 and Additional Protocol II should not be too restricted. The duties and responsibilities of the Geneva Conventions and the Additional Protocols, hence, will normally apply only to individuals of all ranks belonging to the armed forces under the military command of either of the belligerent parties, or to individuals who were legitimately mandated and expected, as public officials or agents or persons otherwise holding public authority or de facto representing the Government, to support or fulfil the war efforts. The objective of this approach, thus, would be to apply the provisions of the Statute in a fashion which corresponds best with the underlying protective purpose of the Conventions and the Protocols”⁶⁸⁹.

La inexistencia de indicación precisa en cuanto a la exigencia de un sujeto calificado como autor de los crímenes de guerra fue subrayada por el TPIR, quien afirmó que una persona civil, en virtud de su autoridad en los asuntos públicos, podía sostener la guerra con la misma eficiencia que un comandante militar y que, por lo

⁶⁸⁸ La interpretación de contexto incluye el preámbulo, los anexos, otros acuerdos que guarden relación con el tratado y las declaraciones de las Partes contratantes. La ausencia de delimitación temporal del artículo 31-3 de la Convención abre la posibilidad de interpretar el tratado, incluso a la luz de normas de Derecho Internacional perfeccionadas con posterioridad a su conclusión. Véase: FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., *La interpretación de las normas internacionales*, 1996, Pamplona, Editorial Aranzadi, 351 págs., p. 35.

⁶⁸⁹ TPIR, Trial *Akayesu*, ICTR-96-4-T, *op. cit.*, pár. 631.

tanto, las personas civiles eran susceptibles de cometer crímenes de guerra cuando se hallaban vinculadas a una de las Partes en conflicto:

“(…) La Chambre d’appel considère que la protection minimum des victimes énoncée à l’article 3 commun implique nécessairement la sanction effective des auteurs de violations de celui-ci. Or, cette sanction doit être applicable à toute personne sans distinction, comme le commandent les principes de la responsabilité pénale individuelle établis notamment par le Tribunal de Nuremberg. La Chambre d’appel est donc d’avis que le droit international humanitaire serait déprécié et remis en cause si l’on admettait que certaines personnes puissent être exonérées de la responsabilité pénale individuelle pour violation de l’article 3 commun sous prétexte qu’elles n’appartiendraient pas à une catégorie particulière”⁶⁹⁰.

El TPIR estimó que la existencia de un nexo entre el conflicto armado y los crímenes implica, en sí misma, la adhesión o pertenencia del autor del crimen a una de las Partes en conflicto y, por lo tanto, dicha condición de pertenencia no es un requisito previo sino un hecho constatado que deriva del crimen:

“(…) l’article 3 commun requiert un lien étroit entre les violations commises et le conflit armé. Ce lien entre les violations et le conflit armé implique que, dans la plupart des cas, l’auteur du crime entretiendra probablement un rapport particulier avec une partie au conflit. Il n’en reste pas moins que ce rapport particulier n’est pas un préalable à l’application de l’article 3 commun (…)”⁶⁹¹.

El TPIR adoptó esta tesis como jurisprudencia consolidada en cuanto a los autores de crímenes de guerra en conflictos armados internacionales:

“Yet, jurisprudence on this issue emanating from both the Nuremberg and Tokyo Tribunals and from the ICTR clearly established that civilians can be held responsible for violations of international humanitarian law committed in an armed conflict. The Nuremberg and Tokyo Tribunals, however, dealt with the matter in the context of an international armed conflict, while in the instant case, the question arises in the context of an internal conflict”⁶⁹².

La ausencia de autor calificado en las incriminaciones relativas a los conflictos armados internos fue igualmente confirmada:

“(…) The principle of holding civilians liable for breaches of the laws of war is, moreover, favoured by a consideration of the humanitarian object and purpose of the Geneva Conventions and the Additional Protocols, which is to protect war victims from atrocities.

Therefore, the Chamber concludes that the Accused could fall in the class of individuals who may be held responsible for serious violations on international humanitarian law, in particular serious violations of Common Article 3 and Additional Protocol II”⁶⁹³.

La jurisprudencia de la CPI ha venido consolidando esta posición jurisprudencial, como se desprende de la Decisión de confirmación de cargos contra el ex senador *Jean-Pierre Bemba Gombo* por crímenes de guerra y crímenes de lesa

⁶⁹⁰ TPIR, Chambre d’Appel (1 juin 2001): *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-A, Arrêt (en adelante: “TPIR, Arrêt *Akayesu*, ICTR-96-4-A”), pág. 443.

⁶⁹¹ *Ibid.*, párs. 424-445.

⁶⁹² TPIR, Trial *Musema*, ICTR-96-13-T, *op. cit.*, pág. 268.

⁶⁹³ *Ibid.*, párs. 274-275.

humanidad⁶⁹⁴.

En cuanto al crimen de guerra consistente en el enrolamiento de menores de 15 años, la CPI ha hecho uso de una interpretación amplia del término “nacionales”, en el sentido de la pertenencia o adhesión de las víctimas a una de las Partes en conflicto y ha concluido que la misma interpretación puede aplicarse a los autores del crimen:

“Ainsi, considérer que le terme «nationales» signifie «gouvernementales» pourrait amener le juge à un véritable paradoxe. En effet, il serait amené à considérer qu’un auteur présumé peut être tenu pour responsable s’il appartient à une Partie au conflit qui est rattachée à un Etat (...) mais qu’il ne serait pas poursuivi s’il appartenait à une partie au même conflit armé qui serait qualifiée de groupe armé (...)”⁶⁹⁵.

En este sentido, la CPI ha concluido que en el estado actual del Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados, las “fuerzas armadas nacionales” a que hace referencia el artículo 8-2-b-xxvi del Estatuto de Roma no se reducen a las fuerzas armadas del Estado:

“De fait, des considérations élémentaires d’humanité et de bon sens rendent absurde que le crime d’enrôlement ou de conscription d’enfants de moins de 15 puisse engager la responsabilité (...) uniquement dans le cadre d’un conflit interne (...) Cela reviendrait à admettre que l’auteur d’un tel crime ne pourrait être poursuivi du simple fait que son acte ait été commis dans le contexte d’un conflit armé international. Or les auteurs du Statut ont voulu inclure sous l’article 8 du Statut un nombre plus important de comportements criminels commis dans le contexte d’un conflit armé international.

Ainsi, la Chambre considère qu’aux termes de l’article 8-2-b-xxvi du Statut, «les forces armées nationales» ne sont pas limitées aux forces armées d’un Etat”⁶⁹⁶.

1.3.2. Los presuntos responsables por crímenes de guerra en el conflicto armado colombiano

El Derecho Penal colombiano, en armonía con el Derecho Internacional Penal y la evolución de la jurisprudencia internacional, no exige un sujeto calificado como autor de los crímenes de guerra y la fórmula: “El que (...)” precede todas las incriminaciones por delitos contra el Derecho Internacional Humanitario del Título II del Código Penal.

En la práctica, los grupos guerrilleros: FARC-EP⁶⁹⁷ y ELN⁶⁹⁸, los diferentes

⁶⁹⁴ CPI, *Bemba case*, ICC-01/05-01/08-424, *op.cit.*

⁶⁹⁵ CPI, *Affaire Lubanga*, ICC-01/04-01/06-803, *op. cit.*, pár. 281.

⁶⁹⁶ CPI, *Affaire Lubanga*, ICC-01/04-01/06-803, *op. cit.*, párs. 284-285.

⁶⁹⁷ Las FARC-EP es la fuerza armada disidente más poderosa de Colombia, de origen liberal con un fuerte componente campesino e influencia ideológica de origen comunista. Véase, por ejemplo: PÉCAUT, D., *Les Farc, une guérilla sans fins?*, 2008, París, Lignes de Repères, 169 págs, p. 30.

⁶⁹⁸ El ELN es la segunda fuerza armada disidente del país, de origen mixto urbano rural con ascendente católico. Véase, por ejemplo: MEDINA GALLEGOS, C., *ELN: Una historia contada a dos voces. Entrevista con 'el cura' Manuel Pérez y Nicolás Rodríguez Bautista, 'Gabino'*, 1996, Bogotá, Rodríguez Quito Editores, 266 págs., p. 27.

órganos del Estado y los grupos paramilitares, concentran la autoría de los crímenes de guerra⁶⁹⁹:

“Se afirma que algunas de las violaciones (...) han sido cometidas por grupos guerrilleros, nuevos grupos armados ilegales y grupos de paramilitares que los defensores de los derechos humanos dicen que no han sido disueltos (...). Sin embargo, según algunas fuentes, las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley también han cometido violaciones de los derechos de los defensores o han mostrado indiferencia respecto a las violaciones de esa índole cometidas por agentes privados de las que han sido víctimas los defensores”⁷⁰⁰.

Con respecto a las guerrillas, la perpetración de elementos objetivos de los crímenes de guerra en la última década ha podido ser constatada por las autoridades internacionales⁷⁰¹ y nacionales:

“El acontecer delictivo investigado tuvo ocurrencia durante los días 26 y 27 de enero de 2002, cuando se llevó a cabo una incursión guerrillera a varios sectores de la inspección de Potrero Grande en jurisdicción del municipio de Colombia –Huila-, donde miembros de las FARC efectuaron requisas e incendios a las casas y bienes de los habitantes y quitaron la vida con armas de fuego a (...) éstos últimos en un retén que en sitio cercano montó la guerrilla”⁷⁰².

“(...) el 18 de octubre de 1998, (...) Para golpear la infraestructura petrolera y con ello la economía nacional, varios guerrilleros (...) del Ejército de Liberación Nacional (ELN), le colocaron un artefacto de gran poder detonante a la línea de conducción de crudos (petróleo) llamada “Oleoducto Cusiana-Coveñas”, produciendo la destrucción total del poliducto y el derramamiento del líquido en una considerable proporción (...), el petróleo corrió por dos ramales para caer luego al río “Pocuné”, por cuyo cauce avanzó hasta llegar a la rivera del corregimiento, donde finalmente se produjo la descomunal conflagración que en minutos arrasó con buena parte de las viviendas y produjo una tragedia humana de incalculables proporciones: casi un centenar de muertos —entre niños, adultos y ancianos- y graves heridas por quemaduras a un número de aproximadamente treinta personas”⁷⁰³.

La fuerza pública⁷⁰⁴ y otros órganos del Estado, han cometido infracciones graves al Derecho Internacional de los conflictos armados, incorporadas a los crímenes

⁶⁹⁹ CDH, doc. A/HRC/WG.6/3/COL/2 (9-10-2008): *Recopilación preparada por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos con arreglo al párrafo 15 b) del Anexo de la Resolución 5/1 del Consejo de Derechos Humanos- Colombia-, Consejo de Derechos Humanos, Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal, 3^{er} periodo de sesiones Ginebra, 1 a 15 de diciembre de 2008, 21 págs., (en adelante: “CDH, doc. A/HRC/WG.6/3/COL/2 (9-10-2008)”) párs. 21-22.*

⁷⁰⁰ CDH, doc. A/HRC/13/22/Add.3 (1-3-2010): *Informe de la Relatora Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos, Sra. Margaret Sekaggya. Adición, Mission a Colombia (7-18 de septiembre de 2009), 27 págs., (en adelante: “CDH, doc. A/HRC/13/22/Add.3 (1-3-2010)”) p. 13.*

⁷⁰¹ CDH, doc. A/HRC/13/72, (4-3-2010): *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, 32 págs., (en adelante: “CDH, doc. A/HRC/13/72 (4-3-2010)”) párs. 66-71.*

⁷⁰² CSJ, Masacre de Potrero Grande, núm. 22698, *op. cit.*, pp. 1-2.

⁷⁰³ CSJ, Caso Machuca, núm. 23825, *op. cit.*, pp. 3-4.

⁷⁰⁴ La fuerza pública del Estado colombiano, conforme al artículo 216 de la Constitución Política de Colombia, está integrada por todo funcionario vinculado a las Fuerzas de Policía y a las Fuerzas Militares del Estado. Por su parte, las Fuerzas Militares de la República de Colombia: “(...) son las organizaciones instruidas y disciplinadas conforme a la técnica militar y constitucionalmente destinadas a la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. Están constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea”. Véase: Decreto-Ley

de guerra, desde el comienzo del conflicto y hasta el presente⁷⁰⁵. Su conducta no está circunscrita a una sola unidad militar y, puesto que afecta a distintas unidades distribuidas en gran parte del territorio nacional, no constituye hecho aislado sino un comportamiento que tiende a generalizarse:

“El derecho a la vida se vio afectado por la persistencia de homicidios con características de ejecución extrajudicial atribuidos a miembros de la fuerza pública, en particular del ejército, habiendo observado la Oficina en Colombia un incremento en el número de quejas recibidas con respecto a 2005. Estas conductas se registraron en 21 departamentos, especialmente en Antioquia, Nariño, Valle, Putumayo, Cesar, Atlántico, Tolima y Guajira. En muchos de los casos reportados se identificaron tres elementos comunes: la presentación de las víctimas civiles como muertas en combate, la alteración de la escena del crimen por los autores del mismo y la investigación de los hechos por la justicia penal militar (...).

Por su magnitud y extensión territorial, los homicidios con carácter de ejecución extrajudicial no parecen constituir hechos aislados, sino conductas que tienden a generalizarse”⁷⁰⁶.

El poder judicial colombiano ha podido corroborar las afirmaciones de los órganos internacionales en casos de connivencia y facilitación por parte de la fuerza pública con grupos armados irregulares, para la perpetración de crímenes de guerra y de lesa humanidad:

“(…) un grupo de facinerosos en varios vehículos (...) se dedicaron a disparar de manera indiscriminada contra personas, vehículos, casas, bares, etc., ocasionando la muerte de cuarenta y tres seres humanos, entre hombres, mujeres y niños, y lesionando a muchos otros, en número indeterminado. Se acreditó que durante casi una hora, mientras los malhechores permanecieron en Segovia, ningún miembro del Ejército o de la Policía, que debían prestar servicio a la población, acudió a tratar de impedir o repeler, como era su deber, la masiva agresión, y sólo aparecieron cuando aquéllos se habían ido de la cabecera municipal”⁷⁰⁷.

La autoría directa de los órganos del Estado también ha sido constatada en casos de infracciones graves del Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados, constitutivas de crímenes de guerra:

“(…) su unidad reportó que la Compañía “Atacador”, acantonada como base militar en el municipio de Solita, Departamento del Caquetá, (...) se encontraba en combate con integrantes de un grupo armado al margen de la ley, (...) el comandante de la Compañía, CT. MUÑOZ PLAZA, le informó que la situación se hallaba controlada, pero que habían sido dados de baja tres integrantes del grupo armado ilegal (...).

1790 de 2000, de 14 de septiembre, “*Por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares*”, Presidente de República de Colombia, Diario oficial 44.161.

⁷⁰⁵ LEAL BUITRAGO, F., *El oficio de la guerra: la seguridad nacional en Colombia*, 1994, Bogotá, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales IEPRI, 298 págs., p. 16; RUIZ VASQUEZ, J.; ILLERA CORREAL, O.; MANRIQUE ZULUAGA, V., *La tenue línea de la tranquilidad: Estudio comparado sobre seguridad, ciudadanía y policía*, 2006, Bogotá, Centro de Estudios Políticos e Internacionales de la Universidad del Rosario, 272 págs., pp. 99-100.

⁷⁰⁶ CDH, doc. A/HRC/4/48 (5-3-2007): *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, 53 págs., (en adelante: “CDH, doc. A/HRC/4/48 (5-3-2007)”), párs. 36-38.

⁷⁰⁷ CSJ, Masacre de Segovia, núm. 18499, *op. cit.*, pp. 3-4.

Sin embargo, se estableció que en realidad las víctimas, (...) habían sido retenidas y permanecieron durante el día del 22 de enero de 2002 en un hueco que estaba siendo adecuado para búnker en las instalaciones de la base, lugar del cual fueron sacados en horas de la noche, amarrados de las manos y con cinta pegante en sus bocas, para ser conducidos hasta el sector de los “*eucaliptos*”, cerca al antiguo cementerio del municipio de Solita, donde la tropa al mando del CT. JOSÉ MAURICIO MUÑOZ PLAZA les disparó, dándoles muerte”⁷⁰⁸.

Finalmente, en cuanto a la vigencia de la acción criminal de las estructuras paramilitares en el conflicto armado interno y con ocasión de éste, los organismos internacionales y el poder judicial colombiano han constatado la perpetración de crímenes, más allá de toda duda razonable.

En 2007, la Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia (OACNUDH) constató que:

“(...) Resulta de especial preocupación el hecho de que numerosos integrantes de los cuadros medios del paramilitarismo no se desmovilizaron o han vuelto a armarse y dirigen nuevos grupos armados ilegales que han ido surgiendo en distintas partes del país (...) Preocupa a la Alta Comisionada el hecho de que sigan en pie estructuras políticas y económicas creadas por paramilitares en varias entidades territoriales y diversos sectores sociales”⁷⁰⁹.

La misma OACNUDH en 2010 afirmó que:

“En muchas zonas del país, la Oficina en Colombia observa con gran preocupación la expansión y creciente actividad y violencia contra la población perpetrada por los grupos armados ilegales surgidos del proceso de desmovilización de organizaciones paramilitares.

Entre los actos de violencia cometidos por estos grupos en 2009, se registraron masacres, asesinatos selectivos, amenazas, desplazamientos forzados y violencia sexual. Entre las víctimas de estos grupos hay líderes y lideresas sociales, indígenas, afrocolombianos y funcionarios locales, en muchos casos vinculados con procesos de restitución de tierras o manejo de recursos públicos”⁷¹⁰.

En casos de autoría directa por parte de grupos paramilitares, la CSJ ha podido constatar que:

“(...) las conductas atribuidas a los procesados, así como muchos otros homicidios ocurridos en esa zona, fueron ejecutados por un grupo de “Autodefensas” conocido como “Héroes de los Montes de María” (...). Se conoce, además, que el jefe de la agrupación, así como gran parte de ésta, no se han desmovilizado, a efectos de vincularse a la normatividad de Justicia y Paz, y siguen delinquirando en su zona de influencia”⁷¹¹.

⁷⁰⁸ CSJ, Caso *Falsos positivos*, núm. 26137, *op. cit.*, pp. 2-3.

⁷⁰⁹ CDH, doc. A/HRC/4/48 (5-3-2007), *op. cit.*, párr. 29.

⁷¹⁰ CDH, doc. A/HRC/13/72 (4-3-2010), *op. cit.*, párrs. 58-59.

⁷¹¹ CSJ, Sala de Casación Penal (10 de diciembre 2008): *La Fiscalía c. Énilse del Rosario López Romero “La Gata” y otro*, Radicado núm. 30927, Aprobado: Acta núm. 353, Auto (en adelante: “CSJ, Caso *La Gata*, núm. 30927”), p. 3.

La acción conjunta entre grupos paramilitares y órganos del Estado colombiano ha sido ampliamente documentada⁷¹², sancionada por la justicia interamericana⁷¹³ y reconocida en la jurisprudencia nacional colombiana:

“Los antecedentes conocidos del grupo criminal y sus manifestaciones públicas de que se “tomarían La Gabarra” para matar a los ciudadanos por ser guerrilleros o colaborar con la subversión, ejecutando previamente muertes selectivas para dar validez a las amenazas, son circunstancias que permitieron al oficial procesado conocer con antelación la comisión de los múltiples homicidios, no obstante lo cual hizo expresa su intención, finalmente cumplida, de no defender a los civiles y de no combatir al grupo ilegal”⁷¹⁴.

La vinculación de jefes y autoridades políticas y administrativas, a la autoría de crímenes que podrían ser considerados como crímenes de guerra, se ha venido generalizando en el conflicto armado interno. La OACNUDH, en su Informe de 4 de marzo de 2010 constató que:

“(…) el número de políticos y funcionarios públicos investigados por supuestas relaciones con organizaciones paramilitares, o casos de "parapolítica", ha continuado aumentando. A noviembre de 2009, había 93 casos abiertos contra congresistas, de un total de 268 miembros elegidos para el período 2006-2010, pertenecientes a 15 partidos políticos diferentes. A diciembre de 2009, había un total de 13 personas condenadas, 5 absueltas y 9 casos en los que se determinó que no había suficientes pruebas para continuar con la investigación. A noviembre de 2009, había 249 casos iniciados contra 12 gobernadores, 166 alcaldes, 13 diputados y 58 concejales”⁷¹⁵.

Las autoridades y jefes políticos de los órganos del Estado participan directamente del conflicto armado interno, a través del control sobre las organizaciones encargadas de ejecutar los elementos materiales de los crímenes. El control sobre el crimen a través de la organización puede inferirse a partir de la financiación de las organizaciones y en la configuración de la estrategia de guerra que incluye la participación de la fuerza pública del Estado, las estructuras paramilitares y los órganos de gobierno⁷¹⁶.

En este sentido, la jurisprudencia de la CSJ ha concluido que entre los autores presuntos de crímenes de guerra se encuentran algunos funcionarios públicos depositarios de autoridad y capaces de apoyar los esfuerzos de la guerra⁷¹⁷:

“(…) no hay duda que el vínculo de congresistas con los miembros de las Autodefensas Unidas de Colombia, no contaba con pretensión diversa a la de aportar cada

⁷¹² Véanse entre otros: LEAL BUITRAGO, F., *El oficio de la guerra: la seguridad nacional en Colombia*, op.cit., 298 págs.; MEDINA GALLEGO, C., *Paramilitarismo, lógicas y procesos*, 2007, Bogota, Publicaciones de la Universidad Nacional de Colombia, 409 págs.

⁷¹³ Corte IDH, *Masacre de Mapiripán*, op. cit., p. 96.

⁷¹⁴ CSJ, *Masacre de La Gabarra*, núm. 24448, op. cit., p. 118.

⁷¹⁵ CDH, doc. A/HRC/13/72 (4-3-2010), op. cit., p. 32.

⁷¹⁶ PÉCAUT, D., *Les Farc, une guérilla sans fins?*, op. cit., p. 89.

⁷¹⁷ TPIY, Arrêt *Akayesu*, ICTR-96-4-A, op. cit., p. 432.

uno lo que le correspondía para trabajar conjuntamente en el propósito común. Unos a partir de sus destrezas, otros con su capacidad económica o delincencial; algunos, desde el ejercicio de su condición de servidores públicos dada su representación del pueblo y dentro del ámbito de sus competencias regladas, específicamente su función legislativa”⁷¹⁸.

1.4. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL PENAL PREVALECE SOBRE EL DERECHO INTERNO

La responsabilidad internacional penal de los individuos no depende de la existencia de normas penales de derecho interno que proscriban las conductas encausadas:

“Principio II. El hecho de que el derecho interno no imponga pena alguna por un acto que constituya delito de derecho internacional no exime de responsabilidad en derecho internacional a quien lo haya cometido.”⁷¹⁹.

La responsabilidad internacional penal del individuo puede ser reclamada ante una jurisdicción internacional penal, con independencia de que la conducta alegada se encuentre sancionada, o no, en la legislación interna del Estado concernido. Ésta es una consecuencia de la supremacía Derecho Internacional Penal sobre el Derecho Penal de los Estados y es una constatación de que los individuos tienen responsabilidades que trascienden sus obligaciones nacionales⁷²⁰.

El Derecho Internacional Penal ha considerado que la entidad de los crímenes internacionales es suficiente para que la jurisdicción internacional tenga atribución complementaria al derecho interno de los Estados, a fin de evitar la impunidad y la repetición de los crímenes internacionales.

La responsabilidad internacional penal refleja el contenido particularmente importante de ciertas obligaciones internacionales y el hecho de que su respeto determina la vida de la comunidad internacional.

El Preámbulo del Estatuto de Roma establece la lista de motivos que justifican la superioridad de la norma internacional penal y su vocación complementaria del derecho interno de los Estados. En primer lugar, se refiere al reconocimiento de una serie de

⁷¹⁸ CSJ, Parapolítica senador *Araújo Castro*, núm. 27032, *op. cit.*, p. 77. En el caso de la *Masacre de Segovia (op.cit.)*, el 14 de marzo de 2011 fue proferida acta de acusación y llamado a juicio por la CSJ el ex senador *César Pérez García*, como autor determinante de los crímenes que han sido calificados como de lesa humanidad. Véase: CSJ, doc. 10 (15-3-2011): *Comunicado de Prensa núm. 10, Sala de Casación Penal*, 1 pág.

⁷¹⁹ Informe CDI, 1950, *op. cit.*, p. 374, p. 100.

⁷²⁰ *Ibid.*, p. 375, p. 102.

valores protegidos por la comunidad internacional: la paz, la seguridad y el bienestar, éste último referido no sólo a las garantías mínimas de existencia sino a la protección del medio ambiente a la que se refieren expresamente los crímenes de guerra en los conflictos armados internacionales (art. 8-2-b-iv del Estatuto de Roma), o incluso, a una noción más amplia de la dignidad humana sobre la que, nuevamente, se hace énfasis en los crímenes de guerra (art. 8-2-b-xxi y 8-2-c-i del Estatuto de Roma).

En segundo lugar, la supremacía está justificada por el objeto de la norma internacional penal: “los más graves crímenes [que] constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad” (Preámbulo del Estatuto de Roma).

La delimitación del objeto del Derecho Internacional Penal *ratione materiae* a “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”, es decir, a los crímenes internacionales más graves y no a todos los crímenes internacionales, supone por un lado la intervención del *jus puniendi* internacional como *ultima ratio*⁷²¹ y, por otro lado, la cooperación de los Estados para asegurar la acción efectiva de la justicia.

Nótese que la cooperación estatal y la adopción de normas nacionales en materia de crímenes internacionales de competencia de la CPI han sido formuladas como deberes de los Estados. Tal formulación y el hecho de que el contenido normativo del Estatuto de Roma sea una obligación convencional exigible, autorizan la interpretación de la supremacía del Derecho Internacional Penal en vigor sobre la ley interna de los Estados.

El artículo 13-b del Estatuto de Roma, en virtud del cual el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas puede remitir “al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes”, es una demostración adicional de la autoridad superior del Derecho Internacional Penal frente a los crímenes internacionales más graves de competencia de la CPI⁷²². En este sentido, aún en los casos en que el Estado no se encuentra vinculado a las obligaciones convencionales del Estatuto de Roma (las situaciones de Sudán y Libia), sigue vinculado por las obligaciones internacionales derivadas del tratado constitutivo (la Carta) de Naciones Unidas y por

⁷²¹ BERGSMO, M.; TRIFFTERER, O., “Preamble” En: O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observer’s notes Article by Article*, 2nd edition, 2008, München, C. H. Beck, Hart, Nomos, 1954 págs., pp. 1-14, p. 9.

⁷²² WILLIAMS, S. A.; SCHABAS, W. A., “Article 13: Exercise of jurisdiction”. En: O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observer’s notes Article by Article*, 2nd edition, 2008, München, C. H. Beck, Hart, Nomos, 1954 págs., pp. 563-574, p. 570.

los principios generales de Derecho Internacional aplicables en caso de violaciones graves a los derechos humanos y al Derecho Internacional de los conflictos armados.

1.5. LAS INMUNIDADES DIPLOMÁTICAS NO SON UN EXIMIENTE DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL PENAL

La aplicación de la responsabilidad internacional penal ha autorizado una excepción al principio de Derecho Internacional de la inmunidad de jurisdicción penal de los altos funcionarios que ejercen la representación internacional de los Estados.

La inmunidad de jurisdicción penal y la responsabilidad internacional penal del individuo son abordadas por el Derecho Internacional como conceptos de naturaleza distinta, es decir, la inmunidad de jurisdicción reviste un carácter procesal mientras que la responsabilidad penal se refiere al derecho sustantivo. De tal manera que la inmunidad de jurisdicción puede obstaculizar la persecución penal durante un cierto tiempo pero no exonera al individuo de su responsabilidad penal:

“Principio III. El hecho de que la persona que haya cometido un acto que constituya delito de derecho internacional haya actuado como Jefe de Estado o como autoridad del Estado, no la exime de responsabilidad conforme al derecho internacional”⁷²³.

En Derecho Internacional existe una serie de inmunidades que tienen por objeto la protección de cierta categoría de personas frente a la acción internacional. El primer grupo corresponde a las inmunidades funcionales (*functional immunities, ratione materiae or organic immunities*). Conforme a este tipo de inmunidades, todos los agentes (*de jure o de facto*) del Estado, que actúen en ejercicio de su mandato oficial, se encuentran protegidos por el principio de soberanía estatal y no responden por sus actos ante la jurisdicción de otro Estado. Conforme a la costumbre internacional, sólo el Estado es responsable por las presuntas violaciones al Derecho Internacional que el agente del órgano estatal haya cometido. La inmunidad funcional tiene algunas características de especial relevancia para el Derecho Internacional Penal: (1) constituye una defensa de derecho sustantivo oponible por el individuo, si bien, al Estado reviene la responsabilidad internacional; (2) tiene aplicación funcional, es decir, circunscrita a la naturaleza del mandato estatal; (3) no cesa con el fin del mandato del agente del Estado, es decir, los actos cometidos por el agente Estatal durante el periodo de su mandato siguen cubiertos por la inmunidad funcional y sólo el Estado que otorga la inmunidad

⁷²³ Informe CDI 1950, *op. cit.*, p. 375, pár. 103.

puede asumir la competencia de las investigaciones respectivas; y (4) puede ser invocada *erga omnes*, es decir, es oponible ante cualquier Estado, quien tiene la obligación internacional de respetarla.

El segundo grupo de inmunidades se basa en la costumbre internacional y en un conjunto de tratados que otorgan inmunidades personales (*personal immunities or ratione personae*) a cierta categoría de individuos en razón de sus funciones. Las inmunidades personales abarcan la vida pública y privada de estas personas que ocupan los más altos cargos del poder ejecutivo, en particular, como agentes de la política exterior del Estado: el jefe de Estado, los altos funcionarios de la diplomacia y la política exterior y los más altos representantes del Estado en las organizaciones internacionales.

La inmunidad personal: (1) constituye una defensa procesal para el oficial del Estado que le hace inmune ante cualquier jurisdicción con independencia de su responsabilidad conforme al derecho sustantivo; (2) es de carácter global, es decir, abarca todas las conductas públicas y privadas del oficial del Estado más allá del ejercicio de sus funciones; (3) protege una categoría específica de agentes del Estado que ejercen las más altas funciones de representación internacional: los jefes de Estado, los jefes de gobierno y los ministros de relaciones exteriores; (4) termina con el fin del mandato de representación estatal; y (5) no puede ser invocada *erga omnes*, sino con respecto a los Estados en cuyo territorio el oficial concernido debe pasar (derecho de paso o *jus transitus innoxii*).

Un tercer grupo de inmunidades que suele ser mencionado corresponde a las inmunidades nacionales otorgadas, en virtud de las leyes internas de un Estado, a los más altos funcionarios de los poderes públicos, en particular: el jefe de Estado, los miembros del gabinete y los miembros del parlamento. Este tipo de inmunidades se encuentra regido por el derecho interno de los Estados y no reviste mayor interés para el Derecho Internacional Penal.

Las inmunidades diplomáticas (personal y funcional), que fueron largo tiempo utilizadas como garantía de impunidad, han sido progresivamente limitadas por el Derecho Internacional Penal:

“He who violates the laws of war cannot obtain immunity while acting in pursuance of the authority of the State if the State in authorizing action moves outside its

competence under international law”⁷²⁴.

La evolución del Derecho Internacional permite afirmar que las inmunidades diplomáticas no pueden ser confundidas con la impunidad en materia de crímenes internacionales por múltiples razones.

En primer lugar, un Jefe de Estado o un Ministro de Asuntos Exteriores, pueden ser convocados a rendir testimonio ante autoridades de terceros países en cuestiones penales, siempre que estas solicitudes no tengan carácter obligatorio, sin que con ello se esté atentando contra sus inmunidades diplomáticas⁷²⁵. Cabe señalar que ninguna inmunidad personal puede ser alegada por otros altos funcionarios del Estado que cumplen funciones no relacionadas con la representación internacional⁷²⁶.

En segundo lugar, los funcionarios que gozan de inmunidades diplomáticas por parte de un Estado, no se benefician de ninguna inmunidad de Derecho Internacional en su propio país y, a excepción de las inmunidades de derecho nacional atribuidas a su función, pueden ser procesados por las jurisdicciones nacionales competentes, conforme a las reglas de derecho interno en vigor en cada caso.

En tercer lugar, la inmunidad diplomática cesa de existir en Derecho Internacional por voluntad del Estado que la otorga, con lo cual, un Estado puede suprimir este privilegio cuando uno de sus funcionarios resulta implicado en la comisión de graves crímenes.

En cuarto lugar, en el caso de la inmunidad personal, cuando la persona deja de ocupar el cargo conforme al cual se benefició de ésta, pierde todos sus beneficios y cualquier tribunal de un tercer Estado, a condición de ser competente en Derecho Internacional, puede llamar a juicio al ex funcionario, por hechos ocurridos antes o después del ejercicio de su función, así como por actos cometidos durante el periodo de funciones a título privado⁷²⁷.

Finalmente, un funcionario que se beneficia o que se ha beneficiado de la inmunidad diplomática, puede ser perseguido penalmente ante las jurisdicciones penales

⁷²⁴ TMIN, *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*, vol. I, Núremberg, 1947, *op. cit.*, p. 223.

⁷²⁵ CIJ, *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, Arrêt du 4 juin 2008, CIJ Recueil 2008, p. 177, párs. 170-171.

⁷²⁶ *Ibid.*, pár. 194.

⁷²⁷ CIJ, *Affaire relative à des questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, Ordonnance, CIJ Rôle général num. 144, párs. 2-5.

internacionales. De hecho, la CPI, al igual que el TPIY y el TPIR en el marco de su competencia, prevé expresamente la excepción de inmunidad en su artículo 27-2:

“Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella”.

La ausencia de inmunidad en materia de responsabilidad internacional penal se ha visto confirmada en las sucesivas órdenes de detención contra *Omar Al Bashir*, Presidente en ejercicio del Estado de Sudán, por crímenes internacionales, incluidos los crímenes de guerra consistentes en ataque a la población civil y saqueo (arts. 8-2-e-i y 8-2-e-v del Estatuto de Roma)⁷²⁸.

El Ministro del Interior de Sudán ha sido igualmente objeto de una orden de detención por parte de la CPI, con imputaciones por crímenes de lesa humanidad y por crímenes de guerra constitutivos de homicidio intencional, ataques contra la población civil, destrucción de bienes de la población civil, violación, saqueo y atentados a la dignidad (arts. 8-2-c.i, 8-2-e-i, 8-2-e-xii, 8-2-e-vi, 8-2-e-v, 8-2-c-ii, respectivamente, del Estatuto de Roma)⁷²⁹.

No obstante, la responsabilidad internacional penal debe armonizarse con las inmunidades diplomáticas que están garantizadas por la costumbre internacional y por el derecho de los tratados, en particular, por el artículo 41-2 del Tratado de Viena del 18 de abril de 1961 sobre Relaciones Diplomáticas⁷³⁰.

En este sentido, en 2002 la CIJ hizo un estudio de las legislaciones nacionales y de los estatutos de las jurisdicciones internacionales penales, para concluir que no se desprende una práctica de derecho consuetudinario que autorice la excepción a la regla que consagra la inmunidad de jurisdicción penal y la inviolabilidad de los Ministros de Asuntos Exteriores en ejercicio, cuando éstos se encuentran imputados por crímenes de guerra y de lesa humanidad ante tribunales de terceros Estados:

“En droit international coutumier, les immunités reconnues au ministre des affaires étrangères ne lui sont pas accordées pour son avantage personnel, mais pour lui

⁷²⁸ CPI, Pre-trial Chamber I (4 March 2009): *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir* (“*Omar Al Bashir*”), ICC-02/05-01/09-1, Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir; CPI, Pre-trial Chamber I (27 July 2010): *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir* (“*Omar Al Bashir*”), ICC-02/05-01/09-95, Second Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir (en adelante: “CPI, *Al Bashir* case, ICC-02/05-01/09-95”).

⁷²⁹ CPI, Pre-trial Chamber I (27 April 2007): *The Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun* (“*Ahmad Harun*”) and *Ali Muhammad Al Abd-al-Rahman* (“*Ali Kushayb*”), ICC-02/05-01/07-2, Warrant of Arrest for Ahmad Harun.

⁷³⁰ Tratado de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (18-4-1961).

permettre de s'acquitter librement de ses fonctions pour le compte de l'Etat qu'il représente (...).

La Cour en conclut que les fonctions d'un ministre des affaires étrangères sont telles que, pour toute la durée de sa charge, il bénéficie d'une immunité de juridiction pénale et d'une inviolabilité totale à l'étranger. Cette immunité et cette inviolabilité protègent l'intéressé contre tout acte d'autorité de la part d'un autre Etat qui ferait obstacle à l'exercice de ses fonctions”⁷³¹.

Esta jurisprudencia llama la atención particularmente sobre la diferencia entre la competencia de terceros Estados y la competencia de los tribunales internacionales penales. De hecho, la superioridad de la jurisdicción internacional permite que, con el tiempo y el cumplimiento pleno de las formalidades de Derecho Internacional, los individuos que gozan de inmunidades diplomáticas puedan ser llamados a responder por sus actos individuales ante la jurisdicción internacional penal. En contraste, la CIJ ha estimado que el contenido de las reglas sobre la responsabilidad internacional penal, incluido el artículo 7 del Estatuto de Núremberg y el artículo 27 del Estatuto de Roma, no permite constatar la existencia de un derecho consuetudinario en lo que se refiere a las jurisdicciones nacionales y que las reglas que rigen la competencia de los tribunales nacionales deben distinguirse cuidadosamente de las reglas que rigen las inmunidades:

“(…) la compétence n'implique pas l'absence d'immunité et l'absence d'immunité n'implique pas la compétence. C'est ainsi que, si diverses conventions internationales tendant à la prévention et à la répression de certains crimes graves ont mis à la charge des Etats des obligations de poursuite ou d'extradition, et leur ont fait par suite obligation d'étendre leur compétence juridictionnelle, cette extension de compétence ne porte en rien atteinte aux immunités résultant du droit international coutumier, et notamment aux immunités des ministres des affaires étrangères. Celles-ci demeurent opposables devant les tribunaux d'un Etat étranger, même lorsque ces tribunaux exercent une telle compétence sur la base de ces conventions”⁷³².

1.6. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL PENAL NO SE EXTINGUE CON EL PASO DEL TIEMPO

La Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1968 y la Convención europea sobre la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad y de los crímenes de guerra de 1974, disponen expresamente el principio de imprescriptibilidad de la responsabilidad penal por crímenes de guerra⁷³³.

⁷³¹ CIJ, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République Démocratique du Congo c. Belgique)*, Arrêt, CIJ Recueil 2002, p. 3., párs. 53-54.

⁷³² *Ibid.*, pár. 59.

⁷³³ Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad (26-11-1968); Convención europea sobre la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad y de los crímenes de guerra adoptada por el Consejo de Europa (25-1-1974).

El mismo principio se encuentra reafirmado en el artículo 29 del Estatuto de Roma con respecto a los crímenes internacionales, que guarda silencio respecto a la prescripción de las penas, debido a que el Estatuto de Roma no prevé el juicio en ausencia del acusado (en rebeldía) (art. 63-1 del Estatuto de Roma).

En el caso de Colombia, el Estado no ha ratificado la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad de 1968, debido a que el artículo 28 de la Constitución Política de Colombia establece que “en ningún caso podrá haber penas ni medidas de seguridad imprescriptibles”.

En el mismo sentido, el artículo 82-4 del Código Penal colombiano contempla la prescripción como causal de extinción de la acción penal, en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, no menor de cinco (5) años, ni mayor de veinte (20), salvo por genocidio, desaparición forzada, tortura y desplazamiento forzado, cuyo máximo establecido es de treinta (30) años (art. 83 del Código Penal).

Aunque la jurisprudencia colombiana ha establecido que la prescripción de la acción penal en el derecho interno es una sanción a la inoperancia del Estado, conviene recordar que las Naciones Unidas han reiterado que:

“Cuando así se disponga en un tratado aplicable o forme parte de otras obligaciones jurídicas internacionales, no prescribirán las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos ni las violaciones graves del derecho internacional humanitario que constituyan crímenes en virtud del derecho internacional”⁷³⁴.

En este sentido, conviene recordar que el ordenamiento jurídico colombiano ha incorporado el contenido íntegro del Estatuto de Roma de la CPI mediante la Ley 742 de 2002⁷³⁵ y, como condición previa a la aprobación de esta ley, el Estado colombiano se ha allanado a las disposiciones del Estatuto de Roma, en virtud del Acto Legislativo 2 de 2001⁷³⁶, que reformó el artículo 93 de la Constitución Política:

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

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

⁷³⁴ NU, doc. A/RES/60/147 (16-12-2005), *op. cit.*, pár. IV. 6.

⁷³⁵ *Op. cit.*

⁷³⁶ *Op. cit.*

La reforma constitucional dispuso la admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en el artículo 28 de la Constitución, que tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de los crímenes internacionales bajo competencia de la CPI⁷³⁷.

Esta decisión es coherente con la jurisprudencia de la Corte IDH, que ha sido enfática en reiterar la imprescriptibilidad de los delitos que tengan relación con graves violaciones de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario:

“(…) el concierto para delinquir agravado, si bien no se encuentra dentro de las categorías de delitos de genocidio, crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad, presenta una estrecha relación con estos últimos, lo que hace que se ubique en una de las tesis de imprescriptibilidad de la acción penal contra graves violaciones de derechos humanos (…).

La Corte resalta la importancia de que al decretar la prescripción de la acción penal por concierto para delinquir en casos de violaciones cometidas por miembros de grupos paramilitares, los funcionarios judiciales fundamenten su decisión en una exhaustiva valoración probatoria para determinar que la pertenencia y participación en el grupo paramilitar, no tuvo relación con la comisión de graves violaciones de derechos humanos”⁷³⁸.

La jurisprudencia interamericana es de obligatorio cumplimiento entre los Estados Partes y ha tenido efectos sobre numerosos sistemas jurídicos, en particular, frente a la atribución de la naturaleza de crímenes de lesa humanidad a los crímenes cometidos durante las dictaduras de América Latina⁷³⁹.

1.7. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL PENAL NO SE EXTINGUE EN LOS CASOS DE COSA JUZGADA APARENTE O FRAUDULENTE

La cosa juzgada es una consecuencia procesal del principio *ne bis in idem* que tiene una aplicación relativa para los crímenes internacionales bajo competencia de la CPI, incluidos los crímenes de guerra, en los casos de cosa juzgada aparente o fraudulenta.

⁷³⁷ CC, Sentencia C-578/02, *op. cit.*, pág. 1. 2. III.

⁷³⁸ Corte IDH, *Caso de la Masacre de La Rochela v. Colombia*, *op. cit.*, pág. 291.

⁷³⁹ Un análisis de estas consecuencias puede encontrarse en las sentencias de los tribunales penales argentinos: CSJN-RA, Sala Plena (14 de junio de 2005): *Julio Héctor Simón y otros s/ privación ilegítima de la libertad etc.*, causa núm. 17.768, Recurso de hecho (en adelante: “CSJN-RA, Caso *Ley de punto final*, núm. 17.768”), párs. 73, 90 y ss.; TOCF-RA, Tribunal 5º Buenos Aires (11 de agosto de 2006): *La Fiscalía c. Julio Héctor Simón*, causas núm. 1056 y 1207, sentencia de primera instancia; TOCF-RA, Tribunal 1º La Plata (19 de septiembre de 2006): *La Fiscalía c. Miguel Osvaldo Etchecolatz*, causa núm. 205, sentencia de primera instancia (en adelante: “TOCF-RA, Caso *Etchecolatz*, núm. 205”); TOCF-RA, Tribunal 5º La Plata (1 de noviembre de 2007): *La Fiscalía c. Chistian Federico Von Wernich*, causas núm. 13, 44 y 2251, sentencia de primera instancia.

El artículo 20-3 del Estatuto de Roma establece que el principio *ne bis in idem* no es aplicable cuando se busque sustraer al acusado de la competencia de la jurisdicción internacional penal, ni cuando no se haya instruido el proceso con imparcialidad e independencia, conforme a las garantías procesales reconocidas internacionalmente, o se haya instruido de modo incompatible con la intención de administrar justicia.

En el caso colombiano, el artículo 29 de la Constitución Política consagra el principio *ne bis in idem*. Adicionalmente, el Estado colombiano es signatario del Pacto de San José⁷⁴⁰, cuyo artículo 8-4 incorpora el principio *ne bis in idem*. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte IDH ha dejado establecido que este principio no es un derecho absoluto y no resulta aplicable cuando:

“(…) la actuación del Tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia. Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada "aparente" o "fraudulenta"(…)”⁷⁴¹.

La Corte DIH ha afirmado igualmente que el hecho o la prueba sobreviviente puede habilitar una reapertura de investigación en el caso de graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario, incluso si existe una sentencia absolutoria que ha hecho tránsito a cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu del Pacto de San José desplaza la protección del *ne bis in idem*⁷⁴².

En numerosa jurisprudencia, la Corte IDH ha dejado constancia de la reprobación internacional de los juicios fraudulentos y del derecho a juzgar y sancionar los crímenes internacionales como excepción a la regla de la cosa juzgada:

“El Derecho internacional de los derechos humanos en la hora actual, así como el Derecho penal internacional, reprueban la simulación de enjuiciamientos cuyo propósito o resultado se distancia de la justicia y pretende un objetivo contrario al fin para el que han sido dispuestos: injusticia, oculta entre los pliegues de un proceso "a modo", celebrado bajo el signo del prejuicio y comprometido con la impunidad o el atropello. De ahí que la justicia internacional sobre derechos humanos no se conforme necesariamente con la última decisión interna que analiza la violación de un derecho (y autoriza o permite que subsista la violación y persista el daño hecho a la víctima), y de ahí que la justicia

⁷⁴⁰ *Op. cit.*

⁷⁴¹ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile*, Sentencia de fondo de 26 de septiembre de 2006, Serie C-154, pág. 154.

⁷⁴² *Ibid.*

penal internacional se rehúse a convalidar las decisiones de instancias penales domésticas que no pueden o no quieren hacer justicia”⁷⁴³.

1.8. LAS LEYES DE AMNISTÍA Y DE INDULTO NO EXTINGUEN LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL PENAL

Una parte de la doctrina internacional ha sostenido que en el estado actual del Derecho Internacional Penal no existe todavía una obligación general de los Estados de abstenerse de conceder amnistías e indultos por crímenes internacionales. Sin embargo, un tercer Estado o un tribunal internacional puede adelantar los procesos penales respectivos, basándose en los tratados internacionales en vigor en la materia y haciendo caso omiso de las amnistías e indultos otorgados, sin que por ello esté atentando contra el principio del respeto a la soberanía de los Estados:

“There is not yet any general obligation for States to refrain from enacting amnesty laws on these crimes. Consequently, if a State passes any such law, it does not breach a customary rule. Nonetheless if a court of another State having in custody persons accused of international crimes decide to prosecute them although in their national State they would benefit from an amnesty law, such court would not thereby act contrary to general international law, in particular to the principle of respect for the sovereignty of other States”⁷⁴⁴.

Otra parte de la doctrina sostiene que, sin lugar a dudas, las amnistías y los indultos quedaron proscritos en materia de crímenes internacionales y para los Estados pesa una obligación general en la materia:

“(…) Estas amnistías o indultos no producen el menor efecto jurídico ni para los tribunales penales internacionales o internacionalizados, ni para los tribunales internos distintos a los del Estado que concedió la amnistía o el indulto. Incluso por contradecir normas imperativas del Derecho Internacional general, tampoco son válidas ni siquiera para los tribunales internos del Estado que las dictó”⁷⁴⁵.

En la práctica de los Estados después de la II^a Guerra Mundial, las leyes de amnistía e indulto han venido excluyendo progresivamente los crímenes de Derecho Internacional, en el entendido que estas leyes puedan derivar en cosa juzgada aparente con el propósito de sustraer a los perpetradores de crímenes internacionales de su responsabilidad penal⁷⁴⁶.

⁷⁴³ Corte IDH. *Caso La Cantuta v. Perú*, *op. cit.*, voto razonado del juez *García Ramírez*, p. 12. Véase igualmente: Corte IDH, *Caso de la Masacre de La Rochela v. Colombia*, *op. cit.*, p. 194, con reenvíos de jurisprudencia.

⁷⁴⁴ CASSESE, A., *International Criminal Law*, *op. cit.*, p. 315.

⁷⁴⁵ BOU FRANCH, V.; FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., *La inclusión del terrorismo entre los crímenes internacionales previstos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional*, 2009, Burriana, MINIM agència ediciones, 134 págs., p. 109.

⁷⁴⁶ CDH, doc. HR/PUB/09/1 (2009): *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Amnistías*, 52 págs., p. 7.

En materia internacional penal, el TPIY ha ratificado que estas leyes aplicadas a casos de tortura nacen viciadas de nulidad absoluta, debido a que contravienen obligaciones de *jus cogens*, relativas a la persecución y sanción de crímenes internacionales⁷⁴⁷. El TPIY ha confirmado dos tipos de consecuencias derivadas de la prohibición *jus cogens* de los crímenes internacionales: (1) en el plano interestatal, el hecho de que cualquier norma interna que autorice o perdone la tortura es nula de pleno derecho a nivel internacional; y (2) el plano individual, el hecho de que todos los Estados tienen la obligación de perseguir y sancionar o extraditar a los individuos responsables de tales crímenes:

“The fact that torture is prohibited by a peremptory norm of international law has other effects at the inter-state and individual levels. At the inter-state level, it serves to internationally de-legitimise any legislative, administrative or judicial act authorising torture. It would be senseless to argue, on the one hand, that on account of the *jus cogens* value of the prohibition against torture, treaties or customary rules providing for torture would be null and void *ab initio*, and then be unmindful of a State say, taking national measures authorising or condoning torture or absolving its perpetrators through an amnesty law (...).

Furthermore, at the individual level, that is, that of criminal liability, it would seem that one of the consequences of the *jus cogens* character bestowed by the international community upon the prohibition of torture is that every State is entitled to investigate, prosecute and punish or extradite individuals accused of torture, who are present in a territory under its jurisdiction (...).

As stated in general terms by the Supreme Court of Israel in *Eichmann*, and echoed by a USA court in *Demjanjuk*, ‘it is the universal character of the crimes in question [i.e. international crimes] which vests in every State the authority to try and punish those who participated in their commission’⁷⁴⁸.

El Tribunal Especial de Sierra Leona se ha pronunciado en el mismo sentido, indicando que las amnistías e indultos en materia de crímenes internacionales son violatorias de obligaciones internacionales de *jus cogens* que pesan sobre los Estados:

“(...) given the existence of a treaty obligation to prosecute or extradite an offender, the grant of amnesty in respect of such crimes as are specified in Articles 2 to 4 of the Statute of the Court is not only incompatible with, but is in breach of an obligation of a State towards the international community as a whole. Nothing in the submissions made by the Defence and the interveners detracts from that conclusion (...)”⁷⁴⁹.

De hecho, cuando una ley de amnistía o indulto es considerada ilícita por una instancia competente, todas las leyes o decretos reglamentarios, que hayan tenido por propósito impedir los juicios contra los mismos crímenes, pierden cualquier efecto jurídico. En esta línea de análisis, la Corte IDH ha considerado inadmisibles las amnistías, indultos y leyes tendientes a evitar el enjuiciamiento por crímenes

⁷⁴⁷ TPIY, Trial *Furundzija*, IT-95-17/1-T, *op. cit.*, párs. 154-155.

⁷⁴⁸ *Ibid.*, párs. 155-156.

⁷⁴⁹ TESL, Appeals Chamber (13 March 2004): *The Prosecutor v. Morris Kallon*, Case No. SCSL-2004-15-AR72(E), and *The Prosecutor v. Brima Bazzy Kamara*, Case No. SCSL-2004-16-AR72(E), Decision on Challenge to jurisdiction: Lomé accord amnesty, pár. 73.

consistentes en graves violaciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos por ser incompatibles con los compromisos convencionales de los Estados Partes:

“(…) son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. (…)”⁷⁵⁰.

Como parte del respeto a los compromisos convencionales, la jurisprudencia internacional ha venido sosteniendo que cuando las leyes de amnistía e indulto obstaculizan el cumplimiento de estos compromisos, suscritos por los Estados en materia de persecución y sanción de graves crímenes, ellas son en sí mismas violatorias de los tratados suscritos y no son oponibles en Derecho Internacional⁷⁵¹.

Esta jurisprudencia constante de la Corte IDH ha tenido consecuencias directas sobre la legislación de los Estados Partes, siendo el caso argentino el primero de ellos con la abolición de la llamada “Ley de punto final”:

“(…) en el caso particular del Estado argentino, las leyes de punto final, obediencia debida y los subsiguientes indultos fueron examinados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el informe 28/923. En esa oportunidad, la Comisión sostuvo que el hecho de que los juicios criminales por violaciones de los derechos humanos (….) hayan sido cancelados, impedidos o dificultados por las leyes (…), resulta violatorio de los derechos garantizados por la Convención (…).

(…) sin embargo, restaba aún por determinar los alcances concretos de la recomendación de la Comisión (…)

(…) tales dudas con respecto al alcance concreto del deber del Estado argentino con relación a las leyes de punto final y obediencia debida han quedado esclarecidas a partir de la decisión de la Corte Interamericana en el caso "Barrios Altos" (…)

(…) la traslación de las conclusiones de la Corte Interamericana en "Barrios Altos" al caso argentino resulta imperativa, si es que las decisiones del Tribunal internacional mencionado han de ser interpretadas de buena fe como pautas jurisprudenciales (…)”⁷⁵².

En la historia de Colombia, la amnistía⁷⁵³ y el indulto⁷⁵⁴ han sido concesiones de naturaleza eminentemente política que tienen su origen y su razón de ser en la existencia de un conflicto armado interno con sucesivos períodos y actores. Este hecho explica por

⁷⁵⁰ Corte IDH. *Caso Barrios Altos v. Perú*, Sentencia de Fondo de 14 de marzo de 2001, Serie C-75, pár. 41.

⁷⁵¹ *Ibid.*, pár. 43.

⁷⁵² CSJN-RA, *Caso Ley de punto final*, núm. 17.768, *op. cit.*, párs. 20-24.

⁷⁵³ La concesión de amnistías en Colombia exige un procedimiento legislativo que está fijado en el artículo 150-17 de la Constitución Política y su consecuencia jurídica es la extinción de la acción penal y de la pena.

⁷⁵⁴ El indulto está regulado por el artículo 150-17 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 201-2, que establece como titular del ejercicio al gobierno nacional quien, de común acuerdo con la rama judicial, debe proferir el decreto-ley respectivo. El indulto se halla restringido igualmente a los delitos políticos y extingue la ejecución de la pena, pero no la acción penal.

qué el marco de aplicación de las amnistías e indultos se ha restringido históricamente sólo a los delitos políticos, es decir, la rebelión, la sedición y la asonada⁷⁵⁵.

A través de la historia del conflicto armado colombiano, en todos los casos en que el gobierno nacional ha hecho uso de amnistías e indultos⁷⁵⁶, se han excluido del ámbito material: los delitos atroces, los actos de terror y barbarie, el secuestro, el genocidio, los homicidios cometidos fuera de combate y en general los crímenes internacionales, incluidos los crímenes de guerra.

Los beneficios jurídicos obtenidos a través de las leyes de amnistía e indulto en Colombia han sido una de las consecuencias de las distintas negociaciones de paz, no su centro ni su causa. Cabe señalar sobre este particular que, de la última negociación política que la historia de Colombia conoce, surgió la Constitución Política de 1991, que rige actualmente al país.

En este sentido, la impunidad derivada de las amnistías e indultos reconocidos en Colombia, difiere ampliamente de la impunidad presente en otros países y, puede decirse que las figuras jurídicas de la amnistía y el indulto han sido consagradas y mantenidas por el constituyente como una garantía de transición política ante el conflicto armado:

“El trasfondo político jurídico y la forma, o sea, el contenido de las disposiciones de amnistía e indulto muestran más diferencias que similitudes. Mientras que las disposiciones analizadas en Colombia representan el resultado de un proceso de paz entre el Estado y las organizaciones guerrilleras (...) las disposiciones chilenas (1978) y argentinas (1983) fueron expedidas con un trasfondo de violaciones masivas a los derechos humanos durante las dictaduras y con la finalidad (oficial) de lograr una “reconciliación nacional”. En Perú en principio fueron una reacción en contra de la sobrecarga en la ejecución de penas, y luego, una generalidad no conocida hasta ahora, para amnistiar la violación estatal de los derechos humanos (1995)”⁷⁵⁷.

⁷⁵⁵ El Código Penal colombiano define estos tres delitos así: (1) artículo 467. Rebelión. Los que mediante el empleo de las armas pretendan derrocar al Gobierno Nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente (...); (2) artículo 468. Sedición. Los que mediante el empleo de las armas pretendan impedir transitoriamente el libre funcionamiento del régimen constitucional o legal vigentes (...); y (3) artículo 469. Asonada. Los que en forma tumultuaria exigieren violentamente de la autoridad la ejecución u omisión de algún acto propio de sus funciones (...). (Subrayado fuera del texto).

⁷⁵⁶ Véanse, en vigencia de la Constitución Política de 1886: Ley 37 de 23 de marzo de 1981, Ley 35 de 19 de noviembre de 1982, Ley 49 de 4 de junio de 1985, Ley 77 de 22 de diciembre de 1989, Decreto-ley 213 de 22 de enero de 1991. A partir de la vigencia de la Constitución Política de 1991, véanse: artículo 30 transitorio de la Constitución Política, Decreto-ley 1943 de 12 de agosto de 1991, Ley 7 de 3 de julio de 1992, Ley 104 de 30 de diciembre de 1993, Ley 418 de 26 de diciembre de 1997, Ley 782 de 2002. Se excluyen las leyes de atenuación punitiva y disposiciones relacionadas, pues éstas no responden a la naturaleza de amnistías e indultos propiamente dichos, aunque puedan derivar en casos de cosa juzgada aparente.

⁷⁵⁷ AMBOS, K., *Impunidad y derecho penal internacional: un estudio empírico dogmático sobre Colombia-Bolivia-Perú-Chile-Argentina*, 1ª edición colombiana, 1997, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 514 págs., p. 163.

En el caso colombiano, los compromisos convencionales derivados de los tratados en materia de derechos humanos y del Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados que han sido suscritos por Colombia, así como su adopción del Estatuto de Roma, permiten afirmar que las leyes de amnistía e indulto presentes y futuras no pueden tener ningún efecto jurídico sobre las obligaciones internacionales contraídas por el Estado en cumplimiento del principio de Derecho Internacional *aut dedere aut judicare*.

Con la firma del Estatuto de Roma, el Estado colombiano ha reafirmado su obligación de asumir la competencia principal en materia de investigación y sanción de crímenes de guerra. Los artículos 17-1-a y 17-2-a del Estatuto de Roma contemplan expresamente la posibilidad por parte de la CPI de efectuar un control sobre el cumplimiento de estos compromisos y, eventualmente, asumir la competencia internacional.

2. APLICACIONES DEL SISTEMA DIFERENCIAL DE PARTICIPACIÓN EN LOS CRÍMENES DE GUERRA

La identificación del sistema de participación que da fundamento a cada estructura penal es un punto de partida necesario para el estudio de las reglas que gobiernan las formas de participación en el crimen.

Tradicionalmente, dos enfoques pueden ser identificados: el enfoque unitario, presente en países como Dinamarca o Italia, que reconoce una sola forma de participación en el crimen y el enfoque diferencial, también conocido como dualista, adoptado por una gran mayoría de Estados, entre los que pueden mencionarse todos los países de América Latina, Alemania, Francia y España, y que reconoce más de una forma de participación.

Sin embargo, no existe un único enfoque diferencial y por lo regular cada sistema legal tiene sus especificidades y otorga un contenido diferente a ciertas categorías a primera vista universales, como la noción de autoría y la noción misma de participación en el crimen⁷⁵⁸.

En el plano doctrinal, el Derecho Internacional Penal cuenta con importantes

⁷⁵⁸ SIEBER, U., *Part 1: Comparative Analysis of Legal Systems*, 2006, Freiburg, Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law, 50 págs, pp. 8-9.

estudios de sistematización en la materia, entre los más recientes, el estudio de derecho comparado del Instituto *Max Planck* 2005-2010, que fija una serie de parámetros para distinguir las características más relevantes de las formas de participación penal en países de tradiciones jurídicas diferentes⁷⁵⁹.

Un primer grupo de sistemas legales basan la culpabilidad de todos los sujetos activos del crimen, en su participación o en su capacidad para producir el efecto criminal. En este caso, los sistemas admiten un único tipo de participación y la aplicación de modelos diferenciales sólo es posible a nivel de la pena, que depende de la gravedad asignada a la ofensa. Entre los sistemas legales que admiten una sola forma de participación, algunos no admiten ninguna diferenciación por la gravedad del acto⁷⁶⁰.

El modelo más extendido, acepta dos grandes formas de participación: la principal (perpetración o autoría *lato sensu*) y la accesoria (participación *stricto sensu*), pero el contenido de cada una de ellas es variado⁷⁶¹.

La participación principal puede referirse únicamente a la autoría directa (material), pero generalmente abarca la autoría indirecta (mediata) y la co-autoría. En numerosos sistemas jurídicos la perpetración abarca igualmente la autoría indirecta por control de organizaciones o grupos organizados de poder⁷⁶².

La segunda forma de participación, accesoria, se refiere a una modalidad de facilitación, de complicidad o inducción y para su configuración exige intención y conocimiento. En este caso, la diferencia fundamental entre la perpetración y la facilitación radica en el papel que juega el acusado, bien sea a través del control del acto criminal o como un apoyo suministrado a un tercero.

La consecuencia más importante de la aplicación del sistema diferencial radica en que el principal (autor) y el accesorio (partícipe) se distinguen según la importancia de su contribución al crimen y el juez tiene la obligación de decidir la forma de

⁷⁵⁹ *Ibid.*, pp. 4-8.

⁷⁶⁰ Véase por ejemplo el caso italiano, cuyo Código Penal excluye la posibilidad de asignar penas diferentes a los autores que participan de un mismo crimen: “Art. 110. Pena per coloro che concorrono nel reato. Quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita, salve le disposizioni degli articoli seguenti.” Regio Decreto 19 ottobre 1930, n. 1398, “Codice penale”, testo coordinato ed aggiornato on le ultime modifiche che sono state introdotte dalla Legge di conversione 31 marzo 2010, n. 50. El texto íntegro en italiano puede consultarse en el sitio oficial: <http://www.altalex.com/index.php?idnot=36653> (consultado: 18/01/2011).

⁷⁶¹ Países como Alemania, España, Francia, Holanda [y Colombia] forman parte. Véase: SIEBER, U., *Part 1: Comparative Analysis of Legal Systems*, op. cit., p. 15.

⁷⁶² *Ibid.*

participación y la pena en función de la prueba aportada⁷⁶³.

No obstante, el sistema diferencial contiene otros desarrollos en los países de *common law*. En este caso, por regla general, se distingue entre la forma principal y accesoria de responsabilidad (*principal/accesory liability*) y entre el grado de responsabilidad del autor y del cómplice (*perpetrator/accomplice*). En el *common law* el *principal* es el individuo que ejecuta los actos materiales del crimen ya sea en grado de autor o de cómplice (*perpetrator/accomplice*) y el *accesory* es el individuo que participa del crimen en actos anteriores o posteriores a los actos materiales del crimen. En consecuencia, la responsabilidad del cómplice (*accomplice*) depende de la responsabilidad del autor (*perpetrator*) pero puede coincidir con la forma de participación de éste al mismo título de responsabilidad principal (*principal*)⁷⁶⁴.

2.1. EL SISTEMA DIFERENCIAL DEL ESTATUTO DE ROMA

El Estatuto de Roma aplica un sistema diferencial que obliga al Fiscal, desde el momento mismo de la apertura de la investigación, a precisar la forma de participación que imputa al individuo concernido (norma 52-c del Reglamento de la CPI), aunque deja al juez en libertad de determinar la pena en función de la prueba aportada y no establece una regla estricta de distinción de penas en función de la forma de participación (regla 145-1-c del Reglamento de Procedimiento y Prueba)⁷⁶⁵.

El Estatuto de Roma, al igual que los Estatutos que le precedieron, no prevé una teoría de la responsabilidad penal *stricto sensu*. Los trabajos preparatorios del Estatuto de Roma dan cuenta de la dificultad para adoptar un texto común sobre los elementos de la responsabilidad internacional penal⁷⁶⁶, con lo cual el artículo 25 del Estatuto de Roma fue finalmente confiado a la interpretación posterior de la jurisprudencia.

⁷⁶³ Véanse, el Código Penal francés de 1810 y los sistemas que siguieron esta influencia, entre ellos el Código Penal español de 1848, el Código Penal belga de 1867, el Código Penal holandés de 1881 y, en general, la codificación penal de las antiguas colonias de los países antes mencionados, incluida la codificación penal colombiana de 1837 y 1890 hasta 1980.

⁷⁶⁴ DUBBER, M. D., "Criminalizing Complicity. A comparative Analysis". *JICJ núm. 5*, 2007, Oxford, Oxford University Press, pp. 1-25, p. 4.

⁷⁶⁵ Este sistema permite centrar los alegatos de las partes desde el inicio del proceso. Sin embargo, puede ocurrir que la Sala de Primera Instancia, como consecuencia del acervo probatorio, se vea compelida a recalificar la forma de responsabilidad penal, en virtud de la norma 55 del Reglamento de la CPI, con sus respectivas repercusiones para la economía judicial y la celeridad del proceso.

⁷⁶⁶ La propuesta de Estados Unidos de América sobre los Elementos de las formas de responsabilidad fue finalmente descartada. Véase: CPI, doc. PCNICC/1999/DP.4/Add.3 (4-2-1999): *Proposal submitted by the United States of America, Draft elements of crimes, Addendum*, 4 págs.

De esta manera, el juez internacional está llamado a efectuar una interpretación de la fuente primaria: el Estatuto, los Elementos de los crímenes y el Reglamento de Procedimiento y Prueba (art. 21-1-a del Estatuto de Roma), basado en el contexto del Estatuto de Roma (art. 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969). No obstante, la reflexión doctrinal adquiere importancia, pues la CPI puede utilizar como fuente secundaria, por una parte, las formas de participación contenidas en los Estatutos y la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* y, por otra parte, los sistemas nacionales, en la medida en que constituyan una expresión de los principios generales del Derecho Internacional (art. 21-1-b y c del Estatuto de Roma).

La estructura del artículo 25 del Estatuto de Roma enumera las diferentes formas de contribución de una persona a un crimen de competencia de la CPI. El nexo de causalidad entre la infracción y la conducta del individuo se establece a través de una serie de condiciones de imputabilidad material y objetiva. Los artículos 30 y 31 del Estatuto de Roma, por su parte, rigen la evaluación del elemento de intencionalidad y de las causales de exoneración de la responsabilidad que se derivan del elemento psicológico.

Los artículos 25-1 y 25-2 del Estatuto de Roma precisan los sujetos cuya responsabilidad penal puede hallarse comprometida, es decir, las personas naturales individualmente consideradas, las cuales pueden estar involucradas a título diferente en el mismo injusto criminal⁷⁶⁷.

El artículo 25-4 del Estatuto de Roma confirma la compatibilidad de la responsabilidad internacional penal con las normas de Derecho Internacional sobre la responsabilidad de los Estados⁷⁶⁸.

Las formas de participación de los crímenes bajo competencia de la CPI están descritas en el artículo 25-3 del Estatuto de Roma. Este artículo enumera los actos que comprometen la responsabilidad internacional penal y la jurisprudencia de la CPI ha venido dando cuerpo a cada uno de ellos, intentando conciliar los sistemas internacionales penales más representativos con el espíritu del artículo 25 del Estatuto de Roma.

⁷⁶⁷ PRADEL, J., *Manuel de Droit pénal général*, 15^{ème} édition, 2004, París, Editions Cujas, 756 págs., p. 387.

⁷⁶⁸ AMBOS, K., “Article 25: Individual criminal responsibility”, *op. cit.*, p. 765.

2.2. EL SISTEMA DIFERENCIAL DEL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO

El sistema penal colombiano se basa en un modelo diferencial de formas de participación en el delito⁷⁶⁹ y la descripción normativa de las formas de participación se halla consagrada expresamente en los artículos 27 (tentativa), 29 (autores) y 30 (partícipes) del Código Penal.

La modalidad de participación en el injusto criminal depende de los móviles de la conducta así como del perjuicio causado sobre el bien jurídico tutelado (test de antijuridicidad)⁷⁷⁰. La importancia de las formas de participación en el delito varía, según sea la intencionalidad del acusado, su papel en la ejecución de los elementos materiales de la infracción y, en general, su contribución en el conjunto del plan.

Las características particulares de cada forma de participación permiten que una misma infracción cometida por un número plural de personas pueda ser imputable, a título de responsabilidad principal o accesoria, a los diferentes participantes. De hecho, el artículo 28 del Código Penal define que puede configurarse un “concurso” de personas en el injusto cuando concurren autores y partícipes; en la misma lógica, el artículo 324-2 del Código de Procedimiento Penal distingue entre la autoría y la coparticipación por parte del imputado para efectos de valorar su confesión.

Las consecuencias legales establecidas en cada caso determinan, igualmente, un pronunciamiento diferencial de la pena. Cada contribución al delito tiene un nivel de punición directamente proporcional al grado de control ejercido sobre los elementos del crimen (art. 29 del Código Penal).

Aunque una serie de conceptos e instrumentos legales permite diferenciar los modos de participación y su resultado (arts. 27 a 30 del Código Penal), la adopción de

⁷⁶⁹ Este análisis está basado en los criterios usados por el Instituto *Max Planck* para constatar la existencia de un sistema diferencial de formas de participación: descripción legal, funciones y consecuencias, características particulares, consecuencias legales y conceptos e instrumentos. Véase: SIEBER, U., *Part 1: Comparative Analysis of Legal Systems, op. cit.*, pp. 9-10.

⁷⁷⁰ La antijuridicidad fue definida por el magistrado *Reyes Echandía* como la relación entre la conducta y el ordenamiento jurídico que expresa su disconformidad. Véase: REYES ECHANDÍA, A., *Culpabilidad*, 2^{da} reimpression de la 3^a edición, 1997, Santafé de Bogotá, Editorial Temis S. A., 229 págs., p. 15. En el Derecho Penal español se habla de antijuridicidad para referirse al mismo concepto en su noción moderna de desvalor de acción y desvalor de resultado. Véase: DEMETRIO CRESPO, E.; RODRÍGUEZ YAGÜE, C., (coord.), *Curso de Derecho penal: parte general*, 2^{da} edición, 2010, Barcelona, Ediciones Experiencia S. L., 657 págs., p. 199. En Colombia, la CSJ ha definido recientemente la antijuridicidad como: “(...) norma rectora de la ley penal colombiana (...) el principio de “antijuridicidad”, entendido, desde luego, como antijuridicidad material, es decir, como aquel comportamiento que, **en verdad**, causa un daño o un riesgo para el bien jurídico”. Véase: CSJ, Sala de Casación Penal (25 de mayo de 2006): *La Fiscalía c. Luis Miguel Moreno Muñoz*, Radicado núm. 21923, Aprobado: Acta núm. 51, Sentencia, p. 23. (Negritas en el texto).

cada forma de participación se encuentra sometida al análisis jurisprudencial y fuertemente influida por el contexto de conflicto armado, cuya dimensión exige hacer frente a los crímenes de guerra y de lesa humanidad cometidos en un contexto colectivo y de manera sistemática.

3. INTRODUCCIÓN A LAS TEORÍAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL EN USO POR PARTE DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES

En el plano internacional, la primera jurisprudencia de la CPI, en materia de confirmación de cargos, ha venido interpretando la estructura del artículo 25 del Estatuto de Roma conforme a la “teoría del control sobre el crimen”⁷⁷¹, desarrollada por la doctrina alemana y aplicada en numerosos sistemas nacionales. En contraste, el antecedente de los tribunales *ad hoc* está basado en la teoría de la “empresa criminal conjunta”, que fue desarrollada a partir de un estudio jurisprudencial comparado tendiente a identificar la costumbre internacional en la materia.

En consecuencia, no puede descartarse una variación jurisprudencial de la CPI, con miras a la consolidación de una política criminal internacional unificada. Solamente la jurisprudencia futura de la CPI, en sentencias de primera instancia y apelación, podrá establecer el ángulo definitivo de abordaje de las formas de participación contenidas en el Estatuto de Roma.

Por lo tanto, puede ser conveniente una breve reflexión sobre las dos teorías aplicadas actualmente en el seno de los tribunales internacionales.

En el plano interno colombiano, la jurisprudencia de la CSJ ha venido acercándose progresivamente a las teorías de la responsabilidad aplicadas en Derecho Internacional Penal, donde la contribución individual de los acusados al resultado dañoso está surcada por vastas intermediaciones y nexos sutiles, según su lugar en la jerarquía de la empresa criminal.

⁷⁷¹ Esta teoría se conoce como: “*control of the crime*” y “*contrôle exercé sur le crime*”, en las dos lenguas de trabajo de la CPI. No existe una traducción oficial de la CPI en español para esta teoría y las traducciones sobre la teoría de *Roxin* oscilan entre “dominio sobre el hecho, dominio sobre la voluntad o dominio sobre la organización, según las formas de participación”.

3.1. LOS TRIBUNALES *AD HOC* Y LA TEORÍA DE LA EMPRESA CRIMINAL CONJUNTA (ECC)

El centro de preocupación de los tribunales internacionales ha sido la administración de justicia, frente a casos de crímenes internacionales cometidos de manera sistemática y a gran escala, en muchos casos apoyados o tolerados por los órganos del Estado al más alto nivel, es decir, en contextos de macrocriminalidad⁷⁷²:

“Most of the time these crimes do not result from the criminal propensity of single individuals but constitute manifestations of collective criminality: the crimes are often carried out by groups of individuals acting in pursuance of a common criminal design. Although only some members of the group may physically perpetrate the criminal act (murder, extermination, wanton destruction of cities, towns or villages, etc.), the participation and contribution of the other members of the group is often vital in facilitating the commission of the offence in question. It follows that the moral gravity of such participation is often no less – or indeed no different – from that of those actually carrying out the acts in question”⁷⁷³.

La necesidad de punir las conductas criminales de gran extensión, ejecutadas a través de complejas organizaciones y ordenadas desde altas posiciones de poder, impulsó la adopción de la teoría de la “empresa criminal conjunta” (ECC)⁷⁷⁴ por parte de los tribunales *ad hoc*. A partir de un extenso análisis jurisprudencial (*case law*), los tribunales *ad hoc* han distinguido y aplicado tres categorías de criminalidad colectiva, con un enfoque subjetivo que hace énfasis en la intencionalidad que rodea la contribución hecha por los participantes (*lato sensu*)⁷⁷⁵.

La noción de ECC no deriva de ninguna disposición estatutaria y fue introducida por la Sala de Apelaciones del TPIY en el asunto *Tadic* para sancionar a todos los

⁷⁷² La doctrina alemana ha hecho importantes aportes a la teoría de la macrocriminalidad. Autores como *Rogall*, sostienen que no se trata sólo de la criminalidad de los poderosos, cuyos intereses en ocasiones no coinciden con los intereses del Estado. Según *Nauke* y *Hassemer*, se trata de una criminalidad de sistema que es fortalecida por el Estado. Para *Rüter Vergangenheit*, la macrocriminalidad es el marco de los llamados “crímenes de Estado” y para *Triffierer*, la macrocriminalidad es el marco en casos de terrorismo de Estado o criminalidad gubernamental orientada hacia adentro contra los propios ciudadanos. Véase un estudio completo de la doctrina en: AMBOS, K., *Temas de Derecho Internacional Penal y Europeo: derechos humanos, fines de la pena, ius puniendi, responsabilidad individual, crímenes más graves, derecho penal y guerra, proceso penal internacional y europeo, inmunidades*, op. cit., pp. 21-25.

⁷⁷³ TPIY, Appeals *Tadic*, IT-94-1-A, op. cit., p. 191.

⁷⁷⁴ Esta teoría se conoce como “*Joint Criminal Enterprise*” y “*Entreprise Criminelle Commune*” en las dos lenguas de trabajo de los tribunales *ad hoc*. No existe una traducción oficial en español y la doctrina se refiere indistintamente a “*Empresa Criminal Común*” o “*Empresa Criminal Conjunta*”.

⁷⁷⁵ Para un estudio completo de la teoría de la empresa criminal conjunta, véanse, por ejemplo: OLÁSULO, H., “*Co-perpetration Based on Joint Criminal Enterprise*”. En: H. Olásulo, *The Criminal Reponsability of Senior Political and Military Leaders as Principal to International Crimes*, 2009, Oxford-Portland, Hart Publishing, 354 págs., pp. 153-251; HAMDORF, K., “*The Concept of Joint Criminal Enterprise and Domestic Modes of Liability for Parties to a Crime*”. *JICJ* núm. 5, 2007, Oxford, Oxford University Press, pp. 208-226; VAN DER WILT, H., “*Joint Criminal Enterprise*”, *JICJ* núm. 5, 2007, Oxford, Oxford University Press, pp. 91-108.

individuos que aportan su contribución con la intención compartida de cometer la infracción, a título de autores principales del crimen, con independencia de la importancia de su contribución a la comisión de la infracción⁷⁷⁶.

La primera categoría (ECC-1) corresponde a la forma básica de criminalidad colectiva en la cual los participantes actúan basados en un plan u objetivo común, es decir, una empresa común con una intencionalidad criminal compartida⁷⁷⁷. El plan común aquí referido puede ser desarrollado durante la ejecución de los crímenes y no necesita existir previamente⁷⁷⁸, ni ser expreso, porque su existencia se puede inferir del conjunto de circunstancias que rodean la ejecución material de la infracción⁷⁷⁹.

La segunda categoría (ECC-2) corresponde a una forma sistémica (aplicada a organizaciones clásicas y a casos tipo como los campos de concentración) en la cual los participantes, generalmente militares y cargos administrativos, ejecutan los crímenes basándose en un plan establecido y como demostración del propósito criminal común⁷⁸⁰.

La tercera categoría (ECC-3)⁷⁸¹ corresponde a una modalidad extendida (de organizaciones en el sentido extenso del término) en la cual los participantes comprometidos en actos criminales van más allá del plan común. Sin embargo, su actuación debe ser una consecuencia natural y previsible de la realización del plan común⁷⁸² y, en este caso, la intención de ir más allá debe ser común y compartida⁷⁸³.

La jurisprudencia consolidada del TPIY ha establecido que los elementos materiales u objetivos (*actus reus*) requeridos para las formas de participación en virtud de la doctrina del objetivo común, es decir, de la ECC son: (1) la pluralidad de acusados, los cuales no deben pertenecer, necesariamente, a una estructura militar,

⁷⁷⁶ TPIY, Appeals *Tadic*, IT-94-1-A, *op. cit.*, párs. 185 y ss.; CPI, *Affaire Lubanga*, ICC-01/04-01/06-803, *op. cit.*, pár. 329.

⁷⁷⁷ TPIY, Appeals *Tadic*, IT-94-1-A, *op. cit.*, párs. 196-201.

⁷⁷⁸ TPIY, Appeals Chamber (21 July 2000): *The Prosecutor v. Anto Furundzija*, Case IT-95-17/1-A, Judgment, pár. 117.

⁷⁷⁹ TPIY, Trial Chamber II (15 March 2002): *The Prosecutor v. Milorad Krnojelac*, Case IT-97-25-T, Judgment (en adelante: “TPIY, Trial *Krnojelac*, IT-97-25-T”), pár. 80.

⁷⁸⁰ TPIY, Appeals *Tadic*, IT-94-1-A, *op. cit.*, párs. 202-203.

⁷⁸¹ El carácter consuetudinario de esta categoría fue recientemente cuestionado por las Salas Extraordinarias en el seno de los Tribunales de Camboya, véase: SETC, Pre-Trial Chamber III (20 May 2010): *The Prosecutor v. Ieng Thirith et al.*, 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ (PTC 35, 37, 38 & 39), Decision on the appeals against the Co-investigative judges order on Joint Criminal Enterprise (JCE), párs. 47-48.

⁷⁸² TPIY, Appeals *Tadic*, IT-94-1-A, *op. cit.*, párs. 204-229.

⁷⁸³ TPIY, Appeals *Delalic and others*, IT-96-21-A, *op. cit.*, pár. 366.

política o administrativa; (2) la existencia de un proyecto, propósito u objetivo común relativo a la comisión de crímenes internacionales o que implique tal perpetración; y (3) la participación del individuo encausado, bajo cualquier modalidad, en el propósito criminal común⁷⁸⁴.

La jurisprudencia no requiere la demostración de un nexo entre la contribución y el crimen, pero exige que la contribución sea significativa⁷⁸⁵.

En cuanto al elemento de la intencionalidad (*mens rea*), éste varía según cada categoría de ECC. La primera categoría (ECC-1) exige que todos los participantes de la empresa compartan la intención criminal. De hecho, el grado de participación del implicado permite suponer su propósito criminal compartido⁷⁸⁶, pero cuando la Fiscalía se basa en la prueba de intención obtenida por deducción ésta debe ser la única deducción razonable posible en el marco de las circunstancias que rodean los crímenes⁷⁸⁷.

La segunda categoría (ECC-2), que reposa sobre una referencia expresa a los campos de concentración durante la IIª Guerra Mundial, requiere, como en la primera categoría, aportar la prueba de que el encausado comparte la intención de cometer el crimen que se imputa a la empresa criminal, aunque la pertenencia del acusado a una organización considerada en sí misma criminal, puede orientar tal inferencia⁷⁸⁸.

La tercera categoría (ECC-3) demanda la intención de participar y de contribuir a la actividad criminal o al propósito criminal de un grupo y de contribuir a la empresa criminal común o, en cualquier caso, a la consumación de un crimen por parte del grupo. En caso de que los crímenes imputados al acusado sobrepasen el plan común, la responsabilidad sólo se aplica cuando en las circunstancias de la especie: (1) era previsible que tal crimen pudiera ser cometido por uno de los miembros del grupo; y (2) el encausado tomó deliberadamente el riesgo⁷⁸⁹.

El desarrollo jurisprudencial de las formas de participación en la ECC se ha

⁷⁸⁴ TPIY, Trial *Kordic and Cerkez*, IT-95-14/2-T, *op. cit.*, p. 397; TPIY, Appeals *Tadic*, IT-94-1-A, *op. cit.*, párs. 227, con reenvíos de jurisprudencia.

⁷⁸⁵ TPIY, Appeals Chamber (3 April 2007): *The Prosecutor v. Radoslaw Brdjanin*, Case IT-99-36-A, Judgment (en adelante: “TPIY, Appeals *Brdjanin*, IT-99-36-A”), p. 410.

⁷⁸⁶ TPIY, Trial *Krnjelac*, IT-97-25-T, *op. cit.*, p. 77.

⁷⁸⁷ *Ibid.*, p. 83.

⁷⁸⁸ *Ibid.*, p. 78.

⁷⁸⁹ TPIY, Trial *Kordic and Cerkez*, IT-95-14/2-T, *op. cit.*, p. 398; TPIY, Appeals *Tadic*, IT-94-1-A, *op. cit.*, párs. 228.

basado en la ausencia de una clasificación expresa del artículo 7-1 del Estatuto del TPIY. En este sentido, el fallo de primera instancia del asunto *Krnojelac* reviste particular importancia y ha sistematizado las formas de participación de uso en los tribunales *ad hoc*, en particular: la autoría principal del crimen convenido, la presencia durante la comisión acompañada de facilitación (colaboración o inducción) y la contribución intencional a los objetivos criminales de un grupo en razón de una posición de autoridad o de una posición específica⁷⁹⁰.

En el mismo sentido, la jurisprudencia del TPIR ha considerado establecidas las formas de participación enunciadas por el TPIY, basándose en la aplicación de la ECC y ha extendido estas hipótesis al contenido del artículo 6 del Estatuto del TPIR, con la sola exigencia de que el acusado haya participado, a título de autor principal, o haya facilitado o contribuido a la ejecución del propósito criminal común⁷⁹¹.

Sin embargo, autores como *Wilt* consideran que la ECC no es suficiente para establecer la responsabilidad por co-autoría en casos de fragmentación funcional de tareas, en los cuales la comunicación entre cada miembro de la empresa criminal es difusa o completamente oculta⁷⁹². En este sentido, la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* también se ha ido acercando de modo marginal a la teoría del control sobre el crimen que defiende hasta el momento la CPI y tres sentencias llaman particularmente la atención al respecto.

El primer caso corresponde al juicio contra *Stakic* donde se define la co-autoría basándose en la teoría del control sobre el crimen⁷⁹³. Este enfoque, basado en el carácter consuetudinario de la teoría del control sobre el crimen fue rechazado en segunda instancia y la Sala de Apelaciones del TPIY confirmó el uso de la teoría de la ECC⁷⁹⁴.

El segundo caso corresponde a la sentencia de apelación en el asunto *Brdjanin*, donde el TPIY admite la responsabilidad bajo una forma de participación similar a la co-autoría indirecta defendida por la CPI en el asunto *Katanga*. En el asunto *Brdjanin*, los elementos materiales de los crímenes bajo estudio (homicidio intencional, tortura y persecución, entre otros) fueron ejecutados por individuos pertenecientes a una

⁷⁹⁰ TPIY, Trial *Krnojelac*, IT-97-25-T, *op. cit.*, p. 81.

⁷⁹¹ TPIR, Appeals Chamber (13 December 2004): *The Prosecutor v. Elizaphan Ntakirutimana And Gérard Ntakirutimana*, Cases Nos. ICTR-96-10-A and ICTR-96-17-A, Judgment, párs. 463-465.

⁷⁹² VAN DER WILT, H., “Joint Criminal Enterprise”, *op. cit.*, p. 92.

⁷⁹³ TPIY, Trial *Stakic*, IT-97-24-T, *op. cit.*, párs. 440-441.

⁷⁹⁴ TPIY, Appeals Chamber (22 March 2006): *The Prosecutor v. Milomir Stakic*, Case IT-97-24-A, Judgment (en adelante: “TPIY, Appeals *Stakic*, IT-97-24-A), p. 62.

organización con objetivos criminales comunes (el llamado “comité de crisis”) a la cual pertenecía el acusado. En este marco, *Brdjanin* fue hallado culpable a título principal, desestimando las formas accesorias de facilitación y contribución, a pesar de que los autores materiales no eran sus subordinados directos⁷⁹⁵.

Esta sentencia, cuyo razonamiento indica que no es necesario que los autores materiales de los crímenes hagan parte de la ECC, se acerca a la idea de la ejecución de los actos materiales del crimen a través de terceros actuando como simples instrumentos de la organización cuyo control detenta el autor principal (co-autoría indirecta). De hecho, la Sala de Apelaciones del TPIY consideró que la relación entre el autor principal y los autores materiales puede quedar establecida si se prueba la relación de éstos últimos con cualquiera otro de los miembros de la ECC:

“When the accused, or any other member of the JCE, in order to further the common criminal purpose, uses persons who, in addition to (or instead of) carrying out the actus reus of the crimes forming part of the common purpose, commit crimes going beyond that purpose, the accused may be found responsible for such crimes provided that he participated in the common criminal purpose with the requisite intent and that, in the circumstances of the case, (i) it was foreseeable that such a crime might be perpetrated by one or more of the persons used by him (or by any other member of the JCE) in order to carry out the actus reus of the crimes forming part of the common purpose; and (ii) the accused willingly took that risk – that is the accused, with the awareness that such a crime was a possible consequence of the implementation of that enterprise, decided to participate in that enterprise”⁷⁹⁶.

El tercer caso de interés corresponde a la jurisprudencia del TPIR en el asunto *Seromba*. En esta sentencia, la Sala de Apelaciones del TPIR adoptó algunos elementos de la teoría del control sobre el crimen para aplicarlos a la comisión (autoría) del crimen de genocidio. Según el análisis del TPIR, *Seromba*, sacerdote del lugar de los hechos, efectuó una “contribución esencial” a la destrucción de la Iglesia y la consecuente masacre de la población allí congregada, y el tribunal infiere tal “contribución esencial” del conocimiento particular y especialísimo del acusado sobre la estructura del edificio y sus puntos débiles y del hecho de haber proporcionado esta información a los autores de los elementos materiales de la infracción⁷⁹⁷. La sentencia de Apelación rechazó la condena del acusado a título de facilitación por complicidad y encubrimiento de los autores materiales de los crímenes y acogió la autoría como forma de participación principal, a pesar de la opinión disidente del juez *Liu* sobre la existencia de una jurisprudencia consolidada de los tribunales *ad hoc* que rechaza la perpetración

⁷⁹⁵ TPIY, Appeals *Brdjanin*, IT-99-36-A, *op. cit.*, p. 410.

⁷⁹⁶ *Ibid.*, p. 411.

⁷⁹⁷ TPIR, Appeals Chamber (12 March 2008): *The Prosecutor v. Athanase Seromba*, Case ICTR-2001-66-A, Judgment (en adelante: TPIR, Appeals *Seromba*, ICTR-2001-66-A”), págs. 54-55.

indirecta como una forma de participación principal⁷⁹⁸.

3.2. LA CPI Y LA TEORÍA DE ROXIN O TEORÍA DEL CONTROL SOBRE EL CRIMEN

Esta teoría reposa en la idea de que los autores principales de un crimen no se agotan entre quienes ejecutan los elementos materiales de la infracción y que tal forma de participación se extiende hasta aquéllos que, pese a la distancia que les separa del lugar del crimen, controlan o dirigen la comisión del injusto criminal porque deciden si la infracción se comete y de qué manera va a ser cometida⁷⁹⁹.

El elemento objetivo de este enfoque está dado por las circunstancias de hecho que permiten el ejercicio de un control sobre el crimen y el elemento subjetivo exige el conocimiento sobre la existencia de tales circunstancias⁸⁰⁰.

La teoría del control sobre el crimen sirve para establecer el vínculo entre el acusado y los co-autores de la infracción, así como entre el acusado y los individuos que han sido instrumentalizados para ejecutar los elementos materiales del crimen, sean éstos últimos imputables o no⁸⁰¹. En este sentido, la diferencia entre una responsabilidad principal y las formas de participación accesoria está en el vínculo que tienen los autores principales con los individuos que ejecutan los elementos materiales del crimen.

Esta teoría ha sido expresamente creada para atacar la responsabilidad penal de los grandes líderes de organizaciones que cometen crímenes internacionales y, comparada con la teoría de la ECC, puede decirse que ejerce un control más estricto en cuanto al elemento material de la participación, es decir, la contribución esencial al crimen como condición *sine qua non*.

Con el objeto de atacar la criminalidad organizada a gran escala, la teoría del control sobre el crimen identifica, además de la autoría directa y las dos modalidades

⁷⁹⁸ *Ibid.*, párs. 31-36 y 239. Sobre la opinión disidente del juez Liu, véase: TPIR, Appeals Chamber (12 March 2008): *The Prosecutor v. Athanase Seromba*, Case ICTR-2001-66-A, Dissenting opinion of Judge Liu, párs. 2, 4-5 y 14.

⁷⁹⁹ Para un estudio completo de la teoría del control sobre el crimen, o teoría del dominio sobre el delito, véanse por ejemplo: ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, *op. cit.* 797 págs.; ROXIN, C., *Derecho Penal: Parte general*, vol. 1, *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, traducción de la 2^{da} versión alemana y notas de D-M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y J. Vicente Remesal, 1997, Madrid, Civitas, 1072 págs.

⁸⁰⁰ CPI, *Affaire Lubanga*, ICC-01/04-01/06-803, *op. cit.*, párs. 330-331.

⁸⁰¹ ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, *op. cit.*, pp. 259-269.

clásicas de autoría indirecta (mediata)⁸⁰², una tercera modalidad de autoría indirecta o autoría por control sobre el crimen en virtud de estructuras de poder organizadas⁸⁰³.

En cuanto a esta última modalidad de control, el profesor *Roxin* ha considerado:

“Según mi concepción, aquí es autor mediato todo aquel que está colocado en la palanca de un aparato de poder -sin importar en qué nivel de la jerarquía- y que a través de órdenes puede dar lugar a delitos en los cuales no importa la individualidad del ejecutante (...) no cambia para nada el hecho de que quien finalmente ejecute de propia mano el homicidio sea punible como autor inmediato”⁸⁰⁴.

Desde su creación en 1963, la teoría del control sobre el crimen del profesor *Claus Roxin*, ha servido como base para los juicios de la Alemania nazi (*Eichmann* y *Stashynski*) y la Alemania comunista (*Honecker*)⁸⁰⁵ y, recientemente, ha sido utilizada para juzgar a grandes responsables por crímenes de lesa humanidad en Argentina y Perú, entre ellos, a altos responsables de las fuerzas militares argentinas, al máximo líder de la organización guerrillera peruana *Sendero Luminoso* y al ex presidente de Perú *Alberto Fujimori*.

Los tribunales argentinos han hecho alusión expresa a la teoría del control sobre el crimen en virtud de aparatos organizados de poder:

“En cuanto al grado de participación de *Etchecolatz* en los delitos imputados, salvo aquéllos en los que intervino personalmente resultando coautor de los mismos, el tribunal entendió que resulta de aplicación la concepción del dominio del hecho como elemento idóneo para caracterizar como autor mediato de los mismos a *Etchecolatz*.

Al respecto, en la citada causa 13/84 la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital se pronunció a favor de este criterio. Sobre la autoría mediata sostuvo: “(...) la forma que asume el dominio del hecho en la autoría mediata es la del dominio de la voluntad del ejecutor, a diferencia del dominio de la acción, propio de la autoría directa, y del dominio funcional, que caracteriza a la coautoría. En la autoría mediata el autor, pese a no realizar conducta típica, mantiene el dominio del hecho a través de un tercero cuya voluntad, por alguna razón, se encuentra sometida a sus designios... Se acepta un supuesto en el que puede coexistir la autoría mediata con un ejecutor responsable. Según *Claus Roxin*, junto al dominio de la voluntad por miedo o por error, hay que contemplar la del dominio de la voluntad a través de un aparato organizado de poder (...)”⁸⁰⁶.

Los altos tribunales argentinos han admitido que la autoría mediata en virtud del

⁸⁰² La autoría indirecta o mediata ha sido asociada tradicionalmente a la ausencia de responsabilidad de quien ejecuta los elementos materiales del crimen. En este sentido se han identificado dos modalidades de autoría directa, a saber: (1) la autoría por control sobre el error del autor de los elementos materiales de la infracción; y (2) la autoría por control sobre la voluntad del autor de los elementos materiales de la infracción. En la primera modalidad el autor material actúa bajo error invencible y en la segunda modalidad bajo insuperable coacción ajena.

⁸⁰³ CSJ-RP, Sala Penal Nacional (13 de octubre de 2006): *La Fiscalía c. Sendero Luminoso, Abimael Guzmán et al.*, Expediente núm. EA 560-03, Sentencia, pp. 74 y ss.; ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, op. cit., pp. 269-279.

⁸⁰⁴ ROXIN, C., “La autoría mediata por dominio de la organización”. *RDP-A núm. 2005-2*, 2006, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, pp. 9-12, p. 11.

⁸⁰⁵ ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, op. cit., pp. 270-271.

⁸⁰⁶ TOCF-RA, Caso *Etchecolatz*, núm. 205, op. cit., “resultas” del proceso.

control sobre una estructura organizada de poder se basa en el hecho de que el autor conserva el dominio de los acontecimientos a través del manejo discrecional del sistema, no ya sobre una voluntad concreta, sino sobre una voluntad indeterminada, pues cualquiera que sea el ejecutor de la orden delictiva, el hecho se producirá⁸⁰⁷.

El carácter fungible o intercambiable del autor de los elementos materiales del crimen fue señalado igualmente como una condición indispensable para la configuración de la autoría indirecta derivada del control de los aparatos organizados de poder⁸⁰⁸.

Esta concepción de la autoría mediata viene siendo plenamente aplicada a las causas que involucran estructuras jerárquicas, a menudo militares, para juzgar a los líderes y superiores que utilizan, en todo o en parte, las fuerzas bajo su mando, en la comisión de los injustos criminales⁸⁰⁹.

En la situación de Perú, el asunto *Fujimori* permitió a un alto tribunal nacional desarrollar una teoría útil en contextos de serias y masivas violaciones a los derechos humanos que constituyen crímenes internacionales, en la ocurrencia, de lesa humanidad. En consecuencia, la jurisprudencia contiene una serie de orientaciones eficientes para juzgar líderes políticos y altos responsables de la empresa criminal, no en función de su contribución material al injusto penal, sino en función de las circunstancias de hecho que permitieron al acusado ejercer el control sobre el *iter criminis* y el conocimiento del autor acerca de su propio poder de control.

En 2009, esta línea de análisis fue desarrollada por el alto tribunal peruano, según el cual:

“(…) (i) para atribuir la realización de un hecho delictivo por dominio de organización no se necesita probar el dominio del hecho concreto, esto es, el control del curso causal del delito cometido (...), sino demostrar el control de la fuente del riesgo, es decir, el aparato de poder; (ii) no se necesita probar la orden directa de cometer los delitos concretos, dado que quien está en la cabeza de la cadena también puede ser imputado por la omisión de controlar el aparato de poder pudiendo y debiendo hacerlo. Y, (iii) tampoco se necesita probar que el hombre de atrás quiso que los actos ilícitos se realizaran, porque basta con demostrar que el dirigente conocía el aparato de poder organizado y sus actividades ilícitas y decidió que continuara con ellas”⁸¹⁰.

⁸⁰⁷ *Ibid.*

⁸⁰⁸ *Ibid.*

⁸⁰⁹ *Ibid.*

⁸¹⁰ CSJ-RP, Sala Plena Penal Transitoria (30 de diciembre de 2009): *La Fiscalía c. Alberto Fujimori Fujimori*, Expediente núm. AV 19-1-2001, Sentencia, pp. 42 y ss, pár. 3.3; CSJ-RP, Sala Penal Especial (7 de abril de 2010): *La Fiscalía c. Alberto Fujimori Fujimori*, Expediente núm. AV 19-2001, Sentencia.

Por otra parte, el acervo probatorio y los alegatos del juicio a *Fujimori* fueron producto del trabajo mancomunado de juristas y abogados de toda América Latina, organizados en representación y apoyo de las víctimas⁸¹¹. El enfoque jurídico se vio fortalecido oportunamente por la jurisprudencia de la Corte IDH⁸¹² y por el seguimiento a la ejecución de sus fallos⁸¹³, con lo cual, puede decirse que esta jurisprudencia resume el estado actual del Derecho Penal latinoamericano en materia de crímenes internacionales.

A pesar de su importancia, algunos elementos siguen siendo materia de debate en cuanto a la aplicación estricta de la jurisprudencia peruana en otros contextos. De hecho, el control sobre el crimen ejercido a través de aparatos organizados, en el entendido del tribunal peruano, exige una jerarquía rígida de la organización en cuestión, la naturaleza fungible de los autores materiales y un objetivo criminal⁸¹⁴.

En este sentido, la naturaleza rígida de la jerarquía es fácilmente demostrable tratándose de altos funcionarios del Estado que tienen autoridad y control directo sobre las fuerzas armadas. No así, en el caso de líderes y superiores políticos sin autoridad militar *de jure*, que actúan por intermediación de organizaciones irregulares cuya estructura, por lo general clandestina, jamás puede ser conocida en su integridad con miras a un juicio de reproche. Cabría efectuar un análisis de figuras similares, como la “*functional perpetration*” del sistema holandés cuya diferencia con el control sobre el crimen está precisamente en este punto⁸¹⁵.

⁸¹¹ FIDH, *El juicio a Fujimori: el fin de la impunidad?*, 2008, París, Imprimerie de la FIDH, 24 págs., p. 5. Otros documentos de interés pueden ser consultados en el sitio: <http://www.juicioysancionafujimori.org/documentos.htm> (consultado: 25/01/2011).

⁸¹² Corte IDH, *Caso Barrios Altos v. Perú*, *op. cit.*, pár. 41; Corte IDH, *Caso La Cantuta v. Perú*, *op. cit.*, párs. 80.62 y 96.

⁸¹³ La reforma del Reglamento de la Corte IDH en 2000 dio a las víctimas y a sus representantes legales el *locus standi in iudicio* (arts. 24, 36, 40 y 42-2). Esta reforma fue adicionada en 2009 para institucionalizar celebración de sesiones *in loco* (sobre el terreno) (art. 13) que ya venían operando *de facto* para la supervisión de las medidas cautelares (art. 26-7). Adicionalmente, la reforma de 2009 institucionalizó el seguimiento a la ejecución de las sentencias y de otras decisiones de la Corte IDH (art. 63) a través de informes de seguimiento obligatorios (art. 63-1) y de la celebración de audiencias privadas, entre otros mecanismos (art. 63-3). Véase: Corte IDH, s/n (31-1-2009): *Reglamento aprobado por la Corte en el período ordinario XLIX de sesiones del 16 a 25 de noviembre de 2001 y reformado en el período ordinario LXXXII de sesiones del 19 al 31 de enero de 2009*, 29 págs., (en adelante: “Reglamento de la Corte IDH”).

⁸¹⁴ *Ibid.*, p. 44, pár. 3.3.1.

⁸¹⁵ VAN DER WILT, H., “On Functional Perpetration in Dutch Criminal Law. Some reflections sparked off by the Case against the former Peruvian president Alberto Fujimori”, *ZIS núm. 11*, 2009, Amsterdam, Deutsche Forschungsgemeinschaft, pp. 615-621, p. 617.

En la jurisprudencia internacional penal, la teoría de *Roxin* ha sido enteramente usada en la interpretación de las formas de participación principal del artículo 25-3-a del Estatuto de Roma, en el marco de las Decisiones de confirmación de cargos en los asuntos *Lubanga* y *Katanga-Ngudjolo*, emanadas de la Sala Preliminar I de la CPI. Las repercusiones del uso de la teoría en mención, deben ser analizadas a partir de cada una de las formas de participación del artículo 25 de Estatuto de Roma.

3.3. LAS TEORÍAS DE LA RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO PENAL COLOMBIANO

El Derecho Penal colombiano parte de un conjunto de premisas que pueden resumirse en: (1) el uso del *jus puniendi* como *ultima ratio*; (2) sus funciones de prevención, retribución, reparación, resocialización y restablecimiento de derechos; (3) su carácter racional en la doble dimensión de afectación y tutela de derechos; y (4) el marco de las funciones de la pena (art. 4 del Código Penal) y de las medidas de seguridad (art 5 del Código Penal). Estas premisas son aplicables en el marco de un modelo de Estado social y democrático de Derecho (art. 1 Constitución Política).

El Código Penal, al igual que el Estatuto de Roma, no contiene expresamente una teoría de la responsabilidad penal. En este sentido, el juez penal tiene la obligación de desarrollar las nociones de participación criminal mejor adaptadas a los perfiles de los acusados que son llevados ante la justicia, según el acervo probatorio⁸¹⁶.

La responsabilidad penal en el derecho colombiano supone la existencia de una persona física (natural) que tiene la capacidad de cometer una conducta: típica, antijurídica y culpable (art. 9 del Código Penal).

El injusto penal es definido como la conducta típica⁸¹⁷ y antijurídica en el sentido formal (lesión a la norma) y material (puesta en peligro real del bien jurídico

⁸¹⁶ La teoría finalista del delito desarrollada por el profesor *Hans Welzel* ha sido una escuela muy influyente en el derecho colombiano y ha sido completada con corrientes del pos-finalismo. Para un estudio completo de la teoría finalista, véanse, por ejemplo: WELZEL, H., *El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*, traducido y anotado por J. Cerezo Mir, 1964, Barcelona, Ariel, 131 págs.; WELZEL, H., *Derecho penal alemán: parte general*, traducido del alemán por J. C. Bustos Ramírez y S. Yánes Pérez, 2^{da} edición, 1976, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 403 págs.; WELZEL, H., *Estudios de derecho penal: estudios sobre el sistema de derecho penal, causalidad y acción, derecho penal y filosofía*, traducido por G. E. Aboso y T. Löw, 2002, Montevideo, 156 págs.

⁸¹⁷ La tipicidad incluye los componentes objetivos de la infracción (*actus reus*) y la intencionalidad (*mens rea*).

protegido). De esta manera, la noción de culpabilidad establece la relación entre el injusto y el autor, y fundamenta el reproche personal contra el autor de una conducta⁸¹⁸.

La responsabilidad penal en el sistema colombiano responde a los postulados de la escuela post-finalista que asienta el juicio de reproche en la intencionalidad como elemento constitutivo de la infracción (arts. 22 y 23 del Código Penal) y que exige que la conducta sea antijurídica para que pueda configurarse (art. 11 del Código Penal).

La culpabilidad permite la configuración y la gradación de responsabilidad por la infracción, partiendo del lugar que se ocupe como sujeto activo de la misma y, en consecuencia, el juicio de reproche implica una valoración *in concreto* de la conducta del encausado⁸¹⁹.

En el caso de los delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario (arts. 135-164 del Código Penal) el juicio de reproche exige el dolo como regla general (art. 22 del Código Penal). El estudio de culpabilidad o juicio de reproche cobija igualmente la verificación de la ausencia de causales de exclusión de la responsabilidad (art. 32 del Código Penal).

Conforme a la doctrina más autorizada, la conducta culpable es aquella que el autor del injusto realiza voluntariamente y dirige a un fin criminal, sea porque expresamente busca obtener el resultado o porque conociendo las causas, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su acción y decide no evitarla. En este sentido, se mantiene la culpabilidad como un ejercicio de verificación empírica de la autodeterminación del individuo, de modo coherente con los principios constitucionales, para evitar excesos del poder frente a nociones de deber legal inanimadas⁸²⁰.

La intencionalidad idónea del autor es el fundamento del juicio de reproche. La valoración anticipada de los fines que persigue el autor con la ejecución de su conducta (plan del autor), la elección de los medios que conducen a esos fines y la consideración

⁸¹⁸ TAVARES, J. E. X., *Teoría del injusto penal*, traducción de la 2^{da} edición portuguesa por M. Pereira, 2010, Montevideo, B. de F., 361 págs., p. 108; REYES ECHANDÍA, A., *Culpabilidad*, *op. cit.*, p. 15.

⁸¹⁹ BINDING, K., *La culpabilidad en Derecho Penal*, traducido del alemán por M. Cancio Meliá, 2009, Buenos Aires, B de F, 165 págs., p. 5.

⁸²⁰ REYES ECHANDÍA, A., *Culpabilidad*, *op. cit.*, pp. 13, 26-27; ZAFFARONI, E. R., “La ciencia penal alemana y las exigencias político-criminales de América Latina”. En: H-J. Albrecht *et al.*, (comp.), *Criminalidad, evolución del Derecho penal y crítica al Derecho penal en la actualidad*, 2009, Buenos Aires, Editores del Puerto, 464 págs., pp. 3-13, p. 9; ZAFFARONI, E. R., *Derecho Penal. Parte General*, 2000, Buenos Aires, Sociedad Anónima Editora, 1017 págs., p. 620.

de los efectos concomitantes o colaterales, son los elementos que permiten inferir la culpabilidad del autor y llamarle a responder por las consecuencias que han sido incorporadas a la voluntad anticipadora de la realización del injusto⁸²¹.

En esta línea de análisis, la jurisprudencia y la doctrina colombianas han adoptado progresivamente el enfoque funcional defendido por el profesor *Roxin*. Esta teoría aplicada al juicio de reproche muestra que la conducta del individuo no es sólo la producción de un resultado evitable con voluntad y conocimiento individual del carácter dañoso de su ejecución. El juicio de reproche exige un estudio material de la conducta que debe ser objetivamente (materialmente) imputable, evitable y culpable⁸²².

Esta noción de la culpabilidad como idea de prevención⁸²³, ha sido reforzada por corrientes del post-finalismo que defienden el papel primordial del bien jurídico protegido en la interpretación de los tipos penales y su importancia constitucional como límite punitivo del Estado⁸²⁴ partiendo de la idea de autodeterminación y libertad⁸²⁵.

La culpabilidad es estudiada en estrecha asociación con los principios constitucionales, en particular con los valores de equidad, libertad y garantías ciudadanas de los artículos 1, 2 y 260 de la Constitución Política y, en este sentido, la doctrina colombiana tiende a apartarse de la tendencia de culpabilidad como elemento de prevención general que busca mayor eficacia de protección a cambio de un menor contenido garantista⁸²⁶.

De hecho, la jurisprudencia constitucional colombiana ha considerado que la naturaleza abstracta del injusto penal exige una valoración *in concreto* del juez penal que conduzca a la atribución de la responsabilidad del acusado, en función de sus actos

⁸²¹ AGUDELO BETANCUR, N., *Curso de derecho penal: esquemas del delito*, 2^{da} edición, 1993, Bogotá, Editorial Linotipia Bolívar, 174 págs., p. 121.

⁸²² Para un estudio completo de la teoría funcional del delito, véanse, entre otros: ROXIN, C., *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, traducido y anotado por F. Muñoz Conde, 1981, Madrid, Reus, 200 págs.; ROXIN, C., *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, traducido por C. Gómez Rivero y C. García Cantizano, 2000, Valencia, Tirant lo Blanch, 158 págs.

⁸²³ DEMETRIO CRESPO, E.; RODRÍGUEZ YAGÜE, C., (coord.), *Curso de Derecho penal: parte general*, *op. cit.*, 322.

⁸²⁴ SCHÜNEMANN, B., *¡El derecho penal es la ultima ratio para la protección de los bienes jurídicos!. Sobre los límites inviolables del derecho penal en un Estado liberal de derecho*, Cuadernos de Conferencias y Artículos núm. 38, traducido por Á. De la Torre Benítez, 2007, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 73 págs., p. 22.

⁸²⁵ ZAFFARONI, E. R., *Derecho Penal. Parte General*, *op. cit.*, p. 641.

⁸²⁶ BORJA JIMÉNEZ, E., *Acerca de lo Universal y lo Particular del Derecho Penal*, Monografías módulo penal núm. 14, 2010, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 164 págs., p. 56.

dirigidos a la perpetración del injusto y, según la forma de participación, en función de la importancia de su contribución al crimen (art. 29 del Código Penal):

“Por tal motivo, la labor del juez no puede reducirse a una simple atribución mecánica de los postulados generales, impersonales y abstractos consagrados en la ley a casos concretos, pues se estarían desconociendo la complejidad y la singularidad de la realidad social, la cual no puede ser abarcada por completo dentro del ordenamiento positivo”⁸²⁷.

En el juicio de reproche, la ausencia de una teoría de la responsabilidad expresamente señalada por el legislador ha llevado al juez penal y a la doctrina colombiana a abordar las formas de participación a partir de enfoques funcionalistas más o menos estrictos.

Según el enfoque de imputación objetiva de las formas de participación, sólo quienes ejecutan físicamente uno o varios de los elementos materiales de la infracción pueden ser considerados como autores principales del crimen⁸²⁸. En este sentido, el autor debe tener un control funcional de los elementos materiales de la infracción y, de existir una colectividad de autores, el autor principal debe efectuar su contribución durante la fase ejecutiva del injusto penal y sobre los elementos materiales del crimen⁸²⁹.

La consecuencia natural de este enfoque es el rechazo del control del crimen en virtud de los aparatos organizados de poder como una hipótesis de la autoría indirecta o mediata⁸³⁰. Como segunda consecuencia derivada de la primera, la co-autoría sólo es aceptada cuando el autor (conjunto) tiene un control funcional del hecho, es decir, se excluye la posibilidad de un co-autor que ejecute los elementos materiales de la infracción a través de un intermediario (instrumento) que sea controlado por otro co-autor y, en consecuencia, la co-autoría material indirecta no es aceptada⁸³¹.

En el caso *Machuca*, la CSJ, a pesar de haber desarrollado los presupuestos objetivos y subjetivos de la teoría del control en virtud de la organización, optó por la co-autoría impropia por división de trabajo⁸³². No obstante, la CSJ señaló al mismo tiempo la importancia de integrar en la autoría todas las actividades derivadas de un plan criminal común con miras a configurar una responsabilidad *in solidum* de todos los

⁸²⁷ CC, Sentencia C-836/01, *op. cit.*, párs. 4-5.

⁸²⁸ VELÁSQUEZ V., F., *Derecho Penal: Parte General*, 4^{ta} edición, 2009, Bogotá, Librería Jurídica Comlibros, 1317 págs., p. 907.

⁸²⁹ *Ibid.*, p. 910.

⁸³⁰ *Ibid.*, p. 907.

⁸³¹ *Ibid.*, p. 910.

⁸³² CSJ, Caso *Machuca*, núm. 23825, *op. cit.*, p. 72.

partícipes, cualesquiera que fuese el acto de la intervención y fue interpelada por el Ministerio Público sobre la importancia de actualizar su jurisprudencia para abordar las consecuencias del contexto actual en el marco del Derecho Internacional⁸³³.

En este proceso evolutivo, la jurisprudencia introdujo el enfoque dialéctico de la culpabilidad que admite un análisis más extenso sobre las modalidades de autoría a título principal frente al fenómeno de la intervención de múltiples sujetos en la acción criminal, incluida la noción del control sobre el crimen en virtud de los aparatos organizados de poder. En este sentido, puede afirmarse que la conducta del autor provisto de poder en una estructura jerárquica, es compatible con un amplio ámbito de autodeterminación, por lo tanto, la reprochabilidad es mayor⁸³⁴.

Las respuestas brindadas por la CSJ, en particular, en los juicios a parlamentarios vinculados con grupos paramilitares y en algunos casos relativos a crímenes cometidos por grupos insurgentes, han venido consolidando una “doctrina probable” en el marco de las exigencias del artículo 4 de la Ley 169 de 1896⁸³⁵.

El deber de la CSJ de dinamizar el derecho interno y adaptarlo a los contextos nacionales, ha sido reiterado por la CC a propósito de la aplicación de la “doctrina probable”:

“(…) la ley, tanto en sentido material como en sentido formal, requiere de la actividad del juez para darle sentido al ordenamiento jurídico (…) el juez constituye un momento esencial del derecho, puesto que la vocación inherente a las normas jurídicas generales es la aplicación (…) El juez no puede menos que fallar, halle o no en el ordenamiento elementos que le permitan justificar su decisión. (…) en nuestro contexto actual, es necesario reconocer que el papel creador del juez en el Estado contemporáneo no se justifica exclusivamente por las limitaciones materiales de la actividad legislativa y el aumento de la complejidad social. Tiene una justificación adicional a partir de los aspectos teleológicos y normativos, sustanciales del Estado Social de Derecho. Ésta ha sido la posición adoptada por esta Corporación desde sus inicios (…)”

La fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema proviene: (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla y de su función como órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; (2) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades; (3) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; [y] (4) del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular⁸³⁶.

⁸³³ *Ibid.*, pp. 37-38.

⁸³⁴ ZAFFARONI, E. R., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 644.

⁸³⁵ La evolución jurisprudencial del alto tribunal se basa en el mandato del artículo 113 de la Constitución Política acerca de la función primordial de la jurisprudencia como elemento dinamizador del derecho en Colombia.

⁸³⁶ CC, Sentencia C-836/01, op. cit., párs. 3-4, con reenvíos de jurisprudencia.

La obligación del juez inferior de considerar expresamente la doctrina probable de la CSJ es igualmente un mandato constitucional:

“Con todo, podría afirmarse que las decisiones de la Corte Suprema no vinculan a los jueces inferiores, pues se trata de autoridades judiciales que ejercen sus funciones de manera autónoma (...) Ello no es así, (...) El artículo 1º de la Constitución establece que nuestro país es un "Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria". Esta forma de organización implica la unidad del ordenamiento jurídico, que se vería desdibujada si se acepta que la autonomía judicial implica la facultad de interpretar el ordenamiento sin tener en cuenta la interpretación que haga la cabeza de la respectiva jurisdicción (...). En la justicia ordinaria dicha estructura tiene a la Corte Suprema en la cabeza, y eso significa que ella es la encargada de establecer la interpretación que se debe dar al ordenamiento dentro de su respectiva jurisdicción, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución.

(...) Por otra parte, la autoridad de la Corte Suprema para unificar la jurisprudencia tiene su fundamento en la necesidad de garantizar los derechos fundamentales de las personas y esta atribución implica que la Constitución le da un valor normativo mayor o un "*plus*" a la doctrina de esa alta Corporación que a la del resto de los jueces de la jurisdicción ordinaria. Ello supone que la carga argumentativa que corresponde a los jueces inferiores para apartarse de la jurisprudencia decantada por la Corte Suprema es mayor que la que corresponde a éste órgano para apartarse de sus propias decisiones por considerarlas erróneas”⁸³⁷.

Por su parte, la CSJ, en el afán de adaptar el derecho interno a los contextos nacionales está autorizada a modificar su jurisprudencia, introduciendo enfoques más adaptados, siempre que la nueva doctrina probable sea debidamente motivada y cumpla con las condiciones del artículo 4 de la Ley 169 de 1896:

“(…) Con todo, la aplicabilidad de los principios y reglas jurisprudenciales depende de su capacidad para responder adecuadamente a una realidad social cambiante (...). Esto impone la necesidad de formular nuevos principios o doctrinas jurídicas, modificando la jurisprudencia existente (...). Sin embargo, ello no significa que los jueces puedan cambiar arbitrariamente su jurisprudencia aduciendo, sin más, que sus decisiones anteriores fueron tomadas bajo una situación social, económica o política diferente. Es necesario que tal transformación tenga injerencia sobre la manera como se había formulado inicialmente el principio jurídico que fundamentó cada aspecto de la decisión, y que el cambio en la jurisprudencia esté razonablemente justificado conforme a una ponderación de los bienes jurídicos involucrados en el caso particular (...).

Adicionalmente, el juez puede observar que a pesar de las similitudes entre el caso que debe resolver y uno resuelto anteriormente existen diferencias relevantes no consideradas en el primero, y que impiden igualarlos, y en consecuencia, estaría permitido que el juez se desviara de la doctrina judicial que en apariencia resulta aplicable. *A contrario sensu*, puede haber dos casos que en principio parezcan diferentes, pero que, observados detalladamente, tengan un término de comparación *-tertium comparationis-* que permita asimilarlos en algún aspecto. En esa medida, resulta adecuado que el juez emplee criterios de igualación entre los dos, siempre y cuando la equiparación se restrinja a aquellos aspectos en que son equiparables, y solamente en la medida en que lo sean. En este caso, el juez debe hacer explícitas las razones por las cuales, a pesar de las similitudes aparentes, los casos no merezcan un tratamiento igualitario o, a la inversa, debe argumentar porqué, a pesar de las diferencias aparentes, los casos deben recibir un trato idéntico o similar. Tanto en una como en otra hipótesis, los criterios de igualación o de diferenciación deben ser jurídicamente relevantes, y el trato debe ser proporcional a la diferencia en la situación de hecho”⁸³⁸.

⁸³⁷ *Ibid.*, párs. 11 y 20.

⁸³⁸ *Ibid.*, párs. 18 y 24.

En armonía con este mandato, la concepción dialéctica de la culpabilidad aborda la capacidad del individuo (juicio de imputabilidad) y su conocimiento acerca de la prohibición penal (conciencia de antijuridicidad) o la exigibilidad de una conducta diferente. No obstante, para una verificación de la suficiente motivación del injusto, la jurisprudencia penal colombiana debe verificar el grado de autodeterminación del individuo y el grado de “reprochabilidad” de la conducta. La doctrina probable de la CSJ en esta materia es el producto de un desarrollo progresivo de su propia jurisprudencia⁸³⁹ y consulta los avances de la jurisprudencia de la CPI en el asunto *Katanga*, la jurisprudencia de otros países, en particular Argentina, Chile y Perú, así como la doctrina internacional en la materia⁸⁴⁰. Esta doctrina se ha venido aplicando fundamentalmente en la autoría indirecta por control sobre el crimen en virtud de aparatos organizados de poder.

4. APROXIMACIÓN A LAS FORMAS DE PARTICIPACIÓN EN LOS CRÍMENES DE GUERRA

4.1. LA AUTORÍA DIRECTA COMO FORMA CLÁSICA DE PARTICIPACIÓN PRINCIPAL

4.1.1. La autoría directa del artículo 25-3-a del Estatuto de Roma

“(…) [quien]: Cometa ese crimen por sí solo (…)”.

La primera forma de participación corresponde a la persona que comete sola y de forma directa el crimen en cuestión. El autor directo es definido como el individuo que ejecuta personalmente los actos materiales constitutivos de la infracción⁸⁴¹.

⁸³⁹ CSJ, Masacre de *La Gabarra*, núm. 24448, *op. cit.*, p. 31; CSJ, Caso *Machuca*, núm. 23825, *op. cit.*, p. 17; CSJ, Sala de Casación Penal (2 de septiembre de 2009): *La Fiscalía c. Paula Andrea Calle Piedrahita*, Radicado núm. 29221, Aprobado: Acta núm. 227, Sentencia (en adelante: “CSJ, Caso *Calle Piedrahita*, núm. 29221”), p. 22 nota 4; CSJ, Sala de Casación Penal (23 de febrero de 2010): *La Fiscalía c. Álvaro Alfonso García Romero*, Radicado núm. 32805, Aprobado: Acta núm. 56, Sentencia (en adelante: “CSJ, Parapolítica senador *García Romero*, núm. 32805”), p. 76.

⁸⁴⁰ CSJ, Parapolítica senador *García Romero*, núm. 32805, *op. cit.*, pp. 75-80.

⁸⁴¹ Según *Ambos* la versión inglesa: “*as an individual*” y la versión francesa: “*individuellement*”, ofrecen algunas dudas sobre el hecho de que el individuo pueda actuar con otros individuos o a través de otros. Sin embargo, la jurisprudencia de la CPI ha precisado que la autoría directa supone una acción individual que no compromete la acción de un tercero. Véase: AMBOS, K., “Article 25: Individual criminal responsibility”, *op. cit.*, p. 748; CPI, *Affaire Lubanga*, ICC-01/04-01/06-803, *op. cit.*, párs. 318-320.

Esta forma de participación ha sido poco usada en la jurisprudencia de la CPI, en ausencia de prueba suficiente⁸⁴². En los casos bajo estudio de la CPI, la autoría conjunta (co-autoría) y la autoría mediata han sido de uso más frecuente, habida cuenta de la participación de grupos armados organizados donde los acusados han ejercido funciones de altos mandos.

En la jurisprudencia del TPIY relativa a los crímenes de lesa humanidad por detención ilegal de civiles en los campos de concentración de *Celebici*, la Sala de Apelaciones determinó que la autoría directa corresponde, en particular, a los individuos responsables de la detención en un sentido más directo o completo, es decir, a quienes ejecutan y mantienen la detención de la víctima, por exclusión de otras formas de participación:

“Such responsibility is more properly allocated to those who are responsible for the detention in a more direct or complete sense, such as those who actually place an accused in detention without reasonable grounds to believe that he constitutes a security risk; or who, having some powers over the place of detention, accepts a civilian into detention without knowing that such grounds exist; or who, having power or authority to release detainees, fails to do so despite knowledge that no reasonable grounds for their detention exist, or that any such reasons have ceased to exist (...)

Lesser degrees of directness of participation obviously remain relevant to liability as an accomplice or a participant in a joint criminal enterprise, which concepts are best understood by reference first to what will establish primary liability for an offence (...)”⁸⁴³.

4.2.2. El autor directo del artículo 29 del Código Penal colombiano⁸⁴⁴

“Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo (...)”.

La autoría directa define los casos en los que se presenta verdadero dominio del hecho por acción, es decir, el acusado ha ejecutado directamente los elementos materiales del crimen sin ninguna intermediación. Esta forma de perpetración corresponde claramente a su homóloga en el artículo 25-3-a del Estatuto de Roma, cuya

⁸⁴² En la situación de Uganda, sólo la agresión sexual de violación, como crimen de lesa humanidad ha sido imputada a título de autoría directa en el marco del artículo 25-3-a del Estatuto de Roma. Véase: CPI, Pre-trial Chamber II (27 September 2005): *The Prosecutor v. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo and Dominic Ongwen*, ICC-02/04-01/05, Warrant of Arrest for Joseph Kony issued on 8th July 2005 as amended on 27th September 2005 (en adelante: “CPI, *Kony* case, ICC-02/04-01/05”), pág. 42.

⁸⁴³ TPIY, Appeals *Delalic et al*, IT-96-21-A, *op. cit.*, párs. 342-343.

⁸⁴⁴ El artículo 29 del Código Penal enumera taxativamente los casos de autoría en el Derecho Penal colombiano. Este método restrictivo de definición incluye la autoría directa, la autoría indirecta o mediata, la co-autoría, la autoría indirecta o mediata, la coautoría indirecta por cadena de mando (desarrollada en jurisprudencia reciente). Todos los autores son considerados a título principal para efectos de la pena.

versión española no deja margen de duda sobre la intención al referirse a quien “cometa ese crimen por sí solo”.

El autor directo (material) debe ser hallado responsable en el triple juicio de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, es decir, haber reunido de modo directo los elementos materiales de la incriminación, el elemento de intencionalidad y no concurrir en su conducta ninguna causal eximente de la responsabilidad (art. 32 del Código Penal).

En el asunto contra el senador *Quintero Villalba* por los cargos de conformación de grupos paramilitares, la CSJ dejó expresamente señalado que la autoría directa puede inferirse de una cadena indiciaria que permita establecer, válidamente, los elementos materiales de la infracción:

“Así, la respuesta que en la propia providencia se ofrece sobre este concreto aspecto, para nada denota duda, (...). Las declaraciones de su compañero de fórmula a la Cámara MANUEL DARÍO ÁVILA PERALTA, la experiencia como dirigente político de vieja data, las intensas acciones protagonizadas por el frente Élmer Cárdenas, el descenso del lugar en la lista del candidato ELBO ENRIQUE ESCOBAR, dan fe del enorme compromiso que la organización ilegal tenía con el congresista, que surge de la deducción lógica, basada en la experiencia (...)”⁸⁴⁵.

4.2. LA CO-AUTORÍA O CO-PERPETRACIÓN COMO SEGUNDA FORMA DE PARTICIPACIÓN PRINCIPAL

4.2.1. La co-autoría del artículo 25-3-a del Estatuto de Roma

“(...) [quien]: Cometa ese crimen (...) con otro (...)”.

El segundo tipo corresponde a la persona que comete el crimen conjuntamente con otra persona. La co-autoría supone la existencia de una organización conjunta del plan criminal y la contribución individual de cada uno de los participantes a la comisión del crimen.

La jurisprudencia de confirmación de cargos en el caso *Lubanga* de la CPI, hizo importantes contribuciones al estudio del artículo 25-3-a del Estatuto de Roma, abordado desde la perspectiva de las formas principales de participación que incluyen la autoría directa, la co-autoría y la autoría indirecta⁸⁴⁶.

⁸⁴⁵ CSJ, Sala de Casación Penal (27 de septiembre de 2010): *La Fiscalía c. Rubén Darío Quintero Villalba*, Radicado núm. 34653, Aprobado: Acta núm. 310, Sentencia, p. 35.

⁸⁴⁶ CPI, *Affaire Lubanga*, ICC-01/04-01/06-803, *op. cit.*, p. 332. En el caso *Ntaganda*, la orden de detención estuvo basada, igualmente en la co-autoría por el crimen de guerra de reclutamiento,

En este sentido, la CPI estableció un conjunto de criterios diferenciadores entre la noción de co-autoría y la noción de complicidad del artículo 25-3-c del Estatuto de Roma, basándose en la naturaleza principal de la co-autoría como perpetración colectiva⁸⁴⁷.

En primer lugar, la CPI descartó el análisis objetivo exclusivo de la co-autoría, es decir, el enfoque que exige la ejecución de uno o varios elementos materiales de la infracción para que una persona pueda ser considerada como autor de un crimen⁸⁴⁸. La CPI descartó igualmente el enfoque de la jurisprudencia del TPIY, cuya teoría de la ECC permite basar la responsabilidad únicamente sobre el elemento de intencionalidad compartido y sin una verificación estricta del elemento objetivo⁸⁴⁹.

Conforme a la teoría del control sobre el crimen adoptada por la CPI⁸⁵⁰, el control del autor sobre el crimen va más allá de los actos materiales de ejecución del crimen en cuestión y aborda todo acto que suponga una acción conjunta de comisión de la infracción, incluida la acción de los responsables o determinadores del crimen, basándose en circunstancias de hecho que permitan ejercer un control sobre el crimen y sus modalidades, a pesar de la distancia del lugar de ejecución de los actos materiales⁸⁵¹.

En su jurisprudencia, la CPI ha estimado que los autores principales del crimen se encuentran exclusivamente entre quienes detentan el control de la comisión de la infracción y tienen conciencia de este poder. El control sobre el crimen puede predicarse del control sobre los elementos objetivos de la infracción, del control de las voluntades de quienes ejecutan los actos materiales del crimen y del control sobre la infracción en sí misma, como consecuencia de las tareas esenciales que le han sido asignadas al co-autor⁸⁵².

La CPI distingue la noción de la co-autoría (comisión conjunta), de la contribución intencional del artículo 25-3-d del Estatuto de Roma. En el marco de la co-autoría se verifica el carácter esencial de la contribución a la ejecución del crimen por

alistamiento o participación de menores en la guerra (arts. 8-2-b-xxvi y 8-2-e-vi del Estatuto de Roma). Véase: CPI, Chambre Préliminaire I (22 août 2006): *Le Procureur c. Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-01/08-14, Mandat d'arrêt à l'encontre de Bosco Ntaganda, p. 4.

⁸⁴⁷ CPI, *Affaire Lubanga*, ICC-01/04-01/06-803, *op. cit.*, párs. 326-327.

⁸⁴⁸ *Ibid.*, pár. 328.

⁸⁴⁹ *Ibid.*, pár. 329.

⁸⁵⁰ *Ibid.*, párs. 333 y 340-341.

⁸⁵¹ *Ibid.*, pár. 330.

⁸⁵² *Ibid.*, párs. 331-332.

parte de cada uno de los individuos co-autores, a diferencia del carácter residual de la contribución del artículo 25-3-d del Estatuto de Roma⁸⁵³.

La contribución esencial de los co-autores se define a partir de elementos objetivos y subjetivos.

Los elementos objetivos suponen que debe verificarse la existencia de un acuerdo o un plan de contenido criminal y la contribución esencial y coordinada, de cada co-autor, dirigida a la realización de los elementos materiales del crimen⁸⁵⁴. De acuerdo con la estimación de la CPI, sólo las personas que pueden obstaculizar la perpetración del crimen por el hecho de no cumplir su parte en las tareas designadas, pueden ser consideradas como co-autores, es decir, como sujetos principales que ejercen un control conjunto sobre el crimen⁸⁵⁵.

En cuanto a los elementos subjetivos de la co-autoría, se trata de elementos generales y suplementarios.

Los elementos subjetivos generales son la intención y el conocimiento, es decir, la intención precisa requerida como elemento constitutivo del crimen, que exige que el autor haya buscado provocar el resultado incriminado (art. 30 del Estatuto de Roma)⁸⁵⁶. El elemento de intencionalidad así descrito incluye las diferentes modalidades de dolo, es decir, el dolo directo de primer y segundo grado y el dolo eventual, así como el *dolus specialis*, de particular importancia para el crimen de guerra de reclutamiento y alistamiento de menores en la guerra (arts. 8-2-b-xxvi y 8-2-e-vii del Estatuto de Roma)⁸⁵⁷.

Los elementos subjetivos suplementarios de la co-autoría, tienden a probar que la intención y el conocimiento son compartidos por todos los co-autores que admiten el resultado criminal de la ejecución de su plan común. Esto supone la conciencia común y compartida sobre las consecuencias criminales del plan común y la aceptación común y compartida de los resultados criminales probables⁸⁵⁸. El conocimiento y la aceptación de los elementos materiales del crimen justifican que la CPI pueda imputar a cada uno

⁸⁵³ *Ibid.*, párs. 334-337.

⁸⁵⁴ *Ibid.*, párs. 343-345.

⁸⁵⁵ *Ibid.*, pár. 347.

⁸⁵⁶ *Ibid.*, pár. 349.

⁸⁵⁷ *Ibid.*, párs. 351-355.

⁸⁵⁸ *Ibid.*, pár. 361.

de los co-autores las contribuciones de los otros y que cada co-autor sea tenido como penalmente responsable a título de autor principal (conjunto) de la infracción⁸⁵⁹.

Debido a que se trata de una categoría de perpetración principal, en el entendido de la CPI, la co-autoría exige que todos los coautores conozcan todas las circunstancias de hecho que les permiten ejercer el control conjunto sobre el crimen, es decir, que tengan conocimiento de su papel esencial y de que cada uno puede obstaculizar la implementación del plan común criminal rehusando ejecutar su tarea⁸⁶⁰.

Haciendo uso de la misma noción de contribución esencial, la Sala Preliminar I de la CPI retomó el análisis anterior sobre la co-autoría fundada en el control sobre el crimen para diferenciar la acción de los coautores y la acción de los cómplices⁸⁶¹.

4.2.2. El co-autor del artículo 29 del Código Penal colombiano

“(…) Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte”.

Este inciso segundo del artículo 29 del Código Penal prevé la co-autoría como perpetración principal, que exige: (1) la pluralidad de autores; (2) la existencia de un acuerdo común; (3) la división funcional de las tareas tendientes a la realización del injusto criminal; y (4) una valoración de la importancia de la contribución del autor a la empresa criminal.

El elemento subjetivo de la co-autoría (la voluntad común) debe tener un contenido criminal (antijurídico), aunque la ley no requiere expresamente que contenga el contenido típico que se imputa. La jurisprudencia ha coincidido en el hecho de que el acuerdo no debe estar suscrito bajo ninguna forma precisa y que a partir de los hechos y el contexto en el cual tienen lugar se puede inferir su existencia⁸⁶².

En cuanto a la importancia del aporte como elemento objetivo de la co-autoría, autores como *Velásquez* sugieren que se trata de una contribución esencial que debe producirse durante la ejecución de los elementos materiales del crimen⁸⁶³. Sin embargo, esta postura doctrinal niega el hecho de que si la co-autoría no exige un acuerdo expreso sobre el tipo penal, es posible que algunos co-autores no se encuentren en posibilidad

⁸⁵⁹ *Ibid.*, pár. 362.

⁸⁶⁰ *Ibid.*, párs. 366-367.

⁸⁶¹ CPI, *Katanga* case, ICC-01/04-01/07-717, *op. cit.*, párs. 484-486.

⁸⁶² CSJ, Parapolítica senador *Araújo Castro*, núm. 27032, *op. cit.*, pp. 109-110.

⁸⁶³ VELÁSQUEZ V., F., *Derecho Penal: Parte General*, *op. cit.*, p. 908.

fáctica de efectuar una contribución esencial en la ejecución de los elementos materiales de tal o cual infracción en particular y, no obstante, su contribución continúe siendo esencial en el conjunto de infracciones cometidas a gran escala. Un análisis que tenga en cuenta el carácter esencial de la contribución en el conjunto de injustos vistos globalmente, parece más adaptado a los contextos de macrocriminalidad, como el propio profesor *Velásquez* lo sugiere en el caso de los delitos de masa⁸⁶⁴.

En jurisprudencia reciente, la CSJ ha definido la co-autoría en los siguientes términos:

“Se predica la coautoría, cuando plurales personas son gregarias por voluntad propia de la misma causa al margen de la ley, comparten conscientemente los fines ilícitos propuestos y están de acuerdo con los medios delictivos para lograrlos, de modo que cooperan poniendo todo de su parte para alcanzar esos cometidos, realizando cada uno las tareas que le corresponden, coordinadas por quienes desempeñen a su vez el rol de liderazgo”⁸⁶⁵.

En este caso, la CSJ admitió que la calidad de coautores no es exclusiva de quienes ejecutan los actos materiales de la infracción. Por el contrario, la co-autoría está basada en el control conjunto y voluntario del injusto, el cual se ejecuta a través de una división de trabajo planificada previamente o, incluso, acordada en un sentido más amplio, que no se agota en una infracción específica sino que se extiende al ideario criminal común que se ejecuta a través de la división del trabajo⁸⁶⁶. En consecuencia, todos los acusados del ataque con explosivos al oleoducto nacional, el cual dejó un saldo de numerosas víctimas mortales, fueron sancionados a título de co-autoría impropia, pese a que sólo algunos de ellos participaron en la fase ejecutiva y en la consumación del crimen:

“Mediando, como en el presente asunto, ideologías compartidas, voluntades concurrentes e intervención con aportes concretos según la división preacordada del trabajo criminal, se afirma que todos son coautores globalmente de la conducta delictiva realizada y responsables por sus consecuencias. No es, como suele entenderse, que cada uno sea autor sólo de la parte que le corresponde en la división del trabajo; ya que en este género de manifestaciones del crimen organizado se gesta un conocimiento común y una voluntad que también es común y por ello, el delito que recaiga en ese marco de acción, pertenece a todos como a sus autores”⁸⁶⁷.

A propósito de la co-autoría, la CSJ ha señalado que no se aplica cuando el tipo penal exige un autor calificado, por ejemplo un servidor público. En este caso cualquier individuo no calificado que intervenga debe ser considerado partícipe y no co-autor:

⁸⁶⁴ VELÁSQUEZ V., F., *Los delitos continuado y masa: a propósito del Art. 31 del Código Penal*, 2008, Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana, 183 págs., pp. 64-65.

⁸⁶⁵ CSJ, Caso *Machuca*, núm. 23825, *op. cit.*, pp. 69-70.

⁸⁶⁶ *Ibid.*, pp. 71-72.

⁸⁶⁷ *Ibid.*, p. 70.

“El especialmente obligado, o bien es autor único, o bien no existe un delito de infracción de deber. Una intervención del *extraneus* en un delito de infracción del deber no es posible. En los delitos de infracción de deber no hay absolutamente ninguna diferenciación de las distintas formas de intervenir en el delito, y así, ni cualitativa ni cuantitativa. Muy por el contrario rige el principio de autor único: todo quebrantamiento del deber, ya de propia mano, ya mediante aportes cuantitativamente preferentes o de poco valor, ya mediante un hacer positivo o por omisión, conduce a una responsabilidad completa como autor”⁸⁶⁸.

La noción de autor calificado no reviste particular importancia para los crímenes de guerra del Código Penal colombiano. No obstante, una interpretación sistemática de la jurisprudencia podría indicar que los servidores públicos del más alto nivel, cuya función está directamente asociada a la protección y garantía de los valores fundadores del Estado (arts. 1 y 2 de la Constitución Política) deben responder a título principal por los crímenes cometidos en violación grave y sistemática de estos valores, esto es, en caso de crímenes de guerra, lesa humanidad y genocidio. Esta tesis milita por una valoración de la contribución esencial del autor que englobe su deber funcional o estatutario, así como su autoridad *de facto* y *de jure*.

En este sentido, la CSJ ha constatado la participación de servidores públicos de alto nivel y su contribución esencial a los esfuerzos de la guerra en casos de crímenes internacionales⁸⁶⁹ y, de otro lado, ha ratificado la importancia del deber del servidor público en el marco de su función, indicando que la sanción penal para ellos no es ni puede ser la misma, toda vez que el contenido del injusto (desvalor de acción más desvalor de resultado) y culpabilidad (juicio de reproche), son distintos porque dimanar de factores de naturaleza diferente⁸⁷⁰. En esta línea de análisis, una adecuación del juicio de reproche puede indicar acertadamente que el individuo que ejerce un control del injusto criminal con pleno conocimiento y voluntad de los propósitos de la empresa criminal, no es co-autor respecto a sus subordinados y tampoco concurren en él los elementos objetivos y subjetivos de las formas accesorias de participación. Por el contrario, las circunstancias de hecho que indican el control que tiene el individuo sobre el crimen y su papel esencial en la empresa criminal, hacen de éste un autor principal bajo la modalidad de autoría indirecta o mediata, en particular, cuando el control del crimen se ejerce a través del control sobre una organización⁸⁷¹.

⁸⁶⁸ CSJ, Sala de Casación Penal (28 de julio de 2010): *La Fiscalía c. Hugo Enrique Rudas Villazón*, Radicado núm. 34202, Aprobado: Acta núm. 236, Sentencia (en adelante: “CSJ, Caso *Rudas Villazón*, núm. 34202”), pp. 26-27 y nota 3.

⁸⁶⁹ CSJ, *Parapolítica Senador Araújo Castro*, núm. 27032, *op. cit.*, p. 77.

⁸⁷⁰ CSJ, *Caso Rudas Villazón*, núm. 34202, *op. cit.* p. 27.

⁸⁷¹ CSJ, *Parapolítica senador García Romero*, núm. 32805, *op. cit.*, p. 76.

4.3. LA AUTORÍA INDIRECTA O MEDIATA COMO FORMA AUTORIZADA DE PARTICIPACIÓN PRINCIPAL Y LA MODALIDAD DE AUTORÍA A TRAVÉS DEL CONTROL SOBRE LA ORGANIZACIÓN

4.3.1. La autoría indirecta del artículo 25-3-a del Estatuto de Roma

“(...) [quien]: Cometa ese crimen (...) por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable (...)”.

La tercera forma de participación del artículo 25-3-a del Estatuto de Roma corresponde a la persona que se sirve de un tercero para cometer el crimen. El artículo 25-3-a del Estatuto de Roma adjudica una responsabilidad principal a quien actúa por intermedio de un tercero, es decir, al mismo título de la persona que ejecuta los actos materiales del crimen o a un título superior, cuando el autor de los elementos materiales se encuentra incurso en los eximentes de responsabilidad de los artículos 30 a 32 del Estatuto de Roma.

El criterio objetivo exclusivo, que diferencia a los autores principales de los partícipes en los sistemas de *civil law* y *common law*, a partir del grado de contribución a la ejecución de los elementos materiales del crimen, ha sido descartado por la jurisprudencia de la CPI.

Este alto tribunal ha llamado la atención, particularmente, sobre el hecho de que el criterio objetivo no es compatible con la autoría indirecta que, conforme al artículo 25-3-a del Estatuto de Roma, puede ejercerse utilizando autores materiales no responsables penalmente:

“L’article 25-3-a du Statut ne tient pas compte du critère objectif permettant de distinguer les auteurs principaux du crime des complices parce que la notion de commission d’une infraction par l’intermédiaire d’une autre personne, en particulier lorsque cette dernière n’est pas pénalement responsable, n’est pas compatible avec la limitation du groupe d’auteurs principaux du crime à ceux qui exécutent physiquement un ou plusieurs des éléments objectifs de l’infraction”⁸⁷².

En la confirmación de cargos contra *Germain Katanga* y *Mathieu Ngudjolo Chui*, la CPI abordó el concepto de autor principal del crimen, haciendo importantes

⁸⁷² CPI, *Affaire Lubanga*, ICC-01/04-01/06-803, *op. cit.*, pág. 333.

contribuciones a la noción de autoría indirecta por control de los aparatos organizados de poder⁸⁷³.

En la autoría indirecta, el autor principal utiliza al autor material como instrumento para cometer el crimen⁸⁷⁴. La responsabilidad individual del autor indirecto no depende de la responsabilidad individual del autor material y, en consecuencia, quien ejecuta los actos materiales del crimen puede ser declarado culpable o estar incurso en causales de justificación o de no imputabilidad⁸⁷⁵. Esto supone que el autor principal del crimen ejerce un control sobre el autor material y éste último puede ser un individuo o un conjunto de individuos bajo la forma de una organización⁸⁷⁶.

La adopción del enfoque del control sobre una organización por parte de la jurisprudencia de la CPI se basa, en primer lugar, en el hecho de que la gravedad de los crímenes bajo su competencia tiende inevitablemente al estudio de una criminalidad colectiva o de masa que actúa a través de aparatos organizados⁸⁷⁷, como lo ha señalado igualmente la doctrina⁸⁷⁸.

Otros elementos de consideración fueron: (1) la aceptación de este enfoque en la jurisprudencia de numerosos sistemas jurídicos⁸⁷⁹; (2) su examen, incluidas las razones para su descarte, por parte de la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*⁸⁸⁰; y (3) su integración coherente al espíritu del Estatuto de Roma, en particular al artículo 25-3-a⁸⁸¹.

De hecho, la CPI ha señalado que el Estatuto de Roma no admite la limitación de los autores principales al grupo de autores que ejecutan los elementos objetivos de la infracción y, por lo tanto, la participación a título de autor indirecto de quien actúa a

⁸⁷³ La orden de detención contra el Presidente en ejercicio de Sudán, *Hassan Al Bashir*, también está basada en la autoría indirecta y en la co-autoría, aunque no enfrenta imputaciones por crímenes de guerra. Véase: CPI, *Al Bashir* case, ICC-02/05-01/09-95, *op. cit.*, p. 4.

⁸⁷⁴ CPI, *Katanga* case, ICC-01/04-01/07-717, *op. cit.*, p. 495.

⁸⁷⁵ *Ibid.*, párs. 496 y 499.

⁸⁷⁶ *Ibid.*, párs. 497-498.

⁸⁷⁷ *Ibid.*, párs. 500-501 y p. 510.

⁸⁷⁸ AMBOS, K., “Article 25: Individual criminal responsibility”, *op. cit.*, p. 750, con reenvíos de doctrina.

⁸⁷⁹ La CPI se refiere en particular a la jurisprudencia de Alemania, Argentina, Perú, Chile y España. Véase: CPI, *Katanga* case, ICC-01/04-01/07-717, *op. cit.*, p. 504 y nota 666.

⁸⁸⁰ TPIY, *Trial Stakic*, IT-97-24-T, *op. cit.*, párs. 439 y ss. La aplicación de la teoría del control sobre el crimen fue descartada por la Sala de Apelaciones del TPIY, quien consideró que su uso no estaba autorizado por la costumbre internacional ni por la jurisprudencia constante del TPIY, que ha adoptado la teoría de la empresa criminal conjunta. Véase: TPIY, *Appeals Stakic*, IT-97-24-A, *op. cit.*, p. 62.

⁸⁸¹ CPI, *Katanga* case, ICC-01/04-01/07-717, *op. cit.*, párs. 507-510.

través de una organización no es incompatible con el Estatuto de Roma, el cual constituye la fuente primaria de derecho para esta Corte⁸⁸².

El tratamiento penal del autor que ejecuta un crimen a través de una organización, según el estudio de la CPI, se ha hecho progresivamente más severo y en los sistemas jurídicos actuales puede decirse que, el grado de responsabilidad aumenta proporcionalmente al lugar que ocupa el autor en la jerarquía de la organización y a su papel en la empresa criminal⁸⁸³.

Conforme a este enfoque, la CPI ha estimado que la organización debe reunir una serie de condiciones para que la autoría indirecta pueda ser verificada.

En primer lugar, debe tratarse de una organización basada en relaciones jerárquicas de poder entre superiores y subordinados. La talla de la organización debe ser suficiente para ofrecer una reserva de subordinados que puedan ser descartados y reemplazados a voluntad sin alterar sustancialmente el propósito criminal del autor principal⁸⁸⁴.

En segundo lugar, el autor principal debe ejercer una autoridad y un control sobre el aparato de poder, de modo tal que se reflejen en la ejecución casi automática de sus órdenes por parte de sus subordinados. Este criterio indica que las órdenes emitidas por los superiores reconocidos son, generalmente, ejecutadas por uno u otro de sus subalternos. El ejercicio de autoridad y control puede incluir la formación, entrenamiento, suministro de medios e imposición de reglas de disciplina a los subordinados, entre otros⁸⁸⁵. En este sentido, la CPI ha reiterado que los subalternos juegan un papel de instrumentos fungibles dentro de la maquinaria criminal, la cual funciona de manera automática y con independencia de la identidad del autor material de los elementos objetivos del crimen⁸⁸⁶.

En tercer lugar, la autoridad y el control ejercidos por el individuo encausado deben ser utilizados para ejecutar los crímenes que se le imputan. Este “autor detrás del autor” explota su autoridad y su poder en el seno de la organización para asegurar la

⁸⁸² *Ibid.*, párs. 505-508; CPI, *Affaire Lubanga*, ICC-01/04-01/06-803, *op. cit.*, pág. 333.

⁸⁸³ CPI, *Katanga case*, ICC-01/04-01/07-717, *op. cit.*, párs. 502-503.

⁸⁸⁴ *Ibid.*, párs. 512 y 515-517. Hasta ahora no ha sido abordado el grado de rigidez de las jerarquías en la hipótesis del control sobre el crimen a través de una organización. Cabe señalar en este sentido que los casos que se hallan bajo la autoridad de la CPI, hasta el momento, atañen a organizaciones armadas de talla mediana con niveles de jerarquía variables en función de la des-estructuración progresiva de los conflictos armados en cuyo contexto se cometen los crímenes.

⁸⁸⁵ CPI, *Katanga case*, ICC-01/04-01/07-717, *op. cit.*, pág. 513.

⁸⁸⁶ *Ibid.*, párs. 516-517.

ejecución de sus órdenes, las cuales incluyen la comisión de crímenes bajo competencia de la CPI⁸⁸⁷.

El control sobre la organización y el funcionamiento automático de la máquina criminal distinguen la autoría indirecta de otras formas de participación y, en particular, de las formas de complicidad establecidas en el artículo 25-3-b del Estatuto de Roma. En este sentido, la jurisprudencia señala que los individuos ubicados en los máximos niveles de autoridad de este tipo de organizaciones, no ordenan simplemente la comisión de un crimen sino que, en virtud del control que ejercen sobre el aparato de poder, deciden fundamentalmente si la infracción será cometida y las modalidades de su ejecución⁸⁸⁸.

4.3.2. El autor indirecto (mediato) del artículo 29 del Código Penal colombiano

“Es autor quien realice la conducta punible (...) utilizando a otro como instrumento”.

La jurisprudencia y la doctrina colombianas conocen esta forma de participación que evoca en todo su contenido la autoría indirecta desarrollada por la jurisprudencia de la CPI⁸⁸⁹. En este sentido, la autoría indirecta se basa en el control que ejerce el autor sobre la voluntad de quien ejecuta los elementos materiales de la infracción.

En el derecho de los Estados, este tipo de participación tiene un contenido variable, en algunos casos como imputación principal y en otros como imputación accesoria, según criterios de diferenciación que incluyen la verificación del resultado dañoso, el control sobre los elementos materiales del crimen y el interés en el crimen, entre otros⁸⁹⁰.

La jurisprudencia reciente de la CSJ ha autorizado la extensión de la autoría indirecta (mediata) a los casos de dominio sobre una organización. Este enfoque es el producto de una variación progresiva de la jurisprudencia que venía aplicando la forma de co-autoría impropia⁸⁹¹.

⁸⁸⁷ *Ibid.*, p. 514.

⁸⁸⁸ *Ibid.*, párs. 517-518.

⁸⁸⁹ *Ibid.*, p. 495 y ss.

⁸⁹⁰ SIEBER, U., *Part 1: Comparative Analysis of Legal Systems*, *op. cit.*, p. 33.

⁸⁹¹ En las sentencias previas al cambio de jurisprudencia puede apreciarse este tipo de razonamiento: “Se estima preciso aclarar que en este caso no existe autoría mediata, ni hay “sujeto de atrás”, como parece sugerirlo la libelista, porque los subversivos que colocaron los explosivos en el tubo

En este sentido, la CSJ ha estimado que la autoría indirecta por control sobre la organización exige: (1) la pertenencia del acusado a una organización de una pluralidad de personas; (2) que los autores materiales de los crímenes imputados pertenezcan a la misma organización en calidad de subordinados⁸⁹²; (3) la existencia de una jerarquía de poder verificable en el seno de la organización; (4) la división de tareas dentro de un plan común de contenido criminal; y (5) la concurrencia de aportes al plan común que puede darse a través de una secuencia de órdenes descendentes.

La autoría mediata en virtud del control sobre la organización fue desarrollada por la CSJ en el asunto *García Romero*. En esta ocasión, la CSJ halló al acusado responsable como autor indirecto de homicidio agravado en la masacre de *Macayepo*, aunque al momento de la ejecución material de los crímenes, el acusado se hallaba físicamente en otro extremo del territorio nacional, ejerciendo su cargo como senador de la República.

En este asunto, el análisis de la jurisprudencia llama la atención sobre un conjunto de indicios que permiten establecer que el acusado hacía seguimiento a la incursión paramilitar por intermedio de un reconocido ganadero de la región, quien, a su vez, mantenía contacto directo con el jefe paramilitar responsable de la masacre⁸⁹³.

Un segundo elemento de atribución de la responsabilidad a título de autor indirecto, en este caso, fue la participación del acusado en la conformación de la estructura paramilitar que ejecutó los elementos materiales del crimen:

“En efecto, como ya ha tenido ocasión de referirlo la Corte, el aforado estaba en la cúpula de una estructura criminal integrada por un número plural de personas articuladas de manera jerárquica, quienes mediante división de tareas y concurrencia de aportes -los cuales pueden consistir en órdenes en secuencia y descendentes-, realizaron conductas punibles, fenómeno que es factible comprenderlo a través de la metáfora de la Cadena”⁸⁹⁴.

no fueron meros instrumentos del Comando Central del ELN, sino que a su vez, ellos –los que acudieron a perpetrar materialmente la detonación- desarrollaron el rol que les correspondía en su propio delito, por su voluntad consciente dirigida con conocimiento e inteligencia al logro de los fines compatibles con su propia ideología; lo hicieron por convicción política propia; sin ser “utilizados”, sin ser instrumentalizados y sin engaños”. CSJ, Caso *Machuca*, núm. 23825, *op. cit.*, p. 73.

⁸⁹² Continúa abierta la discusión sobre el sentido amplio o estricto de la noción de organización en relación al plan común criminal. De hecho, un enfoque estricto de organización niega las mutaciones de las estructuras de poder organizadas en función de los planes estratégicos trazados por sus líderes y esta negación es contraria a la realidad del conflicto armado colombiano, en particular, a los procesos de reingeniería de los grupos paramilitares.

⁸⁹³ CSJ, Parapolítica senador *García Romero*, núm. 32805, *op. cit.*, p. 23.

⁸⁹⁴ *Ibid.*, p. 76.

La jurisprudencia penal colombiana tiende a consolidar esta posición⁸⁹⁵, aunque una parte de la doctrina rechaza la adopción de esta postura por considerar que la referencia del artículo 29 del Código Penal a la utilización de “otro como instrumento” exige un nexo directo entre el autor y quien ejecuta los elementos materiales de la infracción, que excluye la concurrencia de voluntades y los casos de cadena de mando, por lo tanto, los casos de dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder⁸⁹⁶.

La jurisprudencia de la CSJ ha tomado nota de la discusión doctrinal nacional e internacional, en particular, aplicada a los crímenes cometidos por grupos paramilitares, mafias y organizaciones guerrilleras⁸⁹⁷.

En este sentido, la CSJ ha considerado que el control sobre los elementos materiales por parte del autor no es un elemento exclusivo de la determinación de la autoría indirecta, pues el pleno conocimiento del control ejercido sobre la organización, la connivencia en el plan criminal, la conciencia de los resultados criminales y el hecho de no haber utilizado su poder para impedir tales resultados, son elementos que demuestran la responsabilidad principal del acusado:

“(…) el contenido de la conversación demostró la identidad y unidad de designio criminal que compartían (...), Es decir, que frente a unos hechos que tenían un desarrollo y final común, el señor GARCÍA ROMERO fue indiferente a los resultados de la incursión paramilitar a *Macayepo*, coadyuvando a la ejecución porque dichos resultados eran previsibles, pues de lejos era el político más influyente del departamento de Sucre y, por ende, conocedor de su problemática de orden público”⁸⁹⁸.

El juicio de reproche, reitera la CSJ, dependerá del acervo probatorio y deberá realizarse caso por caso, sin obviar dos elementos: (1) el control o influencia que ejerció el acusado sobre la organización y que permite instrumentalizar a los ejecutores, como piezas intercambiables y anónimas que realizan directamente el injusto sin ni siquiera conocer a los superiores que han ordenado los crímenes; y (2) el estudio sistémico de la heterogeneidad de los crímenes que puedan ser imputados, como un indicador de la presencia de un plan común, propio de estructuras criminales organizadas y concertadas⁸⁹⁹.

⁸⁹⁵ Véase por ejemplo: JPC, Caso *Toma del Palacio de Justicia*, *op. cit.*, p. 246 y ss., con reenvíos de jurisprudencia.

⁸⁹⁶ VELÁSQUEZ V., F., *Derecho Penal: Parte General*, 4^{ta} edición, 2009, Bogotá, Librería Jurídica Comlibros, 1317 págs., pp. 907-910.

⁸⁹⁷ CSJ, Parapolítica senador *García Romero*, núm. 32805, *op. cit.*, p. 76.

⁸⁹⁸ *Ibid.*

⁸⁹⁹ *Ibid.*, pp. 37 y 76.

En esta línea de análisis, la jurisprudencia de la CSJ se refiere al autor de los elementos materiales del crimen como un “instrumento responsable”, en un enfoque que puede ser plenamente asimilado a la referencia del artículo 25-3-a del Estatuto de Roma: “(...) por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable”⁹⁰⁰. De hecho, el juicio de reproche que se efectúa sobre el autor material de la infracción es independiente del juicio efectuado sobre el autor mediato⁹⁰¹.

En este punto, que constituye una variación de la jurisprudencia sobre la responsabilidad del autor instrumental, la CSJ ha invocado la necesidad de responder de un modo más efectivo a los problemas de política criminal de los contextos que enfrenta⁹⁰².

En los casos de control de la organización, la CSJ se ha apartado igualmente de la participación a título de inducción o “autor determinador” del artículo 30 del Código Penal, para indicar que un análisis de los elementos objetivos y subjetivos de la conducta desplegada por el acusado autoriza la calificación de autoría mediata.

Esta variación de la forma de participación (autoría y determinación), aunque en la práctica no agrava la situación del acusado, pues las dos formas de participación tienen la misma graduación de la pena, sí constituye un juicio de reproche de mayor entidad que apunta a los más altos responsables, pues se califica al “autor detrás del autor” como responsable “personal” de los crímenes cometidos por grupos organizados sin que sea indispensable la intermediación directa con el ejecutor de los elementos materiales de los crímenes⁹⁰³.

En cuanto al acervo probatorio, la CSJ ha reiterado que la prueba indiciaria es fundamental en el juicio de reproche en los casos de autoría mediata⁹⁰⁴. En este sentido, la CSJ ha establecido que los indicios graves (concordantes, convergentes y probables), conforme a las reglas de Derecho Penal⁹⁰⁵, constituyen el medio idóneo para probar la

⁹⁰⁰ Subrayado fuera del texto.

⁹⁰¹ CSJ, Parapolítica senador *García Romero*, núm. 32805, *op. cit.*, p. 77.

⁹⁰² *Ibid.*, pp. 77-78.

⁹⁰³ *Ibid.*, pp. 79-80.

⁹⁰⁴ CC, Sala de Casación Penal (26 de octubre de 2000): *La Fiscalía c. Lucas Segundo Gnecco Cerchar*, Radicado núm. 15610, Aprobado: Acta núm. 183, Sentencia (en adelante: “CSJ, Caso *Gnecco Cerchar*, núm. 15610”), consideraciones, párs. 5-6.

⁹⁰⁵ La jurisprudencia define “indicio grave” como aquel donde media, entre el hecho indicador y el indicado, un nexo de determinación de carácter racional, lógico, probable e inmediato, fundado en razones serias y estables, que no deben surgir de la imaginación ni de la arbitrariedad del juzgador, sino de la común ocurrencia de las cosas. *Ibid.*

responsabilidad de los altos líderes que actúan en virtud del control sobre aparatos de poder organizados⁹⁰⁶.

4.4. LA CO-AUTORÍA INDIRECTA COMO FORMA NOVEDOSA DE PARTICIPACIÓN PRINCIPAL

4.4.1. La co-autoría indirecta del artículo 25-3-a del Estatuto de Roma

“(…) [quien]: Cometa ese crimen (…) con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable (…)”.

Uno de los análisis más controvertidos de la jurisprudencia de la CPI hasta el momento ha sido la inferencia de la co-autoría indirecta a partir del artículo 25-3-a del Estatuto de Roma. Esta forma de participación ha sido utilizada para la imputación de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad a dos jefes militares (*Katanga* y *Ngudjolo Chui*) a título principal por crímenes cometidos por sus tropas respectivas, en una referencia cruzada de la relación horizontal (de co-autores) y vertical (de autores indirectos) a través del control de sus tropas y del plan criminal compartido.

La co-autoría indirecta describe el hecho de que el encausado actúe conjuntamente para cometer el crimen y lo haga a través de terceros, que ejecutan los actos materiales del crimen y sobre los cuales el encausado no ejerce un control directo⁹⁰⁷.

La co-autoría indirecta exige la confluencia de los criterios de la autoría indirecta y de la co-autoría. En consecuencia, la co-autoría indirecta puede configurarse únicamente cuando en el autor es, simultáneamente, autor principal colectivo (co-autor) de un crimen y los elementos materiales de este crimen han sido ejecutados a través de terceros que actúan bajo las órdenes de un co-autor diferente del encausado⁹⁰⁸. Este es el caso de los comandantes militares, *Katanga* y *Ngudjolo Chui*, que actuando conjuntamente y al mando de sus respectivas tropas, planearon y ejecutaron el asalto al poblado de Bogoro (RDC), el 24 de febrero de 2003, con un saldo aproximado de 300 pobladores asesinados y otros crímenes internacionales perpetrados⁹⁰⁹. En virtud de la

⁹⁰⁶ CSJ, Parapolítica senador *García Romero*, núm. 32805, *op. cit.*, pp. 80-81.

⁹⁰⁷ CPI, *Katanga* case, ICC-01/04-01/07-717, *op. cit.*, p. 491.

⁹⁰⁸ *Ibid.*, p. 493.

⁹⁰⁹ *Ibid.*, párs. 12, 17 y 19.

co-autoría indirecta, *Katanga* podría ser condenado por los crímenes perpetrados por las tropas de *Ngudjolo Chui* y viceversa.

De hecho, la co-autoría indirecta permite atribuir la responsabilidad principal a todos los autores conjuntos del crimen (en el ejemplo, *Katanga*, *Ngudjolo Chui* y otros comandantes) y la CPI ha estimado que se trata de un instrumento ajustado para evaluar la responsabilidad internacional penal de los más altos dirigentes⁹¹⁰. En este sentido, la participación a título principal indirecto no depende de la responsabilidad del autor de los elementos materiales de la infracción⁹¹¹, como lo evidencia el ejemplo citado, donde muchos combatientes eran menores de 15 años.

Cabe recordar que la Decisión de confirmación de cargos contra *Katanga* y *Ngudjolo Chui* permitió a la CPI desarrollar los elementos objetivos y subjetivos de la participación por autoría indirecta, en la modalidad de “control sobre la organización”, es decir: (1) el control del autor principal sobre los autores materiales de los crímenes encausados, el cual supone el control manifiesto sobre una organización⁹¹²; (2) la organización basada en relaciones de poder jerárquico entre superiores y subordinados que aseguran la ejecución del crimen por obediencia casi automática de las órdenes por parte de los subordinados⁹¹³; y (3) el hecho de que los autores materiales (subordinados) actúan como seres anónimos e intercambiables a voluntad de sus superiores, habida cuenta de la capacidad de reserva de subordinados de la organización en sí misma, sin que influya el juicio de reproche de los subordinados en el juicio de reproche del autor indirecto⁹¹⁴.

Cabe recordar, igualmente, que la atribución de la responsabilidad a título de co-autor (autor conjunto), fue desarrollada en el asunto *Lubanga*, donde la CPI estableció los elementos objetivos⁹¹⁵ así como los elementos subjetivos propios de la co-autoría⁹¹⁶.

⁹¹⁰ *Ibid.*, p. 492.

⁹¹¹ Esta posibilidad está expresamente consagrada en el artículo 25-3-a del Estatuto de Roma el cual es fuente primaria de derecho aplicable en virtud del artículo 21 del mismo Estatuto.

⁹¹² CPI, *Katanga* case, ICC-01/04-01/07-717, *op. cit.*, párs. 500-510. Este enfoque fue confirmado en el asunto *Bemba*: CPI, Chambre Préliminaire III (11 juin 2008): *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-14, Décision relative à la Requête du Procureur aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo, p. 78.

⁹¹³ CPI, *Katanga* case, ICC-01/04-01/07-717, *op. cit.*, párs. 511-514.

⁹¹⁴ *Ibid.*, párs. 515-518. En el mismo sentido: ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, *op. cit.*, p. 276.

⁹¹⁵ CPI, *Katanga* case, ICC-01/04-01/07-717, *op. cit.*, párs. 519-526. Los elementos objetivos que han sido retenidos para la co-autoría son: (1) el acuerdo conjunto previo de los autores principales; y (2) la contribución esencial de cada uno de ellos a la realización de los elementos objetivos del crimen. Véase igualmente: CPI, *Affaire Lubanga*, ICC-01/04-01/06-803, *op. cit.*, párs. 343-348.

En consecuencia, los autores conjuntos de un crimen que se ejecuta a través de terceros (co-autores indirectos) deben conocer las circunstancias de hecho que les permiten ejercer conjuntamente el control sobre el crimen por intermediación de sus autores materiales⁹¹⁷ y eso supone que los autores conjuntos indirectos sean conscientes de la naturaleza de sus organizaciones, de su autoridad dentro de la organización y de las circunstancias de hecho que les permiten la ejecución casi automática de sus órdenes⁹¹⁸.

Por esta razón, la CPI ha excluido la aplicación de la co-autoría indirecta cuando los acusados actúan sin tener la intención concreta (específica) de provocar los elementos materiales de la infracción y, de modo concurrente, la probabilidad de producir el resultado criminal como consecuencia de sus actividades es débil y discutida⁹¹⁹.

Esta forma de participación ha sido objeto de importantes análisis favorables⁹²⁰ y desfavorables⁹²¹, de los cuales se desprende una preocupación por la seguridad jurídica y por el respeto del principio de individualización de la responsabilidad penal, esto es, del equilibrio entre la prevención y la libertad. Esta reflexión es pertinente, pues en todos los casos la autoría del artículo 25-3-a del Estatuto de Roma es un modo principal de participación que debe estar sometido a las reglas más estrictas de la prueba. En este sentido, todo fallo en la demostración de la responsabilidad puede traer como consecuencia una variación del título de la imputación⁹²² y puede incluso conducir hacia

⁹¹⁶ Los elementos subjetivos que han sido retenidos para la co-autoría son: (1) la verificación del elemento subjetivo general de intencionalidad, incluido cualquier dolo especial contemplado en el crimen imputado; (2) el conocimiento compartido sobre las consecuencias criminales de la ejecución del plan común y la intención específica de provocar los elementos objetivos del crimen como consecuencia de sus acciones; y (3) el conocimiento de las circunstancias de hecho que permiten al autor ejercer conjuntamente el control sobre el crimen. Véanse: CPI, *Katanga* case, ICC-01/04-01/07-717, *op. cit.*, párs. 527-534; CPI, *Affaire Lubanga*, ICC-01/04-01/06-803, *op. cit.*, párs. 349-367.

⁹¹⁷ CPI, *Katanga* case, ICC-01/04-01/07-717, *op. cit.*, p. 538.

⁹¹⁸ *Ibid.*, p. 534.

⁹¹⁹ *Ibid.*, p. 537.

⁹²⁰ AMBOS, K., "Command responsibility and *Organisationsherrschaft*: ways of attributing international crimes to the 'most responsible'". En: A. Nolkaemper; H. van der Wilt (eds.), *System criminality in international law*, 2009, Cambridge, Cambridge University Press, 400 págs., pp. 127-157, p. 156; VAN DER WILT, H., "The continuous Quest for Proper Modes of Criminal Responsibility", *JICJ* núm. 7, 2009, Oxford, Oxford University Press, pp. 307-314, p. 309.

⁹²¹ MILITELLO, V., "The Personal Nature of Individual Criminal Responsibility and the ICC Statute", *JICJ* núm. 5, 2007, Oxford, Oxford University Press, pp. 941-952, p. 950.

⁹²² JESSBERGER, F.; GENEUSS, J., "On the Application of a Theory of Indirect Perpetration in *Al Bashir*: German doctrine in The Hague?", *JICJ* núm. 6, 2008, Oxford, Oxford University Press, pp. 853-869, p. 864.

la no confirmación de los cargos que se imputan al acusado tal y como ocurrió en febrero de 2010 en el asunto *Abu Garda*:

“(…) the evidence brought by the Prosecution is not sufficient to establish substantial grounds to believe that the existence of a common plan to attack the MGS Haskanita can be inferred from any of the conducts listed by the Prosecution as the alleged essential contribution of Mr. Abu Garda to the implementation of a common plan.

Therefore, the Chamber is not satisfied that there are substantial grounds to believe that Mr. Abu Garda' can be held criminally responsible as either a direct -or indirect co-perpetrator for the commission of the crime (...)”⁹²³.

4.4.2. El co-autor indirecto del artículo 29 del Código Penal colombiano

“Es autor quien realice la conducta punible (...) utilizando a otro como instrumento.

Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte”.

La misma línea doctrinal que se opone a la aplicación de la modalidad de autoría indirecta por el control sobre la organización, se opone con los mismos argumentos a la aplicación de la co-autoría indirecta o mediata⁹²⁴. En este enfoque, se alega la ausencia de seguridad jurídica y el hecho de que co-autoría mediata corresponde a la modalidad accesoria de complicidad por cooperación necesaria cuya graduación penal es diferente (art. 30 del Código Penal). Es importante señalar que la CSJ no ha aplicado hasta el momento esta forma de participación probable, pero se ha referido a ella bajo la noción de la “co-autoría por cadena de mando” en los siguientes términos:

“Este fenómeno de intervención plural de personas en principio articuladas de manera jerárquica y subordinada a una organización criminal, quienes mediante división de tareas y concurrencia de aportes (los cuales pueden consistir en órdenes en secuencia y descendentes) realizan conductas punibles, es dable comprenderlo a través de la metáfora de la cadena (...) los protagonistas que transmiten el mandato de principio a fin se relacionan a la manera de los eslabones de aquélla. En esa medida, puede ocurrir que entre el dirigente máximo quien dio la orden inicial y quien finalmente la ejecuta no se conozcan”⁹²⁵.

En el análisis de la CSJ, la articulación subordinada del autor de los elementos materiales del crimen, el control por parte de la cabeza (individual o plural) de la cadena y la ausencia de contacto directo entre el primer eslabón y el ejecutor de la conducta punible, permiten deducir válidamente que el mandato o propósito se traslada de manera secuencial y descendente a través de otros dependientes⁹²⁶.

⁹²³ CPI, *Abu Garda* case, ICC-02/05-02/09-243-Red, *op. cit.*, párs. 231-232.

⁹²⁴ VELÁSQUEZ V., F., *Derecho Penal: Parte General*, *op. cit.*, p. 910.

⁹²⁵ CSJ, Caso *Calle Piedrahita*, núm. 29221, p. 51; CSJ, Parapolítica senador *García Romero*, núm. 32805, *op. cit.*, pp. 76.

⁹²⁶ *Ibid.*, p. 52.

En consecuencia, la CSJ admite que todos los individuos que participan de la cadena se hacen responsables en condiciones de co-autoría y que esta conducta se halla, por una parte, descrita en la infracción de concierto para delinquir especial (art. 340-2 del Código Penal) y, por otra parte, puede consolidarse tratándose de comportamientos consumados, por ejemplo, por funcionarios públicos que ejercen una autoridad y un control político o administrativo⁹²⁷.

A partir del estudio de la doctrina nacional e internacional y de la jurisprudencia argentina, la CSJ ha manifestado que el análisis de la forma de co-autoría en cadena exige una revisión exhaustiva del contexto y de la variedad de crímenes cometidos, para impedir que se juzgue y se sancione única y principalmente a los ejecutores materiales de la infracción, subestimando la responsabilidad de los individuos que se encuentran al mando de la cadena en contextos de macrocriminalidad⁹²⁸.

En este sentido, un análisis detallado de los argumentos avanzados por la jurisprudencia de la CSJ permite identificar varias identidades entre la co-autoría por cadena de mando en sentido extenso y la co-autoría mediata (*indirect coperpetration*) de la jurisprudencia de la CPI.

En primer lugar, los elementos subjetivos requeridos para la autoría indirecta se encuentran incorporados y son completados, sin incompatibilidad alguna, por los elementos subjetivos de la co-autoría: (1) el conocimiento compartido de las consecuencias del plan criminal; (2) la intención específica de causar el daño o de asumir el riesgo probable de la comisión del injusto criminal como consecuencia de los actos materiales previstos; y (3) el conocimiento individual y compartido del poder que se ejerce al interior (de la estructura de poder y/o de la empresa criminal) y de la posibilidad de ejecutar el injusto criminal a través de instrumentos (igualmente compartidos o previstos en virtud de la división del trabajo)⁹²⁹. El conflicto probable entre la cadena horizontal de la co-autoría y la cadena vertical de la autoría indirecta, deja de existir si se considera la empresa criminal en su conjunto respetando estrictamente el análisis de la contribución esencial de cada uno de los acusados (responsabilidad individual y personal).

⁹²⁷ *Ibid.*, p. 53.

⁹²⁸ *Ibid.*, p. 54.

⁹²⁹ CPI, *Katanga case*, ICC-01/04-01/07-717, *op. cit.*, párs. 527-534.; CPI, *Affaire Lubanga*, ICC-01/04-01/06-803, *op. cit.*, pár. 349-367; CSJ, *Caso Calle Piedrahita*, núm. 29221, p. 55-56; CSJ, *Parapolítica senador García Romero*, núm. 32805, *op. cit.*, p. 23.

En segundo lugar, tanto la jurisprudencia de la CPI como la jurisprudencia de la CSJ admiten que la autoría indirecta (mediata) exige la verificación de los elementos objetivos siguientes en cabeza del acusado: (1) el control sobre el instrumento (responsable o no) que ejecuta los actos materiales de la infracción, incluida la hipótesis de control a través de una organización; (2) la existencia de una estructura jerárquica de poder que permita transmitir sólidamente las órdenes del autor; y (3) la ejecución casi automática de las órdenes por parte de los subordinados en virtud de su carácter anónimo e intercambiable⁹³⁰.

En tercer lugar, tanto la jurisprudencia de la CPI como la jurisprudencia de la CSJ admiten que la co-autoría exige probar que la conducta del acusado reúne los elementos objetivos siguientes: (1) la existencia de un acuerdo común previo; (2) la verificación de un control conjunto sobre el crimen; y (3) la contribución esencial del acusado al injusto criminal⁹³¹.

La diferencia posible entre los dos enfoques jurisprudenciales radica en que la jurisprudencia de la CPI enuncia estos elementos como constitutivos de la forma de participación y la jurisprudencia de la CSJ los señala como elementos probatorios de la forma de participación propiamente dicha.

En cuarto lugar, ninguno de los elementos objetivos de la autoría indirecta se halla en contradicción con los elementos objetivos de la co-autoría. En este sentido, el control sobre el instrumento ejecutor es perfectamente compatible con un ejercicio conjunto de tal control y la existencia de un aparato organizado de poder (cuyas características expone la autoría indirecta) puede armonizarse de un modo lógico y complementario a la idea de un acuerdo común. En cuanto a la contribución esencial del acusado, ella es en todo compatible con su función objetiva dentro de la jerarquía y con el control que ejerce sobre el instrumento (sea éste responsable o no).

Sobre el particular, la doctrina colombiana que acepta la admisión de la autoría en hipótesis de co-autoría indirecta por control en virtud de la organización, ha señalado la importancia de esta forma de participación:

⁹³⁰ CPI, *Katanga* case, ICC-01/04-01/07-717, *op. cit.*, párs. 500-518; CPI, *Affaire Lubanga*, ICC-01/04-01/06-803, *op. cit.*, pár. 339; CSJ, Caso *Calle Piedrahita*, núm. 29221, pp. 51-52; CSJ, *Parapolítica senador García Romero*, núm. 32805, *op. cit.*, pp. 74-77; JPC, Caso *Toma del Palacio de Justicia*, *op. cit.*, p. 248.

⁹³¹ CPI, *Katanga* case, ICC-01/04-01/07-717, *op. cit.*, párs. 519-526.; CPI, *Affaire Lubanga*, ICC-01/04-01/06-803, *op. cit.*, párs. 343-348; CSJ, Caso *Calle Piedrahita*, núm. 29221, pp. 44-51; CSJ, *Parapolítica Senador García Romero*, núm. 32805, *op. cit.*, pp. 76-77; JPC, Caso *Toma del Palacio de Justicia*, *op. cit.*, pp. 249-250.

“(…) porque al reprochar socialmente a la organización delictiva y a las diversas formas de participación que en ella se presenten, se desestimula la delincuencia y el dirigente se torna visible ante la sociedad (…) porque no es posible reprocharle a una persona su calidad de partícipe bien como instigador, determinador, cómplice o interviniente, sin haber reconocido previamente la identidad del autor; y, (…) porque en aras de garantizar el derecho a la verdad, sólo es posible establecer las cadenas de mando bajo las cuales opera una organización delictiva, su estructura y su funcionamiento si se sabe quiénes conforman la cúpula, los mandos medios y los miembros rasos de esos aparatos o grupos organizados al margen de la ley. Además, de contera, se garantiza el derecho a la no repetición y se podrá aplicar a los miembros rasos, muy seguramente, el principio de oportunidad condicionado, siempre y cuando sus conductas delictivas no estén dentro del marco de los delitos de lesa humanidad o contra el DIH y colaboren efectivamente, en el desmantelamiento de dichos grupos”⁹³².

Por otra parte, la distinción entre el autor “determinador” que responde como co-autor y el autor indirecto que actúa a través de un instrumento, está basada en la ausencia de responsabilidad de quien actúa como ejecutor (instrumento) de éste último⁹³³. En este sentido, la distinción desaparece desde el momento en que la jurisprudencia ha aceptado que el instrumento puede ser hallado responsable sin desvirtuar la autoría indirecta⁹³⁴.

El único problema doctrinal que plantea la co-autoría indirecta está relacionado con el respeto del principio de individualización de la responsabilidad (la responsabilidad del hecho propio) y, por ende, de los derechos del acusado. El riesgo de la aplicación de esta teoría de la responsabilidad, que considera de un modo amplio la autoría de personas tan alejadas de la escena de los crímenes, está relacionado con el contexto político particular de la democracia colombiana, donde la persecución de los opositores políticos por medios legales e ilegales tiene una amplia trayectoria⁹³⁵.

4.5. LA ORDEN, PROPOSICIÓN O INDUCCIÓN AL CRIMEN COMO FORMA ACCESORIA DE RESPONSABILIDAD

4.5.1. La orden, proposición o inducción del artículo 25-3-b del Estatuto de Roma

“(…) [quien]: Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa”.

⁹³² LÓPEZ DÍAZ, C., “El caso colombiano”. En: K. Ambos (coord.), *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente, un estudio comparado*, 2^{da} edición revisada, 2009, Bogotá, Editorial Temis, 196 págs., pp. 159-191, p. 173.

⁹³³ CSJ, Caso *Calle Piedrahita*, núm. 29221, *op. cit.*, pp. 42-43.

⁹³⁴ CSJ, Parapolítica senador *García Romero*, núm. 32805, *op. cit.*, p. 77.

⁹³⁵ Una somera revisión de la jurisprudencia de la Corte IDH permite corroborar esta afirmación.

Esta forma de responsabilidad concierne a tres tipos de personas: quien da la orden de cometer el crimen, quien propone a un tercero cometer un crimen y, quien induce a cometer el crimen.

Los actos exigidos a esta categoría de personas pueden asimilarse a los actos del superior jerárquico (art. 28 del Estatuto de Roma), situarse a nivel de la autoría indirecta (art. 25-3-a del Estatuto de Roma)⁹³⁶, o incluso, de la complicidad (art. 25-3-c del Estatuto de Roma). No obstante, el artículo 25-3-b del Estatuto de Roma señala una forma de participación accesoria que tiene aplicación en caso de fallos en la demostración de otras formas de participación principal y que refleja la voluntad de los Estados para perseguir a los dirigentes o autores intelectuales de los crímenes.

La diferencia entre la comisión de un crimen en virtud del artículo 25-3-a del Estatuto de Roma a título de autoría indirecta y la comisión del crimen a título del artículo 25-3-b del Estatuto de Roma, estriba en el grado de importancia de los actos del encausado y en el control ejercido por éste sobre quien ejecuta los elementos materiales de la infracción. Aunque en los dos casos se sanciona la responsabilidad penal de quien ha planeado el crimen y ejerce un grado de control sobre el autor material, en la práctica, la elección de una u otra forma de participación va a depender del acervo probatorio que tiene a disposición la causa.

En este sentido cabe recordar que la graduación de la pena depende del libre análisis del juez porque el Estatuto no contiene ninguna diferenciación específica al respecto.

En la jurisprudencia de la CPI, esta forma de participación es de una particular importancia en los cargos por crímenes de guerra cuando el acervo probatorio es débil. El ejemplo más revelador lo muestra la situación de Uganda, en el marco de la cual, en 2005 la CPI ordenó la detención de cuatro jefes militares del grupo armado *The Lord's Resistance Army* (LRA).

La Orden de detención de *Joseph Kony*, presunto jefe máximo del LRA, incluyó un total de 33 cargos por crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. En este caso, la CPI hizo uso principal de la forma de participación del artículo 25-3-b del Estatuto de Roma. En consecuencia, todos los crímenes de guerra contra *Kony* fueron imputados a título de autor indirecto por orden, proposición o inducción para cometer

⁹³⁶ AMBOS, K., "Article 25: Individual criminal responsibility", *op. cit.*, p. 753.

violación, esclavitud sexual y tratos crueles contra menores de la Escuela de Lwala (arts. 8-2-e-vi y 8-2-c-i del Estatuto de Roma), así como para perpetrar los ataques contra la población civil del campo de desplazados del Distrito de Pajule (art. 8-2-e-i del Estatuto de Roma), el saqueo de sus propiedades (art. 8-2-e-v del Estatuto de Roma) y el homicidio intencional sobre las personas protegidas del campo de desplazados de Abia (art. 8-2-e-i del Estatuto de Roma)⁹³⁷. El artículo 25-3-b del Estatuto de Roma fue utilizado igualmente y, de forma exclusiva, en la Orden de detención contra un segundo comandante de este grupo armado, *Vincent Otti*, en sus 32 cargos por crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad⁹³⁸.

La Orden de detención contra el comandante de brigada del grupo LRA, *Okot Odhiambo*, incluyó la autoría directa del artículo 25-3-a del Estatuto de Roma y, para los crímenes de guerra, su papel como comandante directo de los combatientes determinó el marco de acusación del artículo 25-3-b del Estatuto de Roma, en particular en los casos de homicidio internacional, esclavitud sexual, reclutamiento de menores, saqueo y ataques contra la población civil (arts. 8-2-c-i, 8-2-e-vi, 8-2-e-vii, 8-2-e-v y 8-2-e-i, del Estatuto de Roma, respectivamente)⁹³⁹. En idéntico análisis, fue ordenado el arresto del comandante de brigada del grupo LRA *Dominic Ongwen*, a título del artículo 25-3-b del Estatuto de Roma por siete cargos de crímenes de guerra consistentes en homicidio intencional, tratos crueles e inhumanos, esclavitud sexual, ataque contra la población civil y saqueo (arts. 8-2-c-i, 8-2-e-vi, 8-2-e-i y 8-2-e-v del Estatuto de Roma, respectivamente)⁹⁴⁰.

4.5.2. El autor determinante del artículo 30 del Código Penal colombiano

“Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción”.

⁹³⁷ CPI, *Kony case*, ICC-02/04-01/05, *op. cit.*, pág. 42.

⁹³⁸ CPI, Pre-trial Chamber II (13 October 2005): *The Prosecutor v. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo and Dominic Ongwen*, ICC-02/04-01/05-53, Warrant of Arrest for Vincent Otti issued on 8th July 2005 as amended on 13th October 2005, pág. 42.

⁹³⁹ CPI, Pre-trial Chamber II (13 October 2005): *The Prosecutor v. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo and Dominic Ongwen*, ICC-02/04-01/05-56, Warrant of Arrest for Okot Odhiambo issued on 8th July 2005 as amended on 3th October 2005, pág. 32.

⁹⁴⁰ CPI, Pre-trial Chamber II (13 October 2005): *The Prosecutor v. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo and Dominic Ongwen*, ICC-02/04-01/05-57, Warrant of Arrest for Dominic Ongwen issued on 8th July 2005 as amended on 13th October 2005, pág. 30.

Esta forma de participación se refiere a la persona que ordena, propone, induce o mediante cualquier otra forma idónea provoca el comportamiento criminal de un tercero quien ejecuta los elementos materiales de la infracción.

La calificación accesoria de esta forma de participación es relativa porque, pese a que su definición se opone a la definición de autores del artículo 29 del Código Penal, la dosificación de la pena prevista para las conductas es la misma.

La CSJ ha reiterado que la noción de autor “determinador” se refiere al determinador, instigador o inductor que hace nacer en un tercero la idea criminal en cuya ejecución posee alguna clase de interés. Para esto, el “determinador” acude a cualquier medio de relación idóneo y eficaz: ofrecimientos o promesas remuneratorias, consejos, amenazas, violencia, autoridad de ascendiente, convenio, asociación, coacción superable, orden no vinculante, etc.⁹⁴¹.

De la misma manera, la jurisprudencia ha indicado una serie de criterios que deben ser tomados en cuenta para diferenciar entre un autor determinador de un autor indirecto y de otras formas de participación accesorias:

“En primer lugar, que el inductor genere en el inducido la definitiva resolución de cometer un delito, o refuerce la idea con efecto resolutorio de la idea preexistente, no bastando con realizar una simple cooperación moral ayudándole a perfeccionar el diseño del plan delictivo ya trazado de antemano por el futuro autor material (*el denominado omni modo facturus*); en segundo término, el inducido (autor material) debe realizar un injusto típico, consumado o que al menos alcance el grado de tentativa, pues si su conducta no alcanza a constituir siquiera un comienzo de ejecución, no puede predicarse la punición del inductor; en tercer lugar, debe existir un nexo entre la acción del inductor y el hecho principal, de manera que lo social y jurídicamente relevante es que el hecho antijurídico se produzca como resultado de la actividad del inductor de provocar en el autor la resolución delictiva, a través de medios efectivos y eficaces como los atrás mencionados; en cuarto lugar, que el inductor actúe con conciencia y voluntad inequívocamente dirigida a producir en el inducido la resolución de cometer el hecho y la ejecución del mismo, sin que sea preciso que le señale el cómo y el cuándo de la realización típica; en quinto término, el instigador debe carecer del dominio del hecho, pues éste pertenece al autor que lo ejecuta a título propio, ya que si aquél despliega una actividad esencial en la ejecución del plan global, ya no sería determinador sino verdadero coautor material del injusto típico”⁹⁴².

4.6. LA FACILITACIÓN DEL CRIMEN POR COMPLICIDAD, ENCUBRIMIENTO O COLABORACIÓN COMO FORMA DE PARTICIPACIÓN ACCESORIA

⁹⁴¹ CSJ, Caso *Gnecco Cerchar*, núm. 15610, *op. cit.*, consideraciones, párr. 6.

⁹⁴² *Ibid.*

4.6.1. La facilitación del artículo 25-3-c del Estatuto de Roma

“(…) [quien]: Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión”.

Esta forma de responsabilidad concierne a las personas que facilitan la perpetración del crimen a través de diferentes medios, en particular al cómplice (la persona que aporta su ayuda), al encubridor (la persona que encubre el crimen cometido) y a la persona que colabora prestando cualquier otro tipo de asistencia a la perpetración del injusto, incluido el suministro de medios para la perpetración del crimen.

Esta forma de participación no se agota en los tres tipos antes mencionados y corresponde al juez determinar otras hipótesis válidas que puedan ser consideradas como formas de facilitación a la perpetración de los crímenes de la competencia de la CPI.

La facilitación tradicionalmente es considerada en el Derecho Penal de los Estados como una modalidad de participación de menor jerarquía. Sin embargo, el Estatuto de Roma no prevé una graduación menor de la pena y deja al juez en libertad de efectuar esta valoración.

En este sentido, el profesor *Ambos*, miembro de la sub-comisión de redacción del artículo 25 del Estatuto de Roma, considera que todas las formas de participación del artículo 25-3-b al artículo 25-3-f corresponden a formas accesorias⁹⁴³. Sin embargo, las formas de participación descritas en los artículos 25-3-c y d del Estatuto de Roma se refieren igualmente a la comisión o tentativa de comisión, con lo cual la comisión (como categoría principal) no sería una forma de participación exclusiva del artículo 25-3-a del Estatuto de Roma.

4.6.2. La facilitación por complicidad, contribución o ayuda del artículo 30 del Código Penal colombiano

“Quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma, incurrirá en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad”.

⁹⁴³ AMBOS, K., “Article 25: Individual criminal responsibility”, *op. cit.*, p. 747. En el mismo sentido parece orientarse el análisis de la CPI. Véase: CPI, *Katanga* case, ICC-01/04-01/07-717, *op. cit.*, p. 471.

En el Código Penal colombiano la facilitación por complicidad es claramente una forma de participación accesoria. El artículo 30 del Código Penal establece la complicidad por oposición a la autoría del artículo 29 del Código Penal y determina una dosificación menor de la pena (la pena principal disminuida de una sexta parte a la mitad).

La jurisprudencia de la CSJ ha establecido la diferencia entre la complicidad y la co-autoría en función de la importancia de la contribución del acusado al injusto:

“Los coautores por virtud del acuerdo ejercen control en parte y en todo, y lo hacen de manera funcional, es decir, instrumental y el aporte de ellos deberá ser una contribución importante, pues si la ayuda resulta secundaria o accesoria, no podrá hablarse de aquella forma de intervención sino de complicidad”⁹⁴⁴.

La CSJ parte del carácter esencial de la contribución del co-autor en la realización del injusto y, en este sentido, ha indicado que si, al excluir hipotéticamente la contribución del acusado, el injusto no se produce, se estará frente a un caso de co-autoría; en caso contrario, si a pesar de suprimir hipotéticamente la contribución del acusado en la empresa criminal el injusto se produce, se estará en presencia de una conducta de complicidad⁹⁴⁵.

Siguiendo una doctrina consolidada, la CSJ ha indicado que tanto en la complicidad como en la inducción, no se sanciona por negligencia propia o ajena, es decir, el cómplice y el inductor del injusto penal deben actuar con dolo. De otro lado, la complicidad no exige la ejecución de elementos materiales, pues admite la modalidad de complicidad intelectual, en el sentido del fortalecimiento moral del autor principal⁹⁴⁶.

4.7. OTRAS FORMAS DE CONTRIBUCIÓN INTENCIONAL

4.7.1. La contribución intencional a la actividad criminal de un grupo del artículo 25-3-d del Estatuto de Roma

“(…) [quien]: Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común”.

Esta forma de participación adopta el enfoque subjetivo del objetivo común en la empresa criminal de un grupo u organización y engloba, residualmente, las hipótesis

⁹⁴⁴ CSJ, Caso *Calle Piedrahita*, núm. 29221, *op. cit.*, p. 47.

⁹⁴⁵ *Ibid.*, p. 49.

⁹⁴⁶ *Ibid.*, p. 63.

que no puedan ser cubiertas por las otras formas de participación del artículo 25 del Estatuto de Roma⁹⁴⁷.

La referencia expresa al elemento de intencionalidad no agrega nada nuevo a la exigencia de la *mens rea* del artículo 30 del Estatuto de Roma, aunque excluye por definición negativa toda contribución a un grupo criminal que no esté dirigida o que no contribuya a la ejecución de un crimen de competencia de la CPI. Esta alusión podría ser útil para distinguir entre esta forma de participación criminal y los casos de solidaridad internacional y ayuda humanitaria a grupos y organizaciones comprometidas en los conflictos armados.

Tal extensión en el análisis está basada, de una parte, en el hecho de que algunos de estos grupos sean considerados, por las Naciones Unidas y otras organizaciones interestatales, como “organizaciones terroristas” y, de otra parte, en el hecho de que la forma de participación aquí descrita se inspira directamente en el artículo 2-3-c del Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bomba:

“También comete delito quien: (...) c) Contribuya de algún otro modo a la comisión de uno o más de los delitos enunciados en los párrafos 1 ó 2 por un grupo de personas que actúe con un propósito común; la contribución deberá ser intencional y hacerse con el propósito de colaborar con los fines o la actividad delictiva general del grupo o con conocimiento de la intención del grupo de cometer el delito o los delitos de que se trate”⁹⁴⁸.

En la práctica de la CPI esta forma de participación ha sido usada en la situación de Sudán, donde fueron emitidas dos órdenes de detención basándose en la forma de participación del artículo 25-3-d del Estatuto de Roma. El primer encausado fue, en abril de 2007, el Ministro del Interior *Ahmad Harun* a quien han sido imputados crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad cometidos en la provincia de Darfur entre 2003-2004. Los crímenes de guerra imputados fueron: homicidio intencional, tratos crueles e inhumanos, violación, ataques contra la población civil, destrucción de bienes civiles y saqueo (arts. 8-2-c-i, 8-2-e-vi, 8-2-e-i, 8-2-e-xii y 8-2-e-v del Estatuto de Roma, respectivamente)⁹⁴⁹.

⁹⁴⁷ CPI, *Affaire Lubanga*, ICC-01/04-01/06-803, *op. cit.*, párs. 334-337.

⁹⁴⁸ Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bomba (15-12-1997).

⁹⁴⁹ CPI, Pre-trial Chamber I (27 April 2007): *The Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun (“Ahmad Harun”) and Ali Muhammad Al Abd-Al-Rahman (“Ali Kushayb”)*, ICC-02/05-01/07-2, Warrant of Arrest for Ahmad Harun.

El uso residual de esta forma de participación puede observarse en 51 de los 52 crímenes imputados a *Ahmad Harun*⁹⁵⁰. De hecho, la imputación por el crimen de guerra de saqueo de la población de Mukjar fue el único caso atribuido a título de inducción (art. 25-3-b del Estatuto de Roma), con una ubicación temporal relativamente precisa (3-10 de agosto de 2003) que deja entrever un mejor acervo probatorio⁹⁵¹.

En este sentido, es revelador el hecho de que la forma de participación escogida sea residual, a pesar de estar basada en el papel privilegiado del encausado como Ministro del Interior de Sudán, en su responsabilidad de coordinación del *dossier* de seguridad de la provincia de Darfur que incluyó la articulación de una campaña contrainsurgente por parte de las Fuerzas Armadas sudanesas, la Policía Nacional, los Servicios de Seguridad e Inteligencia y los grupos irregulares de *Popular Defense Force* (PDF) y las Milicias/*Janjaweed*⁹⁵², cuyo líder principal, *Ali Kushayb*, fue igualmente encausado con el mismo tipo de participación⁹⁵³. Solamente una deficiencia en la demostración de la responsabilidad principal de la calidad de autor directo, de co-autor o de autor indirecto basado en el control sobre la organización (art. 25-3-a del Estatuto de Roma), puede explicar la utilización de esta forma de responsabilidad para presuntos responsables de tan alta jerarquía en la escala del crimen por parte de la Fiscalía.

Otro caso de interés en el marco de la situación de Congo (RDC), es la Orden de detención emitida contra *Mbarushimana*, en septiembre 2010, que hizo uso, igualmente, de la forma de participación del artículo 25-3-d del Estatuto de Roma.

En este caso, la CPI ha determinado que el imputado puede ser tenido como responsable por crímenes de guerra y por crímenes de lesa humanidad cometidos entre 2009 y 2010 en las provincias de la RDC, Kivu-Norte- y Kivu-Sur, en calidad de Secretario ejecutivo del grupo armado *Forces démocratiques pour la libération du Rwanda - Forces combattantes Abacunguzi* (FDLR)⁹⁵⁴.

Entre los crímenes de guerra imputados se encuentran el ataque intencional a la población civil, la destrucción de bienes civiles, el homicidio intencional, la tortura y

⁹⁵⁰ *Ibid.*, pp. 6-15.

⁹⁵¹ *Ibid.*, p. 12, cargo núm. 37.

⁹⁵² *Ibid.*, p. 5.

⁹⁵³ CPI, Pre-trial Chamber I (27 April 2007): *The Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun ("Ahmad Harun") and Ali Muhammad Al Abd-Al-Rahman ("Ali Kushayb")*, ICC-02/05-01/07-3, Warrant of Arrest for Ali Kushayb, p. 5.

⁹⁵⁴ CPI, Chambre Préliminaire I (28 septembre 2010): *Le Procureur c. Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-2, Mandat d'arrêt à l'encontre de Callixte Mbarushimana, párs. 1 y 4.

otros actos inhumanos y la violación (arts. 8-2-b-i y 8-2-e-i; 8-2-a-iv y 8-2-e-xii; 8-2-a-i, 8-2-a-ii y 8-2-c-i; 8-2-b-xii y 8-2-e-vi del Estatuto de Roma, respectivamente)⁹⁵⁵.

La CPI basó la forma de participación de *Mbarushimana* en su condición de Secretario ejecutivo del FDLR y en el arresto del Presidente de dicha organización en 2009⁹⁵⁶. En efecto, una posición administrativa, ejercida eventualmente desde Francia, lugar donde se hizo efectiva la detención, puede ser más adecuada a esta forma de participación del artículo 25-3-d del Estatuto de Roma.

4.7.2. El interviniente del artículo 30 del Código Penal colombiano

“Al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurre en su realización (...)”.

El artículo 30 del Código Penal también prevé la aparición de otras hipótesis de participación, cuya configuración deja al arbitrio del juez, señalando únicamente que el individuo que participe de una infracción sin que en él concurren las condiciones de inducción o facilitación, deberá ser sancionado con una dosificación penal que reduce la pena principal en una cuarta parte.

Esta forma de participación, que no es de interés particular para los crímenes de guerra, corresponde a las infracciones en las que un particular concurre sin satisfacer las condiciones de autor cualificado requeridas por la infracción⁹⁵⁷.

En este sentido, la CSJ ha señalado expresamente que no se trata de un tipo de co-autoría:

“El interviniente no es, entonces, un concepto que corresponde a una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible sino un concepto de referencia para aludir a personas que sin reunir las calidades especiales previstas en el respectivo tipo especial, toman parte en la realización de la conducta, compartiendo roles con el sujeto calificado o accediendo a ellos. La norma, en este sentido zanja de *lege data* toda disputa entre las distintas soluciones dogmáticas para disponer, de un lado, el carácter unitario de la imputación alrededor del tipo especial y, de otro, la rebaja punitiva que se explica y funda en que el particular no infringe ningún deber jurídico especial de aquéllos que la necesidad de tutela particular del respectivo bien jurídico, demanda para su configuración. De ahí que se pueda ser interviniente a título de autor, en cualquiera de las modalidades de autoría (art. 29) o se pueda ser interviniente a título de partícipe (determinador o cómplice)”⁹⁵⁸.

⁹⁵⁵ *Ibid.*, p. 10.

⁹⁵⁶ *Ibid.*, p. 9.

⁹⁵⁷ CSJ, Caso *Calle Piedrahita*, núm. 29221, *op. cit.*, p. 47.

⁹⁵⁸ CSJ, Sala de Casación Penal (25 de abril de 2002): *La Fiscalía c. Jairo Hernán Morán Bravo y otros*, Radicado núm. 12191, Aprobado: Acta núm. 46, Sentencia, p. 17.

4.8. LA TENTATIVA COMO FORMA AUTÓNOMA DE PARTICIPACIÓN

4.8.1. La tentativa del artículo 25-3-f del Estatuto de Roma⁹⁵⁹

“(…) [quien]: Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad”.

Esta forma de participación corresponde a la modalidad de responsabilidad penal clásica (o dispositivo amplificador), según la cual un individuo es penalmente responsable por los actos criminales cometidos, con independencia de que el crimen sea perfeccionado, cuando la imposibilidad de obtener el resultado criminal obedece a actos ajenos a su voluntad.

En consecuencia, el artículo 25-3-f del Estatuto de Roma incluye igualmente la disposición conforme a la cual un individuo que desiste o impide la consumación del crimen, renunciando íntegra y voluntariamente al propósito delictivo no puede ser procesado en la modalidad de tentativa.

La tentativa fue utilizada por la Fiscalía de la CPI, en el marco del caso *Abu Garda*, sin que la jurisprudencia haya desarrollado el concepto por considerar la ausencia de prueba suficiente⁹⁶⁰.

4.7.2. La tentativa del artículo 27 del Código Penal colombiano

“El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad (…)

Cuando la conducta punible no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del autor o partícipe (…)”.

La tentativa del Código Penal colombiano es una forma de participación accesoria que sanciona la perpetración del injusto inacabado, estableciendo la obligación de que se dé inicio a los actos materiales de la infracción, en coherencia con el principio de la responsabilidad penal individual:

“Desde la teoría del delito, se entiende que los itinerarios puramente ideativos de los comportamientos ilícitos no son punibles, porque ello traduciría penalizar las expresiones del pensamiento, por ello, un apoyo en esta etapa no constituye coautoría, tampoco cuando se evidencia en actos preparatorios”⁹⁶¹.

⁹⁵⁹ El artículo 25-3-e del Estatuto de Roma, que hace referencia a la apología al genocidio, no es pertinente en este estudio.

⁹⁶⁰ CPI, *Abu Garda* case, ICC-02/05-02/09-243-Red, *op. cit.*, párs. 1 y 235-236.

⁹⁶¹ CSJ, Caso *Calle Piedrahita*, núm. 29221, *op. cit.*, p. 94.

A diferencia del Estatuto de Roma, el desistimiento de la tentativa no es un eximente de la responsabilidad penal sino una circunstancia atenuante de la pena.

Según la jurisprudencia constante de la CSJ, la configuración de la tentativa exige: (1) la verificación de los elementos materiales idóneos para la ejecución de la infracción; (2) la verificación de la intencionalidad dolosa; y (3) la no consumación del delito por circunstancias ajenas a la voluntad del agente:

“Concluye la Sala, que es a partir de la ponderación del plan del autor y de los actos socialmente adecuados para poner en peligro el bien jurídico, que se impone analizar en cada caso concreto si se está en presencia de actos preparatorios o ejecutivos y, con ello, constatar si se presenta o no la figura de la tentativa como dispositivo amplificador del tipo”⁹⁶².

A pesar de tratarse de un amplificador del tipo de extracción anciana en el Derecho Penal colombiano, la diferenciación de los elementos preparatorios y ejecutivos para determinar la atribución de una infracción a título de tentativa, ha sido objeto reciente de controversia.

En el caso *Caracol*, la CSJ se apartó de su propia jurisprudencia para sancionar la tentativa de homicidio agravado por uso de explosivos, cuando aún no se había puesto en riesgo efectivo el bien jurídico protegido, si se considera que los elementos ejecutivos del crimen se verifican cuando no hay eslabones intermedios esenciales en el plan del autor para ejecutar el injusto⁹⁶³.

En el caso examinado por la CSJ, los acusados esperaban el paso del automóvil donde se transportaba la víctima potencial y sólo después de este evento les era dado introducir la carga explosiva y activarla para consumir su crimen.

Esta discordancia jurisprudencial, como lo señalan las opiniones disidentes, es producto de un enfoque mucho más cercano de la teoría de la culpabilidad exclusivamente basada en la prevención, es decir, próxima a la teoría de *Jakobs*⁹⁶⁴ sobre el Derecho Penal del enemigo, sin consideración expresa de los límites constitucionales del poder punitivo, que exigen que el bien jurídico protegido sea efectivamente puesto en riesgo⁹⁶⁵.

⁹⁶² CSJ, Sala de Casación Penal (8 de agosto de 2007): *La Fiscalía c. Jhon Jairo Buitrago Gonzalez y Luis Alberto Puertas Triana*, Radicado núm. 25974, Aprobado: Acta núm. 140, Sentencia (en adelante: “CSJ, Caso *Caracol*, núm. 25974”), pp. 19 y 22.

⁹⁶³ CÓRDOBA ANGULO, M. F., *La tentativa*, 2001, Bogotá, Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 106 págs., p. 27.

⁹⁶⁴ A propósito de esta teoría, véase: JAKOBS, G.; CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, 1ª edición, 2003, Madrid, Civitas Ediciones S. L., 102 págs., pp. 43 y ss., 79 y ss.

⁹⁶⁵ CSJ, Caso *Caracol*, núm. 25974, *op. cit.*, p. 60 y ss.

5. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS JEFES Y OTROS SUPERIORES

El Estatuto de Roma contempla una plaza adicional para la responsabilidad de los superiores jerárquicos con el objetivo de llevar ante la justicia a los mayores responsables de los crímenes internacionales cometidos a gran escala, haciendo más amplio el margen de interpretación del principio de la responsabilidad personal e individual.

El artículo 28 del Estatuto de Roma contiene dos formas de participación del superior jerárquico que consagran expresamente la responsabilidad por omisión tan frecuente en el caso de los crímenes de guerra⁹⁶⁶.

En el caso colombiano, el artículo 25 del Código Penal describe la responsabilidad por omisión al deber de garante como una forma principal de perpetración propia de quienes tengan el deber legal de impedir atentados contra la vida, la integridad personal, la libertad individual y la libertad y formación sexuales, todos ellos bienes jurídicos atinentes, entre otros, a los crímenes de guerra.

5.1. LA RESPONSABILIDAD DE LOS JEFES MILITARES DEL ARTÍCULO 28-A DEL ESTATUTO DE ROMA

“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”.

La primera categoría del artículo 28-a del Estatuto de Roma exige: (1) que el encausado sea un jefe militar o una persona que cumple *de facto* una función de jefe militar; (2) que esta persona ejerza un mando y un control efectivos o una autoridad y un control efectivos sobre sus subordinados, los cuales deben haber cometido los

⁹⁶⁶ ARNOLD, R.; TRIFFTERER, O., “Article 28: Responsibility of commanders and others superiors”. En: O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observer’s notes Article by Article*, 2nd edition, 2008, München, C. H. Beck, Hart, Nomos, 1954 págs., pp. 795-843, p. 798; TPIY, Trial *Delalic et al*, IT-96-21-T, *op. cit.*, pár. 334.

crímenes concernidos⁹⁶⁷; (3) que la comisión de estos crímenes sea el resultado de la ausencia del control debido por parte del acusado; (4) que la persona acusada haya tenido conocimiento o, en razón de las circunstancias, haya debido saber (negligencia) que sus subordinados cometían o cometerían uno o varios de los crímenes referidos; y (5) que el acusado no haya tomado las medidas necesarias y razonables que estaban en su poder para impedir o reprimir la ejecución de estos crímenes o para remitirse a las autoridades competentes a fin de efectuar las investigaciones penales respectivas.

La jurisprudencia de la CPI ha indicado que el término “jefe militar” se refiere a una persona oficialmente nombrada para ejercer funciones de mando militar (*de jure*) con independencia de su rango en la cadena de mando e independientemente de que sus funciones no sean exclusivamente militares⁹⁶⁸.

En cuanto a la categoría de jefes *de facto*, ésta incluye a todas las personas que juegan un papel de mando militar efectivo sobre un grupo de personas, a través de una cadena de mando, es decir, los superiores de la fuerza pública, así como jefes de grupos rebeldes y unidades paramilitares. Esta posición ha sido defendida por los tribunales *ad hoc* y confirmada por la jurisprudencia de la CPI⁹⁶⁹.

De la misma manera, el “control efectivo” es definido a partir de los elementos de prueba, como la capacidad material para prevenir y sancionar la comisión de infracciones y la manifestación del nexo de subordinación entre el acusado y los autores materiales del injusto criminal⁹⁷⁰. El control efectivo y la comisión de la infracción deben ser concomitantes, es decir, el autor debe haber ejercido un control efectivo por lo menos en el momento en que la infracción iba a ser cometida⁹⁷¹.

De hecho, la posición oficial del acusado dentro de una estructura militar, su poder para emitir órdenes, su capacidad legal o fáctica para asegurar el cumplimiento de sus órdenes, el lugar que ocupa en el seno de la jerarquía, su ejercicio concreto de

⁹⁶⁷ La jurisprudencia de la CPI, basándose en los trabajos preparatorios del Estatuto de Roma, ha estimado que el uso de los términos “mando” y “autoridad” no tienen ningún efecto diferenciador sobre el grado de control requerido, aunque puede referirse al tipo de relación que ejerce el superior con respecto a sus subordinados. Véanse: CPI, *Bemba* case, ICC-01/05-01/08-424, *op. cit.*, p. 410.; NU, doc. A/CONF/183/C.1/WGGP/L.7 (22-06-1998): *Working paper on article 25. Responsibility of commanders and superiors*, 2 págs., p. 1 nota 2.

⁹⁶⁸ CPI, *Bemba* case, ICC-01/05-01/08-424, *op. cit.*, p. 408.

⁹⁶⁹ *Ibid.*, p. 409; TPIY, *Trial Delalic et al*, IT-96-21-T, *op. cit.*, p. 354, con reenvíos de jurisprudencia.

⁹⁷⁰ CPI, *Bemba* case, ICC-01/05-01/08-424, *op. cit.*, párs. 414-415; TPIY, *Trial Delalic et al*, IT-96-21-T, *op. cit.*, párs. 256-303.

⁹⁷¹ CPI, *Bemba* case, ICC-01/05-01/08-424, *op. cit.*, p. 419.

poder, su capacidad para emitir órdenes de combate directas, su capacidad para modificar la estructura de sus subordinados, reorganizar, promover, sancionar, reemplazar y demás movimientos de sus subordinados y su capacidad para ordenar el desplazamiento o retirada de unidades militares, son algunos de los elementos que la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* y de la CPI han considerado como pertinentes para inferir el control efectivo⁹⁷².

La CPI ha expresado que la forma de responsabilidad penal del artículo 28 del Estatuto de Roma difiere de las formas de participación del artículo 25-3-a del Estatuto de Roma, fundamentalmente por el hecho de que el superior jerárquico puede ser hallado responsable del comportamiento criminal de sus subordinados por haber faltado a su deber de prevenir o reprimir tal comportamiento ilegal o a su deber de remitirse a las autoridades competentes⁹⁷³. En este sentido, la responsabilidad del superior jerárquico exige la prueba del nexo entre la omisión del acusado y la comisión de los crímenes que se imputan a sus subordinados y la CPI ha determinado que este nexo puede considerarse probado si se demuestra que la inacción del acusado aumenta el riesgo de la comisión del injusto criminal⁹⁷⁴.

En cuanto al conocimiento del autor sobre los actos ilegales de sus subordinados, la prueba puede ser directa o indiciaria. En los casos de prueba indiciaria, la extensión de los crímenes cometidos, su carácter generalizado o sistemático, el período durante el cual han sido cometidos, el tipo y número de fuerzas armadas que han perpetrado las infracciones, los medios de que disponían los perpetradores directos, el *modus operandi* de actos similares, el alcance y la naturaleza del puesto ocupado por el acusado, el lugar físico donde se encontraba el acusado en relación al lugar de los hechos criminales, son algunos de los elementos que ha considerado la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* y de la CPI⁹⁷⁵.

La negligencia del superior jerárquico, que “hubiere debido saber” acerca del comportamiento ilegal de sus subordinados, ha sido admitida por la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* basándose en un estudio del derecho consuetudinario y, en consecuencia, cuando la ignorancia de los hechos criminales por parte del acusado es

⁹⁷² *Ibid.*, pár. 417, con reenvíos de jurisprudencia.; TPIY, Trial *Kordic and Cerkez*, IT-95-14/2-T, *op. cit.*, párs. 421-438.

⁹⁷³ *Ibid.*, pár. 405.

⁹⁷⁴ *Ibid.*, párs. 423 y 425.

⁹⁷⁵ *Ibid.*, párs. 430-431.; TPIY, Trial *Delalic et al*, IT-96-21-T, *op. cit.*, pár. 386.

producto de su negligencia en el cumplimiento de sus deberes, tal ignorancia no constituye un medio de defensa⁹⁷⁶.

Una vez constatado el elemento psicológico (de intencionalidad), esta forma de participación criminal exige que el superior jerárquico satisfaga, por lo menos, una de las faltas del artículo 28-a-ii del Estatuto de Roma, es decir, que el acusado haya faltado al deber de: (1) impedir los crímenes; (2) reprimir su ejecución; o (3) trasladar a las autoridades competentes el caso para su respectiva investigación y enjuiciamiento⁹⁷⁷.

El incumplimiento de estos deberes puede ser o no concurrente, pues cada uno de ellos corresponde a un momento diferente del *iter criminis* y, en la práctica, los deberes del superior estarán determinados por los hechos y las circunstancias, así como por su control efectivo⁹⁷⁸.

En este sentido, las “medidas necesarias y razonables” que un jefe militar debe implementar para impedir la comisión de crímenes internacionales por parte de sus subordinados dependen de su grado de control efectivo y deben ser estudiadas caso por caso⁹⁷⁹.

5.2. LA RESPONSABILIDAD DE OTROS JEFES Y SUPERIORES DEL ARTÍCULO 28-B DEL ESTATUTO DE ROMA

“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 segunda categoría corresponde a jefes y superiores que no detentan una autoridad o mando militar con respecto a sus subordinados.

⁹⁷⁶ CPI, *Bemba case*, ICC-01/05-01/08-424, *op. cit.*, p. 432; TPIY, Trial Chamber I (3 March 2000): *The Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, Case IT-95-14-T, Judgment (en adelante: “TPIY, Trial *Blaskic*, IT-95-14-T”), p. 332.

⁹⁷⁷ ARNOLD, R.; TRIFFTERER, O., “Article 28: Responsibility of commanders and others superiors”, *op. cit.*, p. 838.

⁹⁷⁸ CPI, *Bemba case*, ICC-01/05-01/08-424, *op. cit.*, párs. 436 y 441.

⁹⁷⁹ TPIY, Appeals *Kordic and Cerkez*, IT-95-14/2-A, *op. cit.*, p. 443.

El artículo 28-b del Estatuto de Roma se dirige en esta ocasión de modo residual a los líderes y jefes políticos y administrativos, entre otros, y esta forma de responsabilidad exige: (1) que el acusado sea un jefe o una persona que cumple *de facto* una función de superior jerárquico; (2) que esta persona ejerza una autoridad y un control efectivos sobre sus subordinados, los cuales deben haber cometido los crímenes concernidos; (3) que la comisión de estos crímenes sea el resultado de la ausencia del control apropiado por parte del acusado; (4) que la persona acusada haya tenido conocimiento o, deliberadamente, haya omitido información precisa indicativa de la acción criminal de sus subordinados; (5) que los crímenes estén relacionados con las actividades bajo responsabilidad y control efectivo del acusado; y (6) que el acusado no haya tomado las medidas necesarias y razonables que estaban en su poder para impedir o reprimir la ejecución de estos crímenes o para remitirse a las autoridades competentes a fin de efectuar las investigaciones penales respectivas.

La jurisprudencia de la CPI no ha abordado hasta el momento esta segunda categoría de responsabilidad del superior jerárquico. No obstante, cabe señalar que ella guarda estrechas similitudes con la primera categoría del artículo 28-a del Estatuto de Roma y que las diferencias más notorias entre ambas pueden resumirse en: (1) la ausencia de una jerarquía militar como condición necesaria; (2) la ausencia de responsabilidad por negligencia, puesto que la omisión de información sobre la perpetración de los crímenes debe ser dolosa (deliberada); y (3) la exigencia adicional de un nexo entre los crímenes cometidos por los autores materiales y las funciones desempeñadas por el superior jerárquico.

En el conjunto del artículo 28 del Estatuto de Roma puede percibirse un compromiso con el enjuiciamiento de quienes se encuentran en el nivel más alto de las jerarquías comprometidas en injustos criminales y en los dos casos desarrollados por este artículo hay un reto probatorio importante, pese a que en la práctica el artículo 28 del Estatuto de Roma se encarga de cubrir los fallos de demostración que pueda haber con respecto a la responsabilidad principal de los jefes y otros superiores, frente a los crímenes ejecutados por sus subordinados⁹⁸⁰.

De hecho, la distancia física entre el superior jerárquico y la escena del crimen aunada a la ausencia de prueba suficiente del control sobre el crimen y/o sobre la

⁹⁸⁰ WERLE, G., *Principles of the International criminal law*, 2nd edition, 2009, The Hague, TMC Asser Press, 658 págs., pp. 165-185.

organización, puede hacer que los superiores sean considerados subsidiariamente responsables por ausencia de vigilancia debida, como lo demostró la confirmación de cargos en el asunto *Bemba* bajo la jurisdicción de la CPI⁹⁸¹.

5.3. EL DEBER JURÍDICO DE PROTECCIÓN Y GARANTÍA DEL ARTÍCULO 25 DEL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO

“Artículo 25. Acción y omisión. La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión.

Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevare a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley.

Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones:

1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.
2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.
3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.
4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.

Parágrafo. Los numerales 1, 2, 3 y 4 sólo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales”.

El artículo 25 del Código Penal se dirige en primer lugar a la fuerza pública, pues, en situaciones concretas, debe garantizar la vida de los asociados⁹⁸².

La omisión sancionada por este artículo exige un nexo de riesgo, es decir, la verificación de la omisión del autor de su deber legal de impedir la consumación del crimen, teniendo la obligación y la oportunidad para hacerlo.

En juicios contra superiores militares, la CSJ ha señalado expresamente que el comportamiento de los subordinados compromete la responsabilidad del superior, porque el estamento militar actúa de manera jerarquizada, esto es, que la actitud de los subordinados se presume conocida y patrocinada por su superior, con independencia de las pruebas que puedan comprometer la responsabilidad del superior a título de autor de las infracciones⁹⁸³.

⁹⁸¹ CPI, *Bemba* case, ICC-01/05-01/08-424, op. cit., p. 401.

⁹⁸² CSJ, Masacre de *La Gabarra*, núm. 24448, op. cit., p. 31.

⁹⁸³ *Ibid.*, p. 83.

En el mismo sentido, El artículo 48 del Código Disciplinario Único destinado a funcionarios del Estado señala los “crímenes de guerra, genocidio y lesa humanidad” como faltas gravísimas, sancionadas por el artículo 56 con destitución, inhabilidad para ocupar cargos públicos hasta por 20 años y multa⁹⁸⁴.

Por otro lado, en el Derecho Penal colombiano la responsabilidad penal individual por crímenes de guerra se considera agravada por el nivel de autoridad que ejerce el sujeto activo del crimen. El artículo 140 del Código Penal establece una agravación de una tercera parte a la mitad de la pena cuando el sujeto criminal tiene autoridad o cargo conferido.

No obstante, el Ministerio Público prefiere adherir a la acusación por co-autoría impropia en casos de conductas deliberadamente omisivas que constituyen una contribución esencial a la ejecución del injusto:

“Así resumidos los cargos de la acusación, se evidencia que la imputación expresamente apeló a la denominada coautoría impropia, fundada en un acuerdo previo y en el reparto de las misiones delictivas que debía desarrollar cada integrante del grupo. En el mismo contexto, la referencia tangencial de la fiscalía a que el imputado desconoció su posición de garante fue traída para concluir que se trataba de un aporte más a la ejecución del convenio delictivo”⁹⁸⁵.

6. LAS CIRCUNSTANCIAS EXIMENTES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL APLICABLES A LOS CRÍMENES DE GUERRA

6.1. LAS CIRCUNSTANCIAS EXIMENTES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ARTÍCULOS 31 Y 32 DEL ESTATUTO DE ROMA

El artículo 31-1 del Estatuto de Roma contiene un listado clásico de causales de exoneración de la responsabilidad penal del individuo: incapacidad mental, estado de involuntario de intoxicación inhibitor de la voluntad, legítima defensa propia o ajena proporcional al daño, insuperable coacción ajena y miedo insuperable proporcional⁹⁸⁶.

En el caso de los crímenes de guerra, el artículo 31-1-c del Estatuto de Roma, indica que no basta con participar en una fuerza que realice una operación de defensa

⁹⁸⁴ Ley 734 de 2002, de 5 de febrero, “*Por la cual se expide el Código Disciplinario Único*”, Congreso de la República de Colombia, Diario oficial 44.699.

⁹⁸⁵ CSJ, Masacre de *La Gabarra*, núm. 24448, *op. cit.*, p. 45.

⁹⁸⁶ Para un estudio completo del artículo 31 del Estatuto de Roma, véase, por ejemplo: ESER, A., “Article 31. Grounds for excluding criminal responsibility”. En: O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observer’s notes Article by Article*, 2nd edition, 2008, München, C. H. Beck, Hart, Nomos, 1954 págs., pp. 863-893.

para estar cobijado por una circunstancia eximente de responsabilidad, aunque extiende la noción de defensa al hecho de proteger:

“(…) un bien que fuese esencial para su supervivencia o la de un tercero o de un bien que fuese esencial para realizar una misión militar, contra un uso inminente e ilícito de la fuerza en forma proporcional al grado de peligro para él, un tercero o los bienes protegidos (…)”.

Dos condiciones adicionales al hecho de participar de una operación defensiva, deben cumplirse para invocar esta causal de justificación: (1) que se encuentre frente a un uso de la fuerza inminente e ilícito; y (2) que la fuerza usada en la defensa sea proporcional⁹⁸⁷.

Es importante señalar igualmente que el artículo 31-1-c del Estatuto de Roma incluye la defensa de la propiedad como causal de exoneración de la responsabilidad en los crímenes de guerra, siempre que ésta sea esencial para la propia supervivencia o la de un tercero, así como en los casos en que los bienes esenciales para el cumplimiento de una misión militar. Nótese que el adjetivo califica a los bienes como “esenciales” y esta naturaleza puede presentar dificultades de interpretación y prueba en el marco del Derecho internacional de los conflictos armados, en particular, en lo que se refiere a las “necesidades militares”⁹⁸⁸.

En este sentido, el artículo 32-2 del Estatuto de Roma aclara que las circunstancias eximentes de la responsabilidad penal deben ser evaluadas caso por caso y, adicionalmente, el artículo 31-3 del Estatuto de Roma deja abierta la posibilidad de que la CPI establezca la existencia de otras circunstancias eximentes de la responsabilidad, diferentes del artículo 31-1 del Estatuto de Roma, siempre que éstas sean inspiradas en las fuentes de derecho aplicable, en el marco del artículo 21 del Estatuto, incluidos los principios generales de Derecho Internacional derivados del Derecho Internacional de los conflictos armados.

Por su parte, el artículo 32 del Estatuto de Roma establece que los errores de hecho y de derecho⁹⁸⁹ no eximen de la responsabilidad penal, a menos que cualquiera de

⁹⁸⁷ *Ibid.*, p. 879.

⁹⁸⁸ *Ibid.*, p. 881.

⁹⁸⁹ El error jurídico penal puede ser definido como un conocimiento deformado de la realidad o de su significación social o jurídica, que se distingue de la ignorancia entendida como una ausencia total de conocimiento perceptivo o valorativo sobre algo. El error de hecho (error sobre los hechos o los componentes fácticos) y el error de derecho (error sobre la existencia o interpretación del marco jurídico de la conducta), son distinciones de tradición romano-germánica que subsisten en el Código Penal francés (art. 122-3). Para un estudio detallado del artículo 32 del Estatuto de Roma, véase, por ejemplo: TRIFFTERER, O., “Article 32. Mistake of fact or mistake of law”. En: O. Triffterer (ed.), *Commentary*

éstos haga desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por la infracción para que la conducta del autor constituya un crimen internacional.

De la misma manera, el artículo 32-2 del Estatuto de Roma deja expresa constancia de que el error de derecho relativo a la competencia de la CPI sobre las conductas perpetradas, puede constituir un eximente de la responsabilidad penal en los crímenes de guerra cuando el autor del injusto ha actuado en cumplimiento de un deber legal o en cumplimiento de una orden emitida por una autoridad competente, únicamente, cuando se cumplan de manera concurrente tres condiciones: (1) siempre que esta persona haya tenido la obligación legal de obediencia; (2) cuando la persona no haya conocido la ilegalidad de la orden; y (3) siempre que la orden dada no haya sido manifiestamente ilegal (art. 33 del Estatuto de Roma).

Conforme al análisis de la doctrina, se trata de una distinción clara entre los crímenes de guerra propiamente dichos y los llamados “daños colaterales” o pérdidas colaterales” en el curso de un conflicto armado. El hecho de que los crímenes de guerra no se hallen cubiertos por una presunción absoluta (*juris et de jure*) de orden manifiestamente ilegal, está basado precisamente en el contexto de conflicto armado que rodea a los crímenes de guerra y en el hecho de que sus perpetradores involucran, por lo general, a fuerzas del Estado⁹⁹⁰.

Debido a que la CPI no ha emitido su primera sentencia de enjuiciamiento, no ha habido, hasta el presente, ningún pronunciamiento relativo a los eximentes de la responsabilidad penal de los encausados.

5.2. LAS CAUSALES EXIMENTES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL ARTÍCULO 32 DEL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO

La larga lista de circunstancias eximentes de responsabilidad corresponde a los postulados clásicos del Derecho Penal de los Estados, en particular: caso fortuito, fuerza mayor, estado de necesidad proporcional, legítima defensa proporcional, necesidad de protección de un derecho similar propio o ajeno de un peligro actual o inminente, insuperable coacción ajena y miedo insuperable.

on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observer's notes Article by Article, 2nd edition, 2008, München, C. H. Beck, Hart, Nomos, 1954 págs., pp. 895-914.

⁹⁹⁰ *Ibid.*, p. 911; TRIFFTERER, O., “Article 33. Superior orders and prescription of law”. En: O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observer's notes Article by Article*, 2nd edition, 2008, München, C. H. Beck, Hart, Nomos, 1954 págs., pp. 915-929, p. 928.

Conforme al Derecho Penal colombiano, la incapacidad mental y el estado de intoxicación involuntaria inhibitor de la voluntad hacen parte de la valoración de la imputabilidad de la conducta penal (art. 33 del Código Penal), que es previa al examen de la responsabilidad.

Por su parte, el artículo 3 del Código Penal Militar establece que:

“en ningún caso podrán considerarse como relacionados con el servicio los delitos de tortura, el genocidio y la desaparición forzada, entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia”⁹⁹¹.

La CC ha señalado que esta lista de crímenes no puede ser considerada como exhaustiva y debe entenderse que incorpora, en general, todos los crímenes internacionales, incluidos los crímenes de guerra que son abiertamente contrarios a la naturaleza del servicio militar⁹⁹². Por lo tanto, la orden de autoridad competente y el cumplimiento de un deber legal no son causales eximentes de la responsabilidad por crímenes de guerra en el Derecho Penal colombiano, a diferencia del Estatuto de Roma.

En cuanto a otras causas de exoneración de la responsabilidad, el Derecho Penal colombiano distingue entre el error de tipo y error de prohibición (arts. 32-10 y 32-11 del Código Penal). En el error de tipo no hay dolo, pues el conocimiento del autor no abarca los elementos materiales del crimen. En el error de prohibición el análisis recae sobre la antijuridicidad de la conducta y no excluye el dolo en la ejecución de los elementos materiales del injusto.

En el Derecho Penal colombiano, el error de tipo excluye la responsabilidad por crímenes de guerra por ausencia de dolo y el error de prohibición sólo la excluye cuando se trata de error invencible, y atenúa la pena hasta la mitad cuando el error es vencible. En este sentido, tanto el error de tipo como el error de prohibición pueden referirse a errores de hecho o de derecho, por lo tanto, estas figuras del artículo 32 del Estatuto de Roma no coinciden⁹⁹³.

⁹⁹¹ Ley 522 de 1999, de 12 de agosto, “*Por medio de la cual se expide el Código Penal Militar*”, Congreso de la República de Colombia, Diario oficial 43.665.

⁹⁹² CC, Sala Plena (12 de julio de 2000): *Demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 1; 2; 3 y 195 de la ley 522 de 1999 “por medio de la cual se expide el Código Penal Militar”*, Sentencia C-878/00, Sentencia de constitucionalidad, pár. 4.4.

⁹⁹³ VELÁSQUEZ, F., “La teoría del error en el Proyecto de Código Penal colombiano de 1998”. En: ARROYO ZAPATERO, L. A.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., (dirs.), *Libro Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam*, vol. I, 2001, Cuenca, Universidad de Castilla La Mancha y Universidad de Salamanca, 1444 págs., pp. 1375-1387, p. 1377.

CAPÍTULO IV. LA JURISDICCIÓN COMPETENTE PARA PERSEGUIR Y SANCIONAR LOS CRÍMENES DE GUERRA EN COLOMBIA

1. LA COMPETENCIA PRINCIPAL DEL ESTADO COLOMBIANO

1.1. DERECHO APLICABLE

La lucha global contra la impunidad supone un acercamiento progresivo del Derecho Penal del Estado a la doctrina del Derecho Internacional Penal en materia de crímenes internacionales y teoría de la responsabilidad penal individual⁹⁹⁴.

1.1.1. Principios que rigen la competencia principal del Estado

El respeto al Estatuto de Roma y al Derecho Internacional de los conflictos armados está garantizado por el principio de *pacta sunt servanda* que fue consagrado en el artículo 26 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados. El artículo 27 de la misma Convención, dispone de modo general que: “una parte no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para la no ejecución de un tratado”. La obligación de respetar y hacer respetar en todas las circunstancias el Derecho Internacional de los conflictos armados está señalada expresamente en el artículo 1 común a los Convenios de Ginebra. Según los profesores *David, Condorelli y Boisson de Chazournes*, esta fórmula, pleonástica y excepcional, ratifica la obligación de perseguir y sancionar los crímenes de guerra, con independencia de las causas del conflicto armado y sin que pueda alegarse la inaplicación por ausencia de reciprocidad en el respeto de los tratados⁹⁹⁵.

⁹⁹⁴ Para el profesor *Bassiouni*, la calificación de los crímenes de guerra como relevante del *jus cogens*, impone una obligación que adquiere un contenido absoluto de *obligatio erga omnes*. En el mismo sentido, la jurisprudencia colombiana ha acogido la tesis de los crímenes de guerra y demás crímenes internacionales como relevantes del *jus cogens*. Véanse: BASSIOUNI, C., *Introduction to International Criminal Law*, *op. cit.*, p. 114; CC, Sentencia C-225/95, *op. cit.*, pár. II. 7, con reenvíos de jurisprudencia.

⁹⁹⁵ DAVID, E., *Principes de droit des conflits armés*, *op. cit.*, p. 561 ; CONDORELLI, L. ; BOISSON DE CHAZOURNES, L., “Quelques remarques à propos de l'obligation de 'respecter et faire respecter' le droit international humanitaire 'en toutes circonstances'”, *Mélanges Pictet*, 1984, Genève- La Haye, CICR-NIJHOFF, 1984, pp. 17-36.

El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ha insistido sobre el compromiso estatal de las Altas Partes contratantes en la aplicación de esta obligación⁹⁹⁶, lo cual supone comprometerse a prevenir los casos de violación de derechos humanos, a investigar sobre las alegaciones de violaciones y a punir a aquéllos que, como producto de un proceso en buena y debida forma, hubieran sido declarados culpables⁹⁹⁷.

La CIJ ha indicado que el respeto al Derecho Internacional de los conflictos armados tiene un carácter inexcusable⁹⁹⁸. Esta regla tiene su correspondencia en el artículo 56 de la Carta de Naciones Unidas que obliga a los Estados a actuar con miras a asegurar el respeto de los derechos humanos. Basándose en este principio, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha hecho continuos llamados generales a los Estados para que adopten la legislación pertinente para garantizar el respeto a los límites de la guerra⁹⁹⁹.

En el mismo sentido, la CDI ha señalado que los Estados deben cooperar para poner fin por todos los medios lícitos a toda violación grave del Derecho Internacional, incluido el Derecho Internacional de los conflictos armados¹⁰⁰⁰.

En el plano interno, la obligación de respetar y hacer respetar el Derecho Internacional de los conflictos armados es una obligación de perseguir y sancionar su violación, en el marco de la ley y del respeto a los derechos de las personas concernidas. Esta obligación debe estar integrada en la política criminal¹⁰⁰¹ y, por mandato constitucional, el poder legislativo tiene competencia amplia y exclusiva para la

⁹⁹⁶ Véanse por ejemplo: CS, doc. S/RES/469 (20-5-1980): *Territorios ocupados por Israel*, 2 págs.; CS, doc. S/RES/681 (20-12-1990): *Territorios ocupados por Israel*, 2 págs.

⁹⁹⁷ CS, doc. S/RES/1087 (11-12-1996): *Sobre la situación de Angola*, 2 págs., preámbulo, pár. 6.

⁹⁹⁸ CIJ, *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République Démocratique du Congo c. Rwanda)*, Demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance de 10 juillet 2002, CIJ Recueil 2002, p. 219, párs. 56 y 93.

⁹⁹⁹ Véanse por ejemplo: NU, doc. A/RES/50/29 (6-12-1995): *Resoluciones aprobadas por la Asamblea General sobre la base del Informe del Comité Especial encargado de investigar las prácticas Israelíes que afecten los derechos humanos del pueblo palestino y otros habitantes árabes de los pueblos ocupados*, 8 págs.; NU, doc. A/RES/55/131 (8-12-2000): *Resolución aprobada por la Asamblea General: Aplicabilidad del Convenio de Ginebra relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra, de 12 de agosto de 1949, al Territorio Palestino ocupado, incluida Jerusalén, y a los demás territorios árabes ocupados*, 2 págs.

¹⁰⁰⁰ CDI, doc. A/56/10 (10-8-2001): *Texto del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos con sus comentarios*, 591 págs., pp. 309-316, párs. 1-14 como comentarios al artículo 41.

¹⁰⁰¹ CC, Sala Plena (22 de febrero de 2005): *Demanda de inconstitucionalidad contra las expresiones “grave” contenida en el numeral 1º del artículo 101 y “graves” contenida en los artículos 137 y 178 de la Ley 599 de 2000 “por la cual se expide el Código Penal”*, Sentencia C-148/05, Sentencia de constitucionalidad, pár. 3.1 con reenvíos de jurisprudencia.

definición de la política criminal del Estado¹⁰⁰², la cual debe estar fundada en los principios constitucionales de democracia y soberanía popular (arts. 1 y 3 de la Constitución Política):

“El derecho penal, que en un Estado democrático debe ser la *ultima ratio*, puede ser utilizado, sin vulnerar la Constitución, para sancionar las conductas lesivas de bienes jurídicos ajenos que se estiman esenciales y cuya vulneración, en consecuencia, debe asociarse a una pena”¹⁰⁰³.

En este marco, el 1 de julio de 2001 entró en vigor en Colombia, el Código Penal, cuyo Libro II Título II incorporó por primera los crímenes de guerra al Derecho Penal sustantivo colombiano como una evolución de la política criminal ordenada por los poderes públicos.

1.1.2. El criterio territorial como fuente principal de la competencia del Estado colombiano en materia de crímenes de guerra

De manera general, la ley penal colombiana se aplica a todas las infracciones cometidas en el territorio del Estado¹⁰⁰⁴ (art. 14 del Código Penal), en el marco del respeto de los compromisos internacionales¹⁰⁰⁵. La regla general indica que ni la nacionalidad de la víctima ni la del autor de la infracción pueden ser obstáculo para perseguir los crímenes de guerra, pues el principio de territorialidad se impone como una manifestación inequívoca de la soberanía de los Estados en armonía con el deber de perseguir y sancionar los crímenes internacionales.

Para determinar la competencia es suficiente con que uno de los hechos constitutivos del crimen haya tenido lugar en Colombia, es decir, basta con verificar la

¹⁰⁰² El profesor *Foucault* define la política criminal como “el uso de la fuerza y el empleo de la violencia legítima del Estado en el ejercicio de su gobierno a través de la coacción física, que puede incluir la aprehensión de los cuerpos, la eliminación, el encierro, la expulsión, entre otras formas de control” (traducción no oficial). En: FOUCAULT, M., *Histoire de la folie à l'âge classique*, reimpresión, 1972, París, Gallimard, 360 págs., p. 84.

¹⁰⁰³ CC, Sala Plena (20 de mayo de 1997): *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 263 del Código Penal modificado por el artículo 270 del Código del Menor*, Sentencia C-237/97, Sentencia de constitucionalidad, pár. 3.

¹⁰⁰⁴ El territorio nacional se extiende del territorio continental al territorio del archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, la zona insular, el mar territorial, la zona contigua, la plataforma continental, la zona económica exclusiva, el espacio aéreo, el segmento de la órbita geostacionaria, el espectro electromagnético y el espacio donde actúa, de conformidad con el Derecho Internacional o con las leyes colombianas a falta de normas internacionales, según lo dispone el artículo 101 de la Constitución Política.

¹⁰⁰⁵ La CC declaró constitucional el artículo 14 del Código Penal, bajo la consideración de que su texto no viola los artículos 9 (reconocimiento de los principios de Derecho Internacional) y 35 (extradición) de la Constitución Política. Véase: CC, Sala Plena (13 de junio de 2001): *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 14 de la Ley 599 de 2000*, Sentencia C-621/01, Sentencia de constitucionalidad.

comisión de actos preparatorios de la acción (art. 14-1 del Código Penal), de la omisión (art. 14-2 del Código Penal) o del resultado mismo de la infracción (art. 14-3 del Código Penal). En lo que concierne a las infracciones complejas, cuya realización supone la reunión de actos materiales distintos, como es el caso del desplazamiento forzado de población (art. 159 del Código Penal), la esclavitud sexual (art. 141 del Código Penal) y el reclutamiento de menores (art. 162 del Código Penal), entre otros, la competencia colombiana resulta fácilmente establecida en la medida en que uno de estos actos tenga lugar en el territorio de este país, en razón de la indivisibilidad de los hechos componentes del crimen.

En la situación de Colombia, el conflicto armado se extiende por todo el territorio nacional continental y ha tenido episodios que han comprometido el espacio aéreo y el mar territorial¹⁰⁰⁶. En esta medida, cabe recordar que el Derecho Internacional ha autorizado que el principio de territorialidad pueda extenderse más allá de lo estrictamente territorial pero ligado al territorio¹⁰⁰⁷. No obstante, esta extensión del principio de territorialidad puede quedar inutilizada por la aplicación del principio de doble incriminación, cuando el acusado continúa fuera del territorio nacional, pues algunos crímenes de guerra no se hallan especialmente consagrados en la legislación de los países vecinos ni en los tratados en vigor¹⁰⁰⁸, por lo tanto, no se reúnen los requisitos para una demanda de extradición (art. 18 del Código Penal).

En principio, la competencia territorial es a la vez más legítima y más eficaz para la persecución de los crímenes de guerra, pues, por regla general, es más eficiente adelantar el proceso penal allí donde han ocurrido los hechos criminales para efectos de la conformación del acervo probatorio, para la conservación de la cadena de la prueba y para la acumulación de procesos, entre otros, debido a que se preserva la unidad institucional y no se depende de la cooperación de otro Estado.

En términos generales puede afirmarse que la competencia territorial se revela útil para las infracciones cometidas en el marco del conflicto armado interno cuando no

¹⁰⁰⁶ CINEP, “2003: Mercenariado internacional en el paramilitarismo colombiano”, *op. cit.*, p. 475; CS, doc. S/2008/177 (14-3-2008), *op. cit.*, p. 1. Estos y otros espacios, como los navíos que portan pabellón colombiano y las aeronaves matriculadas en Colombia, son asimilados al criterio territorial, conforme al Derecho Internacional (art. 15 del Código Penal).

¹⁰⁰⁷ CPJI, *Affaire du Lotus (France c. Turquie)*, Arrêt du 7 septembre 1927, CPJI Recueil des Arrêts, Série A-10, p. 19.

¹⁰⁰⁸ Véase en particular el acuerdo de extradición que rige entre las Repúblicas de Colombia, Ecuador, Perú, Bolivia y Venezuela, cuya competencia *ratione materiae* (artículo 2) no incluye un número importantes de conductas susceptibles de ser punidas como crímenes de guerra: Acuerdo Bolivariano sobre Extradición, suscrito durante el Congreso Bolivariano de Caracas (18-7-1911).

hay eximentes de responsabilidad interpuestos por la ley nacional ni otros factores que puedan inutilizar *de facto* la jurisdicción. Este criterio adquiere mayor relevancia puesto que la ley penal colombiana permite el enjuiciamiento de los crímenes aún cuando el autor no esté presente en el territorio nacional o no pueda ser llevado ante la justicia, como ocurre con los más altos dirigentes de los grupos armados en conflicto, que pueden ser juzgados en contumacia (rebeldía)¹⁰⁰⁹. En la práctica, la mayoría de los crímenes de guerra en Colombia son perseguidos en virtud del criterio de la competencia territorial y la utilización de otros criterios subsidiarios, aunque es jurídicamente viable, es marginal.

1.1.3. Fuentes subsidiarias de competencia en materia de crímenes de guerra

El criterio de la competencia personal viene al auxilio de los vacíos que pueda dejar la competencia territorial en materia de crímenes de guerra.

La competencia personal activa se aplica bajo ciertas condiciones a los ciudadanos colombianos incurso en un crimen, con independencia del lugar de su perpetración. El artículo 16-4 del Código penal indica que la competencia personal activa tendrá lugar cuando el delito tenga pena superior a 2 años de prisión, por lo tanto, es aplicable a todos los crímenes de guerra cuya pena inferior está fijada en 32 meses (2,8 años) para el delito de represalias (art. 158 del Código Penal)¹⁰¹⁰. La competencia personal activa tiene importancia para el enjuiciamiento de los responsables de crímenes de guerra ocurridos en territorio ecuatoriano y venezolano por grupos armados colombianos, cuya ocurrencia es reseñada a menudo por la prensa local de las fronteras¹⁰¹¹.

¹⁰⁰⁹ Véanse por ejemplo los juicios contra el Comando central del ELN y las sucesivas sentencias contra *Carlos Castaño Gil*, máximo líder de los grupos paramilitares AUC, presuntamente desaparecido en 2002: CSJ, Caso *Machuca*, *op. cit.*, 80 págs.; JPC, Juez 2º Antioquia (22 de abril de 2003): *La Fiscalía c. Carlos Castaño Gil y otros*, Sentencia de primera instancia.

¹⁰¹⁰ A pesar de que el artículo 16-4 del Código Penal dispone que la competencia personal no será aplicable “si la persona ha sido ya juzgada definitivamente en el extranjero por los mismos hechos, y en caso de condena, si la pena ha sido pagada o está prescrita”, es importante recordar que la prescripción y la cosa juzgada fraudulenta no son aplicables a los crímenes de guerra para efectos de la competencia principal del Estado o para efectos de la competencia complementaria de la CPI.

¹⁰¹¹ En 2005, en el caso de una masacre perpetrada en la zona rural de Ureña (Estado Táchira-Venezuela), el periódico colombiano *La Opinión*, reseñaba: “Habitualmente en –La Mulata (Ureña)- son encontrados cadáveres, en la mayoría de los casos de colombianos, que son ejecutados por los grupos al margen de la ley que llevan sus víctimas a este lugar para dificultar su identificación, ya que son desprovistas de sus documentos y deben ser trasladados a San Cristóbal, lo que obliga a los cuerpos policiales a identificarle mediante una serie de trabajos técnicos como la necrodactilia, proceso que dura

Por su parte, la competencia personal pasiva favorece en ciertas condiciones a los ciudadanos colombianos que han sido víctimas de una infracción, con independencia del lugar de su comisión y de la nacionalidad del autor del injusto (art. 16-5 del Código Penal)¹⁰¹².

En materia de crímenes de guerra, la competencia personal pasiva es especialmente relevante en casos en que no se ha logrado individualizar a los autores y las víctimas colombianas son halladas fuera del territorio nacional. Pese a las ventajas de este criterio, el Estado colombiano prefiere declinar la competencia a favor del tercer Estado que tiene la competencia territorial, situación que a menudo amplifica los márgenes de impunidad, pues los autores de los crímenes de guerra permanecen en territorio colombiano¹⁰¹³.

1.2. EL IMPACTO DE LA JURISDICCIÓN NACIONAL EN MATERIA DE CRÍMENES DE GUERRA

La jurisdicción nacional, en términos del artículo 8-1 del Pacto de San José, debe cumplir una triple exigencia: atribución, independencia e imparcialidad. En la situación de Colombia, el ejercicio de la función judicial es independiente y está dissociado de los órganos políticos del poder público (art. 228 de la Constitución Política). El poder judicial, como emanación legítima de los órganos de gobierno, está llamado a actuar con equidad y velar porque el Estado cumpla con sus obligaciones internacionales (arts. 2, 93 y 230 de la Constitución Política).

En este sentido, el impacto de la jurisdicción nacional en materia de crímenes de guerra a partir de 2001 y hasta el presente depende, por un lado, del impacto material que está dado por el número de sumarios abiertos respecto al número de crímenes

un tiempo considerable”. Véase: LA OPINIÓN, “Triple crimen en el río Táchira”, *Diario La Opinión*, Cúcuta, febrero 28 de 2005, Edición impresa, p. 8-b.

¹⁰¹² El artículo 16-5 del Código Penal exige la solicitud expresa del Ministerio Público (Procurador General de la Nación) y ninguna acción penal es posible si el autor ya ha sido juzgado definitivamente en el extranjero por los mismos hechos.

¹⁰¹³ Un caso tipo: El 26 de enero de 2011, tres personas fueron asesinadas en territorio venezolano por presuntos paramilitares sin identificar. Una de las víctimas, ciudadano colombiano, fue torturado antes de su muerte. Éste es un ejemplo cotidiano, donde pueden configurarse los crímenes de tortura y homicidio en persona protegida con ocasión del conflicto armado colombiano y donde, por regla general, la justicia colombiana declina la competencia a favor de la competencia territorial del Estado vecino y éste procesa los crímenes como delitos comunes. Véase: LA OPINIÓN, “Asesinados un comerciante, su hijastro y un taxista”, *Diario La Opinión*, La Opinión S. A., 4 de febrero de 2011, p. Judicial.

En: http://www.laopinion.com.co/noticias/index.php?option=com_content&task=view&id=366394&Itemid=33 (consultado: 4-2-2011).

denunciados y, por otro lado, del impacto simbólico de la norma que está dado por su poder disuasivo, el cual, aunado a la acción de confrontación militar y al rechazo social de la conducta criminal, puede producir una disminución efectiva de los crímenes cometidos, con independencia de la sanción judicial material.

1.2.1. Impacto material: el poder efectivo de la norma penal

El impacto material del ejercicio de la jurisdicción nacional en materia de crímenes de guerra debe evaluarse a partir de una estimación de los crímenes de guerra cometidos, para indagar por el porcentaje de ellos que ha sido perseguido y sancionado por la jurisdicción nacional¹⁰¹⁴.

1.2.1.1. Diagnóstico de los crímenes de guerra

Según los datos oficiales, del total de 15 817 homicidios cometidos en 2009, el 51% está concentrado en 6 departamentos del país; pese a que la información no discrimina entre homicidios comunes y homicidios en persona protegida, la observación del mapa de “focos y continuidad geográfica de la confrontación armada en 2009” permite identificar una coincidencia en 4 de los seis departamentos con mayor número de combates; la comparación de los mapas de homicidio por número de habitantes en 2009 arroja una coincidencia perfecta entre los departamentos con más combates y con más homicidios; 5 de estos 6 departamentos concentran 25 de las 29 masacres cometidas en el mismo período¹⁰¹⁵.

¹⁰¹⁴ Las estadísticas en Colombia en materia de crímenes de guerra no están unificadas y son incompletas. En consecuencia, este estudio recurrirá a fuentes oficiales y a Bancos de datos no gubernamentales internacionalmente reconocidos. Las fuentes oficiales son: la Policía Nacional, la Fiscalía General de la Nación y el OPPDH-DIH que procesa los datos de fuentes diferentes; otras fuentes como los informes del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), no se hallan a disposición del público. Las fuentes no gubernamentales más autorizadas son: el Banco de Datos Noche y Niebla adscrito al Centro de Investigación y Educación Popular (CINEP), los informes CODHES-SISDHES sobre desplazamiento forzado y los informes anuales de la Comisión Colombiana de Juristas que procesa datos de diferentes fuentes. Otras fuentes, como el Proyecto Nunca Más, se centran exclusivamente en crímenes de lesa humanidad.

¹⁰¹⁵ Los seis departamentos son: Valle del Cauca, Antioquia, Nariño, Risaralda, Cauca y Norte de Santander. Véanse: OPPDH-DIH, doc. s/n (2010): *Indicadores sobre Derechos Humanos y DIH en Colombia. Año 2009*, 73 págs., pp. 2 y 29; OPPDH-DIH, doc. s/n (2010): *Geografía de la intensidad de la confrontación 1998-2009*, 13 págs., p. 12; OPPDH-DIH, doc. s/n (2010): *Geografía de las tasas de homicidios 1998-2009*, 12 págs., p. 12. Para años anteriores véase: ECHANDÍA, C.; SALAS, L. G., *Dinámica espacial de las muertes violentas en Colombia*, 2008, Bogotá, OPPDH-DIH Vicepresidencia de la República de Colombia, 276 págs., p. 150.

La literatura autorizada sobre el conflicto armado colombiano tiende a estimar que la incidencia de la confrontación armada en la tasa de homicidios del país, como “bajas en combate”, es marginal¹⁰¹⁶. A pesar de esto, según la Vicepresidencia de la Republica de Colombia:

“(…) entre 1990 y 2005, en promedio por año por cada combatiente muerto fueron asesinados 1.6 civiles (…)”¹⁰¹⁷.

La ausencia de registros oficiales directos alusivos a los crímenes de guerra contra las personas protegidas¹⁰¹⁸ contrasta con las alusiones hechas en los diferentes informes, que ponen en evidencia el nexo directo entre el conflicto armado y la perpetración de los crímenes:

“La presencia de estos grupos ha afectado de manera directa a la población civil. Es así como por una parte las nuevas estructuras armadas ingresaron al territorio de manera violenta, propiciando la comisión de homicidios, desplazamientos y desapariciones forzadas contra lugareños que consideraban auxiliares de la guerrilla. Por su parte, “las guerrillas de las Farc y el ELN, en respuesta a la arremetida de los grupos armados contrarios, fortalecieron sus unidades en las zonas catalogadas de periferia o apartadas; (...) y comenzaron a retaliar contra los labriegos por su aparente lealtad otorgada a los grupos adversarios (...)”¹⁰¹⁹.

“De aquí se podría inferir que, dada la elevada correspondencia entre municipios con altos índices de homicidio y la presencia de grupos armados al margen de la ley, su sola presencia parece ser suficiente para desencadenar y exacerbar procesos violentos (...).

La confrontación armada, el enfrentamiento entre grupos armados irregulares y las acciones que estas organizaciones dirigen contra los civiles parecen explicar la elevada concentración de homicidios; no hay al menos otra razón en relación con el patrón observado en escenarios en que los grupos irregulares son muy activos y se producen con frecuencia combates con la Fuerza Pública, los intereses del narcotráfico son muy fuertes y la guerrilla y las autodefensas luchan por el predominio”¹⁰²⁰.

Un diagnóstico general de los crímenes de guerra permite afirmar que los homicidios en persona protegida, bajo la modalidad de ejecuciones extrajudiciales asociadas al conflicto armado (los llamados “falsos positivos”), se han incrementado exponencialmente en la última década. Entre 2002 y 2009, la Comisión Colombiana de Juristas sistematizó 1.486 casos, aunque el ocultamiento de los cadáveres dificulta la

¹⁰¹⁶ MÚNERA RUIZ, L., “Procesos de paz con actores armados ilegales y pro-sistémicos (Los paramilitares y las políticas de reconciliación en Colombia)”. *RAA*, junio 2007, Universidad Andina Simón Bolívar-Edición digital, p. Actualidad, nota 1.

¹⁰¹⁷ ECHANDÍA, C.; SALAS, L. G., *Dinámica espacial de las muertes violentas en Colombia*, *op. cit.*, p. 223.

¹⁰¹⁸ La estadística oficial registra incidentes con minas antipersonales, ataques en perímetros urbanos y ataques a infraestructuras, en general. Otros crímenes como homicidio, tortura, desaparición, desplazamiento en persona protegida y violencia sexual, se registran como delitos comunes.

¹⁰¹⁹ OPPDH-DIH, doc. s/n (2009): *Indicadores sobre Derechos Humanos y DIH en Colombia. Año 2008*, 74 págs., p. 9.

¹⁰²⁰ ECHANDÍA, C.; SALAS, L. G., *Dinámica espacial de las muertes violentas en Colombia*, *op. cit.*, p. 40.

verificación del número de víctimas¹⁰²¹. El 22 de julio de 2010 fue descubierta una nueva zona con cerca de 461 tumbas anónimas en el perímetro de una base del Ejército Nacional en la Sierra de la Macarena (departamento del Meta), uno de los epicentros del conflicto armado¹⁰²². Según los informes de las Naciones Unidas, el nexos entre el crimen y el conflicto armado interno está claramente definido a partir de la necesidad de las fuerzas armadas del Estado por mostrar resultados de combate:

“(…) En esas zonas se incentivó a algunas unidades para que hicieran montajes de muertes en combate. En otras zonas los soldados consideraban que los guerrilleros eran particularmente peligrosos y se mostraban reacios a librar combates contra ellos. Era "más fácil" asesinar a civiles. En otras zonas existen vínculos entre los militares y los narcotraficantes y otros grupos de la delincuencia organizada. Como las unidades militares locales no quieren entrar en combate con los grupos ilegales con los que cooperan, el asesinato de civiles presentándolos falsamente como miembros de esos grupos hace parecer que las unidades militares están tomando medidas contra ellos”¹⁰²³.

Durante el primer semestre de 2010, el CINEP registró 155 nuevas víctimas de ejecuciones extrajudiciales y 36 casos de tortura asociados al conflicto armado. Una mayoría absoluta de las víctimas de homicidio y tortura en persona protegida son hombres entre los 16 y los 45 años¹⁰²⁴. En cuanto al desplazamiento forzado en persona protegida, CODHES ha registrado hasta 2008, 4.629.190 de casos¹⁰²⁵, donde el 52% de la población desplazada corresponde a mujeres¹⁰²⁶.

1.2.1.2. La acción penal de la jurisdicción nacional

Entre 2002 y 2009, la Fiscalía General de la Nación informó un total de 2178 denuncias de homicidios cometidos por agentes del Estado, de los cuales, 1486, corresponden a ejecuciones extrajudiciales en el contexto y con ocasión del conflicto armado, según los informes de la Comisión Colombiana de Juristas¹⁰²⁷.

¹⁰²¹ Esta cifra corresponde al 8,5% de la cifra de personas muertas en combate y pertenecientes a grupos armados irregulares (17 364), según los informes del Ministerio de Defensa. Véase: CDH, doc. A/HRC/14/24/Add.2 (31-3-2010): *Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Philip Alston. Adición, Misión a Colombia*, 40 págs., p. 15.

¹⁰²² GIRALDO MORENO, J., “Cementerios de impunidad”. *N&N núm. 41*, 2010, Bogotá, Banco de Datos CINEP, pp. 17-21, p. 18.

¹⁰²³ CDH, doc. A/HRC/14/24/Add.2 (31-3-2010), *op. cit.*, p. 21.

¹⁰²⁴ CINEP, “Cifras de la violencia. Enero-Junio 2010”. *N&N núm. 41*, 2010, Bogotá, Banco de Datos CINEP, pp. 45-53, p. 52.

¹⁰²⁵ SISDHES, “Víctimas emergentes. Desplazamiento, derechos humanos y conflicto armado en 2008”, *op. cit.*, p. 2.

¹⁰²⁶ *Ibid.*, p. 5.

¹⁰²⁷ CDH, doc. A/HRC/14/24/Add.2 (31-3-2010), *op. cit.*, p. 15.

Entre 2003 y 2009, la Fiscalía General de la Nación, conoció 9.178 *notitia criminis* en materia de crímenes de guerra; solamente en 2009 se presentaron 1459 nuevos expedientes. Entre las investigaciones previas (preliminares) de la Acusación, 1580 contaron con imputado conocido y 226 correspondieron a procesos reiniciados por prueba posterior; en esta etapa preliminar, se informaron 4 conciliaciones, ningún desistimiento y ninguna indemnización integral; en 16 casos, el proceso fue trasladado a la Justicia Penal Militar¹⁰²⁸.

Durante el mismo período, 2003-2009, las aperturas de investigaciones (instrucción o sumario) ascendieron a 4094 procesos abiertos en curso y 1107 nuevos expedientes, entre ellos 419 con acusado detenido. En este período fueron evacuados 1868 procesos, de los cuales, fueron dictadas 132 preclusiones (denegaciones de cargos), 29 preclusiones por muerte del acusado, 15 prescripciones del delito, 514 resoluciones de acusación (confirmación de cargos), 347 de éstas con acusado detenido y 1.337 sentencias anticipadas; ninguna conciliación y ninguna indemnización fueron informadas en este período y en 9 procesos se trasladó la competencia a la Jurisdicción Penal Militar¹⁰²⁹.

De conformidad con los datos oficiales de la Fiscalía General de la Nación, puede estimarse que el número de procesos pendientes para 2009, por delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, asciende a 2757 en etapa de investigación previa y a 1720 en etapa de instrucción. La información estadística de la etapa del juicio no se encuentra disponible¹⁰³⁰.

Un balance general de la eficacia material de la jurisdicción nacional en materia de crímenes de guerra pone en evidencia la insuficiente judicialización.

De hecho, los 4477 expedientes judiciales pendientes en 2009 corresponden al 1,1% del total de diligencias de la Fiscalía General de la Nación para el mismo período¹⁰³¹. Por su parte, el Banco de datos Noche y Niebla sobre crímenes de guerra aporta, solamente en el período enero-diciembre 2009, un balance de 670 homicidios en

¹⁰²⁸ FGN, doc. s/n (2010): *Anuario estadístico 2009, Oficina de Planeación FGN*, 210 págs., pp. 50, 58 y 68. Para este estudio han sido considerados: los procesos que “entran” como procesos ingresados, los procesos que “salen” como evacuados y los procesos que “pasan” como los procesos pendientes. Los procesos que “vienen” no se han tomado en cuenta por considerarlos sumados a la anualidad siguiente, entre los ingresados y los evacuados.

¹⁰²⁹ *Ibid.*, pp. 50, 58, 68 y 87.

¹⁰³⁰ *Ibid.*, p. 50.

¹⁰³¹ *Ibid.*, pp. 18 y 50.

persona protegida, 326 atentados graves a la integridad física, 628 casos de constreñimiento y amenaza armada, 75 casos de tortura, 16 atentados a líderes políticos y comunitarios y 11 casos de violencia sexual, entre otros.

Esta información se encuentra disponible al público y está documentada caso por caso, indicando la víctima, las circunstancias del crimen y los presuntos responsables; las estadísticas son semestrales y han existido desde antes de la vigencia de los crímenes de guerra en Colombia. La estadística no incluye los más de 4 millones de casos de desplazamiento forzado en persona protegida¹⁰³².

En este sentido, es importante recordar que la Fiscalía General de la Nación está obligada a ejercer la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que revistan carácter criminal, de oficio o que lleguen a su conocimiento por cualquier medio, salvo las excepciones de ley (art. 66 del Código de Procedimiento Penal).

1.2.2. Impacto simbólico de la norma penal

Hechos jurídicos remarcables como la ratificación del Estatuto de Roma en 2002, aplicable en Colombia a los crímenes de guerra a partir del 1 de noviembre de 2009 y la adopción de los delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario en el Código Penal de 2000, con vigencia partir de 2001, explican en cierta medida los comportamientos de las partes en conflicto. Como es bien sabido, la norma tiene una aplicación real que depende de las capacidades materiales de los operadores de justicia; la norma penal tiene, igualmente, un impacto simbólico en las conductas individuales y colectivas de los actores del conflicto armado, que se reconocen incursos *a priori* en las conductas criminales susceptibles de ser perseguidas.

En este marco de análisis, es preciso abordar la interpretación de dos fenómenos opuestos y estrechamente relacionados. De una parte, la influencia persuasiva de la norma, reflejada en las desmovilizaciones parciales de estructuras armadas en conflicto y, de otra parte, el efecto de la radicalización del conflicto y de la ampliación de la industria de la guerra.

¹⁰³² CINEP, “Cifras de la violencia política. Enero-Diciembre 2009”. *N&N* núm. 40, 2010, Bogotá, Banco de Datos CINEP, pp. 65-79, pp. 68-70; SISDHES, “Víctimas emergentes. Desplazamiento, derechos humanos y conflicto armado en 2008”, *op. cit.*, p. 2.

1.2.2.1. El efecto simbólico de la norma asociado a la desmovilización de los grupos armados en conflicto

Entre 2003 y 2006, tuvo lugar un proceso de desmovilización de grupos paramilitares AUC y entre las garantías ofrecidas por el gobierno nacional estuvo el compromiso de evitar cualquier competencia complementaria probable de la CPI en materia de crímenes de lesa humanidad y de hacer uso del poder discrecional del Presidente de la República para detener cualquier orden de extradición por narcotráfico¹⁰³³. Como es evidente, los crímenes de guerra no eran una preocupación pues la competencia de la CPI no estaba aún habilitada (art. 124 del Estatuto de Roma) y, en consecuencia, el régimen de “delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario” del Código Penal, no incidió en los procesos de desmovilización.

En cuanto a la Ley 975 de 2005, creada con el propósito de dar un tratamiento punitivo de excepción a crímenes internacionales, incluidos los crímenes de guerra, ésta fue la base directa de la desmovilización de algunas estructuras paramilitares entre 2003 y 2006. Es importante señalar que, episódicamente, este desarme tuvo efectos en la disminución de los crímenes internacionales entre 2006 y 2008, incluidos los crímenes de guerra. No obstante, tras 6 años de desarme y rearme de las estructuras paramilitares¹⁰³⁴, puede afirmarse que los efectos de la Ley 975 de 2005 son marginales en el conjunto de la criminalidad asociada al conflicto armado interno.

La Ley 975 de 2005 tuvo un impacto efectivo, más persuasivo que disuasivo. Según las cifras oficiales de la Oficina del Alto Comisionado para la Paz en Colombia, hasta julio de 2010, 4346 personas han sido postuladas por el Gobierno para beneficiarse de la Ley 975 de 2005; se han iniciado 2431 versiones libres (testimonios no jurados del acusado) en el marco de las cuales han sido descritos 44 406 hechos delictivos; y se ha obtenido la confesión de responsabilidad penal sobre 25 177 de estos

¹⁰³³ El 24 de septiembre de 2004 la Revista Semana reveló el contenido de 10 horas de grabación de las negociaciones entre los comandantes paramilitares y el Alto Comisionado para la Paz del Gobierno nacional de Colombia. Ante la pregunta relativa a la competencia de la CPI, el funcionario de Gobierno responde: “Ésta no es un peligro. El Gobierno ofreció un proyecto de ley que bloquea la acción de la Corte Penal Internacional”. Véase la información completa en: SEMANA, “Revelaciones explosivas”, *Revista Semana núm. 1169*, 24 de septiembre de 2004, Bogotá, Edición digital, p. Portada-Nación. En: <http://www.semana.com/noticias-nacion/revelaciones-explosivas/82024.aspx> (consultado: 6-2-2011)

¹⁰³⁴ En 2010, la re-estructuración de los grupos paramilitares arroja un número de combatientes que oscila entre 5000 y 11 0000, según la fuente consultada. Véase: MASSÉ, F.; MUNÉVAR, J., (coords.), “La evolución de las estructuras armadas en el período post-desmovilización: pasado, presente y futuro”. En: CITpax, *Observatorio Internacional DDR- Ley de Justicia y Paz. Tercer informe*, 2010, Madrid, Publicaciones del CITpax, 200 págs., pp. 61-129, p. 62.

hechos. Hasta julio de 2010, los testimonios de los acusados habían permitido imputar crímenes graves a 404 políticos y otros 113 servidores públicos, sin contar con 344 miembros de la fuerza pública también relacionados¹⁰³⁵.

El hecho de que la Ley 975 de 2005, permita que los crímenes de guerra, entre otros (sin límite de cantidad y gravedad), sean sancionados con penas efectivas máximas de 8 años, excluye la hipótesis del impacto disuasivo de la norma general. No obstante, la desmovilización en sí misma y las respectivas confesiones, entendidas como colaboración efectiva en la búsqueda de la verdad, pueden sugerir la intención de escapar a una jurisdicción penal internacional.

Entre 2005 y 2006, el efecto persuasivo de la Ley de atenuación punitiva así como la expectativa de obtención de beneficios económicos derivados del desarme, fueron los factores determinantes del descenso de ciertos crímenes contra la población civil, particularmente los homicidios en persona protegida bajo la modalidad múltiple simultánea (masacres). No obstante, durante el mismo período, el rearme simultáneo de los grupos paramilitares produjo un aumento proporcional de otros crímenes contra la población civil, entre ellos los homicidios selectivos en persona protegida y las desapariciones forzadas. A partir de 2008, se hizo evidente la reorganización de las estructuras paramilitares en diferentes regiones de Colombia y la perpetración de nuevos tipos de crímenes de guerra contra los ex combatientes, en particular el homicidio y el constreñimiento al apoyo bélico¹⁰³⁶.

De otro lado, frente a los grupos insurgentes, el impacto disuasivo de la norma penal y el impacto persuasivo de las leyes de atenuación punitiva ha sido marginal (8% del total de desmovilizaciones colectivas). Aunque las desmovilizaciones individuales son significativas, éstas no pueden ser atribuidas a un impacto normativo; otros factores como la ofensiva militar del Estado, las garantías económicas ofrecidas por la desmovilización y la intensificación de la guerra, deben ser considerados, además del hecho de que se registran niveles importantes de falsos desmovilizados provenientes de

¹⁰³⁵ OACP-RC, doc. s/n (24-7-2010): *Ley de Justicia y Paz en cifras*, Edición digital, 1 pág. En: http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/noticias/2010/julio/julio_24_10b.html (consultado: 12-2-2011).

¹⁰³⁶ MAPP-OEA, OEA/Ser.G/CP/doc. 4486/10 (26-4-2010): *Décimo cuarto Informe trimestral del Secretario General al Consejo Permanente sobre la Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia (MAPP/OEA)*, 25 págs., (en adelante: “MAPP-OEA, OEA/Ser.G/CP/doc. 4486/10 (26-4-2010)”), pp. 2 y 5.

la delincuencia común, que han servido para elevar las cifras de desmovilización del último quinquenio¹⁰³⁷.

En cualquier caso, el efecto persuasivo de la norma de atenuación llegó a su fin el 29 de septiembre de 2006, fecha de cierre de las listas de desmovilizados de los grupos que se hicieron beneficiarios de la misma (arts. 5 y 22 del Decreto 3391 de 2006), y la re-configuración de las estructuras paramilitares, que de nuevo viene acompañada de un fuerte componente de narcotráfico (esta vez predominante), evidencia la ausencia de un efecto disuasivo de la norma penal general en materia de crímenes de guerra y otros crímenes graves. Sin embargo, la variación en los métodos de ejecución de los crímenes así como el ocultamiento del elemento contextual, son hechos que sugieren un efecto disuasivo latente de la jurisdicción internacional eventual en la materia.

1.2.2.1. El efecto simbólico de la norma asociado a la intensidad de la confrontación armada

Las fuerzas armadas del Estado vivieron una profunda transformación en los ámbitos institucional, doctrinal y tecnológico, a partir del gobierno Pastrana Arango (1998-2002) con continuidad y profundización en el período Uribe Vélez (2002-2010)¹⁰³⁸; en 2010 el Estado contó con 426.014 personas destinadas a la fuerza pública,

¹⁰³⁷ Un cálculo somero de las cifras oficiales arroja un total de 39 916 guerrilleros puestos fuera de combate (muertos, capturados y desmovilizados) entre 2005 y 2010. Esta cifra es desconcertante, si se tiene en cuenta que el estimado oficial para 2003 era de 21 000 combatientes guerrilleros, cifra bastante inferior al número de personas puestas fuera de combate, sin contar con el número de guerrilleros que continúan combatiendo, como lo evidencia el recrudescimiento de la guerra que sólo en 2010 produjo 2500 bajas en combate de la fuerza pública. Del mismo modo, son sintomáticas las declaraciones del comandante de las FARC-EP en torno a las falsas desmovilizaciones en 2009, y en 2011, las confesiones acerca de, por lo menos, 2644 falsas desmovilizaciones, agrupadas en un Frente de las FARC-EP y cuatro Bloques paramilitares. Véanse, entre otros: CAMBIO, “Habla Cano”. *Revista Cambio*, 12 agosto de 2009, Bogotá, Edición digital, p. Información general. En: http://www.cambio.com.co/portadacambio/841/ARTICULO-WEB-NOTA_INTERIOR_CAMBIO-5836431.html (consultado: 11-2-2011); SEMANA, “Investigan a Luis Carlos Restrepo por supuesta falsa desmovilización en 2006”. *Revista Semana núm. 1503*, 23 de febrero de 2011, Bogotá, Edición digital, p. Nación. En: <http://www.semana.com/noticias-nacion/investigan-luis-carlos-restrepo-supuesta-falsa-desmovilizacion-2006/152281.aspx> (consultado: 23-2-2011); EL UNIVERSAL, “Crece el escándalo por falsas desmovilizaciones”. *El Universal*, 7 de marzo de 2011, Cartagena, Edición digital, p. Nacional. En: <http://www.eluniversal.com.co/cartagena/nacional/crece-escandalo-por-falsas-desmovilizaciones-13231> (consultado: 31-3-2011)

¹⁰³⁸ Entre 2002 y 2008 las fuerzas militares incorporaron 82 099 hombres en 9 brigadas territoriales y 16 brigadas móviles, con un total de 54 batallones contraguerrilla, 11 grupos de fuerzas especiales (FUDRA, JUNGLA) y 24 batallones especiales, entre otros, de “alta montaña”.

con una tasa de 580 militares por cada 100 mil habitantes, el registro más alto de América latina, sólo superado por Uruguay, cuya población es 13 veces menor¹⁰³⁹.

El aumento en la intensidad de la confrontación armada como consecuencia de la ofensiva estatal ha sido descrito por los analistas como sigue:

“La transformación de las Fuerzas Armadas colombianas en el marco de la Seguridad Democrática, les ha permitido ejercer una mayor presencia y control en el territorio nacional, hacer uso racional de los recursos y mantener una coordinación efectiva entre las distintas fuerzas, obteniendo resultados como la baja de importantes cabecillas, la desarticulación de rutas y bandas de narcotráfico, desmovilizaciones masivas y la liberación de secuestrados, esto último materializado en operaciones como: “Jaque”, “Camaleón” y “Sodoma”(…). El Ejército ha reducido los corredores estratégicos de movilidad de los grupos ilegales, desde su área de retaguardia en el sur del país, hasta el centro de poder de la nación ubicado en la Capital de la República”¹⁰⁴⁰.

No obstante, el aumento de la confrontación armada ha llevado a trivializar los crímenes de guerra cometidos por las Partes en conflicto; a la búsqueda y obtención de “resultados de guerra” es directamente atribuible el aumento en la perpetración de crímenes de guerra por parte de los ejércitos en contienda.

Entre la fuerza pública, se registran crímenes como la perfidia (art. 143 del Código Penal), los ataques indiscriminados (normalmente aéreos) (art. 142 del Código Penal) con daños graves al medio ambiente (art. 164 del Código Penal), algunos de los cuales han causado incidentes internacionales¹⁰⁴¹. Este mismo actor armado registra

¹⁰³⁹ DONADIO, M.; TIBILETTI, P., (dirs.) *Atlas comparativo de la Defensa en América Latina y el Caribe 2010*, 2010, Buenos Aires, RESDAL, 312 págs., pp. 93 y 179. La fuente utilizada discrimina los rangos y las asignaciones correspondientes por tipo de fuerza y está basada en fuentes oficiales del Estado colombiano; otras fuentes calculan el total de la fuerza pública colombiana en 347 120 personas para el mismo período. Véase: HACKETT, J., (ed.) *The Military Balance 2010*, London, CSIS-Routledge, 447 págs., pp. 74-77.

¹⁰⁴⁰ DONADIO, M.; TIBILETTI, P., (dirs.) *Atlas comparativo de la Defensa en América Latina y el Caribe 2010*, op. cit., p. 218.

¹⁰⁴¹ Estas conductas no se encuentran contempladas como crímenes de guerra aplicables a los conflictos armados internos en el Estatuto de Roma; su perpetración constituye un crimen de guerra sólo en el marco de los conflictos armados internacionales (arts. 8-2-b-vii y 8-2-b-iv del Estatuto de Roma, respectivamente). En cuanto a la perpetración de los crímenes citados en las operaciones militares: la operación “Fénix” bombardeó territorio ecuatoriano, con un saldo de 25 civiles y un comandante guerrillero muertos; la operación militar “Jaque” utilizó las insignias de la CICR para obtener la liberación de 15 rehenes en poder de las FARC-EP; la operación Camaleón bombardeó extensa zona selvática del amazonas con un saldo de 16 guerrilleros muertos y 4 rehenes rescatados; la operación “Sodoma” bombardeó un campamento guerrillero con un saldo estimado de 100 combatientes y un comandante guerrillero muertos, además de una reserva natural de biodiversidad gravemente afectada. Véanse: VILLAMARÍN PULIDO, L. A., “Fénix, Jaque, Camaleón y Sodoma: Operaciones tácticas con connotaciones político-estratégicas”. *MR-EH tomo LXVI enero- febrero 2011 núm. 1*, 2011, Kansas, Centro de Armas Combinadas, pp. 24-32, pp. 28-32; EL TIEMPO, “Cruz Roja no iniciará acciones contra Colombia por uso indebido de emblema en operación de rescate”. *El Tiempo*, 16 de julio de 2008, Bogotá, Edición digital, p. Política. En: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-4380783> (consultado: 4-2-2011); EL NUEVO SIGLO, “Serían más de 100 los guerrilleros muertos en bombardero a Jojoy”. *El Nuevo Siglo*, 25 de septiembre de 2010, Bogotá, Edición digital, p. Nación. En: <http://elnuevosiglo.com.co/nacion/orden-publico/14735-serian-mas-de-100-los-guerrilleros-muertos-en-bombardero-a-jojoy.html> (consultado: 6-2-2011); SEMANA, “Cómo se han “desmoronando” las Farc”.

índices alarmantes de ejecuciones extrajudiciales asociadas al conflicto armado (falsos positivos) (art. 135 del Código Penal) y un aumento de violaciones sexuales a mujeres, principalmente menores civiles en zonas de influencia guerrillera, ex combatientes capturadas o víctimas de desplazamiento forzado (art. 138 del Código Penal)¹⁰⁴². Aunque la ubicación de trincheras y bases militares en centros poblados y zonas contiguas a centros educativos son prácticas de uso común en Colombia¹⁰⁴³, estas prácticas no constituyen crímenes de guerra a la luz del Código Penal colombiano, ni a la luz del Estatuto de Roma, que sólo contempla tal infracción para los conflictos armados internacionales (art. 8-2-b-xxiii del Estatuto de Roma).

Entre los grupos paramilitares predominan los homicidios selectivos asociados al contexto del conflicto armado (art. 135 del Código Penal), las lesiones personales y la tortura (arts. 136 y 137 del Código Penal), el desplazamiento forzado (art. 159 del Código Penal), el constreñimiento al apoyo bélico (art. 150 del Código Penal), el reclutamiento ilícito de menores de 18 años (art. 162 del Código Penal), y la violación sexual y prostitución forzada asociada a la trata de personas (arts. 138 y 139 del Código Penal)¹⁰⁴⁴. Hasta 2011, este es el grupo que concentra la mayor parte de crímenes internacionales, incluidos los crímenes de guerra.

Entre los grupos guerrilleros los crímenes de guerra predominantes son el homicidio intencional en persona protegida (art. 135 del Código Penal), la toma de rehenes (art. 138 del Código Penal)¹⁰⁴⁵, la exacción o contribuciones arbitrarias (art. 163 del Código Penal), los actos de terrorismo asociados a las amenazas de violencia y represalias (arts. 144 y 153 del Código Penal), el reclutamiento ilícito de menores de 18 años (art. 162 del Código Penal), el ataque a instalaciones eléctricas u obras que contengan fuerzas peligrosas (art. 157 del Código Penal) y la utilización de métodos y

Revista Semana núm. 1482, 23 de septiembre de 2010, Bogotá, Edición digital, p. Cronología. En: <http://www.semana.com/noticias-nacion/como-han-desmoronando-farc/144995.aspx> (consultado: 6-2-2011).

¹⁰⁴² Véanse, entre otras fuentes: CDH, doc. A/HRC/14/24/Add.2 (31-3-2010), *op. cit.*, párs. 10-42; CDH, Informe A/HRC/13/72, *op. cit.*, párs. 45-46.

¹⁰⁴³ CDH, Informe A/HRC/13/72, *op. cit.*, casos ilustrativos, p. 30.

¹⁰⁴⁴ Con excepción del constreñimiento al apoyo bélico, todos los crímenes descritos constituyen crímenes de guerra asociados a los conflictos armados internos y/o crímenes de lesa humanidad de conformidad al Estatuto de Roma. Véanse, entre otras fuentes: CDH, doc. A/HRC/14/24/Add.2 (31-3-2010), *op. cit.*, pár. 61; CDH, Informe A/HRC/13/72, *op. cit.*, párs. 44 y 75; MAPP-OEA, OEA/Ser.G/CP/doc. 4486/10 (26-4-2010), *op. cit.*, pp. 2 y 5.

¹⁰⁴⁵ Estas infracciones son crímenes de guerra a tenor de los artículos 8-2-c-i y 8-2-c-iii del Estatuto de Roma, cometidas contra personas protegidas que no participan directamente en las hostilidades o que han sido puestas fuera de combate. Véase, entre otras fuentes: CDH, Informe A/HRC/13/72, *op. cit.*, pár. 74 y casos ilustrativos, pp. 28-29.

medios de guerra ilícitos asociada al uso de minas antipersonal (art. 162 del Código Penal)¹⁰⁴⁶. Las muertes de personas protegidas como consecuencia de los ataques contra bases militares localizadas en centros poblados escapan del tipo penal de actos de terrorismo asociados a ataques intencionales y esta infracción no tiene correspondiente en el Estatuto de Roma. No obstante, algunas muertes pueden ser estudiadas, caso por caso, bajo el tipo de homicidio intencional en persona protegida¹⁰⁴⁷. La violencia sexual por parte de los grupos guerrilleros ocupa una plaza marginal¹⁰⁴⁸, aunque las prácticas forzadas de anticoncepción y aborto al interior de las tropas podrían, eventualmente y caso por caso, ser asociadas a algún tipo de esclavitud sexual, no en los términos del artículo 141 del Código Penal, sino en los términos del artículo 8-2-e-vi del Estatuto de Roma, en particular, en relación con una “privación similar de la libertad” contenida en los Elementos de los crímenes¹⁰⁴⁹.

Otras infracciones cometidas por la fuerza pública y los grupos guerrilleros, consistentes en obstrucción a las misiones humanitarias y desplazamiento forzado, son de menor ocurrencia¹⁰⁵⁰. En este sentido es importante recordar que, por una parte, los retenes y controles militares no constituyen en sí mismos un crimen y forman parte de las funciones de la fuerza pública y, por otra parte, la obstrucción a las labores humanitarias y a la libertad de circulación, en general, son ocasionadas *de facto* por el desarrollo de confrontaciones armadas en el marco de “imperiosas razones militares”, y los bloqueos alimentarios (art. 160 del Código Penal) son una práctica común de los grupos paramilitares y no de la fuerza pública o los grupos guerrilleros.

¹⁰⁴⁶ Las exacciones arbitrarias, las represalias, las amenazas de violencia, el ataque a instalaciones eléctricas u obras que contengan fuerzas peligrosas y el uso de métodos y medios de guerra ilícitos no constituyen crímenes de guerra en los conflictos armados internos a tenor del Estatuto de Roma. En cuanto al reclutamiento de menores, esta infracción constituye crimen de guerra solamente para los casos de menores de 15 años y siempre que hayan sido utilizados para “participar activamente de las hostilidades” (art. 8-2-e-vii del Estatuto de Roma). Véanse, entre otras fuentes: CDH, Informe A/HRC/13/72, *op. cit.*, párs. 66-68, 71 y, casos ilustrativos, p. 29.

¹⁰⁴⁷ El uso de francotiradores en los ataques perpetrados contra objetivos militares, excluye el ataque indiscriminado contra la población civil, aún cuando ésta se vea afectada. En todo caso, puede estudiarse el *dolus eventualis* asociado al nivel de riesgo efectivo de causar el daño en las personas protegidas, particularmente, en los casos de ataque con artefactos explosivos a objetivos militares enclavados en zonas pobladas.

¹⁰⁴⁸ En 2009, de los 11 casos de violencia sexual asociada al conflicto armado interno, 10 corresponden a agentes del Estado y 1 corresponde a los grupos guerrilleros. Entre enero-junio de 2010, de los 7 casos registrados en el mismo sentido, ninguno es imputado a las guerrillas. CINEP, “Cifras de la violencia política. Enero-Diciembre 2009”, *op. cit.*, p. 71; CINEP, “Cifras de la violencia. Enero-Junio 2010”, *op. cit.*, p. 57.

¹⁰⁴⁹ CPI, Elementos de los crímenes, *op. cit.*, art. 8-2-e-vi y nota 65.

¹⁰⁵⁰ CDH, Informe A/HRC/13/72, *op. cit.*, casos ilustrativos, pp. 28-30.

Según se desprende, las prácticas criminales de las Partes en conflicto permiten afirmar que el escalamiento de la confrontación armada ha potenciado los crímenes de guerra. El hecho de que los crímenes no hayan disminuido sustancialmente, entre 2009 y 2010, a pesar de los anuncios de sanción y los casos efectivos de judicialización, permite suponer que la norma no ha tenido ningún efecto disuasivo, hasta el momento. La eficacia simbólica de la norma se vuelve marginal porque la norma se expresa en contextos desfavorables que imposibilitan su acción material y porque, por otro lado, el conflicto armado interno se profundiza al tiempo que se continúan subvalorando sus consecuencias.

Como puede observarse, los límites a la acción penal en materia de crímenes de guerra abarcan numerosos aspectos: desde el universo de la imputación penal (incriminación, sanción y ejecución de la sanción), hasta los comportamientos de los órganos del Estado y los medios disponibles para el ejercicio de la jurisdicción nacional, así como el tratamiento de las víctimas.

1.3. LÍMITES A LA ACCIÓN PENAL DERIVADOS DE LA IMPUTACIÓN

Los límites a la acción penal derivados de la imputación actúan sobre la incriminación, la sanción y la ejecución de la sanción. La importancia de aclarar estos límites radica precisamente en el desafío que supone la búsqueda de medios para superarlos y aplicar la norma penal.

1.3.1. La transformación de la incriminación: del crimen de guerra al delito común

Los crímenes de guerra deben su existencia a la particularísima condición del contexto en que actúa la protección de los bienes jurídicos, no sólo con respecto a los individuos concernidos, sino a la humanidad entera que ha establecido un conjunto de mínimos que la guerra no debe franquear en ninguna circunstancia; la sanción de un crimen de guerra apunta en este sentido y, por la misma razón, la verificación de los elementos constitutivos de la incriminación es la condición *sine qua non* para la asignación de la pena correspondiente.

Sin embargo, esta verificación causa problemas en un conflicto armado prolongado como el colombiano, pues a la dificultad del establecimiento de la prueba se

ven agregados múltiples factores de disimulación de los criterios relativos a las circunstancias contextuales que atañen a los crímenes de guerra. En consecuencia, la práctica jurídica tiende a evadir el estudio de los elementos constitutivos y se contenta, en el mejor de los casos, con la transformación del crimen de guerra en delito común, circunstancia que facilita y promueve la reducción de la entidad del injusto y de su sanción punitiva.

1.3.1.1. La disimulación del elemento objetivo de la circunstancia contextual: la existencia y naturaleza del conflicto armado

No es posible cometer crímenes de guerra en ausencia de conflicto armado. No obstante, no es posible “decretar el fin de la guerra” para conjurar la comisión de los crímenes de guerra¹⁰⁵¹ y el ocultamiento institucional del conflicto armado propaga, “legítima” y promueve los crímenes de guerra, debido a que la aplicación del principio de distinción y el tratamiento de las conductas, así como el grado de punición que reciben varía ampliamente según se esté o no en presencia de un conflicto armado.

Casi la totalidad de las infracciones en materia de crímenes de guerra contienen interdicciones absolutas, es decir, se trata de conductas prohibidas y sancionadas con pena¹⁰⁵². Por el contrario, en ausencia de conflicto armado interno muchas infracciones constitutivas de crímenes de guerra son relativizadas y otras tantas conductas otrora criminales dejan simplemente de existir para el Derecho Penal, como se ilustra a continuación, con algunos ejemplos¹⁰⁵³.

¹⁰⁵¹ El 4 de febrero de 2005 el Alto Comisionado para la Paz de la Presidencia de la República emitió un comunicado oficial en el que puede leerse: “(...) en Colombia no existe un conflicto armado interno sino una amenaza terrorista. No se trata de un cambio caprichoso de los términos. Es un asunto conceptual de vital importancia para el destino de la nación”. El texto íntegro se encuentra disponible en el sitio oficial de la Presidencia de la República de Colombia: <http://www.presidencia.gov.co/columnas/columnas92.htm> (consultado: 4-2-2011).

¹⁰⁵² Existen algunas prohibiciones relativas (condicionadas) en el marco del Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados. Es el caso de los ataques dirigidos contra bienes protegidos como edificios sanitarios, culturales o lugares de culto, cuya sanción penal está condicionada a que no exista “justificación alguna basada en imperiosas necesidades militares, y sin que haya tomado previamente las medidas de protección adecuadas y oportunas” (art. 155 del Código Penal) o el desplazamiento de la población civil, condicionado siempre y cuando no medie “justificación militar” (art. 159 del Código Penal) y artículos 8-2-e-iv y 8-2-e-viii del Estatuto de Roma, respectivamente.

¹⁰⁵³ Otros tipos penales afectados son: la tortura, que ve disminuida la pena inferior en 3 años y la superior en 8 años cuando no se tipifica como crimen de guerra (arts. 137 y 178 del Código Penal), la “prostitución forzada o esclavitud sexual” que, como crimen de guerra (art. 141 del Código Penal) está sancionada con una pena principal de prisión de 13 a 27 años. El delito común equivalente bajo el nombre de “constreñimiento a la prostitución” (art. 214 del Código Penal) está sancionado con 9 a 13 años de prisión.

Como crimen de guerra, el desplazamiento forzado de la población (art. 159 del Código Penal) está sancionado con la pena principal de prisión entre 13 y 30 años; el desplazamiento forzado como delito común (art. 180 del Código Penal) está sancionado con prisión de 8 a 18 años. A la reducción drástica de la sanción se suma el hecho de que el desplazamiento forzado como delito común permite a la fuerza pública alegar, además de las “imperiosas razones militares” ya consideradas para los crímenes de guerra, “la seguridad de la población” como causal de justificación.

En el caso de las lesiones personales, cuando son procesadas como delito común, dan acceso al sistema de vigilancia electrónica como pena sustitutiva de la prisión. Esta sustitución está expresamente negada si la conducta es procesada como crimen de guerra (art. 38-A-1 del Código Penal).

La disimulación de la naturaleza y la existencia del conflicto armado interno trae consecuencias mucho más graves para la población civil cuando las infracciones sancionadas como crímenes de guerra no existen como delito común. La discriminación racial (art. 147 del Código Penal) que sufren particularmente los pueblos autóctonos y las poblaciones afrodescendientes por parte de los ejércitos en conflicto¹⁰⁵⁴, dejan de ser crímenes y se asocian a simples conductas culturales de la sociedad mestiza. El constreñimiento al apoyo bélico (art. 150 del Código Penal) se convierte en un deber ciudadano cuando viene de las fuerzas armadas del Estado y no existe cuando se trata de otros actores. La omisión de medidas de socorro y asistencia humanitaria (art. 152 del Código Penal) se transforma en un deber ético o estatal condicionado a las capacidades financieras y a los planes de desarrollo del Estado.

Esta relativización de las infracciones del Derecho Internacional de los conflictos armados en la situación de Colombia debe ser materia de reflexión, pues constituye un mecanismo de evasión de la obligación de perseguir los crímenes de guerra y atenúa la entidad misma de la sanción justificando y, en algunos casos, desencadenando verdaderas catástrofes humanitarias.

De la misma manera, la disimulación de la existencia y naturaleza de los actores armados del conflicto reorganizados después de 2003, tiene consecuencias sobre la

¹⁰⁵⁴ OACNUDH, Declaración (12-2-2010): *Declaración de la Experta Independiente de las Naciones Unidas sobre Cuestiones de las Minorías, Señora Gay McDougall. Conclusiones Preliminares de su visita oficial a Colombia (1 al 12 de febrero) Bogotá D.C.*, 8 págs., pp. 2 y 5.

imputación que se puede efectuar de los crímenes que cometen¹⁰⁵⁵. Otorgar a estos grupos la categoría de “bandas criminales (BaCrim)”, sin incidencia directa sobre el conflicto armado interno supone, por un lado, ocultar su acción armada eliminándola de las bases de datos oficiales¹⁰⁵⁶ y, por otro lado, eximir en masa todos sus crímenes de una valoración eventual a la luz de los elementos constitutivos de los crímenes de guerra¹⁰⁵⁷, conforme a la jurisprudencia de la CSJ:

“Aun cuando no cualquier grupo de delincuencia organizada puede ser entendido como combatiente en términos del Derecho Internacional Humanitario, como sucede con bandas del narcotráfico o de sicariato, tal criterio no resulta extensivo a las fuerzas de autodefensa en tanto son aparatos militares que hacen parte de las hostilidades, no gozando entonces de protección contra los ataques a los civiles”¹⁰⁵⁸.

1.3.1.2. La dificultad para el establecimiento del elemento subjetivo de la circunstancia contextual: el nexo entre el crimen y el conflicto armado

Toda persona puede cometer crímenes de guerra, sin embargo, la pertenencia del perpetrador a uno de los ejércitos en contienda, la simpatía de la víctima por una de las Partes en conflicto o, el análisis de los crímenes cometidos a la luz de las estrategias político-militares de las Partes en conflicto, son los principales factores indicadores del nexo entre el crimen y el conflicto armado¹⁰⁵⁹.

En esta medida, la imposibilidad de identificar el autor de un crimen como perteneciente a una de las fuerzas armadas en contienda, la confusión que puede presentarse sobre la calidad de “personas protegidas” que detentan las víctimas y,

¹⁰⁵⁵ Según estudios de especialistas, el paramilitarismo colombiano ha conocido tres fases: (1) incursión o implementación, (2) consolidación o asentamiento e (3) institucionalización, legalización o captura del Estado; las fases no son lineales y se puede retomar una de ellas en todo momento; a cada fase corresponde un *modus operandi* definido, por lo que no se puede hablar de un tipo de accionar del paramilitarismo sino de un método asociado a la fase por la cual atraviesa que depende de complejos procesos de reingeniería paramilitar. Véanse, entre otros: MEDINA GALLEGO, C., *Autodefensas, paramilitares y narcotráfico en Colombia: origen, desarrollo y consolidación: el caso "Puerto Boyacá"*, 1990, Editorial Documentos periodísticos, 409 págs., ESTUPIÑÁN SILVA, R., *Impunidad normativa y crímenes de guerra en Colombia, op. cit.*, pp. 139-144.

¹⁰⁵⁶ Es significativa la ausencia de informes sobre la presencia armada de los grupos paramilitares a partir de 2006 en las bases de datos de la Vicepresidencia de la República donde, paradójicamente, se habla de miembros de bandas criminales “muertos en combate”, aunque el combate sea propio de estructuras militares en conflicto y no de la delincuencia organizada. Véase: PPDH-VR: <http://www.derechoshumanos.gov.co/Observatorio/Paginas/GeografiaConfrontacion.aspx> (consultado: 10-2-2011).

¹⁰⁵⁷ MASSÉ, F.; MUNÉVAR, J., (coords.), “La evolución de las estructuras armadas en el período post-desmovilización: pasado, presente y futuro”, *op. cit.*, pp. 65 y 67.

¹⁰⁵⁸ CSJ, Sala de Casación Penal (27 de enero de 2010): *La Fiscalía c. Mario y Geiber José Fuentes Montaño*, Radicado núm. 29753, Aprobado: Acta núm. 16, Sentencia (en adelante: “CSJ, Masacre del pueblo Kankuamo, núm. 29753”), p. 15.

¹⁰⁵⁹ TPIY, Arrêt *Kunarac et consorts*, IT-96-23 & IT-96-23/1-A, *op. cit.*, p. 59.

fundamentalmente, la ausencia del más mínimo análisis por parte del operador judicial sobre los móviles del crimen asociados al conflicto armado, son los factores que determinan la ausencia de incriminación y la deriva de los crímenes de guerra¹⁰⁶⁰. En una amplia mayoría de los casos se asume que los crímenes cometidos durante el conflicto armado han sido cometidos paralelamente a éste y no con ocasión de él, descartando con ello *a priori* la configuración de los crímenes de guerra¹⁰⁶¹.

Este hecho está facilitado por la extensión del territorio y la prolongación del conflicto armado durante más de cinco décadas, lo cual hace que sea difícil para la justicia, cuando no imposible, establecer si el autor y, en algunos casos, la víctima forman parte o no de las fuerzas armadas en contienda¹⁰⁶². La existencia de una compleja organización criminal cuyos máximos líderes ocupan cargos de responsabilidad en establecimientos públicos y privados del más alto nivel, invisibiliza aún más el nexo¹⁰⁶³. La dificultad se incrementa en numerosas ocasiones en que la delincuencia organizada actúa usando el nombre de las fuerzas disidentes para cometer delitos¹⁰⁶⁴. Igual problema se presenta por la actuación de las fuerzas regulares del Estado y los grupos paramilitares cuando utilizan la disimulación o la confusión del autor como mecanismo para garantizar la impunidad¹⁰⁶⁵. El siguiente, es sólo uno de los casos tipo:

“Como el Derecho Internacional Humanitario dice que después de tres muertos se habla de masacre, el propósito era que no nos achacaran tantas masacres, entonces utilizábamos culebras, y estas muertes se contaban como accidentes de la naturaleza (...). También levantábamos una o dos víctimas y la (sic) llevábamos a otro lugar distante del

¹⁰⁶⁰ TPIR, Trial *Kayishema*, ICTR-95-1-T, *op. cit.*, p. 600.

¹⁰⁶¹ *Ibid.*, 604.

¹⁰⁶² En este sentido, es interesante la controversia probatoria en torno a los vínculos del ex presidente del Parlamento colombiano *Humberto Gómez Gallo*, quien enfrenta cargos por organización de grupos paramilitares ante la CSJ y espera ser juzgado en 2011. Véase: EL TIEMPO, “Paras' aseguran que Gómez Gallo no tenía vínculos con Bloque Tolima”, *El Tiempo*, 17 de enero de 2011, Bogotá, Edición digital, p. Justicia. En: http://www.eltiempo.com/justicia/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-8787294.html (consultado: 4-2-2011).

¹⁰⁶³ Véanse, entre otros: CSJ, Parapolítica senador *Araújo Castro*, núm. 27032, *op. cit.*, 160 págs.; CSJ, Parapolítica senador *García Romero*, núm. 32805, *op. cit.*, 154 págs.; CSJ, Caso *La Gata*, núm. 30927, *op. cit.*, 12 págs.

¹⁰⁶⁴ La extorsión es el delito más frecuente. Véanse: QUINTA DIVISION, doc. s/n (24-10-2010): *Se hacían pasar por terroristas de las Farc para intimidar a sus víctimas*, *Quinta División-Ejército Nacional*, Edición digital, p. Medios informativos. En: <http://www.quintadivision.mil.co/index.php?idcategoria=265087> (consultado: 4-2-2011); OPANOTICIAS, “Sentenciado hombre que se hacía pasar por integrante de las Farc para extorsionar”, *Opanoticias*, 20 de diciembre de 2010, Neiva, Edición digital, p. Judicial. En: http://www.opanoticias.com/judicial/sentenciado-hombre-que-se-hacia-pasar-por-integrante-de-las-farc-para-extorsionar_7841 (consultado: 4-2-2011).

¹⁰⁶⁵ Véanse, entre otros: CSJ, Caso *Falsos positivos*, núm. 26137, *op. cit.*, 46 págs.; CSJ, Caso *Falsos positivos*, núm. 31914, *op. cit.*, 24 págs.

primer hecho para que apareciera como otro caso, pero esto era doble trabajo para el personal, y recurrimos a las culebras (...)¹⁰⁶⁶.

Por otra parte, es frecuente la comisión de crímenes de guerra de una Parte en conflicto contra personas ubicadas en territorio controlado por ella misma y estos crímenes se confunden cuando se procesan, en el mejor de los casos, con los crímenes de lesa humanidad sin acudir a la figura del concurso, desconociendo la gran entidad de los crímenes de guerra. El conflicto armado interno se ha venido mimetizando y asumiendo como parte del “decorado” nacional, de tal suerte que el operador judicial no se hace ni siquiera sumariamente la pregunta de la relación del crimen con el conflicto armado interno.

1.3.2. La transformación de la sanción: la reducción de la entidad de la pena efectiva de prisión

La combinación de los criterios material, formal y funcional, permiten identificar las penas en materia de crímenes de guerra como derivadas de la voluntad legislativa dirigida a contrarrestar una conducta que lesiona valores y bienes jurídicos protegidos de la mayor entidad¹⁰⁶⁷.

La pena es un componente indisoluble del deber de administrar justicia en debida forma y, en este sentido, la prisión como pena para sancionar los crímenes más graves y el tiempo de reclusión como elemento de valor sobre la sanción impuesta, son el reflejo de la entidad del crimen cometido. En el caso contrario, cuando se quebranta el principio de especificidad de los delitos y las penas y, en consecuencia, el injusto no es valorado conforme a su naturaleza, la voluntad del legislador se suplanta y se ponen en entredicho los bienes jurídicos que ha buscado proteger, haciendo de la norma penal un instrumento facilitador de la reincidencia criminal. En el mismo sentido, la reducción de la entidad de la sanción no depende exclusivamente de la pena de prisión, porque puede ser el producto de la transformación de la incriminación por crímenes de guerra en delitos comunes o la consecuencia de la aplicación de los marcos jurídicos de supresión o atenuación penal, que se encuentran en vigor desde 2002: la Ley 782 de

¹⁰⁶⁶ Versión libre y confesión de *José Gregorio Mangones Lugo*, alias *Tijeras*. En: EL TIEMPO, “Paras' usaron serpientes venenosas para matar a sus víctimas, reveló desmovilizado a la Fiscalía”, *El Tiempo*, 3 de marzo de 2008, Bogotá, Edición digital, p. Justicia. En: http://www.eltiempo.com/justicia/2008-03-04/ARTICULO-WEB-NOTA_INTERIOR-3984686.html (consultado: 5-3-2008).

¹⁰⁶⁷ DESPORTES, F.; LE GUNEHEC F., *Droit pénal général, op. cit.*, p. 12.

2002 y sus decretos reglamentarios¹⁰⁶⁸, la Ley 975 de 2005 y sus decretos reglamentarios¹⁰⁶⁹ y la reciente Ley 1424 de 2010¹⁰⁷⁰.

1.3.2.1. La reducción de la entidad de la pena como consecuencia de la transformación de la incriminación

La pena es una forma de daño justificado por el atentado causado a los bienes jurídicos protegidos por la sociedad y proporcional a la gravedad de éste e incluye, además de la sanción penal prevista, una sanción civil y medidas de policía administrativa, las cuales pueden tener importantes consecuencias que están justificadas por la doble obligación de prevenir la repetición del crimen y sancionar el crimen ya cometido¹⁰⁷¹.

En este sentido, el homicidio intencional en persona protegida (art. 135 del Código Penal) contiene una pena principal de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas que oscila entre la mitad y dos tercios de la pena principal de prisión. Esta sanción ha sido adoptada por el legislador como un elemento de prevención general de particular importancia para mantener los límites de la guerra por el acceso al poder. Por el contrario, en ausencia de un elemento contextual de conflicto armado, el homicidio como delito común no contiene ningún tipo de sanción para el acceso a la función pública (art. 103 del Código Penal). Como consecuencia, los miembros de la empresa criminal pueden actuar y aún después de ser condenados, la

¹⁰⁶⁸ La Ley 782 de 2002 (*op. cit.*); Decreto 128 de 2003, de 22 de enero, “*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*”, Presidencia de la República de Colombia, Diario oficial 45.073, entre otros.

¹⁰⁶⁹ La Ley 975 de 2005 (*op. cit.*); Decreto 4760 de 2005, de 30 de diciembre, “*Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 975 de 2005*”, Presidencia de la República de Colombia, Diario oficial 46.137, entre otros. Para un estudio completo y actualizado de la Ley 975 de 2005, véanse por ejemplo: APONTE, A., (dir.), “El proceso penal de Justicia y Paz desde la práctica cotidiana: síntesis y diagrama de flujo”. En: CITpax, *Observatorio Internacional DDR- Ley de Justicia y Paz. Tercer informe*, 2010, Madrid, Publicaciones del CITpax, 200 págs., 19-57; AMBOS, K., *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y Derecho Penal Internacional*, 2010, Bogotá, Nomos Impresores, 275 págs.; MOVICE; CCAJAR; CSPP, *Sin justicia y sin paz. Verdad fragmentada, reparación ausente. Balance de la Aplicación de la “Ley de Justicia y Paz”*, 2009, Bogotá, Impresiones Bogotá D.C., 208 págs.

¹⁰⁷⁰ Ley 1424 de 2010, de 29 de diciembre, “*Por la cual se dictan disposiciones de justicia transicional que garanticen verdad, justicia y reparación a las víctimas de desmovilizados de grupos organizados al margen de la ley, se conceden beneficios jurídicos y se dictan otras disposiciones*”, Congreso de la República de Colombia, Diario oficial 47937.

¹⁰⁷¹ BREEN, E., *Gouverner et punir. Le rôle de l'Exécutif dans les procédures répressives*, 2003, París, Presses Universitaires de France, 226 págs., p. 9.

transformación de la incriminación les permite acceder al poder público, es decir, obtener el resultado final buscado con el crimen cometido.

1.3.2.2. La supresión de la pena efectiva de prisión y sus efectos sobre los crímenes de guerra

Las leyes que suprimen la sanción no están hechas para los crímenes de guerra pues eso atentaría contra las obligaciones convencionales de Colombia. Por este motivo, la ley 782 de 2002 niega sus beneficios a personas involucradas en crímenes de guerra, de lesa humanidad y narcotráfico, entre otros¹⁰⁷². No obstante, la disimulación del crimen de guerra, su deriva en delito común y, principalmente, la ausencia de verificación y documentación de las declaraciones hechas por los “postulados”¹⁰⁷³, han producido una serie de decisiones judiciales en masa que transitan a cosa juzgada¹⁰⁷⁴ o que, a través del uso del principio de oportunidad¹⁰⁷⁵, han buscado evadir la responsabilidad de investigación y sanción, no sólo frente a los crímenes de guerra

¹⁰⁷² El Decreto reglamentario 128 de 2003 establece un procedimiento sumario y el Decreto 3360 de 2003 (artículo único), excluye los casos de desmovilizaciones colectivas del proceso de verificación por “comisión de delitos atroces, actos de ferocidad o barbarie, secuestro, narcotráfico, terrorismo, genocidio y homicidio fuera de combate”.

¹⁰⁷³ Un “postulado” es un miembro de un grupo armado en conflicto que decide desmovilizarse y cuyo nombre es postulado por el poder ejecutivo para acceder a los beneficios de la Ley.

¹⁰⁷⁴ En 2007, la CSJ indicó que los beneficios de indulto y amnistía de la Ley 782 de 2002 no son aplicables a los paramilitares desmovilizados por expresa voluntad del legislador; acto seguido, el Gobierno nacional aprobó la Ley 1312 de 2009 que autorizó al Fiscal General de la Nación a hacer extensiva la aplicación del “Principio de Oportunidad” (suspensión, interrupción o renuncia de la acción penal, art. 323 del Código de Procedimiento Penal) a esta empresa criminal. Esta Ley fue declarada inconstitucional en noviembre de 2010 y el máximo tribunal ordenó que se investiguen los crímenes cometidos y que el Gobierno adopte medidas claras e inequívocas de verdad, justicia y reparación. El ejecutivo envió nuevo proyecto de ley por mensaje de urgencia en diciembre, que fue aprobado mediante la Ley 1424 de 2010 que hasta febrero de 2011 no había sido sometida a revisión constitucional. Véanse: CSJ, Sala de Casación Penal (11 de julio de 2007): *La Fiscalía c. Orlando César Caballero Montalvo*, Radicado núm. 26945, Aprobado: Acta núm. 117, Auto (en adelante: “CSJ, Caso Caballero Montalvo, núm. 26945”), p. 51; Ley 1312 de 2009, de 9 de julio, “*Por medio de la cual se reforma la Ley 906 de 2004 en lo relacionado con el Principio de Oportunidad*”, Congreso de la República de Colombia, Diario oficial 47.405; CC, Sala Plena (23 de noviembre de 2010): *Demanda de constitucionalidad contra la Ley 1312 de 9 de julio de 2009 “Por medio de la cual se reforma la Ley 906 de 2004 en lo relacionado con el Principio de Oportunidad”*, Sentencia C- 936/10, Sentencia de constitucionalidad; Ley 1424 de 2010 (*op. cit.*).

¹⁰⁷⁵ El principio de discrecionalidad, llamado en Colombia “Principio de oportunidad”, ha sido atribuido al órgano investigador, el Fiscal General de la Nación, en el marco de las disposiciones del poder legislativo (art. 323 del Código de Procedimiento Penal), por cuyo cumplimiento vela el alto tribunal constitucional. En consecuencia, en el modelo colombiano, el Principio de oportunidad no es un instrumento discrecional al servicio de la política criminal del Estado como en el caso estadounidense, sino como un instrumento quasi- jurisdiccional en defensa de los intereses generales tutelados por la Constitución Política, que guarda similitudes con los modelos de los sistemas español e italiano. La naturaleza de este principio explica por qué no es aplicable a las desmovilizaciones masivas de personas incursas en contextos de perpetración de crímenes internacionales.

stricto sensu sino al narcotráfico, al tráfico de armas y de personas, y a otros crímenes considerados graves por el Derecho Internacional. Entre 2002 y 2010, un mínimo de 29.000 desmovilizados ha sido eximido de toda investigación penal, incluida la perpetración de crímenes atroces, crímenes de guerra, entre otros¹⁰⁷⁶.

Por otra parte, algunas disposiciones del Decreto 2767 de 2004¹⁰⁷⁷, reglamentario de la Ley 782 de 2002, han promovido la vinculación de personas civiles (ex combatientes) a labores de seguridad y trabajo con la fuerza pública del Estado, estableciendo bonificaciones económicas por: “aporte eficaz a la justicia o a la fuerza pública (...) conducente a evitar o esclarecer delitos (...)” (art. 2); “por la entrega de material de guerra y otros elementos” (art. 3); y por “(...) desarrollar actividades de cooperación para la fuerza pública (...)” (art. 4). Este Decreto, que contraviene el artículo 3-1 común a los Convenios de Ginebra y el artículo 17 del Protocolo II adicional (deber de protección y principio de distinción), ha sido denunciado sin éxito por el Ministerio Público colombiano:

“La muerte de excombatientes en operaciones de apoyo a la Fuerza Pública evidencia una falla en el deber de protección (...). En términos del Derecho Internacional Humanitario este tipo de colaboración implica ventajas militares y por lo tanto es de esperarse una reacción del contrario para poner fuera de combate a quienes intervienen en esas operaciones. (...) la promoción de esta clase de actividades va en contravía del sentido mismo de los procesos de desmovilización que debe ser el sacar a los miembros de los grupos armados ilegales de la lógica de la guerra”¹⁰⁷⁸.

Los efectos periféricos de este Decreto no pueden ser subestimados, pues la utilización de civiles en el conflicto armado constituye un crimen de guerra en el caso de los menores de 15 años y potencia directamente la comisión de otros crímenes de guerra:

¹⁰⁷⁶ Según datos suministrados por el gobierno nacional al sistema de Naciones Unidas, entre 2002 y 2009, aproximadamente 29 000 combatientes se acogieron a la Ley 782 de 2002 y al Decreto 128 de 2003 y han recibido diversos beneficios jurídicos (como indultos y cesación de procedimientos). La Fiscalía General de la Nación afirma que los desmovilizados no han cometido crímenes graves. Lo cierto es que en ningún caso se reporta una apertura de investigación, a pesar de que todas estas personas han hecho presencia armada durante décadas en zonas azotadas por los crímenes de guerra y de lesa humanidad. En: CDH, Informe A/HRC/14/26/Add.2, *op. cit.*, p. 37.

¹⁰⁷⁷ Decreto 2767 de 2004, de 21 de agosto, “*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 vida civil*”, Presidencia de la República de Colombia, Diario oficial 45.657.

¹⁰⁷⁸ PGN, doc. s/n (2006): *Proyecto de control preventivo y seguimiento a las políticas públicas en materia de reinserción y desmovilización, Tomo II*, 396 págs., p. 61. El texto publicado en el sitio oficial de la Procuraduría General de la Nación ha sido modificado y este pasaje, entre otros, ha desaparecido. Véase: <http://www.procuraduria.gov.co/html/publicaciones/informesydocumentos.htm> (consultado: 5-2-2011).

“In Colombia, although it was illegal to use children as spies, contradictory regulations allowed children to be paid for supplying information”¹⁰⁷⁹.

Como corolario, la ausencia de proceso y de sanción son elementos facilitadores de nuevos crímenes de guerra, donde las personas desmovilizadas son sujeto activo o pasivo. En un caso tipo, en 2005 el departamento de Córdoba, en el norte de Colombia, concentró 3.800 desmovilizaciones sin proceso y sanción; en el período 2006 a 2009, los homicidios selectivos de líderes de víctimas participantes de procesos de restitución de tierras, miembros de comunidades autóctonas, líderes sindicales y desmovilizados que se negaron a rearmarse, entre otros, aumentó en un 200%. Los estudios en la materia hablan de una “alta capacidad de reemplazo” del paramilitarismo y asocian el rearme de los desmovilizados a factores como la continuidad del conflicto armado, el constreñimiento al apoyo bélico y la falta de oportunidades de empleo¹⁰⁸⁰.

1.3.2.3. La atenuación de la pena efectiva de prisión y sus efectos sobre los crímenes de guerra

El marco normativo de la atenuación punitiva está dado por la Ley 975 de 2005 y sus decretos reglamentarios¹⁰⁸¹. El ámbito de atribución de la Ley (art. 2), *ratione personae*, incluye a todos los miembros de grupos armados desmovilizados y postulados por el poder ejecutivo; *ratione loci*, abarca el territorio nacional; *ratione temporis*, incluye todos los crímenes cometidos antes del 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigor de la Ley y; *ratione materiae*, un tipo amplio de crímenes internacionales, incluidos los crímenes de guerra¹⁰⁸²:

¹⁰⁷⁹ CSUCS, *Global Report 2004. Coalition to Stop the Use of Child Soldiers*, 2004, London, Everbest Printing Company, 360 págs., p. 20.

¹⁰⁸⁰ MASSÉ, F.; MUNÉVAR, J., (coords.), “La evolución de las estructuras armadas en el período post-desmovilización: pasado, presente y futuro”, *op. cit.*, pp. 71, 73, 75 y 81; MOVICE; CCAJAR; CSPP, *Sin justicia y sin paz. Verdad fragmentada, reparación ausente. Balance de la Aplicación de la “Ley de Justicia y Paz”*, *op. cit.*, pp. 35-36.

¹⁰⁸¹ Desde su entrada en vigor en 2005, esta Ley fue motivo de 17 acciones ciudadanas de inconstitucionalidad y su artículo 71, entre otros, fue declarado inconstitucional en dos sentencias acumulativas. No obstante, los artículos 3 y 29 fueron declarados “exequibles” y, en consecuencia, la Ley autoriza la aplicación de penas alternativas para crímenes de guerra, crímenes atroces y de lesa humanidad, entre otros, que oscilan entre 5 y 8 años de prisión. Véanse: CC, Sentencia C-370/06, *op. cit.*, pár. VII. Decisión; CC, Sala Plena (25 de julio de 2006): *Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos -total o parcialmente acusados- 1° a 13, 15 a 20, 22 a 27, 29 a 34, 36 a 58, 60 a 62, 64 y 71 de la Ley 975 de 2005 “por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios”*, Sentencia C-575/06, Sentencia de constitucionalidad.

¹⁰⁸² Las leyes de atenuación punitiva incluyen dos tipos de organización no incluidos en las leyes de indulto y amnistía: las organizaciones paramilitares y los grupos criminales organizados en torno al

“Artículo 2. Ámbito de la ley, interpretación y aplicación normativa. La presente ley regula lo concerniente a la investigación, procesamiento, sanción y beneficios judiciales de las personas vinculadas a grupos armados organizados al margen de la ley, como autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos (...)”.

El ámbito de aplicación personal de la Ley no descartó ningún tipo de personas y no se dirigió a los combatientes en particular, sino a todos los miembros de grupos armados irregulares, incluso los funcionarios públicos que pudieran reunir todas las condiciones del artículo 2, es decir, ser: “personas vinculadas a grupos armados... como autores o partícipes de hechos delictivos durante y con ocasión de la pertenencia...”. Sin embargo, la Ley no pudo ser aplicada a los Parlamentarios y otros funcionarios del Estado incurso en paramilitarismo por razones de procedimiento. De hecho, la pertenencia de estos funcionarios no fue alegada antes del 29 de septiembre de 2006, fecha de la entrada en vigor del Decreto 3391 de 2006 y fecha que determinó el cierre definitivo de las listas de postulados a los beneficios de la Ley 975 de 2005, lo cuales, conforme al procedimiento, debían ser reconocidos como miembros por sus comandantes respectivos¹⁰⁸³.

Por otra parte, el artículo 72 de la Ley 975 de 2005 y su Decreto reglamentario 4760 de 2005 fijaron la competencia *ratione tempore* exclusivamente para crímenes cometidos antes de su vigencia, con independencia de desmovilizaciones y leyes posteriores probables¹⁰⁸⁴. Esto, según ha dicho la CSJ, no excluye la perpetración de crímenes de ejecución permanente después de la vigencia de la Ley, siempre y cuando la consumación, materializada con el primer acto, se haya producido con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley y la conducta cese con la desmovilización del postulado¹⁰⁸⁵.

En cuanto a la sanción, las penas principales y accesorias se fijan teóricamente en la sentencia y se fijan además las “penas alternativas” que efectivamente se ejecutan y que tienen un límite preciso que no puede superar entre 5 y 8 años de prisión, al que debe descontarse el período de detención preventiva anterior a la sentencia (art. 313 del

narcotráfico, ambos con fuerte incidencia en el conflicto armado por vía directa o como elemento externo activo. La atenuación se extiende al conjunto de crímenes internacionales de competencia de la CPI.

¹⁰⁸³ Para una interpretación diferente de la Ley, véase: AMBOS, K., *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y Derecho Penal Internacional*, op. cit., p. 25.

¹⁰⁸⁴ CSJ, Sala de Casación Penal (24 de febrero de 2009): *La Fiscalía c. Omar Enrique Martínez Ossías*, Radicado núm. 30999, Aprobado: Acta núm. 48, Auto, p. 70.

¹⁰⁸⁵ CSJ, Sala de Casación Penal (13 de mayo de 2010): *La Fiscalía c. Walter Ochoa Guisao*, Radicado núm. 33610, Aprobado: Acta núm. 156, Auto, p. 15.

Código de Procedimiento Penal) y puede descontarse igualmente el período de negociaciones anterior al 18 de mayo de 2006¹⁰⁸⁶.

En el marco de la Ley 975 de 2005, ha habido una única sentencia proferida hasta febrero de 2011, contra dos comandantes paramilitares como coautores de las masacres de *San Cayetano y Mampuján*¹⁰⁸⁷. Los condenados no fueron investigados por tortura, violencia sexual o desaparición forzada a pesar de los crudos relatos de las víctimas sobrevivientes y de los informes del Ministerio Público¹⁰⁸⁸. A la pena efectiva impuesta de 8 años por homicidio múltiple y otros, deberá efectuarse la reducción del tiempo de detención, 5 años, con lo cual, en el curso normal de los acontecimientos es previsible que estas dos personas gocen de “libertad a prueba” a partir de julio 2013 (art. 29 de la Ley 975 de 2005).

En lo que se refiere a la dosimetría penal, un análisis comparado de las penas permite observar la dimensión de la reducción punitiva en materia de crímenes de guerra:

DIFERENCIAS EN LA DOSIFICACIÓN PENAL POR CRÍMENES DE GUERRA		
(Penas de prisión)		
Incriminations	Código Penal (Ley 599 de 2000 y Ley 890 de 2004)*	Ley de justicia y paz (Ley 975 De 2005)**
Homicidio en persona protegida	40 a 50 años	5 a 8 años
- Homicidio en mujer protegida cometido por el hecho de ser mujer	53,3 a 75*** años	5 a 8 años
Lesiones personales en persona protegida		
- Incapacidad mayor de 90 días	3,5 a 10 años	5 a 8 años
- Deformidad física transitoria	1,7 a 12 años	5 a 8 años
- Deformidad física permanente	3,5 a 14 años	5 a 8 años
- Deformidad en el rostro transitoria	2,3 a 16 años	5 a 8 años
- Deformidad en el rostro permanente	4,6 a 18,6 años	5 a 8 años
- Perturbación funcional transitoria de un órgano o miembro	3,5 a 14 años	5 a 8 años
- Perturbación funcional permanente de un órgano o	5,3 a 16 años	5 a 8 años

¹⁰⁸⁶ El poder ejecutivo reglamentó la aplicación de los beneficios declarados inconstitucionales, en virtud del principio de favorabilidad de la ley penal, para quienes aspiraron legítimamente a ellos antes de la sentencia de constitucionalidad que los dejó sin efecto, habida cuenta que la sentencia mencionada no previó una aplicación retroactiva. Véanse: CC, Sentencia C-370/06, *op. cit.*; Decreto 3391 de 2006, *op. cit.*, art. 20.

¹⁰⁸⁷ TS-SJP, Distrito Judicial de Bogotá (29 de junio de 2010): *La Fiscalía c. Edgar Cobos Téllez y Úber Banquez Martínez*, Radicado núm. 110016000253200680077, Sentencia de primera instancia, pp. 207-221.

¹⁰⁸⁸ *Ibid.*, pp. 53 y 58.

miembro		
- Perturbación síquica transitoria	3,5 a 14 años	5 a 8 años
- Perturbación síquica permanente	5,3 a 18 años	5 a 8 años
- Pérdida funcional de un órgano o miembro	10,6 a 20 años	5 a 8 años
- Pérdida anatómica de un órgano o miembro	10,6 a 26,6 años	5 a 8 años
Tortura en persona protegida	13,3 a 30 años	5 a 8 años
Acceso carnal violento en persona protegida	13,3 a 27 años	5 a 8 años
- Acceso carnal violento en persona protegida agravado	17,7 a 40,5 años	5 a 8 años
Actos sexuales violentos en persona protegida	5,3 a 13,5 años	5 a 8 años
- Actos sexuales violentos en persona protegida agravados	7,1 a 20,2 años	5 a 8 años
Prostitución forzada y esclavitud sexual de persona protegida	13,3 a 27 años	5 a 8 años
Utilización de medios y métodos de guerra ilícitos	8 a 15 años	5 a 8 años
Perfidia	4 a 12 años	5 a 8 años
Actos de terrorismo	20 a 37,5 años	5 a 8 años
Actos de barbarie	13,3 a 22,5 años	5 a 8 años
Tratos inhumanos y degradantes y experimentos biológicas en persona protegida	6,6 a 15 años	5 a 8 años
Actos de discriminación racial	6,6 a 15 años	5 a 8 años
Toma de rehenes	26,6 a 45 años	5 a 8 años
Detención ilegal y privación del debido proceso	13,3 a 22,5 años	5 a 8 años
Constreñimiento a apoyo bélico	4 a 9 años	5 a 8 años
Despojo en el campo de batalla	4 a 15 años	5 a 8 años
Obstaculización de tareas sanitaria y humanitarias	4 a 9 años	5 a 8 años
- Obstaculización de tareas sanitaria y humanitarias, mediante el empleo de violencia contra los dispositivos, los medios o las personas que las ejecutan	6 a 13,5 años	5 a 8 años
Destrucción y apropiación de bienes protegidos	6,6 a 15 años	5 a 8 años
Destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario	6,6 a 15 años	5 a 8 años
Destrucción o utilización ilícita de bienes culturales y de lugares de culto	4 a 15 años	5 a 8 años
Ataque contra obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas	13,3 a 22,5 años	5 a 8 años
- Ataque contra obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas que cause la liberación de fuerzas con pérdidas o daños en bienes o elementos importantes para la subsistencia de la población civil	20 a 30 años	5 a 8 años
Deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil	13,3 a 30 años	5 a 8 años
Atentados a la subsistencia y devastación	6,6 a 15 años	5 a 8 años
Omisión de medidas de protección a la población civil	5,3 a 12 años	5 a 8 años
Reclutamiento ilícito	8 a 15 años	5 a 8 años

Exacción o contribuciones arbitrarias	8 a 22,5 años	5 a 8 años
Destrucción del medio ambiente	13,3 a 22,5 años	5 a 8 años

Tabla IV. Diferencias en la dosificación penal por crímenes de guerra en Colombia

*Las penas han sido convertidas de meses a años para mayor comprensión.

**Sólo para crímenes cometidos antes del 25 de julio de 2005, vigencia de la Ley.

*** El artículo 37-1 del Código Penal estipula que la pena máxima de prisión efectiva es de 50 años.

Fuente: Código Penal colombiano y Ley 975 de 2005.

Elaboración propia

En el marco del conflicto armado interno existente, esta especie de “esquizofrenia jurídica” produce un efecto legitimador de los crímenes de guerra cometidos, contribuye a la apología del delito y deviene el instrumento idóneo para la perpetración de nuevos crímenes de gran entidad, entre ellos, crímenes de guerra¹⁰⁸⁹. De hecho, la Ley 975 de 2005 contiene un número importante de contribuciones a la reincidencia en materia de crímenes de guerra, que han quedado en evidencia durante sus 6 años de vigencia.

Primero, la Ley 975 de 2005 ha permitido la desmovilización individual de mandos militares y no les ha obligado a entregar la tropa bajo su mando (art. 11), ni a efectuar un informe de las finanzas, de redes criminales, o de los altos jefes de la organización del crimen (art. 17), con lo cual, hijos y demás allegados han asumido el mando de la tropa garantizando la continuidad de la empresa criminal¹⁰⁹⁰.

Segundo, además de la reducción sustancial de las penas efectivas, la Ley 975 de 2005 prevé un proceso abreviado que inhabilita la competencia complementaria eventual de la CPI en virtud de la prohibición de doble enjuiciamiento (art. 20-3 del Estatuto de Roma).

Tercero, frente al ocultamiento de información y de crímenes por parte del acusado, la supresión de los beneficios judiciales ha quedado condicionada a que el crimen ocultado: (1) tenga relevancia dentro del proceso de paz; (2) sea de gran entidad; y (3) tenga trascendencia para el esclarecimiento de la verdad¹⁰⁹¹.

¹⁰⁸⁹ CASTRO LEE, C., *En torno a la violencia en Colombia: una propuesta interdisciplinaria*, 2005, Cali, Universidad del Valle, 441 págs., pp. 122-123, 250 y 409.

¹⁰⁹⁰ Hasta 2010, la OACNUDH, continuó constatando la rearticulación de los grupos paramilitares en todo el país. En: CDH, Informe A/HRC/13/72, *op. cit.* párs. 58-65; MASSÉ, F.; MUNÉVAR, J., (coords.), “La evolución de las estructuras armadas en el período post-desmovilización: pasado, presente y futuro”, *op. cit.*, pp. 72, 76, 88, 89, 125 y ss.

¹⁰⁹¹ La CC estimó que la pérdida de los beneficios de la Ley se da por el ocultamiento de la perpetración de “todo delito relacionado con su pertenencia al grupo”. Las condiciones arriba mencionadas han sido establecidas *a posteriori* por el artículo 12-2 del Decreto reglamentario 3391 de

En la práctica, el acusado construye la verdad procesal, ante la escasa capacidad probatoria de la Acusación y pese a que las Altas Cortes han insistido en que la Fiscalía tiene la obligación de documentar y verificar las declaraciones de los postulados.

Es importante aclarar en este punto que la confesión dentro de la justicia transicional está sometida a la tripe condición de ser un componente de la verdad como contribución a la reparación, un presupuesto de acceso al procedimiento y un medio de prueba y, como medio de prueba en el Derecho Penal colombiano, la confesión está basada en la existencia previa de una formulación de la imputación por parte del Fiscal (arts. 288 y 293 del Código de Procedimiento Penal). Por consiguiente, en ausencia de “hechos materia del proceso”, la confesión no es admisible como medio único de prueba y corresponde a la Fiscalía verificar, ampliar o contestar el relato del acusado y no simplemente atenerse a su versión de los hechos¹⁰⁹².

Según se desprende, sólo una confesión detallada puede ser tenida en cuenta como una muestra de colaboración con la justicia y de contribución a la verdad y su detalle debe necesariamente introducir otros elementos de prueba verificables para efectos de corroborar la versión del postulado, de lo contrario, se continuará en la línea de construcción de una verdad procesal fragmentada y escrita por los victimarios, tal y como lo han señalado las Altas Cortes.

1.3.3. La transformación de la ejecución de la pena de prisión por falsa ejecución o ejecución defectuosa

A la transformación de la incriminación, seguida del deterioro en la entidad de la sanción, se suma la transformación de la ejecución de la pena efectiva de prisión impuesta.

En materia carcelaria, el Instituto Nacional Penitenciario de Colombia (INPEC) está llamado a determinar el sitio de reclusión durante el proceso penal y después de la

2006. Véanse: CC, Sentencia C-370/06, *op. cit.*, p. 6.2.2.1.7.27; Decreto 3391 de 2006, de 29 de septiembre, “*Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 975 de 2005*”, Presidente de la República de Colombia, Diario oficial 46.406.

¹⁰⁹² CSJ, Sala de Casación Penal (12 de mayo de 2009): *La Fiscalía c. Cesar Augusto Botero*, Radicado núm. 31150, Auto, pp. 30-32, 36-37 (en adelante: “CSJ, Caso *Bloque Magdalena medio AUC*”); CC, Sala Plena (6 de diciembre de 2001): *Acción de tutela instaurada por Rodrigo Garavito Hernández contra el Juez Regional de Bogotá (hoy Juzgado Especializado), el Tribunal Nacional o quien haga sus veces y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia*, Sentencia SU-1300/01, Sentencia de unificación, p. 2.5. Para una interpretación diferente, véase: APONTE, A., (dir.), “El proceso penal de Justicia y Paz desde la práctica cotidiana: síntesis y diagrama de flujo”, *op. cit.*, pp. 25-26.

condena. Sin embargo, la ejecución de las penas de prisión está condicionada a una serie de tratamientos diferenciales que dependen de los estatutos de los condenados.

En el caso de los beneficiarios de la Ley 975 de 2005, el Gobierno nacional asigna el sitio de reclusión (art. 30) y, por este hecho, los líderes de la empresa criminal han podido negociar su lugar de detención. Esta situación les ha facilitado el control sobre la organización criminal desde la prisión, la reincidencia y las represalias contra víctimas y testigos, la fuga de presos y, para quienes están asignados a guarniciones militares, el contacto con la red estatal de la empresa criminal¹⁰⁹³. Sin embargo, el impacto de la Ley 975 de 2005 en materia de ejecución de condenas por crímenes de guerra es hasta ahora marginal y otros estatutos especiales juegan un papel principal en la deriva de la ejecución de la pena de prisión por crímenes de guerra.

Los ex funcionarios del Estado, en particular los miembros de la fuerza pública y de la central de inteligencia, pueden ser recluidos en las bases militares y centros de entrenamiento del órgano al que han pertenecido, haciendo que las condenas de la justicia ordinaria contra miembros de la fuerza pública en casos de paramilitarismo y crímenes de guerra adolezcan de un alto grado de falsa ejecución o ejecución defectuosa¹⁰⁹⁴. De hecho, los condenados por crímenes de guerra (*de facto o de jure*) que cuentan con estatutos especiales, no sólo tienen un tratamiento privilegiado en términos de acceso a bienes y servicios, visitas y otros derechos y garantías, comparados con otros de igual nivel de peligrosidad; además, estos condenados circulan libremente *de facto* en las guarniciones militares y por fuera de ellas¹⁰⁹⁵, haciendo inútil e ineficaz la sanción con respecto a su función legal de prevención general, retribución

¹⁰⁹³ CIDH-OEA, OEA/Ser.L/V/II.129, doc. 6 (2-10-2007): *Informe sobre la implementación de la Ley de Justicia y Paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales*, 34 págs., p. 53; MOVICE; CCAJAR; CSPP, *Sin justicia y sin paz. Verdad fragmentada, reparación ausente. Balance de la Aplicación de la "Ley de Justicia y Paz"*, p. 46; SEMANA, "Tras las rejas", *Revista Semana* núm. 1283, 2 de diciembre de 2006, Bogotá, Edición digital, pp. Portada-Nación. En: <http://www.semana.com/noticias-nacion/tras-rejas/98715.aspx> (consultado: 6-2-2011); SEMANA, "Reclusiones militares: ¿disuasivas o permisivas?", *Revista Semana* núm. 1500, 31 de enero de 2011, Bogotá, Edición digital, p. Justicia. En: <http://www.semana.com/noticias-nacion/reclusiones-militares-disuasivas-permisivas/151121.aspx> (consultado: 6-2-2011).

¹⁰⁹⁴ SEMANA, "Reclusiones militares: ¿disuasivas o permisivas?", *op. cit.*, p. Justicia.

¹⁰⁹⁵ El Teniente Carlos Andrés Lora fue condenado a 30 años de prisión (ejecutables en una guarnición militar) por homicidio en persona protegida. El 23 de enero de 2011 la abogada de las víctimas de otro proceso en su contra (por homicidio múltiple y desaparición en personas protegidas), filmó al condenado como pasajero de un vuelo comercial en el que viajaba sin ningún tipo de escolta policial. Véase: SEMANA, "La historia detrás del teniente Carlos Andrés Lora", *Revista Semana* núm. 1500, 28 de enero de 2011, Bogotá, Edición digital, p. Justicia. En: <http://www.semana.com/noticias-nacion/historia-detras-del-teniente-carlos-andres-lora/150863.aspx> (consultado: 6-2-2011).

justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado (art. 4 del Código Penal).

La ejecución defectuosa de las penas en casos de graves crímenes, incluidos los crímenes de guerra, permea toda la empresa criminal y no es exclusiva de los ex funcionarios de los órganos del Estado y de los regímenes especiales de desmovilización de la época presente. Por el contrario, los principios de prevención general y especial se encuentran seriamente en entredicho y los condenados de alta peligrosidad continúan teniendo acceso a la red criminal de la que han sido parte y pueden abandonar libremente el centro de reclusión¹⁰⁹⁶. La reciente apreciación de la CEDH en el caso *Gal Yair Klein*, acerca de las cárceles colombianas puede ilustrar el contexto, sobre este punto:

“Overcrowding, lack of security, corruption, and an insufficient budget remained serious problems in the prison system (...)”¹⁰⁹⁷.

Otros mecanismos tendientes a suplantar la pena principal por medidas de justicia restaurativa, en el contexto del conflicto armado en vigor, hacen que en la práctica los condenados tengan libertad de movimiento e intimidación sobre las poblaciones victimizadas. A pesar de la importancia de la justicia restaurativa, es importante señalar que esta modalidad de justicia se aplica en períodos de paz o post-conflicto, como complemento de la justicia ordinaria y, de preferencia, en sociedades cuya tradición admite estas prácticas. Ninguna de las tres condiciones mencionadas se cumple en la situación de Colombia¹⁰⁹⁸.

Aunque los límites a la acción penal derivados de la imputación en las fases de incriminación, sanción y ejecución son contestados desde el interior de los poderes públicos y se hacen esfuerzos por superarlos, los difíciles equilibrios del poder frente a la obligación de perseguir los crímenes de guerra erosionan estos objetivos y la acción

¹⁰⁹⁶ El 10 de noviembre de 2010, Carlos Palencia (alias *Visaje*), comandante paramilitar condenado a 50 años de prisión por homicidios múltiples en persona protegida, entre otros crímenes graves, se trasladó desde su lugar de reclusión por vía aérea, en compañía de dos miembros del INPEC desarmados y sin uniforme, se despidió, tomó un taxi y partió con rumbo desconocido. Véase: SEMANA, “Reclusiones militares: ¿disuasivas o permisivas?”, *op. cit.*, p. Justicia, con reenvío al video de seguridad de los aeropuertos respectivos.

¹⁰⁹⁷ CEDH, First Section Chamber (4 November 2010): *Case of Klein v. Russia*, application 24268/08, Judgment, pár. 35.

¹⁰⁹⁸ UPRIMNY YEPES, R.; SAFFON, M. P., “Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades”. En A. Rettberg (ed.), *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*, 2005, Bogotá, Universidad de los Andes (Uniandes) y Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo (CRDI), 2005, 394 págs., pp. 211-233, pp. 218-219.

del Estado como sujeto unitario de Derecho Internacional muestra señales contradictorias.

1.4. LÍMITES A LA ACCIÓN PENAL DERIVADOS DEL COMPORTAMIENTO DE LOS ÓRGANOS DEL ESTADO

El Derecho Internacional debe su definición a la naturaleza del destinatario originario y principal: el Estado¹⁰⁹⁹, quien tiene una sola y única representación en Derecho Internacional según el órgano designado por su constituyente primario¹¹⁰⁰. En la situación de Colombia, el representante único y legítimo del Estado en materia internacional es el Presidente de la República a quien corresponde, por mandato constitucional, dirigir las relaciones internacionales, nombrar a los agentes diplomáticos y consulares, recibir a los agentes respectivos y celebrar con otros Estados y entidades de Derecho Internacional tratados o convenios (art. 189-2 de la Constitución Política).

En el plano interno, la República de Colombia es definida como Estado social de derecho y basa su democracia en un régimen estricto de separación propio de un sistema presidencial. Sin embargo, la obligación estatal de perseguir los crímenes de guerra se ve comprometida por una serie de decisiones del poder ejecutivo que ponen en evidencia la deriva presidencialista, ante la incapacidad de los poderes públicos para restablecer el equilibrio del sistema de pesos y contra pesos¹¹⁰¹.

1.4.1. La diplomacia de post-conflicto como centro de la política exterior del Estado

En el discurso oficial del presidente *Juan Manuel Santos* (2010-2014) ante la Asamblea General de Naciones Unidas, puede leerse:

“(…) De un Estado fallido en el que los violentos, financiados por el narcotráfico, tenían doblegada nuestra democracia, hoy miramos al mundo desde una democracia pujante que despega hacia una prosperidad democrática, prosperidad para todos”¹¹⁰².

¹⁰⁹⁹ TRUYOL Y SERRA, A., *Cours général de droit international public, Recueil des cours 1981-IV*, 1992, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 444 págs., p. 36.

¹¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 384.

¹¹⁰¹ CHAGNOLLAUD, D., *Droit Constitutionnel Contemporain, op. cit.*, p. 133.

¹¹⁰² NU, doc. A/65/PV.15 (24-9-2010): *Acta de la 15ª sesión plenaria de la Asamblea General*, 49 págs., p. 7.

Este planteamiento da continuidad a la política exterior de los últimos ocho años, que puede ser definida como una “diplomacia de post-conflicto”¹¹⁰³. En este marco, el ejecutivo nacional ha desplegado ingentes esfuerzos en la gestión de las percepciones y valoraciones de la comunidad internacional, dirigidas al manejo y transformación de estas impresiones exteriores acerca de la existencia y naturaleza del conflicto armado colombiano, en beneficio de la idea del post-conflicto, solapando dos afirmaciones de naturaleza distinta: la existencia de un contexto de post-conflicto y la existencia de políticas de justicia transicional.

Para esclarecer este punto puede acudir a las definiciones de conflicto y post-conflicto que han sido acuñadas por el sistema de Naciones Unidas y el Banco Mundial, según las cuales, el conflicto puede ser entendido como una situación de violencia macro-política entre dos o más Partes y el post-conflicto como un escenario posterior a la terminación de un conflicto, que puede prolongarse alrededor de 2 años y que se caracteriza por la existencia de un cese el fuego o un proceso de paz:

“Conflict: A relationship between two or more interdependent parties in which at least one of the parties perceives the relationship to be negative or detects and pursues opposing interests and needs (...). In the context of this guide, conflict mainly refers to situations of macro-political violence between two or more warring parties (...).

Transition (post-conflict): The period in a crisis when partnerships with the international community are most crucial in supporting or underpinning still fragile cease-fires or peace processes by helping to create conditions for political stability, security, justice and social equity (...). The transition period generally lasts about two years after the end of conflict”¹¹⁰⁴.

La doctrina autorizada no excluye los brotes de violencia de mayor o menor importancia durante un período de post-conflicto que, en todo caso, no son asimilables a la persistencia de un conflicto armado como tal:

“(...) conflict and post-conflict are relative terms as well, and subject to nuance. Post-conflict rarely means than violence and strife have ceased at a given moment in all corners of a country’s territory. In practice, most post-conflict reconstruction efforts take place in situations where conflict has subsided to a greater or lesser degree, but is ongoing or recurring in some parts of the country”¹¹⁰⁵.

¹¹⁰³ Para un estudio sobre la “diplomacia pública” como la “diplomacia blanda” en el siglo XXI, véase: NOYA, F. J., *Diplomacia pública para el siglo 21*, 2007, Barcelona, Editorial Ariel, 469 págs., p. 27.

¹¹⁰⁴ UNDP, doc. s/n (8-2004): *Practical Guide to Multilateral Needs Assessments in Post-Conflict Situations*, United Nations Development Programme, World Bank and United Nations Development Group, 49 págs., pp. 5-6; WORLD BANK, “Definitions of Fragility and Conflict”, *World Bank*, Projects and operations, 13th September 2009. En: <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/PROJECTS/STRATEGIES/EXTLICUS/0,,contentMDK:22230573~pagePK:64171531~menuPK:4448982~piPK:64171507~theSitePK:511778,00.html> (consultado: 7-2-2011).

¹¹⁰⁵ BRINKERHOFF, D. W., (ed.), *Governance in post-conflict societies: rebuilding fragile states*, 2007, New York, Tailor and Francis, 268 págs., p. 3.

En cuanto a la noción de justicia transicional, resultan particularmente importantes las orientaciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que incluyen expresamente el uso de estas herramientas, por igual, en escenarios de conflicto y post-conflicto:

“Durante los últimos años las Naciones Unidas han venido prestando cada vez más atención a las cuestiones relativas a la justicia de transición y el Estado de derecho en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, lo que ha permitido extraer importantes conclusiones sobre nuestras actividades futuras (...).

Conceptos tales como “justicia”, “Estado de derecho”, y “justicia de transición” resultan esenciales para entender la labor de la comunidad internacional para afianzar los derechos humanos, proteger frente al miedo y la necesidad, resolver conflictos de propiedad, fomentar el desarrollo económico, promover la rendición de cuentas por parte de los poderes públicos y resolver pacíficamente los conflictos (...)¹¹⁰⁶.

En el entendido de que, la justicia transicional no responde a criterios de definición universales absolutos y debe ser construida según los contextos en que se aplica, el Consejo de Seguridad ha establecido que deben cumplirse ciertos mínimos para que pueda hablarse de una justicia transicional: la rendición de cuentas, el acceso a la justicia y la reparación como camino a la reconciliación:

“(...) También debemos aprender a no recurrir a fórmulas únicas, iguales para todos, y a no importar modelos extranjeros para fundarnos, en cambio, en la evaluación, la participación y las necesidades y aspiraciones de los propios países (...).

La noción de “justicia de transición” que se examina en el presente informe abarca toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación. Tales mecanismos pueden ser judiciales o extrajudiciales y tener distintos niveles de participación internacional (o carecer por completo de ella) así como abarcar el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinaciones de todos ellos¹¹⁰⁷.

Para el profesor *Forcada Barona*, la justicia transicional puede definirse como un conjunto de prácticas, reformas institucionales y mecanismos retributivos, restaurativos e institucionales aplicables a sociedades en conflicto y en post-conflicto, que propenden por el fortalecimiento de la democracia:

“La expresión «Justicia Transicional» cubre una serie de prácticas, arreglos institucionales y técnicas de ingeniería social cuyo objetivo, dentro de los límites impuestos por el Derecho internacional, es facilitar a las sociedades que han estado o están inmersas en conflictos violentos o regímenes dictatoriales, la transición hacia una situación de paz duradera, democracia y respeto de los derechos humanos. Los mecanismos típicos de la Justicia Transicional son de carácter *retributivo* –juicios penales a nivel internacional, nacional o local-, *restaurativo* –comisiones de investigación, reconciliación y verdad, fondos para la reparación de las víctimas-, o *institucional* –

¹¹⁰⁶ CS, doc. S/2004/616 (23-8-2004): *Informe del Secretario General sobre el Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, 27 págs., p. 1 y pár. 5. (Subrayado fuera del texto).

¹¹⁰⁷ *Ibid.*, p 1 y pár. 8.

purgas de funcionarios públicos, reformas de la administración de justicia, ayudas para la construcción y consolidación del Estado de Derecho”¹¹⁰⁸

En una línea de análisis similar, el supremo tribunal constitucional de Colombia ha adoptado un enfoque que reconoce la existencia del conflicto armado interno¹¹⁰⁹ y la existencia simultánea de un modelo de justicia transicional sometido a una serie de condiciones de verdad, justicia y reparación:

“(…) una nueva noción de Justicia en el contexto de la comunidad internacional, que atiende a la necesidad de alcanzar la efectividad del derecho a la paz en aquellas sociedades en situación de conflicto, pero que a la vez pretende responder, aún en estas circunstancias, al imperativo de enjuiciar y reparar las graves violaciones a los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario y lograr el esclarecimiento de la verdad al respecto, nueva noción de Justicia que opera dentro del tránsito de un período de violencia a otro de consolidación de la paz (…).

Así pues, la justicia transicional admite la existencia de una tensión entre el objetivo social de lograr un tránsito efectivo hacia la paz o la democracia, y los derechos de las víctimas a que las violaciones de derechos sean investigadas, enjuiciadas y castigadas por el Estado, y a que se logre una efectiva reparación. Para la resolución de esta tensión, el Derecho Internacional (…) formula ciertos lineamientos a fin de asegurar estándares mínimos en materia de justicia, verdad y reparación¹¹¹⁰.

En su interpretación de la justicia transicional colombiana, la CSJ ha hecho alusión a los procesos de paz, indicando la existencia de dos categorías: de diálogo o de desmovilización¹¹¹¹, señalando que la justicia transicional involucra modelos de justicia restaurativa que suponen el sacrificio de una serie de principios modernos del Derecho Penal: la proporcionalidad y la igualdad, indicando por lo tanto que el equilibrio del modelo depende de una aplicación estricta de valores fundadores del Estado de derecho como la lucha contra la impunidad, la reparación a las víctimas y el esclarecimiento de la verdad:

“En consideración a la naturaleza especial de la Ley 975 de 2005, inspirada en un modelo de Justicia Restaurativa, la Sala ha señalado que se trata de un cuerpo normativo *sui generis*, encauzado hacia la obtención de la paz nacional, para lo cual sacrifica caros principios reconocidos por el Derecho Penal de corte democrático, como los de proporcionalidad e igualdad, porque, en resumidas cuentas, se termina por otorgar a quienes a ella se acojan una pena alternativa significativamente inferior a la contemplada para las demás conductas delictivas cometidas por personas no pertenecientes a un grupo armado al margen de la ley, aunque, como contrapartida, se

¹¹⁰⁸ FORCADA BARONA, I., *Derecho Internacional y Justicia Transicional. Cuando el Derecho se convierte en religión*, op. cit., pp. 9-10. (Cursivas en el texto)

¹¹⁰⁹ CC, Sentencia C-048/01, op. cit., p. VII, con reenvíos de jurisprudencia. En el mismo sentido: Corte IDH, *Caso de la Masacre de Mapiripán v. Colombia*, op. cit. p. 96. Para un estudio completo acerca de la existencia y naturaleza del conflicto armado colombiano, véase el Capítulo I de esta investigación.

¹¹¹⁰ CC, Sentencia C-370/06, op. cit., párs. 4.2.4 y 4.2.5.

¹¹¹¹ CSJ, Caso *Caballero Montalvo*, núm. 26945, op. cit., p. 10. Al respecto, la doctrina del Derecho Internacional estima que, en sentido estricto, los procesos de paz deben ser suscritos por las Partes en conflicto, con miras a la superación de las diferencias irreconciliables que dieron origen a las hostilidades. Véase: DESPAGNET, F., *Cours de droit international public*, 2006, París, Elibron classics, 723 págs., pp 607-608.

hace especial énfasis en los derechos de las víctimas a acceder a la verdad de lo sucedido, a que se haga justicia y se les brinde reparación efectiva, procurando además asegurar las garantías de preservación de la memoria histórica de los hechos que les condujeron a esa condición y de no repetición, como de manera prolija lo ilustra la Corte Constitucional a través de la sentencia C-370 de 2006 (...).

De manera que la interpretación de las disposiciones legales de este novedoso sistema de justicia, se deberá efectuar de conformidad con los principios y valores constitucionales y los tratados internacionales ratificados por Colombia que propenden por acabar con el conflicto armado y la violencia en aras de alcanzar el derecho a la paz, sin que ello involucre generar un clima de impunidad, al contrario, lograr el enjuiciamiento y la sanción de los responsables de las graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, así como la reparación a las víctimas de tales afectaciones mediante el esclarecimiento de la verdad”¹¹¹².

Por lo tanto, tres presupuestos parecen derivar de un análisis comparado de la doctrina, los pronunciamientos del sistema de Naciones Unidas y la jurisprudencia colombiana. Primero, en la situación de Colombia los órganos del Estado han admitido un modelo de justicia transicional que convive con el conflicto armado interno. Segundo, el proceso de paz llevado a cabo en 2002 con los grupos paramilitares fue un proceso de tipo 2 (desmovilización) tendiente a conjurar los crímenes atroces que venían siendo cometidos por esta empresa criminal. Tercero, los imperativos: verdad, justicia y reparación, continúan siendo la base fundamental del funcionamiento efectivo del modelo.

Estos presupuestos de estudio conviven con otros elementos de contexto: la ausencia de una desmovilización mayoritaria de las Partes en conflicto, una “bonanza del reclutamiento” que coincide exactamente con el período de desmovilización de la empresa criminal paramilitar, la rearticulación progresiva de las estructuras desmovilizadas (con cambios y continuidades)¹¹¹³ y, como corolario, la prolongación indefinida de la violencia armada con graves pérdidas humanas y violaciones graves del Derecho Internacional de los conflictos armados constitutivos de crímenes de guerra¹¹¹⁴.

Esta difícil mezcla entre conflicto armado y justicia transicional, que ha venido acompañada de una interpretación amplia de la noción de proceso de paz centrado en el desarme, la rebaja de penas y las garantías carcelarias a cambio de colaboración con las

¹¹¹² CSJ, Sala de Casación Penal (14 de abril de 2010): *La Fiscalía c. Andrés Felipe Vásquez Ruiz*, Radicado núm. 33494, Aprobado: Acta núm. 114, Auto, pp. 6 y 8.

¹¹¹³ Para una mejor comprensión del fenómeno paramilitar en Colombia, véanse los estudios del profesor *Medina Gallego*, entre otros: MEDINA GALLEGO, C., “Paramilitarismo, lógicas y procesos”, *Pueblos-RID*, 30 de marzo de 2007, Madrid, Asociación Paz con Dignidad, Edición digital, p. América; MEDINA GALLEGO, C., *Autodefensas, paramilitares y narcotráfico en Colombia: origen, desarrollo y consolidación: el caso "Puerto Boyacá"*, 1990, Editorial Documentos periodísticos, 409 págs.

¹¹¹⁴ Para un estudio detallado de estos hechos, véanse, entre otros muchos estudios e informes: CDH, Informe A/HRC/WG.6/3/COL/2, *op. cit.*, 21 págs.; CDH, Informe A/HRC/13/22/Add.3, *op. cit.*, 29 págs.; CDH, Informe A/HRC/13/72, *op. cit.*, 32 págs.; CDH, Informe A/HRC/14/26/Add.2, *op. cit.*, 33 págs.

instituciones, *stricto sensu*, parece más propia de una aplicación masiva de la figura de *plea bargaining* del *common law*, adaptada a crímenes graves, incluidos los crímenes de guerra¹¹¹⁵. Haciendo alusión a los problemas intrínsecos de esta política, la doctrina colombiana ha planteado mayores o menores reservas, pero en todo caso, serias preocupaciones en cuanto a la efectividad del método escogido en relación con sus objetivos iniciales: Justicia y Paz¹¹¹⁶.

En este contexto, la diplomacia de post-conflicto crea falsas expectativas en la comunidad internacional en materia de Derecho Internacional Penal, porque envía un mensaje errado acerca de las circunstancias en las cuales se cometen los crímenes internacionales, así como acerca de la persecución y la sanción de los mismos.

En el plano interno, las consecuencias de una diplomacia de post-conflicto en materia de crímenes de guerra son de dos tipos.

Por una parte, se constata la invisibilización de las “post-víctimas” y de las “otras víctimas”. Paradójicamente, al mismo tiempo que las víctimas de los crímenes confesados por los postulados de la Ley 975 de 2005 se visibilizan (con más o menos dificultad), las víctimas de crímenes de guerra cometidos con posterioridad a la entrada de vigor de la justicia transicional y hasta el presente (las “post-víctimas”), no existen porque en ausencia de conflicto armado no hay crímenes de guerra. De la misma manera, las víctimas de los crímenes no confesados por los desmovilizados así como las víctimas de los ejércitos estatales, paramilitares e insurgentes aún en conflicto (las “otras víctimas”), tampoco son visibles porque los crímenes cometidos continúan sin ser dilucidados.

Por otra parte, esta diplomacia de post-conflicto convertida en un discurso de los órganos del Estado es un elemento que potencia los crímenes de guerra porque, en ausencia de desmovilización efectiva, legitima su impunidad y propicia la repetición de estos crímenes contra las víctimas que intervienen en los procesos y que se ven expuestas de nuevo a sus victimarios¹¹¹⁷. Adicionalmente, este discurso autoriza algunas

¹¹¹⁵ El *plea bargaining* sólo se aplica a pequeñas causas. Véase: HEUMANN, M., *Plea Bargaining: The Experiences of Prosecutors, Judges, and Defense Attorneys*, 1981, Chicago, University of Chicago Press, 228 págs., p. 110.

¹¹¹⁶ UPRIMNY YEPES, R., (coord.), *¿Justicia transicional sin transición?: verdad, justicia y reparación para Colombia*, op. cit., pp. 24-25; APONTE, A., “Colombia: un caso *sui generis* de justicia de transición”. En: J. Almqvist; C. Espósito (coords.), *Justicia transicional en Iberoamérica*, 2009, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 367 págs., pp. 87-114, p. 103.

¹¹¹⁷ Véase un informe de los líderes de las víctimas (intervinientes en los procesos penales) asesinados entre junio 2009 y mayo 2010 en: GARCÍA, J. F., (coord.), “La contextualización del universo

estrategias estatales como el uso de civiles en la seguridad pública, que han sido ampliamente señaladas por el sistema de las Naciones Unidas como violatorias del principio de distinción y promotoras de los crímenes de guerra¹¹¹⁸.

Los resultados de la diplomacia de post-conflicto contravienen expresamente las orientaciones del Consejo de Seguridad en la materia, que están dirigidas a privilegiar los cambios estructurales en las políticas públicas como premisa necesaria a una paz durable:

“(…) La paz y la estabilidad sólo prevalecerán exclusivamente si la población percibe que los problemas de gran calado político, tales como la discriminación étnica, la distribución desigual de la riqueza y los servicios sociales, el abuso de poder, la denegación del derecho de propiedad o ciudadanía y las controversias territoriales entre los Estados, pueden resolverse de manera legítima y justa. Desde este punto de vista, la prevención es el primer imperativo de la justicia (…)”¹¹¹⁹.

1.4.2. Los compromisos internacionales que dificultan la sanción de los crímenes de guerra

En primer lugar, es importante recordar que la sociedad internacional no conoce ley ni procedimiento legislativo y el principio de legalidad no se aplica en el ámbito internacional del mismo modo que en el derecho interno.

En el ordenamiento jurídico interno la validez de una ley está condicionada al cumplimiento de los requisitos formales y su conformidad con la norma suprema o el bloque de constitucionalidad. En el derecho colombiano, cuando una norma en vigor es inexecutable, salvo excepciones de favorabilidad y derechos adquiridos, ésta no puede producir efectos legales.

Por su parte, el Derecho Internacional carece de jerarquía de normas¹¹²⁰ e independientemente de su origen (convencional, consuetudinario, o de principios generales de derecho) las normas internacionales tienen el mismo valor. De ahí que la

de las víctimas y de sus expectativas en el marco de la Ley de Justicia y Paz”, *op. cit.*, pp. 172-173. El 22 y 23 de marzo de 2011 tres nuevos homicidios fueron cometidos contra líderes campesinos participantes de procesos de restitución de tierras: *Bernardo Ríos, David Góez y Éver Verbel*. Véase: EL ESPECTADOR, “Diez viles asesinatos esta semana evidencian nueva fase violenta en Colombia”. *El Espectador*, 26 de marzo de 2011, Bogotá, Edición digital, p. Judicial. En: <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/articulo-259300-diez-viles-asesinatos-esta-semana-evidencian-nueva-fase-violenta> (consultado: 27-3-2011).

¹¹¹⁸ CDH, doc. E/CN.4/2004/13 (17-2-2004): *Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, 64 págs., p. 20.

¹¹¹⁹ CS, doc. S/2004/616 (23-8-2004), *op. cit.*, p. 5.

¹¹²⁰ A excepción de las normas de *jus cogens* que son justamente un conjunto de valores fundamentales reconocidos por la humanidad y de imperativo cumplimiento

posibilidad de encontrarse frente a obligaciones internacionales contradictorias es real y cierta¹¹²¹, aunque revista un carácter excepcional. De hecho, los Estados, basados en su poder soberano, aceptan libremente compromisos internacionales contradictorios o tratados que incluyen disposiciones contrarias¹¹²². Tal contradicción se compatibiliza, por lo menos en parte, a partir del principio de supremacía de la norma posterior sobre la norma anterior y de la norma especial sobre la norma general, conforme al artículo 30 de la Convención de Viena de 1969.

Una vez hechas estas precisiones, cabe analizar algunas decisiones en materia internacional de Colombia que han tenido repercusión sobre los crímenes de guerra.

En el primer caso, en 2003, un año después de la entrada en vigor del Estatuto de Roma en territorio colombiano, el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de los Estados Unidos de América firmaron un Acuerdo bilateral de inmunidad, basándose en el artículo 98-2 del Estatuto de Roma. En este Acuerdo, Colombia renuncia a perseguir los crímenes internacionales cometidos en el territorio colombiano por “las personas de Estados Unidos de América”¹¹²³, prohibiendo su entrega o traslado a la CPI o a terceros Estados con fines de ponerla a disposición de la CPI¹¹²⁴. Éste es un Acuerdo de efecto directo¹¹²⁵, pues está en su naturaleza crear derechos subjetivos que los particulares, “personas de Estados Unidos” (incluidos los ciudadanos colombianos), pueden hacer valer ante la justicia nacional colombiana, como una barrera de competencia frente a los crímenes internacionales.

¹¹²¹ ALEDO, L. A., *Le droit international public*, 2005, París, Dalloz, 141 págs., p. 93.

¹¹²² Algunos compromisos convencionales impiden expresamente a los Estados concluir tratados posteriores contradictorios, como el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas. En la misma lógica, el Derecho Internacional, como ha sido desarrollado a lo largo de este documento, impone una obligación absoluta de perseguir y sancionar los crímenes de guerra, directamente a través de los órganos del Estado o de modo indirecto a través de la competencia complementaria de la CPI.

¹¹²³ “1. Para los fines del presente Acuerdo la expresión ‘persona de los Estados Unidos de América’ significa cualquier funcionario, empleado (incluido cualquier contratista), o miembro del servicio militar, actual o antiguo, del Gobierno de los Estados Unidos que goce de inmunidad frente a la jurisdicción penal en virtud del Derecho Internacional o que esté sujeta, de cualquier manera, a la jurisdicción del Estado que Envía (los Estados Unidos de América)”. Véase: Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de los Estados Unidos de América respecto a la entrega de personas de los Estados Unidos de América a la Corte Penal Internacional (17-9-2003).

¹¹²⁴ Este Acuerdo fue tramitado como una extensión del Convenio General para Ayuda Económica, Técnica y Afín entre el Gobierno de Colombia y el Gobierno de los Estados Unidos de América de 1962, procedimiento que, en los términos de la ley colombiana, autoriza al poder ejecutivo para sustraerse de la aprobación del legislativo y de la revisión constitucional.

¹¹²⁵ HUET, A.; KOERING-JOULIN, R., *Droit pénal international*, 2^a édition, 2001, París, Presses Universitaires de France PUF, 456 págs., p. 9.

En el segundo escenario, el Estado colombiano decidió acogerse al artículo 124 del Estatuto de Roma en cuanto a reservas y renunciaciones de los Estados Partes para la inaplicación del Tratado por las Altas Partes contratantes, “respecto de crímenes de guerra por un lapso de siete años, que sean cometidos por nacionales o en territorio nacional”, es decir, hasta el 1 de noviembre de 2009.

El tercer caso hace alusión a la decisión del ejecutivo nacional de ordenar la extradición de los máximos líderes paramilitares colombianos hacia los Estados Unidos de América, donde son requeridos por narcotráfico¹¹²⁶. Dieciocho de estos ciudadanos colombianos se hallaban en fase de versión libre dentro del proceso de la Ley 975 de 2005, en calidad de sindicados como autores principales de toda clase de crímenes de guerra y otros crímenes atroces y sus testimonios eran fundamentales para la desarticulación de la empresa criminal. El sistema interamericano de derechos humanos expresó, en su momento, su preocupación al respecto:

“La Comisión observó que la extradición afecta la obligación del Estado colombiano de garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación de los crímenes cometidos por los grupos paramilitares; impide la investigación y el juzgamiento de graves crímenes por las vías establecidas por la Ley de Justicia y Paz en Colombia y por los procedimientos criminales ordinarios de la justicia colombiana; y cierra las posibilidades de participación directa de las víctimas en la búsqueda de la verdad sobre los crímenes cometidos durante el conflicto y limita el acceso a la reparación del daño causado. Finalmente, la Comisión resaltó que este acto interfiere con los esfuerzos por determinar los vínculos entre agentes del Estado y estos líderes paramilitares en la comisión de violaciones a los derechos humanos”¹¹²⁷.

La jurisprudencia reciente de la CSJ ha rechazado conceder nuevas extradiciones de este tipo¹¹²⁸. Sin embargo, la decisión presidencial ha afectado el proceso de rendición de cuentas, pues 12 de los antiguos líderes paramilitares cesaron su colaboración real y articulada en el marco de la Ley 975 de 2005 y, además, la

¹¹²⁶ Según el Centro Internacional de Toledo para la Paz (CITpax), hasta septiembre de 2010 al menos 30 líderes paramilitares han sido extraditados a los Estados Unidos de América. Véanse: BERNABÉU, A., “Demandas civiles en Estados Unidos contra los líderes paramilitares extraditados”. En: CITpax, *Observatorio Internacional DDR- Ley de Justicia y Paz. Tercer informe*, 2010, Madrid, Publicaciones del CITpax, 200 págs., 133-142, p. 134. Entre otras demandas idénticas, véase por ejemplo: CDC-EUA, Distrito de Columbia (2 de febrero de 2005): *Los Estados Unidos de América c. Rodrigo Tovar Pupo*, Expediente núm. 04-114 (RBW), Demanda de extradición.

¹¹²⁷ CIDH-OEA, doc. OEA/Ser.L/V/II.134, Doc. 5 rev. 1 (25-2-2009): *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2008, Capítulo IV: Colombia*, párs. 9-144, pár. 34.; En el mismo sentido: CIDH-OEA, Comunicado de prensa 21/08 (14-5-2008): *CIDH expresa preocupación por extradición de paramilitares colombianos*, 1 pág.; CDH, Informe A/HRC/14/26/Add.2, *op. cit.* pár. 39.

¹¹²⁸ En 2009, la CSJ sentó precedente de denegación de extradición considerando que: (1) se entorpece el proceso de la Ley 975 de 2005 y la administración de la justicia colombiana, (2) se lesionan los derechos de las víctimas y, (3) la gravedad de los crímenes cometidos en Colombia es mayor que aquéllos por los cuales se pide en extradición, por lo tanto contraviene el bloque de constitucionalidad. Véase: CSJ, Sala de Casación Penal (19 de agosto de 2009): *La Fiscalía c. Luis Édgar Medina Flórez*, Radicado núm. 30451, Aprobado: Acta núm. 260, Concepto desfavorable de extradición, p. 23.

extradición ha significado el embargo de los cuantiosos bienes de los máximos jefes paramilitares por parte de la autoridad federal estadounidense sin que ningún beneficio haya sido previsto para las víctimas colombianas hasta el momento¹¹²⁹.

Estas decisiones que comprometen la voluntad del Estado, en teoría provienen de un sujeto monolítico y son la expresión de una voluntad única e indivisible representada por los poderes públicos. En la práctica, al interior del territorio nacional se registra un débil equilibrio de fuerzas y de poderes públicos que no logran expresarse y cuya debilidad es fuente significativa del comportamiento exterior errático del Estado y de los límites adicionales a la obligación de perseguir los crímenes de guerra.

1.4.3. La deriva presidencialista y el desequilibrio entre los poderes públicos

Es bien sabido que la especialización de los órganos del Estado marca el fin del despotismo y el paso a un sistema de gobierno garante de los derechos y las libertades ciudadanas. La teoría de la separación de poderes del Estado democrático de derecho reposa sobre una repartición de funciones entre órganos diferentes y el poder ha sido distribuido desde *Montesquieu*, en legislativo, ejecutivo y judicial, como atribuciones a la vez especializadas e independientes¹¹³⁰.

En este sentido, aunque el constituyente colombiano optó por la separación rígida de poderes (art. 121 de la Constitución Política), buscando evitar que ninguno de ellos por separado pretendiera ser la voz del soberano, el régimen presidencial se ha desviado hacia un régimen de confusión de poder a favor del ejecutivo, más ajustado al calificativo de “presidencialista” con el que en Europa se conoce a los regímenes latinoamericanos¹¹³¹. En un país convulsionado y frente a una sociedad dividida por el

¹¹²⁹ En el proceso del Estado de la Florida contra *Carlos Jiménez Naranjo* (alias *Macaco*) el embargo de bienes asciende a 117 millones de dólares, es decir, 3 veces el presupuesto colombiano asignado al rubro de ‘Consolidación de la paz 2001-2014’ que corresponde al 16% del presupuesto nacional. Otras grandes fortunas de estos líderes paramilitares incursos en narcotráfico han sido igualmente incautadas sin que exista constancia de beneficio alguno para el Fondo Nacional de Reparación de las Víctimas en Colombia. Véase: BERNABÉU, A., “Demandas civiles en Estados Unidos contra los líderes paramilitares extraditados”, *op. cit.*, p. 134.

¹¹³⁰ ARDANT, P., *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 18^{ème} édition, 2006, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence LGDJ, 612 págs., p. 39.

¹¹³¹ Para autores como *Ardant*, *Cohendet* y *Chagnollaud*, entre otros, en América Latina no puede hablarse de sistemas presidenciales debido a la confusión de poderes en provecho del Presidente. Estos autores hablan de “sistemas presidencialistas” que se transforman de manera más o menos progresiva y donde la personalización del poder y el control del ejecutivo sobre la continuidad del aparato burocrático, garantizan el crecimiento de sus competencias y su influencia decisiva en la conducta de las políticas públicas. Véanse: CHAGNOLLAUD, D., *Droit Constitutionnel Contemporain*, *op. cit.*, p. 133;

conflicto armado, la desviación hacia un sistema presidencialista constata la fragilidad de este equilibrio, cuya ruptura trae serias consecuencias en materia de persecución y sanción de los crímenes de guerra.

Con un ejecutivo monocéfalo, el Presidente de la República de Colombia es el jefe de Estado, el jefe de gobierno, la suprema autoridad administrativa (art. 115 Constitución Política) y cuenta con amplia iniciativa de ley (art. 200 Constitución Política). Por su parte, el legislativo bicameral colombiano está integrado por 268 parlamentarios, elegidos por voto directo y secreto por períodos de 4 años. La relación entre estos dos poderes cuyo equilibrio está garantizado por vía constitucional, está lejos de ser una relación entre iguales. El legislativo no logra consolidar su independencia, merced a la ausencia de una oposición con disciplina de partido. El ejercicio individual de la política que debilita los grupos parlamentarios, la empresa criminal que orienta las decisiones del parlamento y la corrupción abierta, son algunos de los factores agravantes¹¹³². Por lo tanto, un Presidente que en principio estaría obligado a cohabitar con una oposición mayoritaria en el parlamento¹¹³³, tiene *de facto* una mayoría absoluta que le permite cómodamente legislar a través de Decretos-ley (arts. 213-215 Constitución Política) o a través del Congreso por mensajes de urgencia (art. 154 Constitución Política) y ejecutar la política al mismo tiempo¹¹³⁴.

Descartado el equilibrio necesario entre el ejecutivo y el legislativo, el análisis debe centrarse en el poder judicial. En 2004, la reforma del artículo 197 de la Constitución Política¹¹³⁵, que introdujo la reelección presidencial por primera vez en la historia del Estado, generó un efecto dominó sobre el engranaje jurídico que profundiza la confusión de poder. Las ternas de elección de los magistrados de las Altas Cortes y

ARDANT, P., *Institutions politiques et droit constitutionnel*, op. cit., p. 288; COHENDENT, M-A., *Droit constitutionnel*, 4^{ème} édition, 2008, París, Montchrestien, 535 págs., p. 386.

¹¹³² Entre 2002 y 2010, el Parlamento colombiano fue escenario de detenciones y procesos penales contra legisladores involucrados en graves crímenes, entre ellos crímenes de guerra. Las elecciones de 2010 dan cuenta de un Parlamento que mantiene, en algunos casos desde la prisión, las clientelas tradicionales. Véase: SEMANA, “El congreso post-Uribe”, *Revista Semana* núm. 1475, 20 de marzo de 2010, Bogotá, Publicaciones Semana, pp. Nación. En: <http://www.semana.com/noticias-nacion/congreso-posuribe/136612.aspx> (consultado: 6-2-2011).

¹¹³³ *Stricto sensu* sólo 28 de los 102 senadores (2010-2014) pertenecen al partido del Gobierno (Partido de la U).

¹¹³⁴ KUGLER, M.; ROSENTHAL, H., “Checks and Balances: An assessment of the Institutional Separation of Political Powers in Colombia”. En A. Alesina, (ed.), *Institutional reforms: the case of Colombia*, 2005, Cambridge, MIT Press, 373 págs., pp. 75-102, p. 82.

¹¹³⁵ Acto Legislativo 2 de 2004, de 27 de diciembre, “*Por el cual se reforman algunos artículos de la Constitución Política de Colombia y se dictan otras disposiciones*”, Congreso de la República de Colombia, Diario oficial 45.775, artículo 2.

sus períodos, la elección del Fiscal General de la Nación y los organismos de control, como el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo, el Consejo Nacional Electoral, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura o la Junta del Banco de la República, dependían del cambio de mandato presidencial, de modo tal que el Presidente que participaba de su elección no gobernaba durante el mandato de los funcionarios elegidos¹¹³⁶. La reforma que permite al Presidente mantenerse en el poder por dos períodos consecutivos incide directamente sobre el poder judicial, sobre su autonomía y capacidad reguladora, situación que profundiza el desequilibrio de poderes¹¹³⁷.

En este sentido, cabe recordar que todo régimen de confusión de poder bien a favor del ejecutivo o del legislativo, es propenso al autoritarismo y al crimen. De hecho, el poder concentrado del ejecutivo crea un número creciente de personas bajo su protección que escapan ampliamente a los controles del Parlamento, del poder judicial y de la justicia internacional, burlando el deber estatal de perseguir los crímenes más graves¹¹³⁸.

En la situación de Colombia, a la deriva del sistema se suma la presencia de miembros de los grupos paramilitares en el poder público. A todos los niveles de gobierno y en todos los poderes públicos la empresa criminal tiene presencia y contribuye al desequilibrio a través del soborno y el terror. En el ejecutivo, donde altos funcionarios vienen siendo investigados¹¹³⁹; el legislativo, con los 133 ex

¹¹³⁶ CDH, Informe A/HRC/14/26/Add.2, *op. cit.*, p. 27.

¹¹³⁷ CHAGNOLLAUD, D., *Droit Constitutionnel Contemporain*, *op. cit.*, p. 149 ; CDH, Informe A/HRC/14/26/Add.2, *op. cit.* p. 17.

¹¹³⁸ ARDANT, P., *Institutions politiques et droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 289 ; CONSTANTINESCO, V.; PIERRE-CAPS, S., *Droit constitutionnel*, 2004, París, Presses Universitaires de France PUF, 586 págs., p. 141.

¹¹³⁹ Entre noviembre de 2006 y noviembre 2009, fueron abiertos procesos penales por conformación de grupos paramilitares contra 12 gobernadores de Departamento (de un total de 32), 166 alcaldes, 13 diputados y 58 concejales. Véase: CDH, Informe A/HRC/13/72, *op. cit.*, p. 32. El ex director del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) y otros altos funcionarios de la Inteligencia del Estado se encuentran igualmente bajo investigación. Véase: PGN, doc. Boletín PGN núm. 470 (16-11-2007): *Destituido e inhabilitado por 18 años, ex director del DAS Jorge Noguera Cotes*, Edición digital, p. Noticias 2007. En: http://www.procuraduria.gov.co/html/noticias_2007/noticias_470.html (consultado: 6-2-2011).

parlamentarios incurso en investigación penal¹¹⁴⁰; y el judicial donde se encuentran también algunos casos¹¹⁴¹.

Ante la ruptura en el sistema de pesos y contra pesos, la persecución de los crímenes de guerra queda limitada a una cuestión de oportunidad política del Gobierno de turno y la capacidad del poder judicial para administrar justicia en casos de crímenes de guerra y otros crímenes graves se ve reducida merced a las amenazas, la violencia¹¹⁴², la infiltración de la empresa criminal y las presiones directas del poder ejecutivo¹¹⁴³. Las acusaciones públicas del Presidente de la República contra las Altas Cortes¹¹⁴⁴ y las investigaciones ilegales del poder ejecutivo a miembros de la oposición parlamentaria y a la totalidad de la Alta magistratura, promovieron la impunidad a través de la intimidación entre 2002 y 2010¹¹⁴⁵:

“No se trata ya sólo de interceptaciones telefónicas ilegales, sino de infiltrar escoltas, detectives, policías y servidoras domésticas, sobornados con dineros públicos, para cercar a los Magistrados, lo mismo que grabar las sesiones plenarias de la Corte (...). Se trataba no sólo de violar la reserva del sumario permanentemente, fotocopiando los casos de la parapolítica y similares (...), sino igualmente derivar cualquier resquicio de información que permitiera quitarle majestad a la Corte, romperle las vértebras a su legitimidad y mostrarla como una pandilla de delincuentes (...).

¹¹⁴⁰ La información oficial suministrada a las Naciones Unidas se refiere a 93 parlamentarios, sin embargo, a febrero de 2011 la cifra es de 133 Parlamentarios procesados, con 71 indagatorias, 50 detenidos, 42 renuncias a fuero parlamentario, 18 juicios, 13 aceptaciones de cargos y 8 condenas. CDH, Informe A/HRC/13/72, *op. cit.*, p. 32.

¹¹⁴¹ Fiscales regionales y miembros del Cuerpo Técnico de Investigaciones (CTI) han sido denunciados como pertenecientes a los grupos paramilitares perpetradores de los crímenes. Véase: PGN, Procurador Regional de Antioquia (11 de junio de 2002): *Cárdenas c. Leal*, Denuncia del Capitan (R) Gilberto Cárdenas González contra el Fiscal Dario Eduardo Leal Rivera.

¹¹⁴² El 22 de marzo de 2011 fue asesinada la juez penal municipal de Saravena (departamento de Arauca), Dra. *Gloria Constanza Gaona*, quien adelantaba, entre otras, la investigación de un caso de violación sexual y asesinato de tres menores por parte de un oficial y un grupo de soldados del Ejército Nacional de Colombia. Este nuevo ataque contra el poder judicial se suma a los seis jueces asesinados y 750 jueces amenazados desde 2007 según estimaciones del Consejo Superior de la Judicatura. Véase: EL ESPECTADOR, “Diez viles asesinatos esta semana evidencian nueva fase violenta en Colombia”, *op. cit.*, p. Judicial.

¹¹⁴³ Según declaraciones públicas del presidente *Álvaro Uribe*: “la trampa del poder del terrorismo agónico, para la cual se han prestado magistrados de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, no parece tener solución judicial”. En: CASTILLO, G., “Alvaro Uribe desafía el poder judicial de Colombia”, *Público*, 27 de junio de 2008, Madrid, Periódico Público Edición impresa, p. Internacional.

¹¹⁴⁴ “4. Esta actitud desconoce que los Jueces de la República están sometidos únicamente al ordenamiento jurídico y quebranta la independencia de la función judicial, con lo que no sólo propicia una infundada desconfianza sobre esta Corporación, sino que busca deslegitimar, sin apoyo alguno, la actividad que la misma desarrolla con plena imparcialidad y objetividad, a la vez que la expone a serios peligros y amenazas”. En: CSJ, Declaración (3-8-2007): *Declaración del Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia, Dr. Carlos Julio Valencia Copete*, 3 págs. En: www.ramajudicial.gov.co (consultado: 18-8-2007).

¹¹⁴⁵ CDH, Informe A/HRC/14/26/Add.2, *op. cit.* p. 3, 13; FGN, Fiscalía 11 Delegada ante la CSJ (28 de mayo de 2009): *La Fiscalía c. Jaime Fernando Ovalle Olaz y otros*, MT. 014 Rad. 12495-11, Instrucción por los delitos de concierto para delinquir y otros.

Muy pocas veces, en el mundo, se ha dado el caso de que los más altos Magistrados del país fueran espiados desde el Ejecutivo por adelantar cabalmente sus funciones y sacar adelante la Justicia¹¹⁴⁶.

El acoso judicial a través de la apertura de procesos penales y disciplinarios contra la magistratura¹¹⁴⁷, las amenazas contra la vida y la integridad de los magistrados, fiscales, jueces y sus familias, buscan y en ocasiones obtienen la impunidad a través del miedo¹¹⁴⁸, incrementando las dificultades del ejercicio de los operadores de la justicia en materia de crímenes de guerra y otros crímenes de gran entidad.

1.5. LÍMITES A LA ACCIÓN PENAL DERIVADOS DE LOS MEDIOS DISPONIBLES

1.5.1. Los medios disponibles para la administración de justicia en materia de crímenes de guerra y otros crímenes graves

El impacto de la jurisdicción nacional en materia de crímenes de guerra depende del presupuesto disponible, de las reformas (actuales y en curso) a la administración de justicia, de la cantidad y formación de los operadores jurídicos, de la idoneidad de los instrumentos jurídicos puestos a su disposición para asegurar los derechos y garantías de los intervinientes del proceso, así como de factores sociales, económicos y políticos que inciden directamente sobre la capacidad para administrar justicia.

Puede afirmarse que el Estado colombiano cuenta con medios jurídicos pertinentes en materia de crímenes de guerra, pues la legislación penal ordinaria es adecuada y conforme a los estándares internacionales. De la misma manera, puede

¹¹⁴⁶ EL NUEVO SIGLO, “Una Corte ejemplar”, *El Nuevo Siglo*, 7 de septiembre de 2010, Bogotá, Edición digital, p. Editorial. En: <http://190.24.134.121/webcsj/Anteriores/> (consultado: 6-2-2011).

¹¹⁴⁷ Contra el Magistrado auxiliar de la CSJ *Iván Velásquez Gómez*, la Fiscalía abrió en 2008 investigación por presuntas irregularidades en el proceso contra el senador *Mario Uribe Escobar*. El magistrado ha denunciado intimidaciones por parte de funcionarios del ejecutivo. EL ESPECTADOR, “Archivan proceso contra magistrado Iván Velásquez”, *El Espectador*, 31 de julio de 2008, Bogotá, Edición digital, p. Judicial. En: <http://www.elespectador.com/articulo-cierran-investigacion-contra-ivan-velasquez-gomez> (consultado: 6-2-2011).

¹¹⁴⁸ La Magistrada de la CSJ, *Rosario González de Lemos*, ponente en el proceso contra el senador *Mario Uribe Escobar*, fue víctima en 2007 de una amenaza de bomba en la institución educativa de su hija menor, de sabotaje al sistema interno del vehículo de asignación oficial y de la asignación por parte del ejecutivo de un ex escolta del acusado como guarda personal de la funcionaria antes del juicio. Véase: NIZKOR, “Declaración ante las graves amenazas contra la Corte Suprema colombiana”, *Equipo Nizkor*, 8 de mayo de 2010, Madrid, p. Información- Derechos. En: <http://www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/statement.html> (consultado: 6-2-2011).

afirmarse que el Estado colombiano cuenta con instituciones adecuadas para la prevención de crímenes de guerra, en particular el sistema de alertas tempranas de la Defensoría del Pueblo, los dispositivos de protección del Ministerio del Interior para personas y comunidades amenazadas por los actores armados y beneficiarias de medidas cautelares del sistema interamericano, así como la Unidad especializada de la Fiscalía General de la Nación para iniciar las acciones penales respectivas. Existen, sobre el terreno, instituciones nacionales e internacionales estatales y no gubernamentales que garantizan una vigilancia periódica sobre la perpetración de crímenes de guerra y otros crímenes graves y, en este sentido, se presentan informes anuales oficiales y alternativos a los órganos competentes en materia de derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario del sistema de las Naciones Unidas. En las principales ciudades del país el Gobierno organiza conferencias, seminarios y publicaciones estatales y en las zonas apartadas del país, las organizaciones no gubernamentales nacionales e internacionales hacen lo propio.

La Constitución Política de 1991 creó el Ministerio Público (art. 118) con estructuras para la protección y promoción de los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario, entre ellas la Procuraduría General de la Nación (art. 282) y la Defensoría del Pueblo (art. 281).

En el plano de la competencia, el Código de Procedimiento Penal ha designado a “los jueces penales de circuito especializado” para conocer de los crímenes de guerra, genocidio y lesa humanidad, actos de terrorismo, entre otros (art. 35) y ha prohibido a la Fiscalía General de la Nación suspender, interrumpir o renunciar a la persecución de crímenes de guerra independientemente de la política criminal del Estado (arts. 321, 322 y 324 -3).

En el marco de sus atribuciones, el Fiscal General de la Nación creó, mediante la Resolución 0-2725 de 1994, la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Fiscalía General de la Nación (UNDH-DIH), responsable de la acción penal del Estado en materia de crímenes de guerra, entre otros crímenes graves. La conformación inicial de esta Unidad fue de 11 equipos, de 11 personas cada uno, con sede en Medellín (3), Barranquilla (2), Cali (2), Cúcuta (1)

Bucaramanga (1), Neiva (1) y Villavicencio (1)¹¹⁴⁹. No obstante, la evolución del contexto del conflicto armado presionó algunas reformas, entre ellas, la creación, en 2007, de una sub-unidad de apoyo para la investigación de ejecuciones extrajudiciales presuntamente cometidas por agentes del Estado, compuesta de 9 equipos y un total de 49 personas¹¹⁵⁰ y la ampliación de la UNDH-DIH en 2008, con 72 nuevos Fiscales, 91 cargos de servicios jurídicos y 30 cargos administrativos, en buena parte concentrados en Bogotá (19 Fiscales, 43 servicios jurídicos y 20 administrativos)¹¹⁵¹.

La UNDH-DIH tiene alrededor de 92 Fiscales en el territorio nacional¹¹⁵², cuya dedicación incluye los crímenes de guerra pero no de forma exclusiva, pues los crímenes de lesa humanidad y de genocidio político (art. 101 del Código Penal) ocupan la plaza principal en las investigaciones, aunado al hecho de que desde 2002 se ha venido aplicando una política interna de post-conflicto, que supone la negación del elemento contextual de los crímenes de guerra y que tiene consecuencias importantes en la administración de justicia.

No obstante, la obligación del Estado trasciende el despliegue de medios porque, tratándose de bienes jurídicos del más alto valor: vida, integridad, libertad y dignidad, la obligación estatal es una obligación de resultados. El Estado tiene la obligación *in fine* de perseguir y sancionar los crímenes de guerra y de impedir su repetición. No basta con poner a disposición las herramientas jurídicas, es necesario hacer uso de ellas. No basta con desplegar una miríada de instituciones dispersas y de estudios en concordancia con las políticas del Gobierno, es preciso ejecutar y valorar los resultados de la puesta en marcha de la obligación de perseguir los crímenes de guerra, con respecto a las partes concernidas, al desarrollo del conflicto en sí mismo y a su nivel de degradación, identificando los crímenes más recurrentes para poner límite a la decadencia.

¹¹⁴⁹ Resolución 0-1561 de 2001, de 22 de octubre, “*Por la cual se conforman las unidades de Apoyo a la Unidad Nacional de Fiscalías de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario*”, Fiscalía General de la Nación, Diario oficial 44.594, artículos 1 y 2.

¹¹⁵⁰ Resolución 0-3854 de 2007, de 19 de octubre, “*Por la cual se conforma una Subunidad de Apoyo a la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional, para el impulso de las investigaciones que se adelantan por homicidios presuntamente cometidos por Agentes del Estado*”, Fiscalía General de la Nación, Diario oficial 46.791, art. 1; Resolución 0-0325 de 2008, de 28 de enero, “*Por medio de la cual se modifica la Resolución 0-3854 del 19 de octubre de 2007*”, Fiscalía General de la Nación, Diario oficial 46.7923.

¹¹⁵¹ Resolución 0-0685 de 2008, de 22 de febrero, “*Por la cual se modifica y se distribuye la planta de cargos de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario*”, Fiscalía General de la Nación, Diario oficial 46.910.

¹¹⁵² El Fiscal General de la Nación mantiene un poder discrecional sobre la modificación de las asignaciones y la planta de personal del que ha hecho uso frecuente.

1.5.2. Los problemas relativos a los medios disponibles

El operador judicial no escapa a las presiones propias de un contexto de conflicto armado interno y la independencia del poder judicial ganada en 1957¹¹⁵³ no ha escapado a la presión de los poderes públicos y de los grupos armados en conflicto¹¹⁵⁴. En el marco institucional, las presiones contra la independencia del poder judicial siguen presentes. De hecho, la elección del Fiscal General de la Nación y de los magistrados de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, depende del Presidente de la República (art. 249 de la Constitución Política) y los Fiscales, incluidos los pertenecientes a la UNDH-DIH, dependen del Fiscal General. En consecuencia, la iniciativa en materia penal y disciplinaria (interna de la rama judicial), se halla fuertemente influenciada por el poder ejecutivo¹¹⁵⁵ y, en ocasiones, los operadores judiciales son sometidos a procesos disciplinarios, traslados y cambios de expediente intempestivos sin razón aparente:

“Durante su visita, la Relatora Especial se entrevistó con algunos fiscales que habían sufrido atentados, amenazas e intimidaciones. Varios fiscales han sido asesinados. Se suele utilizar, como un medio de protección, el traslado hacia otros lugares del mismo Departamento. Pero estos traslados pueden también ser ordenados como un medio de sanción o de apartar a los fiscales de los casos que se encuentran investigando. El nivel de traslados en la Fiscalía es alto y en ocasiones los traslados son utilizados como represalia. Los traslados se ejecutan con suma rapidez, otorgándose plazos muy cortos para la mudanza y quedando prácticamente en abandono las causas que se encontraban investigando”¹¹⁵⁶.

Esta vulnerabilidad de los operadores de justicia se ve agravada por su situación de precariedad laboral:

“Pese a estar previsto en la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia (artículo 159), no existe en la práctica en la Fiscalía General de la Nación un régimen de carrera. Buena parte de sus funcionarios son temporales y han sido reclutados

¹¹⁵³ En 1957, un Plebiscito Nacional estableció el sistema de cooptación del poder judicial que le liberó de la influencia del ejecutivo y el legislativo. En adelante y hasta la reforma de 1991, que introdujo la carrera administrativa, los magistrados de las Altas Cortes (Corte Suprema y Consejo de Estado) designaron a los magistrados de los tribunales regionales y éstos a los jueces (art. 156-158 Constitución de 1886).

¹¹⁵⁴ El poder judicial colombiano ha debido enfrentarse continuamente a disposiciones del poder ejecutivo extendido a través del legislativo que intenta ejercer funciones judiciales, como en el caso del enjuiciamiento de civiles en tribunales militares (CSJ, 1987), las jurisdicciones de orden público de carácter excepcional y con restricción de derechos y garantías (CC, 2001), la ley de atribuciones en defensa nacional incluidas cuestiones judiciales (CC, 2002) y recientemente, las leyes de atenuación punitiva para crímenes internacionales (CC, 2006), entre otras. La infiltración, las amenazas y los homicidios contra funcionarios del poder judicial han sido una constante del conflicto armado colombiano. Véanse: UPRIMNY YEPES, R., “Entre el protagonismo, la precariedad y las amenazas: las paradojas de la judicatura”. En: F. Leal Buitrago (dir.), *En la encrucijada: Colombia en el siglo XXI*, 2006, Bogotá, Editorial Norma, 574 págs., pp. 81-111, p. 89.

¹¹⁵⁵ CDH, Informe A/HRC/14/26/Add.2, *op. cit.*, párs. 13, 25 y 27.

¹¹⁵⁶ *Ibid.*, pár. 28.

gracias a vínculos regionales, personales o políticos. Muchos están una situación precaria de provisionalidad (...)”¹¹⁵⁷

La sobrecarga de procesos penales, la inadecuada gestión del poder judicial¹¹⁵⁸, la ausencia de medios materiales y humanos suficientes, la ausencia de una política criminal que permita definir el rango de prioridades en función de las necesidades de la sociedad y algunos casos de corrupción, son factores que aumentan los niveles de ineficiencia y los márgenes de impunidad general y específica en materia de crímenes de guerra.

Por otra parte, el contexto de conflicto armado, en medio del cual deben actuar los operadores de justicia, ha llevado a instalar Fiscalías al interior de recintos o unidades militares, lo cual eleva los riesgos de acceso para abogados, víctimas y testigos¹¹⁵⁹, cuyas declaraciones en ocasiones comprometen a la fuerza pública.

En el mismo sentido, las diligencias judiciales y el recaudo de la prueba deben llevarse a cabo en medio del conflicto armado, de modo tal que los ataques contra los operadores judiciales se ven agudizados, sin que existan los medios suficientes para su efectiva protección. En cuanto a los homicidios intencionales, el alto volumen de fosas comunes existentes en zonas de combate impide el recaudo de la prueba¹¹⁶⁰. Estos y otros elementos contribuyen a consolidar la impunidad:

“(...) la complejidad de la reconstrucción de los hechos por virtud de la degradación del conflicto y la barbarie de los métodos utilizados en la ejecución de las conductas (descuartizamiento, fosas comunes), sumado a las dificultades de huella histórica de muchos hechos, por deficiencias en el registro civil (nacimientos, defunciones), en los registros notariales y mercantiles, por los permanentes movimientos de las comunidades desplazadas, entre otras y tantas dificultades, obliga a exámenes de contexto y a la flexibilización de los umbrales probatorios (...)”¹¹⁶¹.

A las presiones contra la independencia del poder judicial y el contexto hostil del recaudo probatorio, se suma la visión de los donantes en materia de cooperación internacional para la administración de justicia, quienes imponen una idea de consolidación del poder judicial basada en la eficiencia de la administración, el rendimiento de los jueces, el fortalecimiento del sistema penal de delitos contra el patrimonio y la reducción del “activismo constitucional” como garantía de seguridad

¹¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 26.

¹¹⁵⁸ El Ministerio de Justicia fue fusionado al Ministerio del Interior durante el mandato presidencial 2002-2010.

¹¹⁵⁹ CDH, Informe A/HRC/14/26/Add.2, *op. cit.*, p. 30.

¹¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 31.

¹¹⁶¹ CSJ, Caso *Bloque Calima AUC*, núm. 32022, *op. cit.*, p. 161.

jurídica¹¹⁶². En este sentido, los principales financiadores¹¹⁶³, tienen una visión instrumental de la reforma que busca proporcionar seguridad jurídica a la inversión extranjera a partir de un funcionamiento eficiente de la justicia priorizando temas económicos¹¹⁶⁴. Esta visión tiende a forzar la relación 1-1 (1 imputado: 1 sumario) como elemento indicador de la independencia y la eficiencia del ejercicio judicial, sin tener en cuenta que en materias prioritarias para la sociedad, como los crímenes asociados al conflicto armado interno, se trabaja en su mayoría sobre sumarios sin imputado conocido.

La concentración de la oferta de la justicia en los grandes centros productivos, también ha sido ampliamente influenciada por los financiadores, por oposición a las regiones apartadas y las periferias de las ciudades donde se concentran los crímenes de guerra¹¹⁶⁵. La reforma de la UNDH-DIH reforzó la tendencia de concentración de los operadores de justicia en Bogotá, con sus evidentes consecuencias en términos de recaudo de la prueba y participación de víctimas y testigos, en un país que tiene dos veces la superficie terrestre de Francia y no cuenta con sistema ferroviario.

En cuanto a la destinación presupuestaria, en 2011 el presupuesto del poder judicial y los órganos de control fue el 3,4% del Presupuesto General de la Nación (4,4% con la adición presupuestal), en el marco de inmensos retos de reforma del poder judicial, implementación del sistema acusatorio (adversarial), pervivencia de la justicia paralela de la Ley 975 de 2005 y sobrecarga de los operadores de justicia frente a los crímenes más graves¹¹⁶⁶. En este sentido, el Presupuesto del Ministerio del Interior y de Justicia se redujo en un 11% con respecto a 2010, afectando al Instituto Nacional de Medicina Legal (-4,1%), al Programa de protección de personas (-12%), y a la Ley 975 de 2005 (-100%), entre otros rubros directamente relacionados con la investigación

¹¹⁶² DE SOUSA SANTOS, B., “Derecho y democracia: la reforma global de la justicia”. En: B., de Sousa Santos; M. García Villegas, *Caleidoscopio de las Justicias en Colombia*, tomo I, 2001, Bogotá, El Siglo del Hombre Editores, 682 págs., pp. 151-210, pp. 182 y 192.

¹¹⁶³ Las principales agencias involucradas en las reformas de justicia en Colombia son: *United Status Agency for International Development* (USAID), el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), el Banco Mundial (BM) y la Unión Europea (UE). También se cuentan algunos financiadores nacionales importantes, entre ellos Alemania.

¹¹⁶⁴ MARTÍNEZ, I., “El acceso a la justicia en América Latina durante la década de los noventa”. En: F. Burhenne-Guilmin (coord.), *Environmental law in developing countries: selected issues*, 2001, Bonn, IUCN- Environmental Policy and Law Paper núm. 43, Publications Services Unit, 154 págs. pp. 39-77, p. 46.

¹¹⁶⁵ ECHANDÍA, C.; SALAS, L. G., *Dinámica espacial de las muertes violentas en Colombia*, *op. cit.*, p. 149.

¹¹⁶⁶ CR, *Informe sobre el Proyecto de Presupuesto 2011. Comisión primera constitucional*, 2010, Bogotá, Senado de la República de Colombia, 15 págs., pp. 8-9 y 13.

criminal, el recaudo probatorio y con personas en alto riesgo de ser víctimas de crímenes de guerra y de lesa humanidad¹¹⁶⁷.

En este marco, para dar respuesta a los requerimientos de eficiencia con los recursos disponibles, el sistema penal se concentra en los procesos rápidos, fáciles y seguros de evacuar (aquellos con detenido conocido, por ejemplo) y, progresivamente abandona aquellos que requieren mayor esfuerzo de investigación, que causan daño a los bienes jurídicos de mayor entidad y los que por tanto, deberían recibir atención prioritaria del sistema penal¹¹⁶⁸, como puede apreciarse en el caso de los crímenes de guerra, que no superan el 1,1% de las investigaciones penales de la Fiscalía en 2009¹¹⁶⁹. De hecho, el poder judicial históricamente ha dedicado pocos esfuerzos a perseguir y sancionar los crímenes más graves, en particular, cuando las empresas criminales ocultan los autores y ejercen control sobre el acervo probatorio¹¹⁷⁰.

La dificultad de obtener un imputado conocido, el peligro que conlleva efectuar la imputación, las deficiencias de la cadena de custodia en materia probatoria y el hecho de que la criminalidad real (registrada) apenas corresponde al 30% de la criminalidad oculta, son factores que según el profesor *Rubio* configuran “una asociación negativa entre la violencia y la disposición de los hogares a poner en conocimiento de la justicia la ocurrencia de hechos delictivos”¹¹⁷¹. Esta asociación negativa también incide en la actitud del operador de justicia frente a los crímenes y en la tendencia a dejar de lado aquellos de mayor dificultad e inmersos en contextos de conflicto armado¹¹⁷².

Este comportamiento de la administración de justicia se explica adicionalmente por el desinterés que muestran las reformas y las partidas del presupuesto sobre los contextos violentos donde se desenvuelve el operador judicial, pues el poder judicial no es un ente abstracto y no es un actor pasivo dentro de la sociedad. Con frecuencia, los actores del conflicto inciden sobre el sistema aprovechando su debilidad. Los grupos

¹¹⁶⁷ *Ibid.*, pp. 4-6 y 10.

¹¹⁶⁸ GARCÍA VILLEGAS, M., “Reformismo introvertido. Las transformaciones de la justicia en Colombia durante los últimos treinta años”. En: F. Leal Buitrago (dir.), *En la encrucijada: Colombia en el siglo XXI*, 2006, Bogotá, Editorial Norma, 574 págs., pp. 451-478, p. 455.

¹¹⁶⁹ FGN, doc. s/n (2010): *Anuario estadístico 2009, Oficina de Planeación FGN, op. cit.*, pp. 18 y 50.

¹¹⁷⁰ RUBIO, M., “La justicia penal. Juicio sin sumario”. En: B., de Sousa Santos; M. García Villegas, *Caleidoscopio de las Justicias en Colombia*, tomo I, 2001, Bogotá, El Siglo del Hombre Editores, 682 págs., pp. 485-546, p. 515.

¹¹⁷¹ RUBIO, M., “La justicia penal. Juicio sin sumario”, *op. cit.*, p. 495.

¹¹⁷² GARCÍA VILLEGAS, M., “Reformismo introvertido. Las transformaciones de la justicia en Colombia durante los últimos treinta años”, *op. cit.*, pp. 473-474.

guerrilleros, los paramilitares y la empresa criminal al interior de los órganos del propio Estado secuestran la justicia, la violencia intimidada a los operadores judiciales y la incapacidad de sanción crea un ambiente propicio al crimen. Entre 2003 y 2009, 1 magistrado, 6 jueces, 12 fiscales y 334 abogados fueron asesinados¹¹⁷³.

La administración de justicia en las periferias se ve compelida a ejecutar diversos roles según el contexto. El juez que actúa como mediador entre las Partes del conflicto, el juez cooptado, o aquel que simplemente es un instrumento de ejecución de la política del actor que controla la zona¹¹⁷⁴. Estas funciones desnaturalizan la administración de justicia y dotan de apariencia de legalidad los procesos penales en materia de crímenes de guerra.

Como elemento adicional, los operadores judiciales no tienen una idea clara y generalizada de los elementos constitutivos de los crímenes de guerra y se muestran reacios a pronunciarse sobre la existencia del conflicto armado interno (base fundamental de la imputación), como puede extraerse de las afirmaciones de la CSJ:

“No desconoce la Sala que el reconocimiento de la existencia de un conflicto armado es un acto político de complicadas consecuencias, que no corresponde declarar a la judicatura, pero esa situación no impide que exclusivamente, para efectos de la aplicación de la ley de justicia y paz, conforme su naturaleza y fines, el operador judicial, al momento de investigar y juzgar las conductas que pueden encajar en las descripciones típicas de los “delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario”, verifique la existencia de esa situación en aras de salvaguardar los valores protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, que están por encima de cualquier consideración política”¹¹⁷⁵.

La valoración de la CSJ para la justicia transicional debe hacerse extensiva a todas las conductas que tienen lugar en el territorio colombiano con ocasión y en el contexto del conflicto armado interno. Por lo tanto, no puede confundirse, como aquí parece suceder, la valoración jurídica de la existencia y naturaleza del conflicto que es una obligación judicial y una premisa imprescindible de la acción del operador judicial en materia de crímenes de guerra. De lo contrario, el Título II del Código Penal colombiano, relativo a los crímenes de guerra, seguirá siendo inaplicado, como sucede en la práctica, máxime, cuando la CSJ ha orientado expresamente que, en caso de concurso de conductas punibles, éste se descarte y se privilegien los crímenes de lesa

¹¹⁷³ CDH, Informe A/HRC/14/26/Add.2, *op. cit.*, párs. 52-53.

¹¹⁷⁴ CDH, Informe A/HRC/14/26/Add.2, *op. cit.*, pár. 42.

¹¹⁷⁵ CSJ, Caso *Bloque Calima AUC*, núm. 32022, *op. cit.*, pp. 187-188. (Subrayado fuera del texto).

humanidad, desestimando *de facto* el elemento contextual del conflicto armado y la máxima gravedad de los crímenes de guerra¹¹⁷⁶.

De hecho, hasta el presente, los funcionarios pueden llegar a confundir la imputación de crímenes de guerra con la justificación de las causas del conflicto. Por lo tanto, se muestran erráticos frente a crímenes que, de toda evidencia, reúnen los elementos constitutivos de los crímenes de guerra, como en el caso de la masacre perpetrada por grupos paramilitares contra miembros del pueblo autóctono *Kankuamo* y otros pobladores, acusados de ser auxiliadores de la guerrilla, como lo muestran los argumentos del *ad quo* y el *ad quem*, respectivamente:

Ad quo: “Así las cosas, si en este caso no hubo enfrentamiento, sino una especie de castigo a las víctimas que en sentir de los ilegales le colaboraban a la guerrilla y por ello los asesinaron en indefensión (...) entonces se concluye que el homicidio en concurso se ubica es en el artículo 103 C.P. agravado (...) diferente de las contempladas en el Título II Capítulo Único del C.P.”

Ad quem: “Desde luego que las víctimas *Kankuamas* del 8 de diciembre de 2002 en Atanquez (sic), no fueron destruidas por combatientes, ni en actos de combate propios de un conflicto interno, ni tampoco con ocasión de éste o de aquéllos.

Que se pretenda colocar como causa (...) la existencia de un conflicto interno significa desconocer que una cosa es la ocasión y otra su disfraz [...] ¿Qué alguien afirmó que a los indígenas les dieron muerte por colaborar con la guerrilla? Sí. Lo cual no pasa de un simple pretexto que no orienta filosofía ni ideal alguno y que obliga a razonar al contrario para afirmar que, entonces, toda retaliación homicida por los miembros de las AUC o de la guerrilla tendría que encasillarse en el artículo 135 del Código Penal”¹¹⁷⁷.

Como puede observarse en el caso antes citado, los operadores judiciales desconocen el contenido de la expresión “en el contexto o con ocasión de un conflicto armado”, atribuyen la calidad de víctimas posibles de los crímenes de guerra sólo a los combatientes y obvian el análisis del elemento contextual subjetivo, a saber, el vínculo entre el conflicto armado y el crimen, dado por la acusación de pertenencia a la Parte enemiga, errores que la CSJ tuvo a bien corregir¹¹⁷⁸. Éstas y otras imprecisiones de los operadores judiciales contribuyen a la inaplicación de las imputaciones por crímenes de guerra.

En el balance de los medios disponibles, los instrumentos jurídicos son pertinentes, las institucionales se encuentran debidamente creadas (aunque adolecen de problemas de coordinación, burocracia y precariedad en las periferias del país) y los funcionarios se hallan, en promedio, preparados para ejercer la función judicial, pero el conjunto de limitaciones de la acción penal, aquéllas derivadas del comportamiento de

¹¹⁷⁶ *Ibid.*, pp. 227-231.

¹¹⁷⁷ CSJ, Masacre del pueblo *Kankuamo*, núm, 29753, *op. cit.*, pp. 30-31.

¹¹⁷⁸ *Ibid.*, pp. 31 y ss.

los órganos del Estado y la ausencia de garantías presupuestarias y de seguridad para los operadores de justicia, entre otros factores, hacen que la existencia formal de los instrumentos jurídicos no pueda traducirse en un ejercicio eficaz de la justicia en materia de crímenes internacionales, incluidos los crímenes de guerra y que el Estado de derecho se vea gravemente cuestionado ante su incapacidad de reposar sobre la eficacia del ordenamiento jurídico.

1.6. LÍMITES DERIVADOS DEL TRATAMIENTO AL UNIVERSO DE LAS VÍCTIMAS

La relevancia del poder judicial radica en su papel como último garante del ordenamiento jurídico y de los derechos de los habitantes de un Estado. En consecuencia, los límites de la acción penal deben ser estudiados a partir de los principios internacionales que rigen los procedimientos ordinarios o de justicia transicional, de cara a las víctimas: verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición. Estos principios se traducen en: el acceso efectivo a la justicia en condiciones de igualdad; la reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido; y el acceso a informaciones útiles relativas a las violaciones y los mecanismos de reparación¹¹⁷⁹.

1.6.1. La rendición de cuentas

El derecho a la verdad se encuentra íntimamente ligado a la obligación estatal de hacer cumplir los instrumentos internacionales de protección de derechos y libertades fundamentales. En el plano del Derecho Internacional Penal y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los tribunales han reconocido el derecho universal de las víctimas de conocer y hacer conocer la verdad judicial y material de los hechos para reconstruir la memoria histórica individual y colectiva¹¹⁸⁰.

La Corte IDH ha recordado que las investigaciones deben ser exhaustivas, de modo que proporcionen información suficiente sobre modo, tiempo y circunstancias de

¹¹⁷⁹ NU, doc. A/RES/60/147 (16-12-2005), *op. cit.*, artículo 11; CPI, doc. RC/Res.2 (8-6-2010): *Impacto del sistema del Estatuto de Roma sobre las víctimas y las comunidades afectadas, resolución aprobada por consenso en la 9ª sesión plenaria de la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma*, 2 págs.

¹¹⁸⁰ CPI, Appeals *Lubanga*, ICC-01/04-1432 OA9 OA10, *op. cit.*, pág. 4; Corte IDH, *Caso de la Masacre de La Rochela v. Colombia*, *op. cit.*, párs. 194-196.

los hechos, paradero de los restos mortales de las víctimas, si las hubiere y publicidad sobre los responsables de los crímenes. Estos elementos son la base para una valoración de las reparaciones debidas, pese a lo cual el derecho a la verdad no es sustitutivo del derecho a la justicia¹¹⁸¹.

Por su parte, el alto tribunal constitucional colombiano habla de un derecho a la verdad que prioriza los delitos más graves como contenido mínimo en el caso de la justicia transicional y que exige la posibilidad de las sociedades de “conocer su propia historia, de elaborar un relato colectivo relativamente fidedigno sobre los hechos que la han definido y de tener memoria de tales hechos”¹¹⁸².

En este sentido, la CSJ ha estimado que uno de los elementos indisolubles de la confesión en la justicia transicional es su componente de verdad, dentro del propósito de reconciliación al que apunta la especialidad de la ley. Por lo tanto, éstos deben contribuir a la reconstrucción de la memoria colectiva confesando completa y verazmente los delitos cometidos, para “visibilizar a las víctimas, reconstruir el pasado común, y proyectar la reconciliación en punto de lo irrepetible”¹¹⁸³. De la misma manera, y tras un extenso análisis de la jurisprudencia y la doctrina nacional e internacional, la CSJ ha estimado que los crímenes investigados en el marco de la Ley 975 de 2005, no sólo afectan a las víctimas directas o indirectas, sino que trascienden a la sociedad; por ello, el derecho a la verdad se concibe como un derecho colectivo¹¹⁸⁴.

De ahí, entonces, la obligación, para el Estado, de adelantar una investigación seria, clara, transparente y contundente, que incluya el derecho de las víctimas a ser escuchadas dentro del proceso, facilitándoles participar activamente en la construcción de la verdad.

La tensión entre la verdad procesal y la verdad histórica se encuentra en el corazón del problema al tratamiento de los crímenes de guerra y, en este sentido, se pueden mencionar algunas de las barreras más recurrentes en medio de una existencia simultánea del procedimiento ordinario y del procedimiento de justicia transicional, con diferencias de trato con respecto a las víctimas.

¹¹⁸¹ *Ibid.*

¹¹⁸² CC, Sentencia C-370/06, *op. cit.*, pár. 6.2.2.1.7.6.

¹¹⁸³ CSJ, Caso *Bloque Magdalena medio AUC*, núm. 31115, *op. cit.*, pp. 30-31.

¹¹⁸⁴ CSJ, Caso *Bloque Calima AUC*, núm. 32022, *op. cit.*, pp. 163-164.

Para los abogados de las víctimas en los procesos de justicia transicional, la ausencia de idoneidad y pertinencia de los interrogatorios de la Fiscalía dejan ver un desconocimiento del contexto de los hechos criminales que impide establecer un hilo conductor de las confesiones y, aunado al precario contacto entre el ente acusador y las víctimas, se viene construyendo una verdad procesal unilateral a partir de los relatos de los acusados¹¹⁸⁵, a pesar de los llamados insistentes de la CSJ¹¹⁸⁶.

En este sentido, el profesor *Ambos* llama la atención sobre el hecho de que la Fiscalía sea quien asuma formalmente el acompañamiento de las víctimas acumulando cargas a su ya difícil responsabilidad de integrar el acervo probatorio¹¹⁸⁷. Es importante señalar que, previendo esta situación, el Estatuto de Roma contempló la existencia de una División de Ayuda a Víctimas y Testigos que depende de la Secretaría de la CPI, que ejerce funciones de asistencia integral, acompañamiento y protección y que cuenta con el personal capacitado para ello (reglas 16-19 del Reglamento de Procedimiento y Prueba).

En los casos de justicia transicional, las víctimas organizadas estiman que las respuestas de los victimarios han sido mínimas, estériles y a medias. Por lo tanto, se está construyendo una verdad procesal fragmentada alejada de la verdad real¹¹⁸⁸. Frente a esta evidencia, algunas iniciativas emprendidas a título individual por algunos Fiscales, han buscado la realización de versiones libres conjuntas, las cuales se han mostrado eficientes a la hora de contrastar las verdades de los postulados, apoyar y ampliar los relatos y proporcionar mejores respuestas a las víctimas, así como a efectos de economía y celeridad procesal¹¹⁸⁹.

Las víctimas encuentran una primera barrera conceptual de acceso en el caso de la justicia transicional ante la imposibilidad de intervención de la sociedad civil (*actio*

¹¹⁸⁵ MOVICE; CCAJAR; CSPP, *Sin justicia y sin paz. Verdad fragmentada, reparación ausente. Balance de la Aplicación de la “Ley de Justicia y Paz”*, op. cit., pp. 53-54 y 86.

¹¹⁸⁶ CSJ, Caso *Bloque Calima AUC*, núm. 32022, op. cit., pp. 133-135.

¹¹⁸⁷ AMBOS, K., *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y Derecho Penal Internacional*, op. cit., p. 53.

¹¹⁸⁸ GARCÍA, J. F., (coord.), “La contextualización del universo de las víctimas y de sus expectativas en el marco de la Ley de Justicia y Paz”, op. cit., p. 175; MOVICE; CCAJAR; CSPP, *Sin justicia y sin paz. Verdad fragmentada, reparación ausente. Balance de la Aplicación de la “Ley de Justicia y Paz”*, op. cit., pp. 83, 85-86 y 98; HENAO GAVIRIA, H. F., (dir.), *Reviviendo la esperanza*, 2010, Bogotá, Secretariado Nacional de Pastoral Social- Cáritas Colombiana, 156 págs., p. 93.

¹¹⁸⁹ APONTE CARDONA, A., (dir.), *El proceso penal especial de Justicia y Paz: Alcances y límites de un proceso penal concebido en clave transicional*, Monográfico núm. 2, 2011, Madrid, Publicaciones del CITpax, 232 págs., pp. 74-76.

popularis) como garantía de protección a la verdad colectiva¹¹⁹⁰; tal derecho está reconocido en el proceso penal ordinario en caso de graves delitos (art. 137 del Código de Procedimiento Penal).

Un segundo elemento de extrema importancia es lo que las organizaciones de víctimas y sus defensores han llamado “las dos formas de ocultamiento de la verdad”, en el marco de los procesos de justicia transicional estudiadas a partir del seguimiento a las versiones libres de los postulados. En primer lugar, las víctimas han hecho expresa su preocupación frente a la reiteración del “negacionismo” y de la apología al paramilitarismo, donde los estrados judiciales sirven como tribuna a los criminales para acompañar sus narraciones atroces con justificativos que inculpan a las víctimas, que desnaturalizan su condición refiriéndose a ellas como “bajas en combate” y que intentan invertir la condición del victimario en víctima y viceversa¹¹⁹¹. El segundo mecanismo de “ocultamiento de la verdad” ha sido descrito como una inversión y tergiversación de la verdad, donde los estrados judiciales son utilizados para encubrir relaciones políticas y refutar medios de prueba que pertenecen a otros expedientes, ocultar a los beneficiarios principales de la empresa criminal y negar el “paramilitarismo de Estado”, reduciéndolo a casos aislados¹¹⁹².

La deriva de la verdad procesal en *show* jurídico de exportación para efectos de la diplomacia de post-conflicto, contribuye a erosionar la verdad histórica y lesiona los derechos de las víctimas invisibles del conflicto armado que, en su mayoría, conviven aún con el miedo y con sus victimarios.

En la situación de Colombia, el contenido político del conflicto armado interno y su eje fundamental de disputa: “la tierra”, son elementos determinantes a la hora de establecer la verdad de cara a las víctimas y la sociedad. En este sentido, el papel pasivo de la víctima durante la versión libre, es decir, durante el relato del victimario, no restablece los derechos políticos de ciudadanía plena a las víctimas, cuya garantía es la base de los derechos de verdad, justicia y reparación.

A esto se suma el aumento de atentados contra los “postulados” que han decidido decir la verdad. En 2009 fueron asesinados en el centro de detención (por envenenamiento y estrangulamiento) dos comandantes de grupos paramilitares;

¹¹⁹⁰ MOVICE; CCAJAR; CSPP, *Sin justicia y sin paz. Verdad fragmentada, reparación ausente. Balance de la Aplicación de la “Ley de Justicia y Paz”*, op. cit., pp. 86.

¹¹⁹¹ *Ibid.*, pp. 61, 98 y 102.

¹¹⁹² *Ibid.*, pp. 99-102; HENAO GAVIRIA, H. F., (dir.), *Reviviendo la esperanza*, op. cit., p. 128.

numerosos familiares y allegados han corrido la misma suerte y los “postulados” han manifestado presiones, sobornos y amenazas para que no continúen informando sobre los nexos entre el paramilitarismo, los órganos del Estado y la empresa privada¹¹⁹³.

Por otra parte, la reducción de la búsqueda de la verdad a un ejercicio entre víctima y victimario no resuelve el derecho de la sociedad a conocer la verdad¹¹⁹⁴; sobre el particular es importante recordar que, tratándose de crímenes internacionales, la ofensa trasciende el individuo y afecta profundamente a la sociedad, a tal punto, que el Estatuto de Roma estipula que la humanidad entera es la ofendida por el crimen (Preámbulo).

En este sentido, importantes avances se vienen llevando a cabo como el llamado de la CSJ a constituir una comisión de la verdad que trascienda los procesos de justicia transicional y que abarque el conjunto de los crímenes internacionales cometidos en las últimas décadas¹¹⁹⁵. Citando al profesor *Bassiouni*, la CSJ señala que los juicios criminales son una respuesta incompleta a las atrocidades masivas, pues pocos criminales pueden ser llevados a juicio y, en muchos casos, los juicios criminales no están lo suficientemente bien diseñados para establecer la verdad¹¹⁹⁶. Así, la CJS ha instado a los poderes públicos:

“(…) a tomar medidas urgentes para salvar la memoria de lo que se está conociendo y está por conocerse, pues como se anotó en páginas anteriores, no puede pasarse por alto que en versiones rendidas por varios de los jefes paramilitares (particularmente Salvatore Mancuso y el alias “El Iguano”), se ha afirmado que los grupos por ellos comandados cometieron tal multiplicidad de crímenes, que su investigación y juzgamiento demandaría años, situación que incluso, acorde con la capacidad logística de nuestra justicia, podría conducir a la impunidad¹¹⁹⁷.

Entre las medidas estimadas, la CSJ hace mención de lo expresado por el ex presidente del TPIY, el juez *Claude Jorda*, quien señala la importancia de establecer escenarios para el conocimiento público de la verdad, que no conduzcan a amnistías, y conforme a los cuales, los miembros de la empresa criminal de bajos rangos puedan contribuir al esclarecimiento de crímenes múltiples y recibir atenuación a sus sentencias en los juicios nacionales, de tal manera que la justicia y escenarios como las comisiones

¹¹⁹³ MAPP-OEA, OEA/Ser.G/CP/doc. 4486/10 (26-4-2010), *op. cit.*, pp. 2-5; MOVICE; CCAJAR; CSPP, *Sin justicia y sin paz. Verdad fragmentada, reparación ausente. Balance de la Aplicación de la “Ley de Justicia y Paz”*, *op. cit.*, pp. 104-105.

¹¹⁹⁴ GARCÍA, J. F., (coord.), “La contextualización del universo de las víctimas y de sus expectativas en el marco de la Ley de Justicia y Paz”, *op. cit.*, p. 175; HENAO GAVIRIA, H. F., (dir.), *Reviviendo la esperanza*, *op. cit.*, pp. 94-95.

¹¹⁹⁵ CSJ, Caso *Bloque Calima AUC*, núm. 32022, *op. cit.*, pp. 163-164.

¹¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 175.

¹¹⁹⁷ *Ibid.*, pp. 175-176.

de la verdad cumplan papeles complementarios y distintos, hacia la construcción de la paz a través de la “reconstrucción de la memoria histórica de la barbarie paramilitar”¹¹⁹⁸.

Por su parte el ejecutivo nacional impulsó la Ley 1424 de 2010¹¹⁹⁹, que intenta subsanar definitivamente uno de los problemas estructurales que han venido atentando contra los derechos de las víctimas y la sociedad, en el sentido de poner reglas a las desmovilizaciones en masa para impedir la consolidación de la impunidad, a la vez que crea un mecanismo no judicial de contribución de algunos victimarios a la construcción de la verdad¹²⁰⁰.

En este orden de ideas, la Ley condiciona los beneficios del desmovilizado al establecimiento de un “Acuerdo de contribución a la verdad histórica y reparación” (art. 3) que consta de mecanismos no judiciales para recolectar, sistematizar, preservar la información que surja y producir los informes a que haya lugar (art. 4). La citada Ley se encuentra bajo revisión constitucional y no deja de preocupar el hecho de que el artículo 4 contenga una cláusula de impunidad que beneficia al desmovilizado y a terceros ajenos al Acuerdo entre el desmovilizado y el Estado y que, por lo tanto, no han adquirido ningún compromiso con la verdad histórica y la justicia que pueda, eventualmente, hacerles merecedores de tal beneficio:

“(…) La información que surja en el marco de los acuerdos de que trata este artículo no podrá, en ningún caso, ser utilizada como prueba en un proceso judicial en contra del sujeto que suscribe el Acuerdo de Contribución a la Verdad Histórica y a la Reparación o en contra de terceros” (subrayado fuera del texto).

Del mismo modo, es importante reflexionar acerca de las recomendaciones de los altos tribunales colombianos en materia de creación de mecanismos de preservación de la memoria colectiva, como una Comisión de la Verdad, cuya instalación requiere que el Estado esté dispuesto a asumir la responsabilidad de sus órganos por los hechos ilícitos y que las diferentes Parte del conflicto armado hagan lo propio. La instalación de un mecanismo similar en ausencia de estas condiciones mínimas puede conducir

¹¹⁹⁸ *Ibíd.*, p. 178.

¹¹⁹⁹ Esta Ley es el último episodio de los problemas de desmovilizaciones en masa que llevaron a múltiples pronunciamientos de las Altas Cortes inadmitiendo el uso del tipo penal de asonada y la utilización del principio de oportunidad.

¹²⁰⁰ La Ley 1424 de 2010 (*op. cit.*), otorga a los desmovilizados el beneficio de cesación del procedimiento penal únicamente por los “delitos de concierto para delinquir simple o agravado, utilización ilegal de uniformes e insignias, utilización ilícita de equipos transmisores o receptores, y porte ilegal de armas de fuego o municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas o de defensa personal de porte y uso de armas y uniformes” perpetrados con ocasión de la pertenencia al grupo armado (arts. 1 y 2).

simplemente al desgaste y a la perversión del mecanismo, como ha venido sucediendo con otros instrumentos de “justicia transicional”.

1.6.2. El acceso efectivo a la justicia en condiciones de igualdad

Este derecho de las víctimas en materia de crímenes de guerra y otros crímenes graves se traduce en un servicio que debe ser prestado por el Estado y su ejercicio efectivo depende de múltiples factores, que pueden ser agrupados en cuatro categorías: el acceso al servicio, la disponibilidad del servicio, la aceptación del servicio por parte de los beneficiarios y la adaptación del servicio a las necesidades de sus beneficiarios.

El acceso al servicio de justicia por parte de las víctimas está mediado por reformas y transformaciones del sistema judicial. En este sentido, ha habido una desmejora de la condición de las víctimas que viene dada por el tránsito de la justicia ordinaria de un sistema inquisitivo mixto, donde la víctima tenía un papel mayor desde la etapa de investigación en calidad de parte civil, al nuevo sistema penal acusatorio, donde la víctima dejó de ser una parte para convertirse en un “interviniente” que no participa en la fase de investigación y que es un mero espectador durante las audiencias de instrucción¹²⁰¹. No obstante, la situación de las víctimas en el proceso penal de la justicia ordinaria continúa siendo aceptable en la medida en que sigue siendo un sujeto procesal que puede intervenir a partir de las audiencias preparatorias y extender sus apreciaciones más allá del acta de cargos (art. 107 del Código de Procedimiento Penal). En este sentido, la situación de máxima precariedad se presenta cuando las víctimas tienen a sus victimarios como postulados del proceso de justicia transicional (Ley 975 de 2005):

“(…) no puede obviarse al momento de hacer este análisis, (…) el tratamiento diferenciado que reciben las víctimas de crímenes de lesa humanidad y las víctimas de delitos comunes por parte de la administración de justicia. Así, quien es víctima o perjudicado de alguna conducta perpetrada por un delincuente común, que nunca participó de estructuras armadas de poder, y que no se proyectó necesariamente en la ejecución masiva y generalizada de graves delitos (como sí lo hicieron los integrantes de los grupos paramilitares), contará con el derecho a esperar del Estado el ejercicio serio de la acción penal y, tras el agotamiento de un debido proceso, donde podrá intervenir como sujeto procesal sin limitaciones, la imposición de una serie de sanciones proporcionales y ejemplares en contra del responsable del delito por el que fue dañado, así como tendrá la atribución de exigir una protección integral a sus derechos. Por su parte, las víctimas de crímenes de lesa humanidad se ven sometidas a una idea falsa de paz, en virtud de la cual sus derechos fueron cedidos a favor de múltiples agresores, caracterizados por la barbarie

¹²⁰¹ CDH, Informe A/HRC/14/26/Add.2, *op. cit.*, pág. 46.

de sus acciones, quienes seducidos por la oferta de gozar de grandes beneficios son compelidos a requisitos aparentes de revelación de la verdad”¹²⁰².

El acceso depende igualmente del suministro de información amplia y suficiente sobre los derechos y los procedimientos para hacer uso de ellos. Los procesos de sensibilización concentrados en los centros de las principales ciudades del país escapan a las periferias de esas mismas ciudades y a las zonas más apartadas del territorio nacional, que son las directamente afectadas. Es necesario tener claro que muchas zonas del país continúan siendo inaccesibles a causa del conflicto armado y de las infraestructuras insuficientes. Por lo tanto, el grueso de las víctimas de los crímenes de guerra se mantiene al margen de la verdad procesal como ha sido reseñado en los procesos de la Ley 975 de 2005¹²⁰³.

El acceso de las víctimas está mediado por el acceso a una representación legal (defensa técnica), que se ve afectado por las limitaciones económicas y las condiciones de precariedad de las víctimas y de los contratos ofrecidos a los Defensores públicos, así como por la amenaza y los ataques a las organizaciones no gubernamentales dedicadas a tales acompañamientos, cuya financiación depende mayoritariamente de la cooperación internacional y se ha visto seriamente afectada por la diplomacia de post-conflicto¹²⁰⁴. En la práctica, el acceso material a la administración de justicia para las víctimas no se efectúa en condiciones de equidad, pues aquéllas que pueden pagar un abogado, que están en la ciudad y que tienen una situación económica suficiente, pueden participar en mejores circunstancias que el grueso de las víctimas que no reúne ninguna de las condiciones antes descritas; una muestra de ello es el hecho de que las víctimas

¹²⁰² MOVICE; CCAJAR; CSPP, *Sin justicia y sin paz. Verdad fragmentada, reparación ausente. Balance de la Aplicación de la “Ley de Justicia y Paz”*, op. cit., p. 63.

¹²⁰³ Del universo de víctimas que ha sido enunciado en el proceso (un 20% del total registrado), sólo el 31% está reflejado en los hechos confesados, el 8,7% asiste al proceso, el 7,6% aporta pruebas y el 7,2% hace preguntas. En: GARCÍA, J. F., (coord.), “La contextualización del universo de las víctimas y de sus expectativas en el marco de la Ley de Justicia y Paz”, op. cit., p. 175; HENAO GAVIRIA, H. F., (dir.), *Reviviendo la esperanza*, op. cit., p. 171.

¹²⁰⁴ Un Defensor representa en promedio entre 551 y 815 víctimas, la mayoría de las víctimas no conocen a su abogado, nunca lo han visto o no tienen representación legal. En: GARCÍA, J. F., (coord.), “La contextualización del universo de las víctimas y de sus expectativas en el marco de la Ley de Justicia y Paz”, op. cit., p. 174; MOVICE; CCAJAR; CSPP, *Sin justicia y sin paz. Verdad fragmentada, reparación ausente. Balance de la Aplicación de la “Ley de Justicia y Paz”*, op. cit., p. 84. En el mismo sentido, véanse: CDH, Informe A/HRC/14/26/Add.2, op. cit., pár. 60; AMBOS, K., *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y Derecho Penal Internacional*, op. cit., p. 53.

reconocidas por los acusados (un 20% del total de las víctimas registradas) que participan de alguna manera en el proceso no superan el 8%¹²⁰⁵.

Para las víctimas provenientes de zonas rurales, apartadas o marginales, el sólo hecho de acercarse a la ciudad constituye un enorme esfuerzo moral y económico que a menudo no se ve recompensado¹²⁰⁶. Por una parte, a causa de las restricciones de acceso a las audiencias de una persona por familia afectada, las salas insuficientes y el material defectuoso de retransmisión. Por otra parte, las instituciones responsables de la atención a las víctimas no cuentan con un discurso unificado, sus funcionarios no dedican el tiempo necesario para hablar con las víctimas, no conocen las lógicas de la guerra, de las zonas rurales o del universo de las víctimas y aplican una especie de clasificación de tipos de víctimas con mayores o mejores derechos, que aumenta el descrédito de las instituciones¹²⁰⁷.

En cuanto a la aceptación del servicio de justicia, un elemento importante tiene que ver con los funcionarios encargados de transmitir la información. En un contexto real de post-conflicto todos los funcionarios del Estado (salud, educación, etc.), deben estar vinculados al universo de las víctimas, en la situación de Colombia, esto agrava los problemas del principio de distinción y puede ocasionar nuevos crímenes contra la población por parte de los actores armados¹²⁰⁸. En este sentido, el hecho de que los autores de los crímenes y los jefes de la empresa criminal al más alto nivel continúen formando parte de estas estructuras y algunos de ellos, de los órganos del Estado, contribuye al rechazo de los mecanismos judiciales en materia penal, máxime cuando líderes de víctimas presentes en los procesos han venido siendo asesinados y amenazados¹²⁰⁹.

¹²⁰⁵ GARCÍA, J. F., (coord.), “La contextualización del universo de las víctimas y de sus expectativas en el marco de la Ley de Justicia y Paz”, *op. cit.*, p. 171; HENAO GAVIRIA, H. F., (dir.), *Reviviendo la esperanza*, *op. cit.*, p. 94.

¹²⁰⁶ Al salir de una audiencia de versión libre, entre las víctimas puede escucharse: “Nos vinimos sin nada y nos vamos sin nada. Ahora regresamos a pagar lo que quedamos debiendo”. En: MOVICE; CCAJAR; CSPP, *Sin justicia y sin paz. Verdad fragmentada, reparación ausente. Balance de la Aplicación de la “Ley de Justicia y Paz”*, *op. cit.*, p. 85.

¹²⁰⁷ *Ibid.*, pp. 83-85. Otros elementos como el maltrato a las víctimas de parte de algunos funcionarios, son reseñados en: AMBOS, K., *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y Derecho Penal Internacional*, *op. cit.*, p. 53.

¹²⁰⁸ MOVICE; CCAJAR; CSPP, *Sin justicia y sin paz. Verdad fragmentada, reparación ausente. Balance de la Aplicación de la “Ley de Justicia y Paz”*, *op. cit.*, p. 102.

¹²⁰⁹ 15 líderes de víctimas dentro de los procesos han sido asesinados, 92 se encuentran amenazados y hay 4 funcionarios en todo el país para atender las demandas de protección de las víctimas. En: *Ibid.*, p. 85; GARCÍA, J. F., (coord.), “La contextualización del universo de las víctimas y de sus

Cabe mencionar, igualmente, una cierta tendencia de los funcionarios responsables de ofrecer justicia penal únicamente a las víctimas cobijadas por los mecanismos de la Ley 975 de 2005, desconociendo la existencia de la vía ordinaria de la justicia penal en la cual también es posible la sanción de los responsables¹²¹⁰.

La existencia de los tipos penales es esperanzadora y la acción judicial contribuye pero hace falta que el mecanismo sea ágil, oportuno y eficiente para restablecer la confianza de las víctimas y la aceptación del servicio. Las víctimas observan con preocupación como la diplomacia de post-conflicto es utilizada como un pretexto para no perseguir los crímenes de guerra y observan con preocupación cómo las decisiones de la comunidad internacional contribuyen a reforzar la ilusión de post-conflicto:

“Toutefois, il a été souligné en Colombie que l’attention apportée sur les violations par les visites de la CPI a seulement donné l’apparence que les victimes ont été entendues. «Néanmoins, on ne peut pas écarter les efforts de l’Etat colombien de montrer au pays les conditions irréelles d’après guerre qui maintiennent erronément une idée de justice transitionnelle qui en réalité n’existe pas. Ces efforts sont précisément ce qui empêche les victimes d’être entendues convenablement aux niveaux national et international, dans des environnements qui diffèrent de celui des mouvements de droits de l’homme»”¹²¹¹.

La disponibilidad real del servicio de justicia se encuentra seriamente afectada por factores como las condiciones de vida de las víctimas, los procedimientos dispendiosos, la excesiva reglamentación, la existencia de estructuras burocratizadas, la ausencia de coordinación interna e interinstitucional y la ausencia de disposición humana de algunos funcionarios para la prestación del servicio, entre otros factores¹²¹².

expectativas en el marco de la Ley de Justicia y Paz”, *op. cit.*, pp. 172-173. A los 15 líderes registrados en la citación anterior deben sumarse los 3 líderes asesinados el 22 y 23 de marzo 2011

¹²¹⁰ FUNDACIÓN SOCIAL, “Observaciones de la Fundación Social en el marco de la Audiencia Pública sobre el proyecto de ley 107 de 2010 Cámara, Por la cual se dictan medidas de atención y reparación integral a las víctimas de violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, acumulado con el proyecto de ley 085 de 2010 Cámara, Por la cual se establecen normas transicionales para la restitución de tierras”. *Fundación Social-Área de Incidencia en Políticas Públicas*, 21 de octubre de 2010, Bogotá, Edición digital, pp. 1-8, p. 4, nota 5.

¹²¹¹ VRWG, *L’impact de la CPI sur les victimes et les communautés affectées*, 2010, Londres, REDRESS, 42 págs., p. 14.

¹²¹² AMBOS, K., *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y Derecho Penal Internacional*, *op. cit.*, pp. 53, 216-217; FUNDACIÓN SOCIAL, “Observaciones de la Fundación Social en el marco de la Audiencia Pública sobre el proyecto de ley 107 de 2010 Cámara, Por la cual se dictan medidas de atención y reparación integral a las víctimas de violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, acumulado con el proyecto de ley 085 de 2010 Cámara, Por la cual se establecen normas transicionales para la restitución de tierras”, *op. cit.*, p. 4. La Fundación Social menciona, además, otros problemas de accesibilidad a la justicia que padecen las víctimas de crímenes internacionales, en particular: el desconocimiento de las rutas de acceso al sistema jurídico, la seguridad, la ausencia de representación judicial en particular en los procesos ante la justicia ordinaria, la ausencia de una estrategia estatal de atención psico-social, la ausencia de información

En este sentido se hace prioritaria la unificación de criterios, métodos y protocolos de actuación con miras a dar señales inequívocas de disponibilidad del servicio, pues el conflicto armado colombiano tiene cerca de seis décadas de existencia y millones de víctimas que no han olvidado sus reclamaciones.

En materia de disponibilidad de la justicia transicional, la Ley 975 de 2005 sólo abarca los crímenes cometidos antes del 25 de julio de 2005. Las razones de los límites deben ser explicadas en debida forma, pues a menudo las víctimas de crímenes recientes cometidos por los grupos paramilitares confunden los procedimientos y no encuentran a dónde acudir. La fecha de corte continúa siendo un problema para las víctimas así como el hecho de que los acusados no confiesan todos los hechos y no hay medios probatorios diferentes del testimonio de las víctimas para controvertirlos, cosa que en muchos casos ha llevado a nuevos crímenes en su contra.

Los límites prácticos de la disponibilidad de los mecanismos de justicia y la participación de las víctimas en el modelo de justicia transicional estriban en el hecho de que ésta no asume más allá de un número marginal de crímenes cometidos contra la población y no forma parte de un sistema administrativo y judicial coherente capaz de absorber la carga de millones de víctimas.

El último elemento referido al acceso a la justicia en condiciones de igualdad tiene que ver con la adaptabilidad del servicio. Las condiciones económicas de las víctimas, la disponibilidad presupuestaria del Estado, la extensión del territorio nacional, la centralización de los procesos de justicia transicional en tres grandes ciudades y del juicio en la capital del país, son límites cuya superación supone un ejercicio fuerte y eficiente de adaptación del servicio de justicia para que el acceso sea efectivo.

El uso de la televisión y la radio se hallan ampliamente extendidos en el país, su utilización sostenida resultaría importante y útil; su potencial ha sido desaprovechado hasta el momento, frente a los derechos de publicidad de las víctimas y de verdad colectiva que asiste a la sociedad en materia de crímenes internacionales¹²¹³. En el entendido de que el derecho a la verdad se concibe como un derecho colectivo, disociar el derecho a la verdad de la publicidad de los debates podría inducir al error de pensar

oportuna y la ausencia de condiciones estatales adecuadas para la atención a las víctimas de violencia sexual.

¹²¹³ CSJ, Caso *Bloque Calima AUC*, núm. 32022, *op. cit.*, pp. 163-164.

que la sociedad tiene derecho únicamente a tener acceso a una verdad procesal fabricada de todas sus piezas en los tribunales. En este sentido, el profesor *Cassese*, antiguo presidente del TPIY y el juez *Bruno Cotte*, actual presidente de la Sala de Primera Instancia II de la CPI, han llamado la atención sobre el hecho de que la verdad procesal no puede imponerse como verdad histórica pues, por el hecho de estar sometida a las reglas de la prueba y a las reglas de la responsabilidad penal, ella aborda sólo una parte de la verdad y corresponde a la sociedad el trabajo de documentar su historia a través de relatos y de la participación de expertos capaces de reconstruir la memoria histórica haciendo de la verdad procesal una parte de ella¹²¹⁴.

En este marco, pese a que el alto tribunal constitucional ha considerado que su restricción opera en el interés de los derechos de las víctimas y los acusados¹²¹⁵, es importante señalar experiencias como la de los procesos de la CPI, que tienen una retransmisión diferida de 30 minutos y donde se ha venido aplicando una serie de medidas de común acuerdo entre las partes y los participantes del proceso con miras a restringir al máximo el uso de la figura de la “audiencia reservada” (*private session/huis clos*), para permitir una audiencia pública televisada que pueda servir en mejor medida a la reparación del daño social a través de la publicidad de los hechos y de los testimonios.

Algunas medidas de protección como la distorsión de la imagen y la voz de acusados y/o participantes, entre otros, pueden contribuir al propósito de proteger los intereses de los intervinientes, pues como en el caso de la CPI, los procesos de los tribunales nacionales colombianos en materia de crímenes internacionales conciernen al conjunto de la humanidad:

“Étant une nouvelle fois rappelé -je le répète, mais c’est important- que la Chambre attache, comme vous, une importance toute particulière à ce que les débats puissent bénéficier de la plus grande publicité possibles, mais elle rappelle aussi qu’un témoignage utile à la manifestation de la vérité suppose que le témoin dépose dans les meilleures conditions (...). Des précautions doivent être prises avant d’avoir rencontré le

¹²¹⁴ CASSESE, A., “Le Tribunal pénal pour l’Ex-Yougoslavie et les problèmes de la justice pénale internationale”. En: G. Vallet (ed.) *Les droits de l’homme et le droit. Conférences de la Chaire lyonnaise des Droits de l’Homme*, 1998, Lyon, Éditions Institut des Sciences de l’Homme, 173 págs., pp. 87-130, p. 106; COTTE, B.; SEROUSSI, J., “La manifestación de la vérité en droit pénal international”. *Archives de philosophie du droit- tome 53: Le droit pénal. Dossier La bioéthique en débat*, 2010, Paris, Dalloz, pp. 86-95, p. 88.

¹²¹⁵ CC, Sala Sexta de Revisión (24 de enero de 2008): “Trámite de revisión de las sentencias del 23 de abril de 2007 de la Sección Primera, Subsección B, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y del 26 de julio de 2007- Acción de tutela”, Sentencia de revisión, pár. 20.

témoin, mais il est possible d'adopter une attitude différente selon le comportement du témoin".¹²¹⁶

“(…) le rôle de la Cour pénale internationale, il passe aussi par la publicité de ses débats. Donc, nous le savons tous. L'exercice est difficile (…) mais j'aimerais vraiment que nous ayons chevillé à l'esprit ce sentiment que la publicité de l'audience est quelque chose de primordial”¹²¹⁷.

Otro elemento de adaptabilidad necesario para el futuro de los procesos penales de la justicia transicional y de la justicia ordinaria en materia de crímenes de guerra tiene que ver con la acumulación de procesos con pluralidad de acusados. Como ha señalado la CSJ¹²¹⁸ y lo han puesto de presente insistentemente los representantes de las víctimas¹²¹⁹ y la doctrina¹²²⁰, el análisis del contexto es fundamental para comprender la dimensión del injusto penal y, en esta medida, es indispensable una mirada de conjunto sobre las estructuras criminales, sus actores, sus financiadores, los territorios bajo su influencia y las víctimas afectadas. La extensión del territorio colombiano y de la barbarie cometida no aconseja procesos individuales y la organización interna de las estructuras criminales indica de un modo inequívoco su área de influencia, con lo cual, la acumulación de procesos por concurso de autores (art. 28 del Código Penal) puede responder a la misma distribución de los Bloques militares en los cuales operaban los acusados ganando en visión de conjunto, en eficiencia y efectividad. Como ha señalado la CPI, en el momento de la acumulación de procesos con pluralidad de acusados, en el asunto *Katanga y Ngudjolo Chui*, esta figura no afecta el derecho a la defensa ni el derecho de representación de las víctimas y, por el contrario, contribuye a la celeridad y economía del proceso, en beneficio de los intereses del Estatuto de Roma, que no son otros que los intereses la humanidad:

“The interpretation accorded to article 64 (5) of the Statute and rule 136 of the Rules tallies with the object of the Statute being, in this regard, the assurance of the efficacy of the criminal process, and promotes its purpose that proceedings should be held expeditiously. Proceedings should be held without delay, a course consistent with the rights of the accused, assured by article 67 (1) (c) of the Statute, and the rights of a person facing charges at the confirmation hearing (rule 121 (1) of the Rules). This is what

¹²¹⁶ CPI, Chambre de première instance II (20 mai 2010): *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-T-144-Red-FRA, Audience publique, pp. 5-6

¹²¹⁷ CPI, Chambre de première instance II (26 mai 2010): *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-T-147-Red-FRA, Audience publique, p. 41.

¹²¹⁸ CSJ, Caso *Bloque Calima AUC*, núm. 32022, *op. cit.*, pp. 125-126.

¹²¹⁹ MOVICE; CCAJAR; CSPP, *Sin justicia y sin paz. Verdad fragmentada, reparación ausente. Balance de la Aplicación de la “Ley de Justicia y Paz”*, *op. cit.*, p. 102.

¹²²⁰ AMBOS, K., *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y Derecho Penal Internacional*, *op. cit.*, p. 215.

underlies the relevant provisions of the Statute and the Rules and founds the logic of the matter warranting joinder”¹²²¹.

La experiencia de la Corte IDH tampoco puede desatenderse ante la necesidad de implementar medidas que aproximen el servicio de justicia a sus beneficiarios. La celebración de sesiones *in loco* del artículo 13 del Reglamento de la Corte IDH, para las versiones libres así como para la supervisión de la ejecución de medidas de protección y de reparación, es decir, como consecuencia necesaria de la supervisión de la ejecución de sentencias y otras decisiones (arts. 26-7 y 63 del Reglamento de la Corte IDH, respectivamente), son elementos que pueden contribuir a la adaptabilidad del servicio de justicia colombiana. De hecho, es mucho más fácil y menos oneroso desplazar un equipo de jueces que desplazar poblaciones enteras que se encuentran aun bajo amenaza y, por otra parte, la sola presencia del poder judicial, en particular, de los Altos tribunales en las regiones del país puede oxigenar los espacios en los cuales se convive aún con la zozobra, alentando la participación de las víctimas y el recaudo probatorio.

1.6.3. La reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido

Las víctimas de los crímenes de guerra y de lesa humanidad a menudo no encuentran respuestas en la jurisdicción nacional para la persecución y sanción y, en el mejor de los casos, el tesoro público termina pagando cuantiosas indemnizaciones por la denegación de justicia. Según el Ministerio de Hacienda, el valor de los pagos a realizar entre 2005-2015 asciende a 2 mil millones de euros (5,9 billones de pesos)¹²²².

También en este aspecto se presenta un doble estatuto que juega en perjuicio de las víctimas menos organizadas y aquéllas con menos posibilidades económicas para resistir largos procedimientos contencioso-administrativos, es decir, la mayoría de las víctimas. De hecho, una víctima que ha sido declarada como tal por la Corte IDH, o por un tribunal ordinario, puede valerse de la sentencia para iniciar un proceso de reparación directa contra el Estado, sometido a la rigidez probatoria, al cabo del cual verá reconocido el daño emergente y el lucro cesante así como el perjuicio moral. El fondo nacional destinado a los pagos de procesos contencioso-administrativos depende

¹²²¹ CPI, Appeals Chambers (9 June 2008): *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-573 OA6, Judgment on the Appeal Against the Decision on Joinder rendered on 10 March 2008 by the Pre-Trial Chamber in the Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui Cases, párs. 8-9.

¹²²² ALVIAR GARCÍA, H.; LÓPEZ MEDINA, D.; RODRÍGUEZ GARAVITO, C., *¿Justicia mediante litigio? Reparación y extracción en las demandas laborales y extracontractuales en contra del Estado*, 2005, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DJS), 224 págs., p. 6.

enteramente del presupuesto nacional y, para la vigencia de 2011, el Consejo de Estado tenía radicados cerca de 10 mil procesos, con un promedio entre 75 y 80% de fallos contra el Estado¹²²³.

Por su parte, los marcos jurídicos establecidos por la Ley 975 de 2005 para la reparación de las víctimas fueron estudiados y declarados insuficientes, dispendiosos e inadecuados por el alto tribunal constitucional. En este sentido, el incidente de reparación integral (art. 23), destinado a las víctimas de los postulados de la Ley 975 de 2005 y la vía administrativa destinada a las víctimas de los beneficiarios de la Ley 782 de 2002, han mostrado serias deficiencias y tratos excluyentes frente a las víctimas de crímenes perpetrados por los agentes del Estado, que no cuentan con un Estatuto de reclamación especial, así como frente a las necesidades urgentes de protección y garantías de retorno para la población desplazada:

“La reparación debe ser suficiente, efectiva, rápida y proporcional al daño sufrido y comprende la restitución de la persona afectada al estado en que se encontraba antes de la violación; la indemnización de los perjuicios ocasionados, de los daños físicos y morales, la rehabilitación de la víctima y la adopción de medidas de no repetición”¹²²⁴.

La restitución en términos de la CC impone al Estado el deber de conservar los bienes de la víctima, su derecho de propiedad o posesión y restablecer su goce y libre disposición. La indemnización se concibe dentro de los marcos internacionales como una compensación proporcional a la gravedad del daño sufrido y las circunstancias del caso, que comprende el daño material (daño emergente y lucro cesante) y los perjuicios morales, además de los gastos de asistencia y servicios especializados, jurídicos y médicos, entre otros¹²²⁵.

La reparación comprende igualmente acciones de rehabilitación y satisfacción, como medidas de recuperación de la dignidad de la víctima y de reconocimiento público del juicio de reproche contra los victimarios, como base para garantizar la no repetición de los crímenes¹²²⁶.

La CC ha sentado importantes precedentes en materia de reparación al reafirmar que es “absolutamente válida la existencia de víctimas sin victimario identificado, aprehendido, enjuiciado o condenado” y que este hecho no puede mermar los derechos de las personas a obtener satisfacción de su derecho a la reparación trasladando cargas

¹²²³ CR, *Informe sobre el Proyecto de Presupuesto 2011. Comisión primera constitucional*, *op. cit.*, pp. 8-9.

¹²²⁴ CC, Sentencia T-085/09, *op. cit.*, pár. III. 3. 3.

¹²²⁵ *Ibid.*

¹²²⁶ *Ibid.*

excesivas a las víctimas, pues es deber del Estado habilitar las herramientas para una investigación ágil y suficiente, así como disponer de recursos eficientes y sencillos al alcance de la población afectada¹²²⁷.

En este sentido, la CC ha establecido reglas claras de reparación para las víctimas de graves crímenes, especialmente en caso de desplazamiento forzado, las cuales son válidas para la justicia ordinaria y la justicia transicional. En el caso de la justicia ordinaria, la CC ha reiterado que la víctima no debe asumir la carga del incumplimiento del deber estatal de sancionar al infractor, bien que ésta pueda contribuir con las investigaciones pertinentes¹²²⁸.

Algunas disposiciones que tienden a establecer claramente la diferencia entre los conceptos de asistencia humanitaria, reparación y goce legítimo de derechos sociales y económicos han sido especialmente importantes para los diseños actuales de la Ley en materia de reparación a las víctimas¹²²⁹.

Finalmente, la CC ha establecido un precedente de liquidación de perjuicios a través del incidente de indemnizaciones y costas propio a la “acción de tutela” que establece una indemnización en abstracto del daño emergente causado a cargo de los tribunales de lo contencioso-administrativo dentro de los 6 meses siguientes al fallo definitivo, cuando concurren tres condiciones en cabeza de la víctima:

“(…) resultar (i) comprobada la violación manifiesta del derecho fundamental de los accionantes, (ii) al no disponer los afectados de otro medio de defensa judicial ordinario y (iii) al ser imperativo asegurar el goce efectivo del derecho fundamental vulnerado (...)”¹²³⁰.

Éstas y otras razones han llevado a los órganos del poder público a plantearse la necesidad de una Ley de reparación y restitución de tierras que sea capaz de abarcar el universo de las víctimas de crímenes internacionales y sus necesidades más apremiantes con miras a sistematizar las respuestas del Estado ante estos ciudadanos prioritarios, teniendo en cuenta las observaciones y las preocupaciones que las víctimas han venido

¹²²⁷ *Ibid.*, pár. III. 4. 2. El incidente de reparación del proceso de justicia transicional (art. 23 de la Ley 975 de 2005), exige la identificación de, por lo menos, la estructura militar (Bloque o Frente) que perpetró el crimen, sin lo cual, la víctima no puede ver reparado el daño. Véase: CSJ, Sala de Casación Penal (12 de marzo de 2009): *La Fiscalía c. Postulado indeterminado*, Radicado núm. 31320, Aprobado: Acta núm. s/n, Auto, p. 32.

¹²²⁸ *Ibid.*, pár. III. 4. 2.

¹²²⁹ *Ibid.*, pár. III. 4. 2.

¹²³⁰ *Ibid.*, pár. III. 4. 4.

exponiendo a lo largo de un proceso organizativo de más de 3 años en torno a la elaboración de un estatuto unificado de reparación¹²³¹.

No obstante, no debe pasarse por alto que al margen de los esfuerzos institucionales, la reparación en el contexto del conflicto armado ha traído consigo nuevos despojos. En la situación de Colombia, las pocas víctimas que han retornado a sus territorios en el marco de programas de reparación del Estado han sufrido nuevas persecuciones y amenazas que les obligan a desplazarse nuevamente o a entregar los bienes recibidos como indemnización a sus victimarios. De hecho, hay numerosos casos documentados de restitución de tierras oficialmente entregadas a las víctimas, que continúan en manos de los grupos paramilitares quienes controlan militarmente los territorios. Al problema del contexto se agrega la deficiencia estructural en el registro de las tierras y los bienes abandonados por la población desplazada y, en general, la insuficiencia de material probatorio para establecer el daño¹²³².

En medio de las adaptaciones institucionales, la “expectativa de impunidad” se ha visto reducida como consecuencia de la retransmisión parcial de la verdad procesal a la sociedad y, fundamentalmente, a causa del ingente trabajo de las Altas Cortes. No obstante, los múltiples problemas derivados de la presencia de la empresa criminal en el interior de los órganos del Estado, hacen que un buen número de las víctimas fije sus expectativas en los procesos internacionales, en particular aquéllos de competencia de la Corte IDH y que no se descarte la competencia de la CPI, aunque frente a esta última se tiene la impresión que la atención de la CPI hacia Colombia corresponde a coyunturas políticas más que a necesidades jurídicas en un contexto donde los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra siguen perpetrándose¹²³³.

2. APROXIMACIÓN A LA ACTIVACIÓN *PROPRIO MOTU* DE LA COMPETENCIA COMPLEMENTARIA DE LA CPI

El artículo 5 del Estatuto de Roma contiene el conjunto de incriminaciones bajo la competencia de la CPI, los artículos 6, 7, 8 y 8 *bis* definen los crímenes de genocidio,

¹²³¹ Proyecto de Ley 213 de 2010 Senado, 107 de 2010 Cámara, Acumulado con el Proyecto de Ley 85 de 2010 Cámara, de 13 de diciembre (*op. cit.*).

¹²³² MASSÉ, F.; MUNÉVAR, J., (coords.), “La evolución de las estructuras armadas en el período post-desmovilización: pasado, presente y futuro”, *op. cit.*, p. 84; HENAO GAVIRIA, H. F., (dir.), *Reviviendo la esperanza*, *op. cit.*, pp. 109-115.

¹²³³ VRWG, *L’impact de la CPI sur les victimes et les communautés affectées*, *op. cit.*, p. 14.

de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión, respectivamente¹²³⁴. Según el artículo 13 del Estatuto de Roma, la CPI puede ejercer su competencia a través de tres medios relativos a una situación en la cual uno o varios de los crímenes del artículo 5 del Estatuto de Roma parezcan haber sido cometidos.

En primer lugar, la situación puede ser sometida a conocimiento del Fiscal por un Estado Parte, según lo previsto en el artículo 14 del Estatuto de Roma. Esta hipótesis corresponde a las situaciones que le fueron encomendadas por los Gobiernos de la República Democrática del Congo (RDC), por la República Centroafricana y por Uganda.

En segundo lugar, la situación puede ser sometida a conocimiento del Fiscal por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, actuando en el marco del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. Éste es el caso de las situaciones de Sudán y Libia. La situación de Sudán (región de Darfur) fue remitida el 31 de marzo de 2005 por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, a través de la resolución 1593 con un marco temporal de estudio de la situación fijado a partir del 1 de julio de 2002¹²³⁵. La situación de Libia (Jamahiriya árabe), fue remitida el 26 de febrero de 2011 por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, a través de la resolución 1970 de 2011, por los hechos ocurridos a partir del 15 de febrero de 2011 y fue admitida el 3 marzo de 2011 por la Oficina del Fiscal de la CPI¹²³⁶, quien decidió la apertura de la investigación por considerar que existe un fundamento razonable para creer que la perpetración de crímenes contra la humanidad ha tenido lugar en Libia a partir de la fecha señalada por el Consejo de Seguridad (art. 53 del Estatuto de Roma).

En tercer lugar, de su propia iniciativa, el Fiscal puede abrir una investigación sobre los crímenes del artículo 5 del Estatuto de Roma, en virtud del artículo 15 del Estatuto de Roma. En este caso, el Fiscal requiere la autorización de la Sala Preliminar, en virtud de los artículos 15 y 53 del Estatuto de Roma. Esta hipótesis corresponde a la

¹²³⁴ El crimen de agresión fue definido en junio de 2010, en la Conferencia de revisión del Estatuto de Roma en Kampala, a través del artículo 8 *bis* que fue introducido al Estatuto de Roma. La definición del crimen de agresión contiene dos párrafos: el primero define el crimen de agresión y el segundo describe los siete actos susceptibles de ser calificados como tal.

¹²³⁵ CS, doc. S/RES/1593 (31-3-2005): *Informes del Secretario General sobre el Sudán*, 2 págs.

¹²³⁶ CS, doc. S/RES/1790 (26-2-2011): *Paz y seguridad en África*, 10 págs., pág. 4.

situación de Kenia, donde el Fiscal fue autorizado por la Sala Preliminar II para la apertura de la investigación el 31 de marzo de 2010.

Debido a que, por una parte, en las tres hipótesis de activación de la competencia de la CPI deben ser hechas las mismas valoraciones de fondo y que, por otra parte, la situación de Colombia nunca ha estado en la agenda oficial del Consejo de Seguridad como amenaza o quebrantamiento de la paz y la seguridad (art. 39 de la Carta de Naciones Unidas), ni el Estado colombiano ha indicado de alguna manera su interés en someter la situación de la Colombia a la jurisdicción de la CPI, parece indicado abordar con mayor atención la hipótesis de la activación *proprio motu* (art. 15 del Estatuto de Roma) en el caso que nos ocupa.

En este sentido, el artículo 15 del Estatuto de Roma regula el procedimiento para la apertura de una investigación por parte del Fiscal a partir de información concerniente a crímenes de la competencia de la CPI. Sin embargo, este artículo es uno de los más delicados del Estatuto de Roma, pues contiene un poder directo de persecución y esto supone tomar el riesgo eventual de abusos de poder de la parte del Fiscal, de politización de la CPI y de la puesta en tela de juicio de su credibilidad¹²³⁷.

Para la apertura de una investigación, algunos criterios deben ser verificados por el Fiscal y, en caso de una activación *proprio motu*, por la Sala Preliminar. Estos criterios hacen referencia a la verificación de la existencia de fundamentos razonables para abrir una investigación, así como de motivos razonables para creer que un crimen de la competencia de la CPI ha sido cometido.

En este sentido, la jurisprudencia de la CPI es reciente y existen diferentes enfoques sobre el alcance del análisis requerido para abrir la investigación *proprio motu* los cuales deberán ser conciliados en las decisiones futuras de la CPI para establecer una jurisprudencia constante que permita identificar un procedimiento sistemático en los criterios y los análisis invocados por la Fiscalía de la CPI, así como en los umbrales de prueba admitidos por la División Judicial de la CPI.

2.1. EL ARTÍCULO 53-1-A DEL ESTATUTO DE ROMA: EL “FUNDAMENTO RAZONABLE PARA CREER QUE SE HA COMETIDO O

¹²³⁷ NU, Informe Comité *ad hoc* 1995, *op. cit.*, párs. 113-114.

SE ESTÁ COMETIENDO UN CRIMEN DE LA COMPETENCIA DE LA CORTE”

Los criterios estándar para la apertura de una investigación incluyen la doble responsabilidad de saber si existe un fundamento razonable para creer en la potencialidad o la existencia de un crimen y si éste es de la competencia de la CPI¹²³⁸.

2.1.1. Los criterios estándar

Las condiciones consagradas en el artículo 53-1 del Estatuto de Roma son aplicables en los tres casos de activación de la competencia de la CPI. Sin embargo, los artículos 15-3 y 15-4 del Estatuto de Roma aumentan el nivel de exigencia para la apertura de una investigación *propio motu* por parte del Fiscal y los artículos 15-2 y 15-3 del Estatuto de Roma señalan a la Fiscalía su deber de contrastar la seriedad de las informaciones recibidas de diferentes fuentes, antes de que pueda concluir que hay fundamentos razonables para proceder a la investigación, en virtud de la regla 48 del Reglamento de Procedimiento y Prueba¹²³⁹.

El estudio previo de la Fiscalía debe considerar los tres factores del artículo 53-1 del Estatuto de Roma para estimar si existen “fundamentos razonables”:

- “(…) a) La información de que dispone constituye fundamento razonable para creer que se ha cometido o se está cometiendo un crimen de la competencia de la Corte;
- b) La causa es o sería admisible de conformidad con el artículo 17;
- c) Existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia”.

El tercer factor, del artículo 53-1-c del Estatuto de Roma, de conformidad con los trabajos preparatorios correspondientes, es un criterio de exclusión de la competencia de la CPI que exige al Fiscal descartar el perjuicio eventual que puede ser causado al interés de la justicia con la decisión de abrir una investigación. En consecuencia, el Fiscal está obligado a aportar los elementos de convicción que sustentan su decisión del daño a los intereses de la justicia, únicamente cuando utilice

¹²³⁸ BERGSMO, M.; KRUGER, P, “Article 53. Initiation of an investigation”En: O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observer’s notes Article by Article*, 2nd edition, 2008, München, C. H. Beck, Hart, Nomos, 1954 págs., pp. 1065-1076, p. 1068.

¹²³⁹ FRIMAN, H., “Investigation and Prosecution”. En: R. S. Lee (ed.), *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, 2001, New York, Transnational Publishers, 857 págs., pp. 493-538, p. 495.

este criterio de exclusión de la competencia de la CPI¹²⁴⁰. Cabe anotar que, hasta el momento, la CPI no se ha visto confrontada a esta eventualidad pues todas las situaciones enviadas han sido aceptadas y el Fiscal no se ha pronunciado *proprio motu* invocando esta cláusula. Al respecto, aunque autores como el profesor *Ambos* consideran que la situación de Colombia corresponde al espíritu del artículo 53-1-c del Estatuto de Roma¹²⁴¹, lo cierto es que tal invocación de parte del Fiscal debe hacerse expresa al momento de evaluar una situación y, hasta el momento, ese no ha sido el caso de la situación de Colombia que se encuentra bajo seguimiento pero no bajo examen.

Por otra parte, tanto los artículos 53-1-a y 53-1-b, como los artículos 15-3 y 15-4 del Estatuto de Roma, hacen referencia a la noción de “fundamentos razonables para perseguir”. De modo tal que el mismo estándar debe ser tenido en cuenta en el análisis del Fiscal y en el ejercicio de supervisión de la Sala Preliminar cuando ésta deba pronunciarse sobre la apertura de una investigación¹²⁴². En consecuencia, el contenido de los “fundamentos razonables” al que hace referencia el artículo 53-1-a del Estatuto de Roma debe ser desarrollado como condición previa al establecimiento de la competencia de la CPI.

2.1.2. La noción de “fundamento razonable”

Un fundamento razonable puede ser definido como el conjunto de elementos de prueba que pueden hacer creer, con un mínimo de certeza, en la existencia de un crimen que debe ser conocido por la CPI.

La verificación de los fundamentos razonables para abrir una investigación es una condición *sine qua non* para el establecimiento de la competencia de la CPI. Hasta el momento, la CPI ha emitido una Decisión que considera que el test del artículo 53-1-a del Estatuto de Roma tiene un umbral de prueba bajo, pues en esta etapa la información de la que dispone el Fiscal no debe ser necesariamente concluyente¹²⁴³. Para llegar a esta conclusión sobre el umbral de prueba, la CPI se basó en el estudio comparado de los diferentes umbrales de exigencia probatoria de la CPI para dictar una

¹²⁴⁰ NU, doc. A/CONF/183/C.1/WGPM/L.1 (18-6-1998): *Working paper on article 54*, 5 págs., p. 2; CPI, *Situation of Kenya*, ICC-01/09-19-Corr, *op. cit.*, pár. 24 y nota 35.

¹²⁴¹ AMBOS, K., *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y Derecho Penal Internacional*, *op. cit.*, p. 150.

¹²⁴² CPI, *Situation of Kenya*, ICC-01/09-19-Corr, *op. cit.*, pár. 23.

¹²⁴³ *Ibid.*, pár. 32.

orden de detención (art. 58 del Estatuto de Roma), para la confirmación de cargos (art. 61-7 del Estatuto de Roma) y para llegar a la condenación del acusado (art. 66-3 del Estatuto de Roma). En este sentido, la invocación del artículo 58 del Estatuto de Roma a efectos de dictar una orden de detención no requiere que el Fiscal haya descartado todas las posibilidades relativas a la presentación voluntaria del imputado, sino únicamente que la hipótesis defendida de su reticencia a comparecer ante la CPI sea la más fuerte entre las demás hipótesis y que ésta venga acompañada de material probatorio y de información válida y suficiente¹²⁴⁴.

En consecuencia, la Sala Preliminar II consideró que el umbral de prueba que se exige para dictar una orden de detención por parte de la CPI debe ser el límite superior aceptable en el caso de la apertura de una investigación, pues el artículo 58 del Estatuto de Roma decide sobre un derecho fundamental inalienable, la libertad de un individuo, mientras que la apertura de investigación (art. 53-1-a del Estatuto de Roma), apenas explora una situación susceptible de ser considerada, sin lesión para derechos fundamentales de terceros¹²⁴⁵.

En este punto, es importante señalar que un primer desacuerdo tuvo lugar en el seno de la Sala Preliminar II, con la opinión disidente del juez *Hans-Peter Kaul*, quien afirmó que el umbral del artículo 15 del Estatuto de Roma no puede ser bajo, incluso si no se refiere a la libertad de un individuo; por el contrario, la iniciativa del Fiscal debe ser sometida a un régimen estricto de análisis de los crímenes bajo la jurisdicción de la CPI y el umbral de prueba constituye una garantía de credibilidad de la justicia internacional penal¹²⁴⁶.

Las situaciones futuras permitirán a la CPI resolver este disenso para indicar con toda claridad cuál debe ser el nivel de exigencia de la prueba requerido para considerar que existe un “fundamento razonable” para creer que un crimen bajo la jurisdicción de la CPI ha sido cometido o se está cometiendo, lo cual exige, igualmente, verificar el cumplimiento de los criterios de jurisdicción de la CPI.

En cualquiera de las tesis que sea finalmente adoptada por la CPI al respecto, un análisis somero de la situación de Colombia permite considerar sin margen de error que existe “fundamento razonable” para afirmar que una serie de crímenes de la

¹²⁴⁴ CPI, *Al Bashir* case, ICC-02/05-01/09-95, *op. cit.*, pág. 33.

¹²⁴⁵ CPI, *Situation of Kenya*, ICC-01/09-19-Corr, *op. cit.*, pág. 35.

¹²⁴⁶ CPI, *Situation of Kenya*, Dissenting opinion, ICC-01/09-19-Corr, *op. cit.*, págs. 15-16.

competencia de la CPI, en particular crímenes de guerra y de lesa humanidad, han sido cometidos y siguen cometiéndose.

2.1.3. El marco jurisdiccional de la CPI

El Fiscal o, en su caso, la Sala Preliminar, deben verificar si existen informaciones válidas concernientes a la comisión de crímenes del artículo 5 del Estatuto de Roma y que éstos entran bajo la jurisdicción de la CPI. Por lo tanto, debe efectuarse un análisis previo de las condiciones de competencia conforme al Estatuto de Roma.

En este sentido, la Sala de Apelaciones de la CPI ha señalado que la noción de jurisdicción tiene cuatro facetas diferentes: la competencia material (*ratione materiae*), la competencia personal (*ratione personae*), la competencia territorial (*ratione loci*) y la competencia temporal (*ratione temporis*). Estos elementos de jurisdicción están sometidos a una serie de adaptaciones y excepciones establecidas en el mismo Estatuto de Roma¹²⁴⁷.

La competencia material está delimitada por el artículo 5 del Estatuto de Roma y los artículos 6, 7, 8 y 8 *bis* del mismo Estatuto, definen cada uno de los crímenes bajo la competencia de la CPI, incluidos los crímenes de guerra.

La competencia territorial está definida en los artículos 12 y 13 del Estatuto de Roma según el origen de la iniciativa. En caso de iniciativa de un Estado Parte o de la iniciativa *proprio motu* del Fiscal (arts. 13-a y 13-c del Estatuto de Roma), la CPI puede ejercer su competencia únicamente si el Estado, en cuyo territorio los crímenes han sido cometidos, ha ratificado el Estatuto o ha aceptado expresamente la competencia particular de la CPI.

Los artículos 12-2-b y 26 del Estatuto de Roma determinan la competencia personal relativa a los ciudadanos de los Estados Partes del Estatuto de Roma a excepción de personas menores de 18 años al momento de la comisión de los crímenes.

¹²⁴⁷ CPI, Appeals Chamber (14 December 2006): *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-772 OA4, Judgment on the Appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the Decision on the Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court pursuant to article 19(2)(a) of the Statute of 3 October 2006, párs. 21-22.

La competencia *ratione personae* y la competencia *ratione loci* son condiciones alternativas de la competencia de la CPI, es decir, que la satisfacción de una sola de ellas es suficiente.

En el mismo sentido, estos criterios pueden ser descartados cuando la situación es enviada por el Consejo de Seguridad en el marco del artículo 13-b del Estatuto de Roma pues, en esta hipótesis, es suficiente con que el Estado concernido sea parte de la Carta de las Naciones Unidas y, en consecuencia, esté bajo la autoridad del sistema de Naciones Unidas.

En cuanto a la competencia temporal, el artículo 11 del Estatuto de Roma dispone que la CPI sólo tendrá jurisdicción en materia de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del Estatuto de Roma para cada Estado Parte. Si un Estado se adhiere al Estatuto de Roma después de la entrada en vigor de éste, la CPI sólo tendrá competencia sobre los crímenes cometidos después de la fecha de entrada en vigor del Estatuto de Roma para dicho Estado Parte, salvo si el Estado concernido acepta la competencia inmediata de la CPI a través de una declaración escrita. Este marco temporal puede ser más limitado en el caso de los crímenes de guerra cuando los Estados que se adhieren al Estatuto de Roma deciden acogerse a la cláusula del artículo 124, que otorga un plazo de siete años desde la entrada en vigor del Estatuto para la aplicación de la competencia de la CPI en esta materia. El artículo 124 se mantiene en vigor, como una garantía para nuevos Estados que decidan adherirse al Estatuto de Roma, tras la Conferencia Diplomática de Kampala en junio de 2010¹²⁴⁸.

En la situación de Colombia, la competencia temporal se aplica a partir del 1 de noviembre de 2002 para los crímenes de lesa humanidad y genocidio y a partir del 1 de noviembre de 2009 para los crímenes de guerra, en virtud de la adhesión al artículo 124 del Estatuto de Roma que, en su momento, hiciera el Gobierno nacional.

Según se desprende, el análisis general de la jurisdicción de la CPI con respecto a crímenes, de cuya perpetración existen fundamentos razonables de prueba, es el primer paso hacia el establecimiento de su competencia y, en concordancia, el artículo 53-1 del Estatuto de Roma contiene una segunda etapa: la satisfacción de las condiciones de admisibilidad del caso y de complementariedad de la CPI frente a las jurisdicciones nacionales concernidas.

¹²⁴⁸ CPI, doc. RC/Res.4, RC/11 (10-6-2010): *Artículo 124, resolución aprobada por consenso en la 11ª sesión plenaria en la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma*, 1 pág.

2.2. EL ARTÍCULO 53-1-B DEL ESTATUTO DE ROMA: “LA CAUSA ES O SERÍA ADMISIBLE DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 17” DEL ESTATUTO DE ROMA

La admisibilidad de la situación debe ser determinada en el momento en que ésta es sometida por un Estado Parte (arts. 13-a y 14-1 del Estatuto de Roma), por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (art. 13-b del Estatuto de Roma) o cuando el Fiscal actúa *proprio motu* (arts. 13-c y 15 del Estatuto de Roma). De hecho, en los tres casos, el Fiscal debe hacer un estudio preliminar de admisibilidad para determinar si existen fundamentos razonables para abrir la investigación (art. 53-1-a del Estatuto de Roma y regla 48 del Reglamento de Procedimiento y Prueba).

No obstante, la exigencia del artículo 53-1-b del Estatuto de Roma requiere un análisis distinto de admisibilidad que se refiere al examen del artículo 17 del Estatuto de Roma, es decir, un examen de alcance diferente y más restringido que el análisis de jurisdicción propiamente dicho.

El tema de los “fundamentos razonables” al que hace referencia el artículo 53-1-a del Estatuto de Roma, concierne a la admisibilidad de una “situación”, mientras que el artículo 53-1-b del Estatuto, que reenvía al artículo 17 del mismo Estatuto, concierne a la admisibilidad de una “causa”, es decir, de un caso o asunto en concreto.

De esta manera, cuando el Fiscal considera la apertura de una investigación, debe al mismo tiempo tener previsto uno o varios asuntos potenciales en el contexto de la situación proyectada para la apertura de la investigación porque las situaciones no pueden ser consideradas en abstracto:

“(…) The Chamber considers, therefore, that since it is not possible to have a concrete case involving an identified suspect for the purpose of prosecution, prior to the commencement of an investigation, the admissibility assessment at this stage actually refers to the admissibility of one or more potential cases within the context of a situation (…).

It is also the Chamber’s opinion that the admissibility assessment, whether of actual or potential cases, cannot be conducted in the abstract (…)”¹²⁴⁹.

Por esta razón, el marco del artículo 53-1-b del Estatuto de Roma se refiere a dos análisis que deben ser abordados previamente por la Oficina del Fiscal: la complementariedad de la jurisdicción internacional frente a la acción judicial nacional

¹²⁴⁹ CPI, *Situation of Kenya*, ICC-01/09-19-Corr, *op. cit.*, párs. 48-49.

(arts. 17-1-a y 17-1-c del Estatuto de Roma) y la gravedad potencial de los asuntos (art. 17-1-d del Estatuto de Roma).

Debido a que el análisis de las causas (casos o asuntos) cae bajo el dominio del artículo 19 del Estatuto de Roma, la CPI tiene la obligación de efectuar el test de complementariedad relativo a la jurisdicción en cada caso potencial sometido a su competencia. Además, como el estudio de la complementariedad con respecto a la jurisdicción nacional concernida no puede efectuarse en abstracto, el artículo 53-1-b incluye un análisis de la gravedad potencial de la causa y un análisis de los elementos constitutivos de los crímenes potenciales que son susceptibles de activar la competencia complementaria de la CPI.

2.2.1. El test de complementariedad de la jurisdicción de la CPI

La CPI ha estimado que la deliberación del Fiscal, relativa a los hechos y a las personas estudiadas con miras a la apertura de investigaciones en asuntos potenciales, en esta etapa del procedimiento, puede ser cambiada como consecuencia de nuevas investigaciones y material probatorio. Sin embargo, la Oficina del Fiscal debe demostrar un conocimiento preliminar de las personas y grupos involucrados, así como de los hechos susceptibles de ser traducidos en casos futuros ante la CPI. En consecuencia, el Fiscal debe estudiar la acción judicial nacional respectiva para que la CPI pueda hacer una correcta valoración respecto de las investigaciones de la jurisdicción nacional terminadas y en curso¹²⁵⁰, debido a que una acción judicial nacional total o parcial vigorosa, puede eventualmente llevar a la CPI a rechazar la admisibilidad de la situación o declarar la inadmisibilidad de algunas causas, caso por caso¹²⁵¹.

Los casos potenciales, a este nivel del procedimiento, pueden ser igualmente susceptibles de recibir el trámite de aplicación del procedimiento del artículo 18 del Estatuto de Roma, es decir, ser reenviados a la competencia primaria del Estado bajo la supervisión del Fiscal y la mirada atenta de la Sala Preliminar pues, como es preciso recordar, el Estado detenta la competencia principal sobre los crímenes internacionales y la CPI mantiene en todo momento una vocación complementaria (art. 1 del Estatuto).

La CPI debe verificar la ausencia de activación de la jurisdicción nacional o, en su caso, debe determinar que el Estado concernido es incapaz o no tiene la voluntad

¹²⁵⁰ *Ibid.*, pár. 49.

¹²⁵¹ *Ibid.*, párs. 51-52.

necesaria de llevar a término las investigaciones y las causas. En este sentido, la Sala de Apelaciones de la CPI ha estimado que hay dos cuestiones que deben resolverse en primer lugar para determinar la admisibilidad, a saber: (1) si existen investigaciones o acusaciones relativas a la situación bajo examen; y (2) si existieron investigaciones y el Estado decidió no perseguir a las personas involucradas¹²⁵².

Cuando una de las dos cuestiones antes mencionadas puede responderse afirmativamente, corresponde a la CPI realizar el análisis de las dos hipótesis siguientes, es decir: (1) la ausencia de voluntad del Estado o (2) la ausencia de capacidad de acción de parte del Estado¹²⁵³.

Conforme al análisis de la CPI, la existencia de investigaciones y de acusaciones abiertas o cerradas indica una acción judicial nacional. No obstante, la verificación de la CPI exige descartar los casos de investigaciones defectuosas o de investigaciones adoptadas con el propósito de sustraer a la persona de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la CPI (art. 17-2 del Estatuto de Roma).

En el caso contrario, cuando no existen investigaciones o no han existido en un asunto concreto, es decir, cuando se verifica la inacción del Estado, la Sala de Apelaciones ha estimado que CPI no está obligada a preguntarse por la voluntad o la capacidad que “tendría” el Estado para asumir la causa, porque este tipo de valoraciones contraría el propósito del Estatuto de Roma de poner fin a la impunidad¹²⁵⁴.

Por su parte, la Sala Preliminar II en la situación de Kenia ha estimado que la verificación de la activación de la jurisdicción nacional puede llevarse a cabo solamente en el marco de los asuntos potenciales de interés para la Oficina del Fiscal para satisfacer la primera condición del artículo 53-1-b del Estatuto de Roma y, en este sentido, la Sala ha concluido que la existencia de investigaciones menores en el contexto de la “situación” bajo estudio no impide la activación de la competencia de la CPI¹²⁵⁵.

Este punto de la jurisprudencia de la CPI es de vital importancia para la situación de Colombia. En efecto, los estudios más recientes al respecto y el recuento

¹²⁵² CPI, Appeals Chamber (25 September 2009): *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-1497, Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case, párs. 75-78.

¹²⁵³ *Ibid.*, p. 78.

¹²⁵⁴ *Ibid.*, p. 79.

¹²⁵⁵ CPI, *Situation of Kenya*, ICC-01/09-19-Corr, *op. cit.*, p. 185.

hecho en la primera parte de este Capítulo dan cuenta de una actividad parcial vigorosa del poder judicial en materia de crímenes de lesa humanidad y, con menos acierto, en materia de crímenes de guerra¹²⁵⁶. Por lo tanto, otras perspectivas relativas a la incapacidad para perseguir algunos crímenes y, en particular, algunos criminales fuertemente anclados en los poderes públicos y al interior de la fuerza pública, podrían evaluarse, así como ciertas categorías de crímenes de mayor impacto en toda la historia del conflicto colombiano y en su etapa más reciente, a saber: el homicidio intencional, la desaparición forzada, la tortura y la toma de rehenes, según corresponda como crímenes de guerra y/o como crímenes de lesa humanidad, dejando a la jurisdicción nacional la importante tarea de juzgar y sancionar el grueso de los ejércitos, que superan, con mucho, en cantidad y en extensión de crímenes a las experiencias hasta ahora conocidas por la CPI.

2.2.2. El test de gravedad como condición de admisibilidad

La naturaleza de los crímenes bajo la competencia de la CPI corresponde a la de crímenes graves y el estudio de la gravedad como condición de admisibilidad es una garantía adicional para proteger a la jurisdicción internacional de investigaciones y asuntos periféricos¹²⁵⁷.

La Oficina del Fiscal debe considerar de modo general la gravedad de las causas potenciales en el contexto de la situación bajo investigación a través del examen: (1) de los grupos de personas que pueden ser susceptibles de investigaciones judiciales; y (2) de los crímenes que serían materia de investigación¹²⁵⁸.

En cuanto al primer elemento, el Fiscal debe proceder a efectuar una revisión general de los grupos y de las personas que tienen las más altas responsabilidades de los hechos criminales. El umbral de prueba debe ser compatible con el estadio preliminar de la investigación, es decir, se trata de un umbral bajo de prueba.

En cuanto al segundo elemento, la Sala Preliminar II en la situación de Kenia estimó que se refiere fundamentalmente a la gravedad de los crímenes cometidos en el marco temporal establecido para las investigaciones y, por consiguiente, debe ser

¹²⁵⁶ AMBOS, K., *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y Derecho Penal Internacional*, op. cit., Capítulo II. Test de complementariedad y en particular, pp. 179 y 180.

¹²⁵⁷ Véase un estudio completo acerca de la gravedad como componente de la naturaleza de los crímenes de guerra en el Capítulo I de esta investigación.

¹²⁵⁸ *Ibid.*, p. 50.

realizado un análisis recíproco entre los crímenes y el contexto en el cual han sido cometidos. Según la Sala, el análisis debe contener elementos cualitativos y cuantitativos, teniendo en cuenta que la dimensión cuantitativa no está necesariamente determinada por el número de víctimas, sino por las circunstancias de agravación o por factores relativos a los crímenes, que los hacen de una especial gravedad¹²⁵⁹. La CPI ha considerado, en este sentido, que las reglas 145-1-c- y 145-2-b-iv del Reglamento de Procedimiento y Prueba, relativas a la imposición de la pena, proporcionan algunos elementos que pueden guiar el análisis de la gravedad, entre los cuales puede contarse: la escala de la perpetración de los crímenes, la escala del perjuicio sufrido y el impacto individual y colectivo del crimen, la naturaleza de los crímenes cometidos y los medios empleados para su perpetración.

Sin embargo, la CPI hasta el momento ha asumido un enfoque global y un umbral de exigencia bajo en cuanto a la prueba que debe ser aportada por la Oficina del Fiscal relativa a la gravedad de los asuntos potenciales y, en este sentido, la Sala Preliminar II en la situación de Kenia consideró que el examen de la gravedad propiamente dicha corresponde al estudio de los asuntos *in concreto* una vez iniciada la investigación y asignado el caso. Como consecuencia de este enfoque jurisprudencial, el artículo 15-4 del Estatuto de Roma ve reducido su alcance pues, de hecho, éste reenvía a un estudio de la naturaleza de los crímenes susceptibles de ser casos potenciales de la CPI.

2.2.3. El artículo 15-4 del Estatuto del Estatuto de Roma: el fundamento suficiente para abrir una investigación de un asunto de la competencia de la CPI

Este análisis corresponde a los asuntos o causas potenciales sometidas a la competencia de la CPI cuando ésta considera que existen fundamentos razonables para creer que un crimen de su competencia ha sido cometido o se está cometiendo.

En la única Decisión pronunciada por la CPI en la materia, la Sala Preliminar II ha estimado que el análisis del artículo 53-1-a del Estatuto de Roma (fundamentos razonables para acusar) supone, de suyo, el análisis del artículo 15-4 del Estatuto de Roma. Por lo tanto, no es necesario abordar el análisis sobre el criterio material, a saber,

¹²⁵⁹ *Ibid.*, pár. 62.

sobre los tipos de crímenes presuntamente cometidos en la situación que ha sido materia de examen¹²⁶⁰.

En este punto, la opinión disidente del juez *Kaul* introdujo un enfoque particularmente interesante, que llama la atención sobre el hecho de que el estudio del “fundamento suficiente para abrir una investigación” de un asunto que “parece corresponder a la competencia de la Corte” se halla en el centro de la credibilidad de la justicia internacional penal de la CPI. Por lo tanto, el estándar de análisis del artículo 15-4 del Estatuto de Roma debe ser aplicado de modo estricto y equivalente a los análisis hechos de los otros numerales del artículo 15 del Estatuto de Roma y, particularmente, en lo que concierne a la competencia *ratione materiae*¹²⁶¹

El juez *Kaul* estimó que cuando el Fiscal descuida el análisis de los elementos materiales y contextuales de los crímenes o cuando el análisis de los fundamentos razonables (razones sustanciales o fundamentos suficientes) del Fiscal fueron abordados de un modo general y con un umbral de prueba bajo, corresponde a los jueces de la CPI establecer si los elementos contextuales de los crímenes presuntamente cometidos están probados, porque esto determina la naturaleza misma de la jurisdicción material de la CPI:

“(…) It is even more crucial to determine that there is a reasonable basis to believe that the contextual elements of crimes (...) appear to be present as it is this decisive element which triggers the jurisdiction of the Court, elevates the acts concerned, which otherwise would fall exclusively under the responsibility of national jurisdictions, to international crimes and sets aside considerations of State sovereignty.

Any other approach would mean that the Pre-Trial Chamber would authorize the commencement of investigations by the Prosecutor without having ascertained at this early stage, albeit against a quite low threshold, that the jurisdiction of the Court is triggered. In other words, should the Court adopt a generous approach in the evaluation of the material submitted and authorize the commencement of investigations, the Court could operate without having properly assessed jurisdiction”¹²⁶².

En este sentido, la remisión a los elementos contextuales supone una mirada al elemento general de definición de los crímenes internacionales, es decir, la circunstancia general de gravedad bajo la modalidad de un “ataque generalizado y sistemático”, cuya verificación se mantiene obligatoria para los crímenes de lesa humanidad, de genocidio y de agresión, y es facultativa para los crímenes de guerra, como ha quedado expuesto en la primera parte de este documento.

¹²⁶⁰ *Ibid.*, párs. 65-66.

¹²⁶¹ CPI, *Situation of Kenya*, Dissenting opinion, ICC-01/09-19-Corr, párs. 10 y 17.

¹²⁶² *Ibid.*, párs. 18-19.

Teniendo en cuenta, en primer término, que los crímenes internacionales bajo competencia de la CPI fueron concebidos como los más graves en la escala de los crímenes internacionales, a partir de los postulados de Núremberg y las prácticas convencionales y consuetudinarias en la materia¹²⁶³ y, en segundo término, que la unidad de naturaleza profunda de los crímenes del artículo 5 del Estatuto de Roma estriba precisamente en su gravedad particular¹²⁶⁴, se puede afirmar que la ausencia de un análisis de la gravedad centrado en el crimen y en el contexto del mismo, puede desnaturalizar la competencia de la CPI haciendo realidad las principales preocupaciones de los Estados detractores de las facultades de activación *proprio motu* durante los trabajos preparatorios: parcialidad e instrumentalización política¹²⁶⁵.

Aunque el análisis de la opinión disidente reposa sobre el elemento contextual del “ataque generalizado y sistemático” propia de los crímenes contra la humanidad (única categoría bajo estudio en la situación de Kenia), esta apreciación puede extenderse a la “intención de destruir, en todo o en parte, un grupo nacional, étnico, racial o religioso” para los actos de genocidio (art. 6 del Estatuto de Roma), a la “gravedad y la extensión” para los actos de agresión (art. 8 *bis* del Estatuto de Roma) y a la “existencia de un conflicto armado” para los crímenes de guerra (art. 8 del Estatuto de Roma).

Se hace necesario señalar que continúan perpetrándose crímenes de guerra y violaciones graves al Derecho Internacional de los derechos humanos que no entran en la jurisdicción de la CPI. De la misma manera, existen otros crímenes internacionales que escapan de la competencia de la CPI como quedó señalado en la Conferencia Diplomática de Kampala en 2010, donde algunos Estados presentaron propuestas para extender la competencia material de la CPI, por una parte, en el sentido de ampliar la lista de actos susceptibles de ser considerados crímenes de guerra (art. 8 del Estatuto de Roma) a otras conductas como el uso y almacenamiento de agentes, toxinas, equipos y vectores de armas bacteriológicas y tóxicas, así como de armas clásicas con efectos indiscriminados tales como las minas antipersonal¹²⁶⁶ y al “empleo o la amenaza de empleo de armas nucleares y de destrucción masiva”¹²⁶⁷ y, por otra parte, en el sentido

¹²⁶³ Informe CDI 1985, *op. cit.*, p. 14, párr. 63.

¹²⁶⁴ Informe CDI 1983, *op. cit.*, p. 14, párs. 46-48.

¹²⁶⁵ NU, doc. A/CONF/183/C.1/WGPM/L.1 (18-6-1998): *Working paper on article 54, op. cit.*, p. 2 y 5.

¹²⁶⁶ CPI, doc. ICC-ASP/8/43/Add.1 (10-11-2009), *op. cit.*, Anexo I, p. 4.

¹²⁶⁷ *Ibid.*, Anexo III, p. 11.

de ampliar el ámbito material del artículo 5 del Estatuto de Roma a otros crímenes internacionales, en particular, el “crimen de terrorismo”¹²⁶⁸ y el “crimen de tráfico internacional de droga”¹²⁶⁹.

Según se desprende, la responsabilidad de los Estados sigue siendo principal en la persecución y sanción de crímenes internacionales en general y de aquéllos que, en particular, atañen a la competencia de la CPI (arts. 1 y 17 del Estatuto de Roma). Esta afirmación debe considerar que el papel de la CPI no puede ser evaluado más allá de los compromisos interestatales y el impacto de la lucha internacional contra la impunidad en materia de crímenes internacionales bajo su jurisdicción sigue dependiendo en buena medida de la voluntad de los Estados, tal como lo señalan las conclusiones de Kampala, donde la CPI:

“1. Reconoce la responsabilidad primaria de los Estados de investigar y enjuiciar los crímenes más graves de trascendencia internacional;

2. Subraya el principio de complementariedad establecido en el Estatuto de Roma y hace hincapié en las obligaciones que el Estatuto de Roma impone a los Estados Partes;

3. Reconoce la necesidad de adoptar las medidas adicionales que procedan en el plano nacional y de intensificar la asistencia internacional con miras a enjuiciar eficazmente a los autores de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional;

4. Señala la importancia de que los Estados Partes tomen medidas eficaces en el plano nacional a fin de implementar el Estatuto de Roma;

5. Reconoce la conveniencia de que los Estados se presten ayuda mutua para fortalecer su capacidad interna a fin de asegurar que la investigación y enjuiciamiento de los crímenes graves de trascendencia para la comunidad internacional puedan tener lugar a nivel nacional (...)”¹²⁷⁰.

2.3. APROXIMACIÓN A LAS MODALIDADES DE EJERCICIO DE LA COMPETENCIA COMPLEMENTARIA DE LA CPI EN LA SITUACIÓN DE COLOMBIA

El Estatuto de Roma es un sistema de dos pilares: la CPI y los Estados Partes y la cooperación de los Estados Partes, sin perjuicio de las obligaciones generales que impone directamente del Estatuto de Roma, está basada en acuerdos y arreglos complementarios de asistencia operacional, de apoyo político general y de coordinación permanente. La cooperación es por naturaleza dinámica y depende del volumen de trabajo de la CPI, sin embargo, el “sistema de prestación” de la cooperación ha venido

¹²⁶⁸ *Ibid.*, Anexo IV, p. 13.

¹²⁶⁹ *Ibid.*, Anexo VI, p. 17.

¹²⁷⁰ CPI, doc. RC/Res.1 (8-6-2010), *op. cit.*, p. 1.

construyéndose a partir de cuestiones de naturaleza general y estructural en las que los Estados Partes responden según su capacidad y sus contextos nacionales¹²⁷¹. De esta manera, la cooperación entre los Estados Partes y entre los Estados Partes y la CPI, son fundamentales para la realización de los objetivos trazados por el Estatuto de Roma y para adopción de formas dinámicas y eficientes de complementariedad¹²⁷².

Los artículos 86 a 102 del Estatuto de Roma regulan la cooperación internacional y la asistencia judicial entre los Estados Partes y la CPI¹²⁷³. Este compendio contiene las reglas sustantivas y de procedimiento que enmarcan las relaciones internacionales en el ámbito de la competencia de la CPI y se encuentra ampliamente desarrollado en el Reglamento de Procedimiento y Prueba, cuyas reglas 176 a 197 tratan de la cooperación internacional y la asistencia judicial¹²⁷⁴, además de las reglas 178 a 225 relativas a la ejecución de la pena¹²⁷⁵.

La cooperación de los Estados Partes y la CPI tiene una naturaleza mixta, es decir, comparte elementos de una cooperación horizontal propia de las relaciones interestatales y elementos de una cooperación vertical propia de las relaciones supranacionales¹²⁷⁶. En este sentido, la cooperación se desarrolla en todo su contenido a través de múltiples mecanismos tendientes al logro de los fines del Estatuto de Roma¹²⁷⁷.

La voluntad de cooperación de los Estados se manifiesta en dos sentidos. En primer lugar, la cooperación se expresa a través del cumplimiento de las obligaciones generales que impone el Estatuto de Roma, es decir, la adopción de leyes y

¹²⁷¹ CPI, doc. ICC-ASP/6/21 (19-10-2007): *Report of the Bureau on cooperation in the Sixth session, Assembly of States Parties of the International Criminal Court*, 25 págs., (en adelante: “CPI, doc. ICC-ASP/6/21 (19-10-2007)”), párs. 12, 18 y 39.

¹²⁷² CPI, doc. ICC-ASP/8/Res.2 (26-11-2009): *Cooperación, resolución aprobada por consenso en la 8ª sesión plenaria de la Asamblea de Estados Partes de la Corte Penal Internacional*, 3 págs., p. 16.

¹²⁷³ Para un estudio completo de esta materia, véase, por ejemplo: KREB, C., (coord.), “Part 9. International cooperation and judicial assistance”. En: O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observer’s notes Article by Article*, 2nd edition, 2008, München, C. H. Beck, Hart, Nomos, 1954 págs., pp. 1503-1646.

¹²⁷⁴ HARHOFF, F.; MOCHOCHOKO, P., “International Cooperation and Judicial Assistance”. En: R. S. Lee (ed.), *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, 2001, New York, Transnational Publishers, 857 págs., pp. 637-671.

¹²⁷⁵ PROST, K., “Enforcement”. En: R. S. Lee (ed.), *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, 2001, New York, Transnational Publishers, 857 págs., pp. 673-702.

¹²⁷⁶ QUESADA ALCALÁ, C., *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*, 2005, Valencia, Tirant lo Blanch, 589 págs., pp. 399-402.

¹²⁷⁷ HARHOFF, F.; MOCHOCHOKO, P., “International Cooperation and Judicial Assistance”, *op. cit.*, p. 638.

procedimientos relativos a todas las formas de cooperación previstas en el Estatuto de Roma (art. 88), la ratificación del Acuerdo de privilegios e inmunidades de los funcionarios de la CPI y la adopción de la legislación adecuada para investigar y perseguir los crímenes de competencia de la CPI. En segundo lugar, la voluntad de cooperación se refleja en la construcción de nuevas líneas de cooperación e intercambio de experiencias tendientes a mejorar el impacto de las jurisdicciones nacionales de los Estados Partes en la lucha contra la impunidad de los crímenes internacionales¹²⁷⁸.

Con miras a la Conferencia Diplomática de Revisión, Colombia indicó una serie de medidas que han sido adoptadas para el cumplimiento de las obligaciones generales¹²⁷⁹, pese a lo cual, algunas cuestiones ligadas a la voluntad política en el legislativo han impedido la adopción de una ley que incorpore las modalidades de cooperación entre el Gobierno nacional y la CPI. En cuanto a los acuerdos y arreglos complementarios, éstos no han sido aún explorados a pesar de su potencialidad y su importancia para hacer efectiva la “complementariedad positiva” que la CPI ha venido promoviendo más allá del sometimiento de situaciones a su competencia.

2.3.1. Marco jurídico de las obligaciones generales de cooperación entre la CPI y la República de Colombia

Las medidas estipuladas en el Estatuto de Roma son un conjunto de obligaciones mínimas que los Estados aceptan y garantizan al convertirse en Partes. El Capítulo IX del Estatuto define los tipos de cooperación judicial que la CPI puede pedir, y los Estados Partes están obligados a asegurar la existencia de procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación en el derecho interno (art. 88), así como a cooperar plenamente con la CPI en relación con las investigaciones y los enjuiciamientos (art. 86). El Capítulo X se refiere a la cooperación para la ejecución de las penas. La misma obligación puede extenderse a los Estados no Partes cuando la situación en su territorio ha sido trasladada a la Corte por resolución del Consejo de Seguridad en el marco del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, como sucede actualmente con Sudán y Libia.

¹²⁷⁸ CPI, doc. ICC-ASP/9/24 (17-11-2010): *Report of the Bureau on cooperation, Ninth session, Assembly of States Parties of the International Criminal Court*, 4 págs.

¹²⁷⁹ CPI, doc. ICC-RC-POA2010-COL-SPA (5-5-2010): *Memorando DIDHD- 26027/0473 de respuesta del Estado colombiano al cuestionario enviado el 9 de abril mediante nota número ICC-ASP/S/PA/07, por parte de la Secretaría Permanente de la Asamblea de Estados Partes del Estatuto de Roma referente a la legislación de aplicación del Estatuto*, 5 págs., (en adelante: “CPI, doc. ICC-RC-POA2010-COL-SPA (5-5-2010)”).

En Colombia, la reforma del artículo 93 de la Constitución Política permitió incorporar al derecho interno la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales y la pena perpetua para los crímenes de la competencia de la CPI, la Ley 742 de 2002 incorporó al cuerpo normativo nacional el Estatuto de Roma y la Ley 1268 de 2008 introdujo al ordenamiento jurídico los Elementos de los Crímenes y el Reglamento de Procedimiento y Prueba de la CPI.

En el marco de los deberes de cooperación que impone el Estatuto de Roma, el Estado colombiano firmó el Acuerdo sobre los privilegios e inmunidades de la CPI en Colombia, incorporándolo a la normativa nacional a través de la Ley 1180 de 2007¹²⁸⁰.

El contenido material del Acuerdo fue revisado por el máximo tribunal constitucional, quien constató que, en el marco del artículo 48 del Estatuto de Roma (privilegios e inmunidades), el Acuerdo constituye una garantía de la independencia judicial de la CPI en el territorio colombiano como órgano supranacional y que tal garantía armoniza con las disposiciones de la Constitución Política¹²⁸¹ sobre la independencia y neutralidad del poder judicial colombiano (art. 228 de la Constitución Política).

La importancia del marco jurídico de las obligaciones generales del Estatuto de Roma estriba precisamente en la posibilidad de materializar el trabajo de la CPI sobre el terreno, a través de lo que la CC ha entendido como un equilibrio entre la soberanía nacional y el reconocimiento de los principios del Derecho Internacional aceptados por Colombia (art. 9 de la Constitución Política)¹²⁸².

Sin embargo, el marco jurídico de cooperación y asistencia judicial está basado fundamentalmente, de modo genérico, en el artículo 484 del Código de Procedimiento Penal, que contempla un principio general de cooperación en materia Internacional Penal para efectos probatorios y de detención y entrega:

“Principio general. Las autoridades investigativas y judiciales dispondrán lo pertinente para cumplir con los requerimientos de cooperación internacional que les sean solicitados de conformidad con la Constitución Política, los instrumentos internacionales

¹²⁸⁰ Ley 1180 de 2007, de 31 de diciembre, “*Por medio de la cual se aprueba el ‘Acuerdo sobre los Privilegios e Inmunidades de la Corte Penal Internacional’, hecho en Nueva York, el 9 de septiembre de 2002*”, Congreso de la República de Colombia, Diario oficial 46858.

¹²⁸¹ CC, Sala Plena (26 de noviembre de 2008): *Revisión de constitucionalidad del “Acuerdo sobre los Privilegios e Inmunidades de la Corte Penal Internacional, hecho en Nueva York el 9 de septiembre de 2002” y la Ley aprobatoria No. 1180 del 31 de diciembre de 2007*, Sentencia C-1156/08, Sentencia de constitucionalidad, pár. 5. 2.

¹²⁸² *Ibid.*

y leyes que regulen la materia, en especial en desarrollo de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. (Subrayado fuera del texto)

Parágrafo. El requerimiento de una persona, mediante difusión o circular roja, a través de los canales de la Organización Internacional de Policía Criminal INTERPOL, tendrá eficacia en el territorio colombiano. En tales eventos la persona retenida será puesta a disposición del despacho del Fiscal General de la Nación, en forma inmediata.

La Fiscalía General de la Nación comunicará inmediatamente al Ministerio de Relaciones Exteriores para lo pertinente y librará, en término no superior a dos (2) días hábiles, la orden de captura con fines de extradición si fuere del caso, a tenor de lo dispuesto en el artículo 509 de este código”.

Por lo tanto, el alcance de la cooperación internacional y la asistencia judicial entre la CPI y la República de Colombia continúa siendo del resorte gubernamental, en ausencia de legislación específica adoptada en la materia y cualquier modalidad de cooperación debe tramitarse por vía diplomática¹²⁸³.

De hecho, la decisión final pertenece al poder ejecutivo del Estado pues en todo caso, de no llegar a acuerdo, éste puede rechazar la demanda de cooperación, asumiendo las consecuencias que pueda traer una valoración indiciaria de sus motivaciones en razón de las circunstancias de contexto¹²⁸⁴.

Este punto debe ser materia de reflexión pues algunos temas como el “acuerdo modelo” para la ejecución de la pena¹²⁸⁵, el convenio general para el traslado de detenidos¹²⁸⁶ y en general, la cooperación internacional y asistencia técnica del Capítulo IX del Estatuto de Roma deben ser integrados a la legislación colombiana y el Estado ha contraído obligaciones generales convencionales en la materia (art. 88 del Estatuto de Roma)¹²⁸⁷.

La ausencia de procedimientos y estructuras adecuadas para responder satisfactoriamente a las peticiones de la CPI y la ausencia de una estructura de enlace nacional entre la CPI y el Estado que vaya más allá de las relaciones diplomáticas, son factores que dificultan el establecimiento de un mecanismo de coordinación permanente que pueda reaccionar con eficiencia a las peticiones futuras de la CPI¹²⁸⁸.

¹²⁸³ CPI, doc. ICC-RC-POA2010-COL-SPA (5-5-2010), *op. cit.*, p. 5.

¹²⁸⁴ BUJOSA VADELL, L. M., *La cooperación procesal de los Estados con la Corte Penal Internacional*, 2008, Barcelona, Atelier Libros Jurídicos, 517 págs., p. 269

¹²⁸⁵ CPI, doc. ICC-ASP/8/44 (15-11-2009): *Report of the Bureau on cooperation, Eighth session, Assembly of States Parties of the International Criminal Court*, 30 págs., (en adelante: “CPI, doc. ICC-ASP/8/44 (15-11-2009)”), párs. 61-66.

¹²⁸⁶ CPI, doc. ICC-ASP/6/21 (19-10-2007), *op. cit.*, párs. 43 y 45, recomendación 19.

¹²⁸⁷ CPI, doc. ICC-ASP/8/44 (15-11-2009), *op. cit.*, párs. 15-16.

¹²⁸⁸ CPI, doc. ICC-ASP/6/21 (19-10-2007), *op. cit.*, párs. 3 y 4.

2.3.2. Acuerdos y arreglos complementarios para el cumplimiento de los propósitos del Estatuto de Roma

De acuerdo a los informes de la CPI en materia de cooperación, en el plano interno, se hace imperativa la designación de una estructura de coordinación institucional de los asuntos relativos a la CPI, dotada de recursos suficientes y de la autoridad necesaria.

La CPI ha sugerido que las estructuras nacionales responsables de temas de Derecho Internacional Humanitario pueden ejecutar esta labor¹²⁸⁹. En el caso colombiano, el Programa Presidencial de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario (PPDH-DIH), a cargo de la Vice-presidencia de la República, podría adaptar su mandato y con ello, contribuir a la armonización de las obligaciones del Estado en la materia, evitando la creación incesante de comisiones y estructuras que agregan nuevos peldaños a la burocracia interna para el tratamiento de los crímenes internacionales.

Entre las cuestiones prioritarias, la estructura de coordinación nacional podría promover la unificación de criterios jurídicos de actuación en materia Internacional Penal¹²⁹⁰ y el seguimiento a las labores de cooperación que puedan ser necesarias en el marco de las funciones de la CPI. Entre las cuestiones prioritarias podrían considerarse: la resolución de conflictos entre distintas entidades nacionales en materia de víctimas y testigos asociados a procesos por crímenes de guerra y de lesa humanidad y, en general, el contacto expedito con los funcionarios de la CPI como mecanismo consultivo, de intercambio de información y de construcción de experiencias de cooperación en pro del fortalecimiento del mandato de la CPI. En esta materia, el PPDH-DIH ya cuenta con una experiencia importante en asocio al Programa de protección del Ministerio del Interior y Justicia y el Ministerio de Relaciones Exteriores, para efectos de la competencia de la Corte IDH y la ejecución y seguimiento de medidas cautelares y sentencias¹²⁹¹.

¹²⁸⁹ CPI, doc. ICC-ASP/8/44 (15-11-2009), *op. cit.*, párs. 29 y 32.

¹²⁹⁰ Algunas labores de investigación en la materia que realizan los diferentes centros universitarios en el país podrían verse incentivadas, en particular, los estudios de derecho comparado en doctrina y jurisprudencia internacional para superar los límites de la acción penal asociados a la imputación de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, así como la confusión conceptual en torno a los elementos de los crímenes a través de una base nacional unificada.

¹²⁹¹ CPI, doc. ICC-ASP/6/21 (19-10-2007), *op. cit.*, párs. 1-5 y 28, recomendación 8.

La cooperación entre Estados Partes continúa siendo fuertemente recomendada por la CPI y no ha sido desarrollada en el caso colombiano¹²⁹². Todos los Estados de América del Sur son Parte del Estatuto de Roma y algunos arreglos en materia de reubicación de testigos y víctimas (autorizaciones de residencia por cuestiones humanitarias y visados de urgencia), ejecución de sentencias y de residencia vigilada para personas puestas temporalmente en libertad, entre otros, pueden ser vitales no sólo para el cumplimiento de las labores de la CPI¹²⁹³, sino para una adecuada administración de justicia en Colombia en materia de crímenes internacionales de la competencia de la CPI. De hecho, el poder judicial colombiano se ve confrontado a serios problemas de protección de víctimas, custodia de la prueba y ejecución de sentencias y, en este sentido, la cooperación sub-regional podría ser considerada como *ultima ratio*, sin que esto suponga pasar por alto el examen acerca de las consecuencias de perturbación social y emocional que causa el desarraigo¹²⁹⁴.

La utilidad de explorar acuerdos bilaterales con los países vecinos y a nivel de estructuras sub-regionales como UNASUR y la CAN¹²⁹⁵ sobre temas de asistencia judicial mutua en materia penal y otras materias afines en el marco del Estatuto de Roma, podría verse reflejada en una participación vigorosa de la sub-región en los procesos contra criminales de guerra y de lesa humanidad, en la perspectiva de una salida futura al conflicto armado interno colombiano que afecta a menudo las relaciones diplomáticas con los países vecinos y enrarece las relaciones internacionales en toda la sub-región.

En este sentido, las actividades bilaterales y multilaterales del Estado colombiano en el continente pueden promover y apoyar las tareas de la CPI a través de propuestas específicas tendientes a reforzar las capacidades nacionales de la justicia, no sólo desde el plano de la formación y la información, sino fundamentalmente desde la creación de infraestructuras y redes de soporte técnico y asistencia judicial basada en el Capítulo IX del Estatuto de Roma¹²⁹⁶.

¹²⁹² *Ibid.*, párs. 20-21.

¹²⁹³ *Ibid.*, párs. 21-22, 37 y recomendaciones 5 y 16.

¹²⁹⁴ CPI, doc. ICC-ASP/8/44 (15-11-2009), *op. cit.*, pág. 90.

¹²⁹⁵ La Unión Suramericana de Naciones (UNASUR) reagrupa los 14 países de América del Sur; la Comunidad Andina de Naciones (CAN) reagrupa a Colombia, Ecuador, Bolivia y Perú.

¹²⁹⁶ ICC-ASP/8/44 (15-11-2009), *op. cit.*, pág. 66. La CPI ha sugerido acuerdos bilaterales para la construcción de prisiones de alta seguridad, equipamiento y formación de personal con miras a la ejecución de sentencias. La sub-región puede plantearse una extensión del ámbito a la ejecución de sentencias dictadas por tribunales nacionales (como Colombia) por crímenes de guerra, de lesa

Los Estados Partes del Estatuto de Roma en América del Sur, incluido el Estado colombiano, no juegan un papel activo de cooperación en el marco de las situaciones y las causas que se encuentran actualmente bajo competencia de la CPI, pues, como lo ha señalado esta corporación, en los temas relativos a protección de testigos, víctimas y sus familias, así como en la ejecución de sentencias y de libertades condicionales, es altamente recomendable que la reubicación se produzca en un entorno cultural similar, para el caso, en el entorno africano¹²⁹⁷. Por el contrario, en la situación de Colombia los Estados de la sub-región están llamados a jugar un papel determinante. Por lo tanto, los acuerdos y arreglos complementarios que puedan llevarse a cabo en la materia, están directamente asociados al fortalecimiento de la CPI y son una señal importante del cumplimiento de los deberes de los Estados Partes. En esta medida, tales esfuerzos podrían ser apoyados por otros Estados Partes del Estatuto de Roma a través de proyectos de cooperación para el fortalecimiento institucional del poder judicial o en el marco del proyecto de la Oficina del Fiscal de la CPI “*Office’s network of law enforcement agencies* (LEN)” que prevé, entre otras cuestiones, la negociación de apoyo financiero a favor del poder judicial ante organismos internacionales financiadores¹²⁹⁸.

2.3.3. La complementariedad positiva aplicada a la situación de Colombia

La CPI ha estimado que la fase de exámenes preliminares por parte de la Oficina del Fiscal en algunas situaciones ofrece posibilidades de disuasión delictiva. Aunque todas las situaciones bajo seguimiento no se conocen, siete de ellas se han hecho públicas, incluida la situación de Colombia, con el objetivo de contribuir a la prevención de nuevos crímenes¹²⁹⁹. No obstante, los efectos de prevención general disuasiva no han sido significativos en la situación de Colombia, por lo tanto, parece necesario abordar otros mecanismos capaces de honrar el contenido del Estatuto de Roma.

humanidad y genocidio, en el marco del artículo 5 del Estatuto de Roma y sobre la base de los principios de cooperación y complementariedad.

¹²⁹⁷ CPI, doc. ICC-ASP/6/21 (19-10-2007), *op. cit.*, pág. 21.

¹²⁹⁸ CPI, doc. ICC-ASP/8/44 (15-11-2009), *op. cit.*, párs. 51-52; CPI, doc. OTP (1-2-2010), *op. cit.*, pág. 17.

¹²⁹⁹ CPI, doc. ICC-ASP/8/44 (15-11-2009), *op. cit.*, párs. 35-36. Las situaciones bajo examen preliminar que se encuentran desclasificadas (hasta febrero de 2011) son: Afganistán, Colombia, Georgia, Guinea, Kenia, Costa de Marfil y Palestina.

Durante la Conferencia Diplomática de Kampala en 2010, los Estados Partes reconocieron la necesidad de adoptar medidas adicionales en el plano nacional y de intensificar la asistencia internacional con miras a enjuiciar eficazmente a los autores de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional. De la misma manera, la Conferencia alentó a la CPI, a los Estados Partes y a otras partes interesadas a estudiar nuevas formas de aumentar la capacidad de las jurisdicciones nacionales para investigar y enjuiciar los crímenes graves¹³⁰⁰.

Según este planteamiento, la complementariedad de la CPI está llamada a trascender su papel residual de *ultima ratio* en materia judicial penal, para convertirse en una herramienta que facilite el fortalecimiento de las capacidades de la justicia nacional, como garantía del cumplimiento de los objetivos del Estatuto de Roma:

“Under the system of complementarity, much of the work done toward achieving the goals of the Statute may take place in national systems around the world. Thus, the number of cases that reach the Court or its judicial proceedings should not be the sole or even decisive measure of its effectiveness. On the contrary, increasing numbers of genuine investigations and trials at the national level may well illustrate the successful functioning of the Rome system as a whole”¹³⁰¹.

En esta línea de análisis, los Estados Partes han alentado al sistema de las Naciones Unidas a coordinar esfuerzos en la lucha contra la impunidad, fortaleciendo la justicia ordinaria para prevenir soluciones alternativas ambiguas o casos de mercadeo judicial en materia de crímenes internacionales:

“As described in the Prosecutorial Strategy for 2009-2012, the UN Peace Building Commission could be one avenue to pursue such complementary efforts, ensuring that the international donor community adopt a policy of engagement in favour of justice efforts, not disengagement, while ensuring at the same time that such efforts seek to complement the ICC, instead of promoting ambiguous ‘alternative solutions’ or encouraging ‘Court shopping’ ”¹³⁰².

En este sentido, el Proyecto de estrategia de enjuiciamiento 2009-2012 de la Oficina del Fiscal de la CPI reforzó su enfoque basado en: (1) la complementariedad positiva; (2) enfocado en investigaciones y causas selectivas; (3) con el propósito de maximizar el impacto del trabajo de la Fiscalía; y (4) basado en el interés de las víctimas¹³⁰³.

¹³⁰⁰ CPI, doc. RC/Res.1 (8-6-2010), *op. cit.*, párs. 3, 5, 8 y 9.

¹³⁰¹ CPI, doc. OTP (14-9-2006): *Report on Prosecutorial Strategy, The Office of the Prosecutor of the International Criminal Court*, 11 págs., p. 15.

¹³⁰² CPI, doc. ICC-ASP/8/44 (15-11-2009), *op. cit.*, p. 52.

¹³⁰³ CPI, doc. OTP (1-2-2010): *Prosecutorial Strategy 2009-2012, The Office of the Prosecutor of the International Criminal Court*, 18 págs., (en adelante: CPI, doc. OTP (1-2-2010)), p. 15.

La complementariedad positiva nace de la responsabilidad primaria de los Estados en la persecución y sanción de los crímenes internacionales (art. 1 del Estatuto de Roma) y ha sido definida por la Oficina del Fiscal como un enfoque proactivo de las políticas de la CPI en materia de cooperación, tendiente a promover y reforzar los procedimientos nacionales en materia de crímenes graves:

“The **positive approach to complementarity** means that the Office will encourage genuine national proceedings where possible, including in situation countries, relying on its various networks of cooperation, but without involving the Office directly in capacity building or financial or technical assistance (...)”¹³⁰⁴.

Con este propósito, las relaciones entre el Estado colombiano y la CPI, podrían superar la etapa de la comprensión y la integración de la CPI en la administración nacional así como las labores de formación, sensibilización e información acerca del mandato de la CPI, o de información general sobre los antecedentes de la situación de Colombia¹³⁰⁵, las cuales han sido desplegadas de modo amplio y suficiente en el contexto nacional colombiano desde 2002 por vía institucional y no gubernamental.

Los intercambios prioritarios entre la CPI y el Estado podrían abordar la asistencia judicial, directa o indirecta a través de la cooperación judicial y policial de otros Estados Partes, en los procesos que se adelantan ante la justicia nacional en materia de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad (art. 93-10 del Estatuto de Roma). La CPI podría prestar importantes asesorías con miras a la creación de protocolos de actuación claros y unificados en materias diversas como el procedimiento, la participación de las víctimas y los testigos, la publicidad del proceso penal por crímenes internacionales, la administración del Fondo fiduciario, la congelación de activos y la perturbación general de las redes de apoyo de la empresa criminal, entre otras¹³⁰⁶.

Este proceso debería estar centrado en la justicia ordinaria y, en particular, en la UNDH-DIH así como en los juzgados de circuito especializados, que son los órganos competentes para conocer los crímenes de guerra, de lesa humanidad y genocidio, con el fin de superar las situaciones de justicias paralelas de naturalezas ambiguas y excepcionales y, de este modo, extender el impacto de la administración de justicia sobre el conjunto de crímenes internacionales, incluidos los crímenes de guerra y al conjunto de las organizaciones comprometidas, beneficiando al grueso de la sociedad.

¹³⁰⁴ *Ibid.*, pág. 17 (negrillas en el texto).

¹³⁰⁵ CPI, doc. ICC-ASP/6/21 (19-10-2007), *op. cit.*, pág. 28, recomendación 10 y párs. 29-30.

¹³⁰⁶ *Ibid.*, párs. 32 y 34, pág. 38, recomendación 15 y párs. 40-42.

La CPI cuenta con la experticia necesaria para acompañar la reconstrucción y la selección de los equipos responsables de hacer los estudios de seguridad y prestar seguridad a víctimas, testigos, detenidos y sus familiares, en Colombia. Esta labor de rediseño es prioritaria pues las instituciones responsables de esta labor han visto disminuida su credibilidad por haberse descubierto vínculos directos de sus más altos funcionarios con la empresa criminal, dando como resultado la perpetración de nuevos crímenes contra las personas puestas bajo su protección¹³⁰⁷.

La CPI dispone de una base de datos que contiene la legislación de aplicación de todos los Estados Partes. El uso eficiente de este recurso por parte del legislativo nacional puede generar mejorías importantes en la calidad de las leyes proyectadas en materia de cooperación y asistencia judicial, cuya adopción debería considerarse como prioritaria¹³⁰⁸.

El Reglamento de la CPI contempla la posibilidad de que los Estados envíen expertos gubernamentales a título gratuito y la CPI permite la posibilidad de realizar visitas profesionales remuneradas hasta de 6 meses¹³⁰⁹. En este sentido, el Estado colombiano podría incentivar entre los funcionarios del poder judicial este tipo de experiencias a través de la figura de la excedencia laboral, garantizando una base geográfica amplia de procedencia y de género que no aumente los problemas de centralización y de sub-representación femenina que ya padece el sistema nacional. Para este propósito es indispensable la promoción e incentivos para el aprendizaje de una de las lenguas de trabajo de la CPI (inglés o francés), porque la barrera lingüística sigue siendo una limitante a nivel de acceso al trabajo de la CPI y a nivel del conocimiento mismo que la CPI tiene de la situación de Colombia.

La CPI podría tomar nota de la experiencia de la CIDH-OEA en el asunto *Fujimori*, para promover el trabajo mancomunado de los expertos de la sub-región en

¹³⁰⁷ Las instituciones responsables de esta labor son el Departamento Administrativo de Seguridad DAS y la Policía Nacional. Como se ha mostrado en la primera parte de éste Capítulo, el ex director del DAS y otros altos funcionarios han participado de la conformación de grupos paramilitares y han entregado información privilegiada acerca de víctimas y testigos, los cuales posteriormente han sido asesinados. El ex comandante de la Policía Nacional Mario Montoya Uribe también ha sido señalado en versiones libres de antiguos paramilitares. Véase, entre otros: PGN, “Destituido e inhabilitado por 18 años, ex director del DAS Jorge Noguera Cotes”, *op. cit.*, p. Noticias 2007.

¹³⁰⁸ CPI, doc. ICC-ASP/6/21 (19-10-2007), *op. cit.*, pár. 19; CPI, doc. ICC-ASP/8/44 (15-11-2009), *op. cit.*, párs. 15-18. La base de datos es accesible desde el sitio oficial de la CPI (*Legal tools/Outils juridiques*) o desde la base de datos de la Universidad de Nottingham.

¹³⁰⁹ CPI, doc. ICC-ASP/8/44 (15-11-2009), *op. cit.*, párs. 55-58.

casos de particular importancia que se encuentren bajo la competencia de jueces nacionales colombianos¹³¹⁰.

A pesar de la importancia potencial de la complementariedad positiva, la Fiscalía de la CPI no prevé este enfoque en todas las etapas del proceso ni como asistencia técnica directa. La CPI podría explorar otros enfoques de complementariedad positiva, en particular, en las etapas de los juicios adelantados por la jurisdicción nacional y a través de la asistencia técnica de la División de Ayuda a Víctimas y Testigos.

La distancia geográfica entre la sede de la CPI y Colombia tiene consecuencias innegables en materia financiera y de acceso a la información, las cuales se agregan a la barrera lingüística en materia de acceso a los trabajos de la CPI.

Más allá de los esfuerzos por realizar visitas de cortesía o actualización del examen preliminar, podría explorarse el uso sostenido de recursos tecnológicos como herramienta para una mayor y mejor asistencia y seguimiento de los avances y límites de la jurisdicción nacional en materia de persecución y sanción de los crímenes de competencia de la CPI.

2.4.4. La complementariedad sancionadora y la activación selectiva de la competencia de la CPI

El Estatuto de Roma tiene por mandato el conocimiento de los crímenes más graves que afectan el conjunto de la comunidad internacional y en el marco de la situación de Colombia, algunas causas podrían ser consideradas como prioritarias y otros casos podrían ser dejados desde la fase de instrucción a la competencia de los tribunales nacionales, como ha venido ocurriendo en la situación de la RDC¹³¹¹.

Debido a que la estrategia de acusación de la Fiscalía de la CPI tiende a enfocarse sobre los casos más graves en el marco de una situación¹³¹², podría plantearse una estrategia basada en los artículos 18 y 53-1-b del Estatuto de Roma, para el ejercicio de una complementariedad judicial penal efectiva que sea favorable a la lucha contra la impunidad.

¹³¹⁰ Véase una referencia a esta experiencia en el Capítulo III de esta investigación.

¹³¹¹ *Ibid.*, pág. 53; *Ibid.*, pág. 18.

¹³¹² CPI, doc. OTP (1-2-2010), *op. cit.*, pág. 19.

2.4.4.1. El uso probable del artículo 18 del Estatuto de Roma

En la situación de Colombia, artículo 18 del Estatuto de Roma es aplicable en la hipótesis de la activación de la complementariedad judicial penal de la CPI a través del sometimiento voluntario por el Estado Parte (art. 13-a del Estatuto de Roma) o a través de la activación de la competencia de la CPI *proprio motu* (arts. 13-c y 15 del Estatuto de Roma)¹³¹³.

Aunque los sistemas penales normalmente no asignan funciones judiciales en esta etapa del procedimiento¹³¹⁴, el Estatuto de Roma abre la posibilidad de reenviar las causas al Estado Parte previa demanda del mismo (art. 18-2 del Estatuto de Roma) y, con ello, plantea un espectro interesante de cooperación entre la CPI y el Estado, que hasta ahora no ha sido explorado.

De hecho, este reenvío no es opcional para el Fiscal, pero la Fiscalía conserva la posibilidad de retomar la competencia en todo momento, con lo cual, el Estado mantiene una alta presión sobre su obligación de resultados en el marco de un ejercicio jurisdiccional justo, independiente y efectivo (art. 18-5 del Estatuto de Roma). Por su parte el Fiscal mantendrá su deber de supervisión en la medida en que debe proveer un informe razonado a la Sala Preliminar sobre los motivos que le impulsan a mantener la competencia nacional o a retomar la competencia, en caso de cambio de circunstancias derivadas de la incapacidad o la falta de voluntad del Estado (art. 18-3 del Estatuto de Roma). La facultad de reenvío de asuntos por parte de la CPI al Estado concernido es una consecuencia necesaria de su papel complementario y de la plaza principal de la competencia estatal en materia criminal.

Esta primacía de la soberanía de los Estados supone su voluntad para ejercer el poder punitivo y en este sentido, el Fiscal puede hacer uso de su poder discrecional pero se encuentra sometido a la autoridad superior de la Sala Preliminar y de la Sala de Apelaciones de la CPI (arts. 18-3 y 18-4 del Estatuto de Roma) para evitar que su acción sobre determinados Estados pueda estar fundada en motivaciones políticas¹³¹⁵.

¹³¹³ El artículo 18 del Estatuto de Roma no puede aplicarse en caso de la activación de la competencia por parte del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (art. 14 del Estatuto de Roma).

¹³¹⁴ NTANDA NSEREKO, D., “Article 18. Preliminary ruling regarding admissibility”, En: O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observer’s notes Article by Article*, 2nd edition, 2008, München, C. H. Beck, Hart, Nomos, 1954 págs., pp. 627-637, p. 628.

¹³¹⁵ *Ibid.*, p. 629.

El doble filtro de supervisión mantiene la presión y evita desviaciones de poder de todas las Partes. La posibilidad del Fiscal de solicitar, a título excepcional, las medidas necesarias para recolectar o preservar elementos de prueba que no estarán disponibles con posterioridad (art. 18-6 del Estatuto de Roma), contribuiría ampliamente a evitar la desviación del curso de las investigaciones nacionales. Como garantía para el Estado colombiano, cuando el Fiscal alegue un cambio de circunstancias deberá probarlo en debida forma¹³¹⁶ y tanto el Fiscal como el Estado conservan la posibilidad de hacer uso del recurso de alzada ante cualquier eventualidad relevante (arts. 18-4 y 18-7 del Estatuto de Roma).

2.4.4.2. El uso probable del artículo 53-1-b del Estatuto de Roma

En estricta relación con el artículo 18 del Estatuto de Roma, las disposiciones del artículo 53-1-b del mismo Estatuto permiten al Fiscal determinar cuáles casos, dentro de la situación bajo a examen, deben ser materia de la competencia de la CPI¹³¹⁷.

De hecho, conforme a la regla 48 del Reglamento de Procedimiento y Prueba, el Fiscal debe considerar los factores del artículo 53-1 del Estatuto de Roma a fines de establecer los fundamentos razonables para activar la competencia de la CPI *proprio motu*, en particular previendo que el Estado pudiera demandar la competencia en virtud del artículo 18 del mismo Estatuto de Roma¹³¹⁸. En este marco, la regla 104 del Reglamento de Procedimiento y Prueba incorpora al procedimiento del artículo 53 del Estatuto de Roma los criterios de análisis del artículo 15-2 del mismo Estatuto, es decir, exige al Fiscal un análisis de la seriedad de la información basado en fuentes contrastadas.

Por lo tanto, la activación de la competencia judicial penal de la CPI puede venir acompañada de una selección de los casos más emblemáticos y de aquellos acusados que tienen funciones de poder al más alto nivel en las instituciones privadas y públicas

¹³¹⁶ *Ibid.*, p. 633.

¹³¹⁷ BERGSMO, M.; KRUGEN, P., “Article 53. Initiation of an investigation”, *op. cit.*, p. 1071.

¹³¹⁸ La propuesta de Francia, durante los trabajos preparatorios del Estatuto de Roma, en el sentido de que la cuando el Fiscal examine la apertura de una investigación deba acogerse a las reglas del artículo 53 del Estatuto de Roma, fue implementada a través de la regla 48 del Reglamento de Procedimiento y Prueba. Esta obligación fue ratificada por la Sala Preliminar II en la Decisión sobre la situación de Kenia. En: FRIMAN, H., “Investigation and Prosecution”, *op. cit.*, p. 495; CPI, doc. PCNICC/1999/WGRPE/RT.1* (23-2-1999): *Discussion paper proposed by the coordinator, Part 5 of the Rome Statute: Investigation and Prosecution*, 2 págs., p. 1; CPI, *Situation of Kenya*, ICC-01/09-19-Corr, *op. cit.*, pár. 20.

nacionales. Esta elección podría estar basada en el impacto real sobre la democracia nacional y sobre las instituciones de derecho, derivado de la perpetración de crímenes por parte de personas investidas de poder legítimamente otorgado, aunada a otros factores como la extensión de los crímenes cometidos y el *modus operandi* que, por separado, no pueden determinar objetivamente la gravedad en la situación de Colombia, dada la magnitud cualitativa y cuantitativa de atrocidades cometidas¹³¹⁹.

Con todo, es importante tener en cuenta que la Fiscalía de la CPI se rige por un doble principio de obligatoriedad y discrecionalidad.

En este sentido, el principio de obligatoriedad de la actividad de la Fiscalía de la CPI sólo es predicable del ejercicio de su actividad conforme a principios estrictamente jurídicos y técnicos que prohíben la arbitrariedad y prevén un sistema de controles legales. Por el contrario, el principio de discrecionalidad en la actividad de la Fiscalía de la CPI, es por esencia un ejercicio de discrecionalidad política, que involucra criterios de conveniencia y oportunidad en el desarrollo de su actividad¹³²⁰. La limitación de la discrecionalidad en la actuación de la Oficina del Fiscal de la CPI fue el fruto de la voluntad de los Estados para impedir decisiones fundadas en maniobras políticas (arts. 15-3, 15-4, 17-1-d, 53-1-c, 53-2-c)¹³²¹. Sin embargo, esta discrecionalidad continúa manifestándose en la elección de los intereses generales que pueden merecer prioridad así como en el contenido adjudicado por la Oficina del Fiscal al “interés de la justicia” o a los “intereses de las víctimas”¹³²².

Para el profesor *Olásolo*, en virtud del artículo 53 del Estatuto de Roma, el principio de discrecionalidad no reglada constituye el principio rector de las decisiones de la Fiscalía, como se constata en la organización interna de la Oficina del Fiscal y en la discrecionalidad jerarquizada que rige la toma de decisiones de éste órgano¹³²³.

En este sentido, la aplicación del principio de discrecionalidad de la Oficina del Fiscal es un factor determinante de la evolución en el tratamiento de la situación de Colombia ante la CPI y la elección del nuevo Fiscal en 2011 puede ser una oportunidad para explorar nuevas perspectivas de cooperación y la complementariedad.

¹³¹⁹ CPI, doc. OTP (1-2-2010), *op. cit.*, p. 20.

¹³²⁰ OLÁSULO, H., *Corte Penal Internacional ¿Dónde investigar?*, 2003, Valencia, Tirant lo Blanch, 645 págs., p. 296.

¹³²¹ *Ibid.*, pp. 296 y 306.

¹³²² CPI, doc. OTP (1-2-2010), *op. cit.*, p. 22.

¹³²³ OLÁSULO, H., *Corte Penal Internacional ¿Dónde investigar?*, *op. cit.*, p. 307.

CONCLUSIONES

1. En 1945, con el Tribunal de Núremberg, la comunidad internacional asistió a la consolidación del concepto de los “crímenes de guerra” aplicado a los conflictos armados internacionales. En 1995, el TPIY tomó nota de la evolución del Derecho Internacional Penal para confirmar, en el asunto *Tadic*, la interdicción consuetudinaria de ciertas conductas en el marco del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra relativo a los conflictos armados internos. En 1998, el TPIR hizo lo propio, en el asunto *Akayesu*, con respecto a las conductas prohibidas del artículo 4 del Protocolo II adicional. La constatación del carácter consuetudinario del respecto a “las leyes y los usos” de guerra, abrió paso a la construcción de la imputación por crímenes de guerra y a la sanción, como consecuencia de la responsabilidad penal individual, en todo tipo de conflictos armados.

La evolución del Derecho Internacional Penal ha estado directamente vinculada a la historia reciente. El siglo XX estuvo atravesado por conflictos armados de naturaleza múltiple y los crímenes perpetrados ofendieron profundamente la dignidad humana, sentando las bases para la lucha contra la impunidad como imperativo moral de nuestro tiempo. En respuesta, el siglo XXI fue anunciado por las Naciones Unidas como una oportunidad para la democracia y el afianzamiento de los valores fundamentales de la humanidad, a partir de la prevención de los conflictos armados y la construcción de una paz durable¹³²⁴. En este marco se instaló el paradigma de la justicia internacional penal y, con este propósito, se desarrolló el entramado jurídico del Derecho Internacional Penal en el Estatuto de Roma.

La adaptación de conceptos del Derecho Internacional y del Derecho Penal de los Estados, dio como resultado la delimitación del contenido de los crímenes internacionales más graves, entre ellos los crímenes de guerra, la construcción de teorías de la responsabilidad internacional penal del individuo y de modalidades de jurisdicción competente. Sin embargo, la relación entre la existencia de dispositivos jurídicos y de jurisdicción en materia de crímenes internacionales y su aplicación efectiva no es lineal,

¹³²⁴ CS, doc. S/PRST/1999/34 (30-11-1999): *La función del Consejo de Seguridad en la prevención de los conflictos armados, Declaración del Presidente del Consejo de Seguridad*, 4 págs.; NU, doc. A/54/2000 (27-3-2000): *Nosotros los pueblos: la función de las Naciones Unidas en el siglo XXI, Informe del Secretario General*, 63 págs., (en adelante: “NU, doc. A/54/2000 (27-3-2000)”), párs. 198-206.

pues intervienen otros factores que pueden distorsionar los principios de protección y prevención general.

2. En materia de la responsabilidad internacional penal del individuo, el Derecho Internacional Penal ha desarrollado importantes teorías que han sido fuente de incertidumbre y debate. La ampliación del principio de legalidad penal está basada en la simplicidad de las interdicciones que contiene el Derecho Internacional Penal, reconocidas más allá de los Estados y más allá de la duda razonable. La ampliación del concepto de responsabilidad individual es producto de la constatación de que los crímenes internacionales son perpetrados por complejas empresas criminales, con objetivos comunes, jerarquías, división del trabajo y alta capacidad de reemplazo de los autores de los elementos materiales de los crímenes.

La aplicación de estas teorías de la responsabilidad penal no es exclusiva de la justicia internacional penal y, con el propósito de sancionar a los más altos responsables por crímenes de lesa humanidad, los tribunales nacionales de América del Sur, incluidos los tribunales colombianos, han venido haciendo uso de la teoría del control sobre el crimen. En este sentido, dos reflexiones parecen pertinentes acerca de la aplicación de las teorías de la responsabilidad internacional penal a nivel general y, en particular, en el derecho interno colombiano.

En primer lugar, no se debe perder de vista que la concentración en la responsabilidad penal del individuo puede socavar un enfoque estatal centrado en el deber de protección y un enfoque internacional centrado en la responsabilidad internacional del Estado. La institución que puede prevenir los crímenes de guerra y proteger los derechos de las víctimas, con mayor y mejor impacto, es el Estado. La justicia internacional penal se enfoca exclusivamente en la responsabilidad del individuo. Por lo tanto, la justicia internacional puede subestimar los contextos y las causas subyacentes a los abusos cometidos a gran escala, cuyo diagnóstico es indispensable a la formulación de políticas de prevención, no repetición y resolución del conflicto. Si la protección es el objetivo, la justicia internacional penal no es el instrumento más idóneo pues su objeto es la eventual sanción penal de los crímenes cometidos. En este caso, el Estado y las instituciones capaces de proteger deben ser solidariamente responsables frente a la puesta en marcha de políticas de prevención efectivas antes de que los crímenes se cometan.

En segundo lugar, la aplicación de teorías de la responsabilidad internacional penal en el Derecho Penal colombiano debe tomar atenta nota de los peligros que puede ocasionar la deriva de la teoría del control sobre el crimen a favor de la teoría del “derecho penal del enemigo”, que privilegia la obtención de resultados y la eficacia, en detrimento de la seguridad, del principio de individualidad y de las garantías jurídicas de los individuos. En el contexto del conflicto armado interno colombiano, este tipo de dispositivos de análisis en materia penal profundizaría una mezcla autoritaria en el marco del régimen democrático.

3. La formulación de un núcleo de crímenes particularmente graves (*core crimes*) centrados en los derechos intangibles, cuya garantía de protección es absoluta, ha creado una jerarquía con respecto al resto del *corpus* de los crímenes internacionales. En este marco, la incorporación de los crímenes de guerra no es una transposición simple de las infracciones graves al Derecho Internacional de los conflictos armados.

Los crímenes de guerra guardan una unidad profunda de naturaleza que comparten con los crímenes de lesa humanidad, el genocidio y los actos de agresión, en el marco del artículo 5 del Estatuto de Roma, dada la extrema gravedad de las conductas que sancionan y su impacto contra la paz y la seguridad de la humanidad. Estos cuatro crímenes tienen un contenido penal, una dosificación punitiva y una jurisdicción internacional para su enjuiciamiento. De la misma manera que los crímenes de lesa humanidad y los actos de genocidio se distinguen de otros ataques a los valores fundamentales de humanidad, los crímenes de guerra y los actos de agresión se distinguen de otros atentados contra el *jus in bello* y el *jus ad bellum*, y los cuatro, como crímenes internacionales de máxima gravedad, se diferencian de otras categorías de crímenes internacionales que protegen otros intereses humanos¹³²⁵.

Por este motivo, la sanción de conductas y de casos considerados de una forma aislada en el derecho interno desnaturaliza el crimen internacional, restándole importancia a la vasta red de crímenes que antecede a las grandes ofensas. Esta práctica jurídica tampoco favorece la identificación de acciones nacionales e internacionales de prevención que podrían proteger efectivamente a la población contra violencias futuras.

¹³²⁵ El profesor *Bassiouni* ha agrupado los crímenes internacionales en categorías según el interés superior que protegen con la salvedad de que algunos crímenes protegen múltiples intereses: *jus ad bellum*, *jus in bello*, protección de valores de humanidad, protección contra la violencia y el terror y protección de valores sociales y culturales. Véase: BASSIOUNI, C., *Introduction to International Criminal Law*, op. cit., pp. 123-124.

4. Entre 1949 y 1998, habría sido posible eliminar los crímenes de guerra del grupo de los crímenes más graves, si se hubiera detectado una dualidad innecesaria, por ejemplo, dada la existencia de los crímenes de lesa humanidad, que pueden ser cometidos en tiempos de paz como en tiempos de conflicto armado. Esta eliminación por razones similares habría sido posible igualmente en 2010, en el marco de la Conferencia Diplomática de los Estados Partes de la CPI en Kampala. Nunca ha habido una sugerencia y mucho menos una conclusión en este sentido y las razones de la existencia de los crímenes de guerra en el Derecho Internacional Penal, aunque múltiples, pueden sintetizarse en tres aspectos fundamentales.

Primero, los crímenes de guerra sancionan una ofensa diferente a la sancionada por otros crímenes internacionales. Los crímenes de guerra van más allá de la sanción contra la trasgresión de “las leyes y los usos” de guerra para situarse como una afrenta a la dignidad individual y colectiva de la humanidad en tiempos de guerra. El hecho de participar de alguna manera en los esfuerzos de la guerra, supone un mayor poder sobre la vida, la muerte y los derechos más preciados del ser humano y, por lo tanto, una mayor responsabilidad de quienes allí participan. No es ajena la afirmación de que las armas son un instrumento de poder, tampoco puede negarse que la contribución en los esfuerzos de la guerra a través de una organización es una herramienta de poder que pone en estado de inferioridad a todo aquel que no participa directamente de las hostilidades o que ha dejado de participar en ellas. Por lo tanto, la imputación por crímenes de guerra es una sanción al agravio causado contra la humanidad entera por quienes, valiéndose de una organización armada o para lograr un objetivo común de guerra, actúan de modo criminal.

Segundo, los crímenes de guerra establecen límites trazados por el conjunto de la humanidad, que no pueden ser trasgredidos aún en tiempos de conflicto armado. La lucha por el poder no puede acometerse al precio de la dignidad humana y este principio ha sido trazado de vieja data por el Derecho Internacional como preocupación humanitaria universal. Los conflictos armados en el sentido general del término, son derivas de conflictos políticos no resueltos, que involucran disputas ideológicas, económicas, culturales y sociales. En consecuencia, la perpetración de actos criminales distintos a la confrontación armada en sí misma, y cometidos con el objetivo de alcanzar una ventaja sobre la Parte enemiga, ha sido expresamente prohibida por el Derecho Internacional desde finales del siglo XIX y se encuentra proscrita en las leyes

fundamentales de humanidad de nuestro tiempo. Más allá de la humanización de la guerra a la que hace referencia el Derecho Internacional de los conflictos armados, el Derecho Internacional Penal ha considerado imperativo sancionar la guerra sucia.

Tercero, los crímenes de guerra son una apuesta contra la banalización de los conflictos armados. El sistema de las Naciones Unidas diagnosticó en la Asamblea del Milenio la proliferación de los conflictos armados internos como uno de los desafíos más importantes para la paz y la seguridad de la humanidad en el siglo XXI¹³²⁶. De hecho, la misma reflexión estuvo presente durante todo el proceso de elaboración de los crímenes internacionales del otrora Código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996, finalmente retomado en el Estatuto de Roma. Esta apuesta tiene en cuenta el hecho de que los contextos de conflicto armado son más propensos a la perpetración de crímenes más allá de los crímenes de guerra, en particular, los crímenes de lesa humanidad y los actos de genocidio. Por lo tanto, la sanción de los crímenes de guerra es, en sí misma, un ejercicio de prevención general contra la proliferación de otros crímenes internacionales de similar entidad.

5. Más allá de la unidad conceptual en torno a la gravedad, los crímenes de guerra contienen una serie de elementos constitutivos que le son propios. Los elementos materiales de los crímenes por sí mismos no permiten distinguir entre un crimen de guerra, un acto de genocidio, un crimen de lesa humanidad, un acto de agresión o un delito común. El elemento de intencionalidad introduce una primera distinción. No obstante, aún a este nivel pueden presentarse confusiones de incriminación, que sólo pueden ser resueltas por los elementos contextuales de los crímenes de guerra. Por lo tanto, la existencia y naturaleza del conflicto armado, la conciencia general del autor sobre este hecho y el nexo entre la conducta y el conflicto armado, son elementos determinantes de la singularidad de los crímenes de guerra.

Según se desprende, la identificación de los elementos contextuales de los crímenes perpetrados en medio de un conflicto armado no es un ejercicio trivial sin consecuencias, debido a que el contexto y los móviles determinan la imputación. Lo anterior no significa, de ninguna manera, que el ejercicio de constatación de los elementos contextuales sea un acto político o que su constatación esté vedada al poder judicial. Por el contrario, la constatación de los elementos contextuales de los crímenes de guerra es la consecuencia de un ejercicio probatorio de verificación objetiva. La

¹³²⁶ NU, doc. A/54/2000 (5-9-2000), *op. cit.*, párs. 193-194.

labor del operador judicial no emite juicio político de valor sobre las Partes en conflicto o sobre la naturaleza legítima o ilegítima de sus objetivos. La constatación de los elementos contextuales es, ante todo, un ejercicio jurídico de definición del contexto de conflicto armado dentro de los elementos del acto imputado, como reducción progresiva del acervo probatorio a un conjunto de proposiciones jurídicas bajo la forma de hechos probados, que va más allá de la visión que cada una de las Partes en conflicto tenga de sí misma y, por supuesto, más allá de la visión que el operador judicial tenga del conflicto armado.

Sobre este particular, algunas reflexiones parecen necesarias en la situación de Colombia, donde los crímenes de guerra han sido objeto de un estudio tardío que contrasta con la extensión y la escala a que han sido perpetrados. Varias razones se oponen a la adopción de una teoría interna unificada en materia de crímenes de guerra, fundamentalmente, razones de orden conceptual y político.

En primer lugar, los crímenes de guerra son de adopción reciente en el Derecho Penal colombiano y las discusiones teóricas en la materia, aún en la actualidad, ocupan una plaza de tercer nivel frente a otros crímenes profundamente estudiados, como los crímenes de lesa humanidad y la variante nacional de genocidio político. Paradójicamente, la perpetración de estos crímenes también ha tenido lugar en el contexto y con ocasión del conflicto armado interno que todavía sufre Colombia.

Adicionalmente, puede apreciarse una confusión teórica entre las infracciones graves al Derecho Internacional de los conflictos armados y los crímenes de guerra, que se traduce en una deriva de los crímenes de guerra en delitos comunes. La jurisprudencia nacional no ha ahondado en la sensible diferencia entre la imputación por delitos comunes y la imputación por crímenes de guerra frente a una misma conducta punible, y ha desarrollado un análisis jerarquizado que privilegia a los crímenes de lesa humanidad frente a los crímenes de guerra, apartándose del espíritu, de la letra y del alcance del Estatuto de Roma y del Derecho Internacional Penal.

En segundo lugar, la barrera que se opone con más fuerza a la efectividad del cuerpo jurídico responsable de perseguir y sancionar los crímenes de guerra es la confusión basada en la “creencia” de la falta de competencia del poder judicial para examinar y constatar la existencia de los elementos contextuales de los crímenes de guerra y, en general, para constatar de modo sistemático y coherente la existencia de sus

elementos constitutivos, en escenas del crimen que, a menudo, coinciden con crímenes de lesa humanidad.

La adopción de los Elementos de los Crímenes del Estatuto de Roma a través de la Ley 1280 de 2008 ha pasado desapercibida para la doctrina y la jurisprudencia colombianas. El derecho interno adolece de una ausencia de sistematización de los elementos materiales y contextuales de los crímenes de guerra y puede hacer uso exhaustivo de los Elementos de los Crímenes del Estatuto de Roma, no sólo por disposición de la Ley sino por el hecho de que el artículo 93 de la Constitución Política de Colombia prevé una transposición directa de las materias sustanciales del Estatuto de Roma y los Elementos de los Crímenes son fuente primaria por disposición expresa del artículo 21 del Estatuto, de conformidad con la interpretación realizada por la CPI.

En el mismo sentido, la teoría del concurso de infracciones en caso de crímenes internacionales, no ha sido abordada por la jurisdicción nacional y se subestima la importancia de decretarlo. Ninguna disposición de principios generales, de derecho convencional o consuetudinario, o de interpretación jurisprudencial, autoriza un tratamiento jerárquico entre dos categorías de normas de *jus cogens*¹³²⁷ a favor de los crímenes de lesa humanidad y en detrimento de los crímenes de guerra. En la situación de Colombia, adicionalmente, se pone de manifiesto que el contexto natural de la perpetración de los crímenes internacionales se refiere a un conflicto armado interno y la gravedad, como expresión de un plan o política o de la perpetración de los crímenes a gran escala, es un elemento común de la definición a todos los crímenes internacionales bajo competencia de la CPI. Es necesario recordar, además, que la CPI ha venido utilizando con frecuencia la figura del concurso de infracciones con pluralidad de acusados.

El manejo que se hace de la existencia y naturaleza del conflicto armado colombiano y sus consecuencias por parte del poder ejecutivo nacional en los planos interno e internacional, a través de la diplomacia de post-conflicto, agrava el ocultamiento de los crímenes de guerra y este mensaje se reproduce masivamente, distorsionando el conocimiento y la apropiación de la sociedad colombiana acerca del

¹³²⁷ “Neither conventions nor the writings of scholars establish a hierarchy among international crimes, except with respect to jus cogens crimes which have a higher status than those whose prohibitions are not considered peremptory norms of international law”. En: BASSIOUNI, C., *Introduction to International Criminal Law*, op. cit., p. 118-199.

Derecho Internacional de los conflictos armados y del Derecho Internacional Penal relativo a los crímenes de guerra.

Desde 2006, la posición del poder ejecutivo, que no reconoce el rearme efectivo de las estructuras paramilitares y les asigna la categoría de delincuencia organizada, ha deteriorado el poder de prevención de la norma, ocultando la naturaleza de los nuevos crímenes de guerra cometidos por estos grupos armados. El análisis de los documentos y testimonios disponibles en el presente, permite suponer que el paramilitarismo pasa por un nuevo proceso de reingeniería, que ha venido privilegiando los homicidios selectivos, el constreñimiento (amenaza, extorsión), la violencia sexual y el desplazamiento forzado, entre otros crímenes de guerra. La innovación más importante para este período ha sido la disimulación de la intencionalidad del crimen de homicidio, a través del uso de instrumentos y métodos de delincuencia común y otros métodos simuladores de muertes naturales. Por ello, el país se ve enfrentado a una creciente sofisticación de las lógicas de la violencia y a la urbanización progresiva de los crímenes de guerra que, por otra parte, no son reconocidos como tal por el operador judicial nacional.

6. En el plano de la voluntad del Estado colombiano, la adopción del Estatuto de Roma, la incorporación de los crímenes de guerra en el Código Penal y de las disposiciones del Derecho Internacional de los conflictos armados en los manuales militares, dan muestra de una adecuada disposición institucional para la prevención de los crímenes de guerra. No obstante, la labor legislativa no garantiza por sí misma la aplicación de la ley, pues es necesario un trabajo coherente de las instituciones, al margen de justicias de excepción que erosionan la capacidad de respuesta de la justicia ordinaria frente a los crímenes de guerra y otros crímenes graves. La aplicación de la justicia transicional, en un contexto de conflicto armado, es una débil e insatisfactoria respuesta frente a crímenes que escapan al ámbito de sus competencias. Estos instrumentos subestiman la necesidad de respuestas institucionales unificadas que ataquen, al más alto nivel, las estructuras organizadas del crimen que producen el daño.

En este sentido, las tensiones entre la justicia ordinaria y la justicia de excepción deben resolverse a favor de la justicia ordinaria nacional, como única garantía para el fortalecimiento de las instituciones democráticas. El derecho interno colombiano contiene dispositivos constitucionales que permiten la apertura de diálogos y negociaciones de paz como salida futura al conflicto armado interno, pues la propia

Constitución Política en vigor es producto del diálogo y la negociación. Sin embargo, estos escenarios no pueden confundirse con soluciones ambiguas de alternatividad o de ‘*Court shopping*’ aplicadas a crímenes atroces, que no garantizan la paz e intentan forzar una reconciliación improbable en medio de la guerra. En el mismo sentido, el estudio de la eficacia de la justicia nacional en materia de crímenes internacionales debe centrarse en la justicia ordinaria y no puede ser reducido al estudio de leyes de excepción.

En materia estatal colombiana, los esfuerzos por ejecutar una política coherente de restitución de tierras y de retorno a los territorios y garantizar la expresión pública y legítima de opiniones y posiciones políticas (ejes centrales del conflicto armado), dan muestras de una voluntad de prevención institucional de los crímenes de guerra. Los problemas de diligencia y de incapacidad asociados a la captura del Estado por parte de la empresa criminal no pueden ser asimilados a una quiebra del Estado o de su poder judicial. De hecho, las instituciones han dado muestras recientes de una disposición importante a la persecución y sanción de los crímenes internacionales que merece ser fortalecida.

7. Partiendo de la superación de los enfoques teóricos que desestiman el deber de constatación de los elementos constitutivos de los crímenes de guerra, la justicia ordinaria podrá centrar sus esfuerzos en la construcción de una estrategia unificada de investigación en materia de crímenes de guerra y otros crímenes internacionales. Para ello, el poder judicial colombiano puede adaptar algunos patrones establecidos por la justicia internacional penal relativos a la extensión de los crímenes, las modalidades de perpetración, los móviles comunes a la organización criminal y la forma como los crímenes contribuyeron al logro de los objetivos criminales propuestos, entre otros. Estos factores, han sido desarrollados ampliamente por la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* y por la jurisprudencia de la CPI.

Con el objetivo de perseguir y sancionar los crímenes de guerra en Colombia, la administración de justicia debe considerar cuatro postulados fundamentales relativos a los crímenes internacionales: (1) la contribución a la verdad histórica a través de la reconstrucción de una verdad procesal coherente; (2) la sanción basada en principios de proporcionalidad, equidad y reintegración a la sociedad; (3) la reparación, entendida en sus aspectos morales y materiales, de dignificación de las víctimas, de restitución de sus bienes, en particular la tierra, y de expiación de graves responsabilidades de cara a la

sociedad; y (4) la ejecución de la pena basada en la reconstrucción del tejido social y las garantías de no repetición del crimen.

8. La justicia penal colombiana puede y debe contar con la academia colombiana que durante décadas ha estudiado conscientemente el conflicto armado interno, sus protagonistas, los patrones de conducta de los perpetradores de crímenes internacionales, sus móviles y sus formas de organización, entre otros. Esto no significa que la justicia deba documentar el conflicto armado colombiano, labor que corresponde a la sociedad. Sin embargo, ésta debe acercarse al contexto para poder definir los crímenes de guerra y debe acercarse a la responsabilidad colectiva de las atrocidades cometidas para poder determinar la responsabilidad individual. Esta tarea no es nada simple y, en el contexto del conflicto armado, la justicia colombiana debe ser especialmente cuidadosa para no caer en la sustitución de los elementos probatorios por el conocimiento del contexto general. En consecuencia, la justicia ordinaria debe dejar plena constancia de su papel como auxiliar, no como eje central, en la construcción de la memoria colectiva.

Como puede colegirse, la adopción de una teoría unificada en materia de crímenes de guerra también está sujeta a la discusión en torno a la construcción de la verdad histórica pues, razones de orden político se oponen a que la verdad procesal contribuya de modo eficaz y esto se debe, fundamentalmente, a la continuidad del conflicto armado. No deja de ser sintomático que durante las versiones libres de los postulados a procesos de desarme, la alusión a altos responsables involucrados en la empresa criminal siga siendo marginal y en su mayoría se refiera a personas muertas. Como contra-evidencia de esta verdad procesal, las víctimas y los testigos sobrevivientes, algunos de ellos en el exterior, conocen los nombres y los rostros de los perpetradores que continúan formando parte de las estructuras de poder y gozan de plena salud.

9. En el plano internacional, la situación de Colombia continúa siendo ampliamente conocida por los órganos competentes en materia de derechos humanos y Derecho Internacional de los conflictos armados y, paradójicamente, ha sido sólo parcialmente estudiada en el marco del Derecho Internacional Penal, debido al uso de paradigmas no adaptados al conflicto armado colombiano, así como a decisiones de discrecionalidad política.

Refiriéndose a los conflictos africanos, el profesor *Tshiyembe* afirmó en 2006 que “la paz civil es un proyecto de sociedad democrática inscrito por la guerra en un nuevo pacto social para un Estado de derecho”¹³²⁸. En Colombia, el Estado de derecho existe y es producto de un pacto social que no dio como resultado la paz civil. En este sentido, una afirmación se hace necesaria: el conflicto armado colombiano y los crímenes de guerra que tienen ocurrencia no pueden ser analizados con el prisma africano.

La situación de Colombia no comparte la historia de descolonización, las características de exterminios étnicos, la regionalización del conflicto armado o los desenlaces de los conflictos armados africanos. El conflicto armado colombiano, ha girado en torno a la tenencia de la tierra, la población de territorios y el ejercicio de derechos políticos, desde sus inicios y hasta el presente, con mayores o menores transformaciones durante más de cinco décadas, producto de su degradación.

En la situación de la RDC, los grupos armados insurgentes participaron en un largo y complejo proceso de paz que incluyó la incorporación de muchos de ellos en las fuerzas armadas del Estado y, pese a las acciones armadas disidentes actuales, el conflicto armado nunca se extendió a todo el territorio nacional. En la situación de Colombia, la extensión del conflicto armado a todo el territorio nacional ha sido uno de los factores determinantes de la inversión de la pirámide rural-urbana de Colombia. Por otro lado, en Colombia los procesos de desarme de 2003 y hasta el presente no han involucrado a los grupos insurgentes, las fuerzas armadas nacionales no han sido reformadas y los grupos paramilitares que han participado del desarme se han venido rearmando con una alta capacidad de reemplazo. Adicionalmente, en la situación de Colombia, la antigüedad del conflicto armado y su expansión a todo el territorio nacional han generado una serie de simbiosis de la empresa criminal que se mantienen activas al más alto nivel de los poderes públicos y las fuerzas armadas del Estado en los planos nacional, regional y local, más comparable con la estructura de la empresa criminal en la antigua Yugoslavia, cuya situación es de competencia del TPIY.

El poder de persuasión delictiva que tuvo el anuncio de la apertura de investigación y las órdenes de detención en la situación de Uganda, tampoco es equiparable con los anuncios de la CPI en materia de investigaciones preliminares en la

¹³²⁸ TSHIYEMBE, M, “Nature et dynamique de la conflictualité africaine”. En: D. Bangoura; E. Fidiéck A Bidias (dirs.), *L’Union Africaine et les acteurs sociaux dans la gestion des crises et des conflits armés*, 2006, París, L’Harmattan, 194 págs., pp. 32-49, p. 38 (traducción no oficial).

situación de Colombia. En la situación de Uganda, cuyo conflicto armado ha afectado el norte del país, después de las negociaciones de 2007 en Juba, una paz relativa se mantiene, aunque los líderes del LRA continúen en fuga ante las órdenes de detención de la CPI. Por su parte, la intensidad de la confrontación armada en Colombia durante 2010 es sólo una muestra de la continuidad del conflicto en todo el territorio nacional¹³²⁹, cuyos actores se muestran poco persuadidos por la investigación preliminar de la CPI.

La situación de la República Centroafricana, bajo conocimiento de la CPI corresponde a un conflicto armado que afecta una región del país, alimentado por tropas pertenecientes a un tercer Estado. El conflicto armado en la situación de Colombia sigue siendo de naturaleza interna, a pesar de las continuas tensiones fronterizas y de la presencia de militares de los Estados Unidos de América en el territorio nacional y no se puede hablar de un conflicto armado internacionalizado, pues sus actores son fundamentalmente nacionales colombianos actuando dentro de las fronteras del país.

Las situaciones de Sudán y Libia tampoco guardan similitudes con la situación de Colombia debido a los componentes étnicos y religiosos del exterminio en la región sudanesa de Darfur y a la represión del régimen autoritario en la Jamahiriya árabe Libia. En la situación de Colombia, los ataques contra los pueblos autóctonos y las minorías afrodescendientes están directamente asociados a la tenencia de la tierra y no guardan relación étnica directa, aunque puedan presentarse casos de discriminación racial. El componente religioso no juega ningún papel en el conflicto armado, en la medida en que las Partes en conflicto, de amplio ancestro católico, oran al mismo Dios antes de matar. De otro lado, la situación de Colombia nunca ha hecho parte de la agenda del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

La situación de Colombia ha superado ampliamente el umbral de gravedad de la situación de Kenia y de la situación de Libia. Adicionalmente, en el caso colombiano, los perpetradores al más alto nivel de la empresa criminal no se hallan perpetuados físicamente en el poder y las inmunidades funcionales, que eventualmente pueden ser reconocidas a favor de quienes actúan como agentes del Estado, no juegan ningún papel frente a la capacidad de sanción que ha demostrado el poder judicial colombiano.

¹³²⁹ La confrontación armada entre enero y septiembre de 2010 produjo 1855 “bajas” de la fuerza pública entre muertos y heridos. Véase: CARACOL, “Colombia “está ganando la guerra en el aire, pero en la infantería las FARC lo supera””. *Caracol noticias*, 1 de diciembre de 2010, Bogotá, Edición digital, p. Noticias-Nación. En: <http://m.caracol.com/noticias/nacion/articulo-199084-colombia-esta-ganando-la-guerra-el-aire-la-infanteria-farc-supera> (consultado: 7-2-2011).

10. En todas las situaciones bajo estudio de la CPI hasta el presente, los crímenes de guerra de mayor extensión y perpetrados con mayor frecuencia, excepción hecha de los homicidios intencionales en persona protegida, son los actos de violencia y esclavitud sexual, de reclutamiento o alistamiento de menores y los actos de saqueo.

En la situación de Colombia, el aumento en el nivel de confrontación armada ha venido acompañado de un crecimiento diversificado de los crímenes de guerra, pues la infracción y las modalidades de perpetración varían conforme a la estrategia de guerra de las Partes en conflicto. Entre 2002 y 2006 se privilegió el homicidio múltiple en persona protegida bajo la modalidad de masacres, la tortura, las órdenes de no dar cuartel, el desplazamiento forzado, y la toma de rehenes, entre otros crímenes de guerra. Entre 2006 y 2010 los homicidios intencionales en persona protegida bajo la modalidad de homicidios selectivos y ejecuciones extrajudiciales tomaron las plazas más importantes. En cambio, a partir de 2010 se percibe un repunte del desplazamiento forzado, la tortura, los homicidios selectivos contra líderes, el constreñimiento al apoyo bélico y los ataques indiscriminados. Otros crímenes de guerra que producen víctimas prioritarias para el Derecho Internacional Penal, como el reclutamiento o alistamiento de menores de 15 años y la violencia sexual, han sufrido un incremento importante, sin llegar a constituir crímenes preponderantes. El homicidio intencional bajo modalidades múltiples, la tortura, el desplazamiento forzado y la toma de rehenes, como crímenes de guerra, así como la desaparición forzada como crimen de lesa humanidad, podrían ser considerados como los crímenes “rectores” del conflicto armado colombiano.

A diferencia de todas las situaciones bajo estudio de la CPI, en la situación de Colombia, sólo a partir de 1 de noviembre de 2009 es posible para la CPI activar su competencia en materia de crímenes de guerra. Por lo tanto, la CPI podría abordar nuevos enfoques de cooperación y complementariedad que tengan en cuenta las particularidades de la situación de Colombia y que tiendan a reforzar las capacidades de las instituciones para conocer los crímenes de guerra y de lesa humanidad cometidos más allá de la competencia de la CPI.

11. La solución del conflicto armado colombiano es extremadamente importante para Colombia y para la paz y la seguridad de la sub-región y no puede ser dejada en exclusiva a la justicia internacional penal, que se encuentra limitada a un número de crímenes y, en el futuro inmediato, a un número escaso de situaciones. En este sentido se debe considerar que, por una parte, la activación de la complementariedad

sancionadora de la CPI es un ejercicio de discrecionalidad política y, por otra parte, existe una limitación de recursos disponibles. La justicia internacional es costosa, el presupuesto anual de la CPI en 2010, destinado a 5 situaciones, con 3 detenidos y 10 procesos en curso, fue una sexta parte del presupuesto anual del poder judicial en Colombia¹³³⁰. La gravedad, la complejidad, la distancia geográfica, las particularidades lingüísticas, las reglas de procedimiento y prueba propias del sistema internacional penal, entre otros factores, hacen que la justicia internacional penal utilice una mayor cantidad de recursos en un menor número de casos, durante un período estrecho, correspondientes a un número limitado de crímenes y en beneficio de un número reducido de víctimas. A esta complejidad deben agregarse la escasa vulgarización de los presupuestos teóricos del Derecho Internacional Penal en el contexto nacional colombiano y la exageración de las expectativas de justicia, que pueden contribuir negativamente a la erradicación de los crímenes, generando un sentimiento generalizado de desengaño, frustración y descontento, y desencadenando reacciones contrarias e igualmente peligrosas de nuevas violencias y apatía social frente al crimen.

12. El predominio exclusivo de la salida judicial del conflicto armado por vía de la justicia internacional penal puede profundizar el conflicto armado. La prevención general y la sanción efectiva de los crímenes de guerra en Colombia requieren cambios sociales fundamentales y, por lo tanto, soluciones políticas impulsadas por la acción activa de los movimientos sociales y la comunidad internacional. En el contexto nacional, la aplicación de reformas legales y la adopción de las reglas del Derecho Internacional Penal en el derecho interno, pueden regenerar las instituciones democráticas sólo en apariencia, desmovilizando la acción social constructiva sin aportar respuestas sustanciales a la prevención de crímenes graves y a la protección de la población contra tales ofensas. La reducción de los esfuerzos por la transformación social a los canales punitivos puede derivar en una preservación del estado de cosas actual, es decir, en la perpetuación de la empresa criminal una vez adaptada al nuevo escenario.

13. Con frecuencia se ignora el complejo debate en torno a los efectos de prevención general de las jurisdicciones nacionales, los cuales están asociados al conjunto del funcionamiento de las instituciones democráticas responsables de cumplir

¹³³⁰ 103 623 300 euros y 687 373 423 euros, respectivamente. Véase: CPI, doc. Registry (3-11-2010): *Registry facts and figures. Facts up to date as of 30 September 2010*, 7 págs., p. 2; CR, *Informe sobre el Proyecto de Presupuesto 2011. Comisión primera constitucional, op. cit.*, p. 5.

y hacer cumplir la ley penal y el hecho de que la confianza en la justicia internacional penal es un último intento por aplicar el principio de prevención general de la ley penal¹³³¹. En este sentido, los efectos de disuasión delictiva del Derecho Internacional no pueden ser estudiados sin analizar profundamente las instituciones de derecho interno y los comportamientos de las sociedades, de cuyos efectos se predica, pues por sí sola la disuasión delictiva del Derecho Internacional Penal es especulativa. Esta afirmación no supone una oposición al ejercicio de la jurisdicción internacional en materia penal. Por el contrario, es un elemento a tener en cuenta en los contextos en los cuales la justicia internacional está llamada a operar. Las desilusiones son peligrosas en materia de respeto de los mínimos del Derecho Internacional de los conflictos armados.

14. Por lo tanto, la lucha contra la impunidad de los crímenes internacionales, incluidos los crímenes de guerra en la situación de Colombia, podría explorar nuevos escenarios de cooperación y complementariedad que involucren, por ejemplo, a los Estados de la sub-región de América del Sur, todos ellos miembros del Estatuto de Roma y afectados de alguna manera por el conflicto armado colombiano, sin descartar la acción conjunta de la CPI en la tarea de satisfacer los intereses de la justicia.

Las experiencias de Argentina, Perú y Chile, entre otras, pueden contribuir ampliamente al refuerzo de las capacidades institucionales del poder judicial colombiano para la persecución y sanción de los crímenes de guerra y de lesa humanidad. La experiencia de la estrategia de investigación trazada en el asunto *Fujimori*, que contó con la participación activa de organizaciones no gubernamentales de toda la sub-región y el apoyo de la CIDH-OEA, puede ser un punto de partida. La selección de casos basándose en los cargos de responsabilidad de los perpetradores dentro de la organización criminal y, fundamentalmente, en su papel al interior de las instituciones públicas y privadas, como coautores indirectos de los crímenes, podría determinar la estrategia, como garantía de no repetición. Una estrategia de acusación basada en la persecución y sanción de combatientes no tiene ninguna repercusión en el escenario de criminalidad colombiano pues, por una parte, no desarticula la empresa criminal, dada la alta capacidad de reemplazo de unidades combatientes ya demostrada en el país y, por otra parte, no garantiza los derechos de las víctimas, en la medida en que no deja en evidencia la verdad de los móviles y los contextos, no sanciona a los más

¹³³¹ GOLDSTONE, R. J., *For Humanity: Reflections of a War Crimes Investigator*, 2000, New Haven, Yale University Press, 176 págs., pp. 134-136.

altos responsables y no contribuye a la reparación material y moral, dados los escasos recursos económicos de los acusados. Por el contrario, esta estrategia de persecución y sanción de bajos rangos congestiona el aparato judicial y desacredita la justicia.

15. En esta tarea de fortalecimiento de las capacidades y del ejercicio punitivo nacional en materia de crímenes de guerra, las víctimas juegan un papel determinante, siempre y cuando el poder judicial logre adaptarse a sus realidades. Dada la capacidad y distribución de los recursos judiciales nacionales, sería posible y deseable que las víctimas puedan mantenerse en su medio natural y hasta él lleguen las instituciones. El despliegue de medios en las ciudades sólo incrementa la burocracia de post-conflicto en un país que más allá de las oficinas se sigue debatiendo en medio de la confrontación armada. Las audiencias *in loco* utilizadas por el sistema interamericano han mostrado sus efectos positivos en términos de credibilidad y confianza en la justicia, de economía y seguridad para las víctimas, así como de publicidad y de reducción de la sensación de impunidad frente a crímenes internacionales. Las poblaciones que han sido víctimas de crímenes internacionales en Colombia tienen voz propia y han alcanzado ampliamente la mayoría de edad kantiana. Por lo tanto, estas poblaciones necesitan ser escuchadas y atendidas, sentirse reconocidas, respetadas y, hasta cierto punto, protegidas como consecuencia de las visitas periódicas de órganos del poder público. Por su parte, las Partes en conflicto tienden a disminuir sus índices de criminalidad en presencia de una movilización activa de los órganos del poder central. Los operadores de justicia nacionales pueden forzar la mano a los actores del conflicto armado y contribuir a la prevención general que han venido aplicando los defensores de derechos humanos durante décadas. El poder judicial en Colombia, al más alto nivel, es el único poder público con la suficiente legitimidad para restablecer la confianza en las instituciones democráticas entre las comunidades afectadas.

16. En el curso del ejercicio judicial nacional, nuevos paradigmas pueden surgir y ser fortalecidos enfatizando el conjunto de circunstancias que han dado lugar a la comisión de graves crímenes. En este sentido, la justicia internacional debe jugar el papel de asistencia positiva en el interés de la justicia y la manifestación de la verdad.

La cooperación entre la CPI y el Estado colombiano ha superado largamente la etapa de la sensibilización y el reconocimiento mutuo y podría abordar aspectos prioritarios para la jurisdicción nacional en materia de crímenes internacionales, entre ellos la asistencia técnica con miras a la unificación doctrinal sobre las estrategias de

investigación, selección de casos, custodia de la prueba, administración del Fondo para las víctimas, ejecución de sentencias y protección de víctimas y testigos, entre otros.

Los enfoques de complementariedad positiva y de complementariedad sancionadora selectiva podrían activarse de modo conjunto para fortalecer las capacidades del poder judicial colombiano y contribuir con la investigación y enjuiciamiento de algunas causas de especial relevancia, por la posición de los acusados dentro de la empresa criminal, cuyo juicio no es recomendable asumir en el territorio nacional.

El énfasis dual entre prevención y sanción es indispensable. El sistema penal dominado por la emergencia debe dar paso a un sistema penal como herramienta, no como eje central, de la política de transformación y de superación del conflicto armado colombiano integrado por actores nacionales e internacionales y que esté centrado en la sociedad civil. Un sistema de justicia nacional que juzgue y sancione a los más altos responsables de graves crímenes, puede contribuir eficazmente a la prevención general y subsanar sus propias deficiencias, en bien de la justicia internacional.

17. Finalmente, no puede olvidarse que la justicia en materia de crímenes de guerra es un derecho de las víctimas que está basado en imperativos morales universales y que la acción conjunta de la justicia nacional e internacional es consecuencia del imperativo práctico de acceso efectivo. Hasta tanto no sean juzgados los crímenes más graves cometidos en el contexto y con ocasión del conflicto armado colombiano, la rendición de cuentas no estará completa y el “caleidoscopio de las justicias en Colombia” continuará profundizando el descrédito de las instituciones democráticas y amenazando la paz y la seguridad interna e internacional de las generaciones presentes y futuras.

La contribución potencial de la justicia internacional penal al fortalecimiento de las capacidades de la justicia nacional en materia de crímenes de guerra es, sin duda, determinante en el futuro de la lucha contra la impunidad en Colombia. La sociedad civil, por su parte, tiene el papel, no menos importante, de contribuir a la manifestación de la verdad desde la investigación, la denuncia y la recolección de la prueba, en la difícil pero no imposible tarea de prevenir y sancionar los crímenes de guerra que, junto con los crímenes de lesa humanidad, han marcado la historia de Colombia desde los tiempos que conocemos muchos de sus ciudadanos.

DOCUMENTACIÓN

1. CONVENIOS Y OTROS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Convenio de Ginebra para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña (22-8-1864).

Declaración de San Petersburgo con el objeto de prohibir el uso de determinados proyectiles en tiempo de guerra (11-12-1868).

Declaración prohibiendo el empleo de las balas que se hinchaban o aplastan fácilmente en el cuerpo humano (29-7-1899).

Convención de La Haya relativa a la colocación de minas submarinas automáticas de contacto (18-10-1907).

Convención de La Haya relativa a las leyes y los usos de la guerra terrestre, (18-10-1907).

Convención de La Haya relativa a ciertas restricciones en cuanto al ejercicio de derecho de captura en la guerra marítima (18-10-1907).

Convención de La Haya relativa a los derechos y a los deberes de las Potencias neutrales en la guerra marítima (18-10-1907).

Convención de La Haya relativa a los derechos y a los deberes de las Potencias y de las personas neutrales en caso de guerra terrestre (18-10-1907).

Reglamento relativo a las leyes y los usos de la guerra terrestre, Anexo a la Convención IV de La Haya de 1907 (18-10-1907).

Declaración de Londres relativa al derecho de la guerra marítima (25-2-1909).

Acuerdo Bolivariano sobre Extradición, suscrito durante el Congreso Bolivariano de Caracas (18-7-1911).

Reglas y reglamentos de La Haya sobre la guerra aérea (28-2-1923).

Protocolo sobre la prohibición del uso en la guerra, de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos (17-6-1925).

Convención sobre la esclavitud (25-9-1926).

Convención de La Habana sobre la neutralidad marítima (20-2-1928).

Convenio de Washington sobre la protección de las instituciones artísticas y científicas y de los monumentos históricos (5-4-1935).

Acta de Londres que establece las reglas que deben observar los submarinos en tiempo de guerra respecto a buques mercantes (6-11-1936).

Estatuto del Tribunal de Núremberg anexo al Acuerdo para el establecimiento de un Tribunal Militar Internacional encargado del juicio y castigo de los principales criminales de guerra del Eje europeo, Londres (8-8-1945).

I Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña (12-8-1949).

II Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar (12-8-1949).

III Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (12-8-1949).

IV Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (12-8-1949).

Acuerdo de asistencia militar entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América (17-4-1952).

Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado (12-5-1954).

Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud (7-9-1956).

Tratado de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (18-4-1961).

Convenio general para ayuda económica, técnica y afín entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de los Estados Unidos de América (23-7-1962).

Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad (26-11-1968).

Convención de Viena sobre el derecho de tratados (23-5-1969).

Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José) (22-11-1969).

Convención europea sobre la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad y de los crímenes de guerra adoptada por el Consejo de Europa (25-1-1974)

Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de los Estados Unidos de América, relativo a una misión del ejército, una misión naval y una misión aérea de las fuerzas militares de los Estados Unidos de América en la República de Colombia (7-12-1974).

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) (8-6-1977).

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) (8-6-1977).

Convención internacional contra la toma de rehenes, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (17-12-1979).

Convención de las Naciones Unidas de 1980 sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados (10-10-1980).

Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (13-12-1984).

Convención sobre los derechos del niño, Documentos oficiales de las Naciones Unidas (20-11-1989).

Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción (13-1-1993).

Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y su destrucción (18-9-1997).

Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bomba (15-12-1997).

Estatuto de la Corte Penal Internacional, Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional (17-7-1998).

Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los

Bienes culturales en caso de conflicto armado (26-3-1999).

Protocolo facultativo a la Convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados (25-5-2000).

Reglas de Procedimiento y Prueba, Instrumentos adoptados por la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Anexo A (10-9-2002).

Elementos de los Crímenes, Instrumentos adoptados por la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Anexo B (10-9-2002).

Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de los Estados Unidos de América respecto a la entrega de personas de los Estados Unidos de América a la Corte Penal Internacional (17-9-2003).

Anexo al Convenio General de ayuda económica, técnica y afín entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de los Estados Unidos de América (Plan Colombia) (30-8-2004).

Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (6-6-2008).

2. DOCUMENTOS DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

2.1. ASAMBLEA GENERAL

NU, doc. A/RES/3(I) (13-2-1946): *Extradición y castigo de criminales de guerra*, 2 págs.

NU, doc. A/RES/95(I) (11-12-1946): *Confirmación de los principios de Derecho Internacional reconocidos por el estatuto del Tribunal de Núremberg*, 1 pág.

NU, doc. A/RES/260(III) B (9-12-1948): *Prevención y sanción del delito de genocidio, B, Estudio por la Comisión de Derecho Internacional de la cuestión de una jurisdicción penal internacional*, 3 págs.

NU, doc. A/RES/2444(XXIII) (19-12-1968): *Respeto de los Derechos Humanos en los conflictos armados*, 2 págs.

NU, doc. A/RES/2675(XXV) (9-12-1970): *Respeto de los Derechos Humanos en los conflictos armados*, 1 pág.

NU, doc. A/RES/36/106 (10-12-1981): *Proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad*, 1 pág.

NU, doc. A/RES/37/102 (16-12-1982): *Proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad*, 2 págs.

NU, doc. A/RES/50/29 (6-12-1995): *Resoluciones aprobadas por la Asamblea General sobre la base del Informe del Comité Especial encargado de investigar las prácticas Israelíes que afecten los derechos humanos del pueblo palestino y otros habitantes árabes de los pueblos ocupados*, 8 págs.

NU, doc. A/53/PV.11 (23-9-1998): *Acta de la 11ª sesión plenaria de la Asamblea General*, 29 págs.

NU, doc. A/54/2000 (27-3-2000): *Nosotros los pueblos: la función de las Naciones Unidas en el siglo XXI, Informe del Secretario General*, 63 págs.

NU, doc. A/RES/55/131 (8-12-2000): *Resolución aprobada por la Asamblea General: Aplicabilidad del Convenio de Ginebra relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra, de 12 de agosto de 1949, al Territorio Palestino ocupado, incluida Jerusalén, y a los demás territorios árabes ocupados*, 2 págs.

NU, doc. A/RES/60/147 (16-12-2005): *Resolución aprobada por la Asamblea General [sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/60/509/Add.1)] Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, 10 págs.

NU, doc. A/65/PV.15 (24-9-2010): *Acta de la 15ª sesión plenaria de la Asamblea General*, 49 págs.

2.2. CONSEJO DE SEGURIDAD (CS)

CS, doc. S/RES/469 (20-5-1980): *Territorios ocupados por Israel*, 2 págs.

CS, doc. S/RES/681 (20-12-1990): *Territorios ocupados por Israel*, 2 págs.

- CS, doc. S/1993/25704 (3-5-1993): *Report of the Secretary General pursuant to paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993)*, 48 págs.
- CS, doc. S/RES/827 (25-5-1993): *Que adopta el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia, anexo al Informe S/25704 del Secretario General de las Naciones Unidas, establecido conforme al párrafo 2 de la Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad*, 3 págs.
- CS, doc. S/RES/955 (8-11-1994): *Para el Establecimiento de un Tribunal Internacional y aprobación del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, anexo a esta resolución, habiendo recibido la petición formulada por el Gobierno de Rwanda (S/1994/1115)*, 15 págs.
- CS, doc. S/RES/1087 (11-12-1996): *Sobre la situación de Angola*, 2 págs.
- CS, doc. S/PRST/1999/34 (30-11-1999): *La función del Consejo de Seguridad en la prevención de los conflictos armados, Declaración del Presidente del Consejo de Seguridad*, 4 págs.
- CS, doc. S/2004/616 (23-8-2004): *Informe del Secretario General sobre el Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, 27 págs.
- CS, doc. S/RES/1593 (31-3-2005): *Informes del Secretario General sobre el Sudán*, 2 págs.
- CS, doc. S/RES/1612 (26-7-2005): *Los niños y los conflictos armados*, 6 págs.
- CS, doc. S/2008/177 (14-3-2008): *Cartas idénticas de fecha 13 de marzo de 2008 dirigidas al Secretario General y al Presidente del Consejo de Seguridad por el Representante Permanente del Ecuador ante las Naciones Unidas*, 3 págs.
- CS, doc. S/RES/1790 (26-2-2011): *Paz y seguridad en África*, 10 págs.

2.3. SECRETARÍA GENERAL

- NU, SG/SM/11446 (3-3-2008): *Secretary General urges restraint following rise in tensions involving Colombia, Ecuador and Venezuela*, Documento no oficial, Servicios de Información de Naciones Unidas, 1 pág.

NU, SG/SM/18823 (23-7-2010): *Venezuela y Colombia: ONU llama a la calma*, Documento no oficial, Servicios de Información de Naciones Unidas, 1 pag.

2.4. CONSEJO (ANTIGUA COMISIÓN) DE DERECHOS HUMANOS (CDH)

CDH, doc. E/CN.4/1426 (19-1-1981), *Aplicación de la Convención Internacional sobre la represión y el castigo del crimen de Apartheid*, 117 págs.

CDH, doc. E/CN.4/2001/15 (20-3-2001): *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, 60 págs.

CDH, doc. E/CN.4/2004/13 (17-2-2004): *Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, 64 págs.

CDH, doc. E/CN.4/2005/10 (28-2-2005): *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, 61 págs.

CDH, doc. E/CN.4/2005/L.11/Add.8 (21-4-2005), *Informe de la Comisión al Consejo Económico y Social sobre la labor realizada en su 61^o período de sesiones, Proyecto de Informe de la Comisión, Relatora: Sra. Deirdre KENT (Canada), Resolución 2005/81 Impunidad*, 53 págs.

CDH, doc. A/HRC/4/48 (5-3-2007): *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, 53 págs.

CDH, doc. A/HRC/WG.6/3/COL/2 (9-10-2008): *Recopilación preparada por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos con arreglo al párrafo 15 b) del Anexo de la Resolución 5/1 del Consejo de Derechos Humanos- Colombia-, Consejo de Derechos Humanos, Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal- 1 a 15 de diciembre de 2008*, 21 págs.

CDH, doc. A/HRC/10/14/Add.1 (27-2-2009): *Implementation of General Assembly Resolution 60/251 of 15 March 2006 entitled "Human Rights Council". Report of the Working Group on the use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the right of peoples to self-determination. Chairperson-*

Rapporteur, Mr. Alexander Ivanovitch Nikitin. Addendum. Communications to and from governments, English/Spanish only, 15 págs.

CDH, doc. HR/PUB/09/1 (2009): *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Amnistías, 52 págs.*

CDH, doc. A/HRC/13/22/Add.3 (1-3-2010): *Informe de la Relatora Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos, Sra. Margaret Sekaggya. Adición, Misión a Colombia (7-18 de septiembre de 2009), 27 págs.*

CDH, doc. A/HRC/13/72, (4-3-2010): *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, 32 págs.*

CDH, doc. A/HRC/14/24/Add.2 (31-3-2010): *Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Philip Alston. Adición, Misión a Colombia, 40 págs.*

CDH, doc. A/HRC/14/26/Add.2 (15-4-2010): *Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Sra. Gabriela Carina Knaul de Albuquerque e Silva. Adición, Misión a Colombia, 33 págs.*

2.5. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (CDI/ILC)

ILC, doc. A/CN.4/13 and Corr. 1-3, (12-4-1949): *Report of the International Law Commission on the work of its first Session, 290 págs.*

ILC, doc. A/CN.4/34 (29-7-1950): *Report of the International Law Commission on the work of its Second Session, 385 págs.*

ILC, doc. A/CN.4/48 and Corr. 1-2 (27-7-1951): *Report of the International Law Commission on its Third Session, 144 págs.*

ILC, doc. A/CN.4/88 (28-7-1954): *Report of the International Law Commission Covering the Work of its Sixth Session, 173 págs.*

CDI, doc. A/31/10* (23-7-1976): *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 28^o período de sesiones, 165 págs.*

CDI, doc. A/38/10*(22-7-1983): *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 35^o período de sesiones, 101 págs.*

- CDI, doc. A/39/10* (27-7-1984): *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 36º período de sesiones*, 113 págs.
- CDI, doc. A/40/10* (26-7-1985): *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 37º período de sesiones*, 81 págs.
- CDI, doc. A/41/10* (11-7-1986): *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 38º período de sesiones*, 70 págs.
- CDI, doc. A/44/10* (21-7-1989): *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 41º período de sesiones*, 151 págs.
- CDI, doc. A/46/10 (19-7-1991): *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 43º período de sesiones*, 147 págs.
- CDI, doc. A/49/10 (22-7-1994): *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 46º período de sesiones*, 193 págs.
- CDI, doc. A/51/10 (26-7-1996): *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones*, 157 págs.
- CDI, doc. A/56/10 (10-8-2001): *Texto del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos con sus comentarios*, 591 págs.

2.6. OTROS DOCUMENTOS

- CPIDESC, doc. Observación general núm. 3 (1990): *La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*, 3 págs.
- UNDP, doc. s/n (8-2004): *Practical Guide to Multilateral Needs Assessments in Post-Conflict Situations, United Nations Development Programme, World Bank and United Nations Development Group*, 49 págs.
- OACNUDH, Declaración (24-2-2005): *Intervención del señor Michael Frühling, Director de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en la III Jornada de Seguimiento al proceso Gobierno-AUC*, 6 págs.
- UNICEF *et al.*, doc. (6-2-2007): *Principios y directrices sobre los niños asociados a fuerzas armadas o grupos armados*, 56 págs.

OACNUDH, Declaración (12-2-2010): *Declaración de la Experta Independiente de las Naciones Unidas sobre Cuestiones de las Minorías, Señora Gay McDougall. Conclusiones Preliminares de su visita oficial a Colombia (1 al 12 de febrero) Bogotá D.C., 8 págs.*

ACNUR, doc, HCR/EG/COL/10/2 (27-5-2010): *Directrices de elegibilidad del ACNUR para la evaluación de las necesidades de protección internacional de los solicitantes de asilo de Colombia, 40 págs.*

ACNUR, Fundraising Reports (1-12-2010): *Global Appeal 2011 Update, 312 págs.*

3. DOCUMENTOS DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL (CPI)

3.1. TRABAJOS PREPARATORIOS

NU, doc. A/50/22 Suplemento 22 (6-9-1995): *Informe del Comité Especial sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, 66 págs.*

NU, doc. A/AC.244/L.2 (20-3-1995): *Provisional estimates of the staffing, structure and costs of the establishment and operation of an International Criminal Court, Preliminary report of the Secretary-General, Asamblea General, 14 págs.*

NU, doc. A/51/22 Suplemento 22 (13-9-1996): *Informe del Comité Preparatorio sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, vol. I, 84 págs.*

NU, doc. A/CONF.183/2/Add.1 (14-4-1998): *Report of the Preparatory Committee on the establishment of an International Criminal Court. Addendum, 173 págs.*

NU, doc. A/CONF/183/C.1/WGGP/L.1 (15-6-1998): *Chairman's suggestions for articles 21, 26 and 28, 2 págs.*

NU, doc. A/CONF/183/C.1/WGPM/L.1 (18-6-1998): *Working paper on article 54, 5 págs.*

NU, doc. A/CONF/183/C.1/L.8 (19-6-1998): *Proposal submitted by the United States of America, Article 5, 1 pág.*

NU, doc. A/CONF/183/C.1/WGGP/L.5 (19-6-1998): *Working paper on article 23, paragraphs 5 and 6, 2 págs.*

- NU, doc. A/CONF/183/C.1/WGGP/L.7 (22-6-1998): *Working paper on article 25. Responsibility of commanders and superiors*, 2 págs.
- NU, doc. A/CONF/183/C.1/WGRP/L.4/Add.1 (29-6-1998): *Report of the working group on general principles of criminal law*, 6 págs.
- NU, doc. A/CONF/183/INF/10 (13-7-1998): *Information conveyed by New Zealand. International Committee of the Red Cross: Statement of 8 July relating to the Bureau discussion paper (A/CONF.183/C.1/L.53)*, 3 págs.
- NU, doc. A/CONF/183/C.1/L.69 (14-7-1998): *Proposal submitted by the United States of America concerning the Bureau proposal (A/CONF.183/C.1/L.59)*, 1 pág.

3.2. DOCUMENTOS

- CPI, doc. PCNICC/1999/DP.4/Add.2 (4-2-1999): *Proposal submitted by the United States of America, Draft elements of crimes, Addendum*, 9 págs.
- CPI, doc. PCNICC/1999/DP.4/Add.3 (4-2-1999): *Proposal submitted by the United States of America, Draft elements of crimes, Addendum*, 4 págs.
- CPI, doc. PCNICC/1999/DP.5/and Corr.1 and Corr.2 (10-2-1999): *Proposal submitted by Hungary and Switzerland. Elements of crimes: Article 8(2)(a) of the Rome Statute of the International Criminal Court, Corrigendum 1 and 2*, 24 págs.
- CPI, doc. PCNICC/1999/WGEC/INF.1 (19-2-1999): *Request from the Governments of Belgium, Costa Rica, Finland, Hungary, South Africa and Switzerland regarding the text prepared by the International Committee of the Red Cross on article 8, paragraph 2 (a), of the Rome Statute of the International Criminal Court*, 64 págs.
- CPI, doc. PCNICC/1999/WGEC/DP.5 (23-2-1999): *Proposal submitted by Japan. Elements of crimes: Article 8(2)(a) of the Rome Statute of the International Criminal Court*, 5 págs.
- CPI, doc. PCNICC/1999/WGRPE/RT.1* (23-2-1999): *Discussion paper proposed by the coordinator, Part 5 of the Rome Statute: Investigation and Prosecution*, 2 págs., p. 1.
- CPI, doc. PCNICC/2000/INF/3 (6-7-2000): *Report of the Preparatory Commission for the International Criminal Court*, 39 págs.

- CPI, doc. PCNICC/2000/INF/3/Add.2 (6-7-2000): *Report of the Preparatory Commission for the International Criminal Court. Addendum. Finalized draft text of the Elements of Crimes*, 48 págs.
- CPI, doc. ICC-BD/01-1-4 (28-5-2004): *Reglamento de la Corte Penal Internacional, Aprobado por los magistrados de la Corte el día 26 de mayo de 2004 en la 5^{ta} sesión plenaria*, 78 págs.
- CPI, doc. OTP (14-9-2006): *Report on Prosecutorial Strategy, The Office of the Prosecutor of the International Criminal Court*, 11 págs.
- CPI, doc. ICC-ASP/6/21 (19-10-2007): *Report of the Bureau on cooperation in the Sixth session, Assembly of States Parties of the International Criminal Court*, 25 págs.
- CPI, doc. ICC-ASP/8/43/Add.1 (10-11-2009). *Report of the Bureau on the Review Conference. Addendum, Assembly of States Parties of the International Criminal Court*, 18 págs.
- CPI, doc. ICC-ASP/8/44 (15-11-2009): *Report of the Bureau on cooperation, Eighth session, Assembly of States Parties of the International Criminal Court*, 30 págs.
- CPI, doc. ICC-ASP/8/Res.2 (26-11-2009): *Cooperación, resolución aprobada por consenso en la 8^a sesión plenaria de la Asamblea de Estados Partes de la Corte Penal Internacional*, 3 págs.
- CPI, doc. OTP (1-2-2010): *Prosecutorial Strategy 2009-2012, The Office of the Prosecutor of the International Criminal Court*, 18 págs.
- CPI, doc. ICC-RC-POA2010-COL-SPA (5-5-2010): *Memorando DIDHD- 26027/0473 de respuesta del Estado colombiano al cuestionario enviado el 9 de abril mediante nota número ICC-ASP/S/PA/07, por parte de la Secretaría Permanente de la Asamblea de Estados Partes del Estatuto de Roma referente a la legislación de aplicación del Estatuto*, 5 págs.
- CPI, doc. RC/Res.1 (8-6-2010): *Complementariedad, resolución aprobada por consenso en la 9^a sesión plenaria de la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma*, 2 págs.
- CPI, doc. RC/Res.2 (8-6-2010): *Impacto del sistema del Estatuto de Roma sobre las víctimas y las comunidades afectadas, resolución aprobada por consenso en la 9^a*

sesión plenaria de la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma, 2 págs.

CPI, doc. RC/Res.4 (10-6-2010): *Artículo 124, resolución aprobada por consenso en la 11ª sesión plenaria de la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma, 1 pág.*

CPI, doc. RC/Res.5, Anexo I (10-6-2010): *Enmienda al artículo 8, Anexo I a la Resolución de enmienda al artículo 8 adoptada en la 12ª sesión plenaria adoptada por consenso en la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma, 3 págs.*

CPI, doc. RC/Res.5, Anexo II (10-6-2010): *Enmienda a los Elementos de los Crímenes, Anexo II a la Resolución de enmienda al artículo 8 adoptada en la 12ª sesión plenaria adoptada por consenso en la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma, 1 pág.*

CPI, doc. Registry (3-11-2010): *Registry facts and figures. Facts up to date as of 30 September 2010, 7 págs.*

CPI, doc. ICC-ASP/9/24 (17-11-2010): *Report of the Bureau on cooperation, Ninth session, Assembly of States Parties of the International Criminal Court, 4 págs.*

4. DOCUMENTOS DE OTRAS ORGANIZACIONES DE CARÁCTER INTERESTATAL

CICR, doc. s/n (26-4-1947): *Rapport sur les travaux de la conférence d'experts gouvernementaux pour l'étude des conventions protégeant les victimes de la guerre, édition numérique.*

CICR, doc. s/n (12-8-1949): *Commentaires au Chapitre IX "De la répression des abus et des infractions", Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, édition numérique.*

WORLD BANK, s/n (13-9-2009): *Definitions of Fragility and Conflict". World Bank, 13th September 2009, Digital edition.*

5. DOCUMENTOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO

CIDH-OEA, OEA/Ser.L/V/II.129, doc. 6 (2-10-2007): *Informe sobre la implementación de la Ley de Justicia y Paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales, 34 págs.*

CP-OEA, doc. CP/RES. 930 (1632/08) (5-3-2008): *Convocatoria de la reunión de consulta de Ministros de relaciones exteriores y nombramiento de una comisión del Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos*, 1 pág.

CIDH-OEA, Comunicado de prensa 21/08 (14-5-2008): *CIDH expresa preocupación por extradición de paramilitares colombianos*, 1 pág.

Corte IDH, s/n (31-1-2009), *Reglamento aprobado por la Corte en el período ordinario XLIX de sesiones del 16 a 25 de noviembre de 2001 y reformado en el período ordinario LXXXII de sesiones del 19 al 31 de enero de 2009*, 29 págs.

CIDH-OEA, doc. OEA/Ser.L/V/II.134, doc. 5 rev. 1 (25-2-2009): *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2008, Capítulo IV: Colombia*, párs. 9-144.

MAPP-OEA, OEA/Ser.G/CP/doc. 4486/10 (26-4-2010): *Décimo cuarto Informe trimestral del Secretario General al Consejo Permanente sobre la Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia (MAPP/OEA)*, 25 págs.

6. DOCUMENTOS DE ÓRGANOS DEL ESTADO COLOMBIANO

PGN, doc. s/n (15-6-2006): *Palabras del señor Procurador General de la Nación, Doctor Edgardo José Maya Villazón, en el marco de la presentación de los resultados de la primera fase del Proyecto 'Seguimiento y control preventivo a las políticas públicas en materia de desmovilización y reinserción*, 23 págs.

PGN, doc. s/n (2006): *Proyecto de control preventivo y seguimiento a las políticas públicas en materia de reinserción y desmovilización, Tomo II*, 396 págs.

PGN, doc. Boletín PGN núm. 470 (16-11-2007): *Destituido e inhabilitado por 18 años, ex director del DAS Jorge Noguera Cotes*, Edición digital, p. Noticias.

CSJ, Declaración (3-8-2007): *Declaración del Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia, Dr. Carlos Julio Valencia Copete*, 3 págs.

OPPDH-DIH, s/n (2009): *Indicadores sobre Derechos Humanos y DIH en Colombia. Año 2008*, 74 págs.

FGN, doc. s/n (2010): *Anuario estadístico 2009, Oficina de Planeación FGN*, 210 págs.

OPPDH-DIH, doc. s/n (2010): *Geografía de la intensidad de la confrontación 1998-2009*, 13 págs.

OPPDH-DIH, doc. s/n (2010): *Geografía de las tasas de homicidios 1998-2009*, 12 págs.

OPPDH-DIH, doc. s/n (2010): *Indicadores sobre Derechos Humanos y DIH en Colombia. Año 2009*, 73 págs.

OACP-RC, doc. s/n (24-7-2010): *Ley de Justicia y Paz en cifras, Edición digital*, 1 pág.

QUINTA DIVISION, doc. s/n (24-10-2010): *Se hacían pasar por terroristas de las Farc para intimidar a sus víctimas, Quinta División-Ejército Nacional*, Edición digital, p. Medios informativos.

CSJ, doc. 10 (15-3-2011): *Comunicado de Prensa núm. 10, Sala de Casación Penal*, 1 pág.

7. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

7.1. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA (CIJ)

CIJ, *The Corfu Channel case (United Kingdom vs. Albania)*, Judgment of April 9th 1949, ICJ Reports 1949, p. 4.

CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)*, Arrêt du 5 février 1970, ICJ Recueil 1970, p. 3.

CIJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. United States of America)*, Merits, Judgment of June 27th 1986, ICJ Reports 1986, p. 14.

CIJ, *Legality of Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, July 8th 1996, ICJ Reports 1996, p. 226.

CIJ, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République Démocratique du Congo c. Belgique)*, Arrêt du 14 février 2002, CIJ Recueil 2002, p. 3.

CIJ, *Affaire des activités armées sur le territoire du congo (nouvelle requête: 2002) (République Démocratique du Congo c. Rwanda)*, Demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance de 10 juillet 2002, CIJ Recueil 2002, p. 219.

CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif du 9 juillet 2004, CIJ Recueil 2004, p. 136.

CIJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment of December 19th 2005, ICJ Reports 2005, p. 168.

CIJ, *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, Arrêt du 4 juin 2008, CIJ Recueil 2008, p. 177.

CIJ, *Affaire relative à des questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, Ordonnance du 28 mai 2009, CIJ Rôle général num. 144.

7.2. CORTE PENAL INTERNACIONAL (CPI)

CPI, Pre-trial Chamber II (27 September 2005): *The Prosecutor v. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo and Dominic Ongwen*, ICC-2/04-1/05, Warrant of Arrest for Joseph Kony issued on 8th July 2005 as amended on 27th September 2005.

CPI, Pre-trial Chamber II (13 October 2005): *The Prosecutor v. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo and Dominic Ongwen*, ICC-2/04-1/05-53, Warrant of Arrest for Vincent Otti issued on 8th July 2005 as amended on 13th October 2005.

CPI, Pre-trial Chamber II (13 October 2005): *The Prosecutor v. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo and Dominic Ongwen*, ICC-2/04-1/05-56, Warrant of Arrest for Okot Odhiambo issued on 8th July 2005 as amended on 3th October 2005.

CPI, Pre-trial Chamber II (13 October 2005): *The Prosecutor v. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo and Dominic Ongwen*, ICC-2/04-1/05-57, Warrant of Arrest for Dominic Ongwen issued on 8th July 2005 as amended on 13th October 2005.

CPI, Chambre préliminaire I (24 février 2006): *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-1/04-1/06-8-Corr-tFR, Décision relative à la décision de la Chambre préliminaire I du 10 février 2006 et à l'inclusion de documents dans le dossier de l'affaire concernant M. Thomas Lubanga Dyilo.

CPI, Chambre Préliminaire I (22 août 2006): *Le Procureur c. Bosco Ntaganda*, ICC-1/04-1/08-14, Mandat d'arrêt à l'encontre de Bosco Ntaganda.

CPI, Appeals Chamber (14 December 2006): *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-772 OA4, Judgment on the Appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the Decision on the Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court pursuant to article 19(2)(a) of the Statute of 3 October 2006.

CPI, Chambre préliminaire I (29 janvier 2007): *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-1/04-1/06-803, Décision sur la confirmation des charges.

CPI, Pre-trial Chamber II (1 February 2007): *The Prosecutor v. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo, Raska Lukwiya, and Dominic Ongwen*, ICC-2/04-1/05-134, Decision on legal representation, appointment of counsel for the defence, protective measures and time-limit for submission of observations on applications for participation a/0010/06, a/0064/06 to a/0070/06, a/0081/06 to a/0104/06 and a/0111/06 to a/0127/06.

CPI, Pre-trial Chamber I (27 April 2007): *The Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun (“Ahmad Harun”) and Ali Muhammad Al Abd-Al-Rahman (“Ali Kushayb”)*, ICC-2/05-1/07-2, Warrant of Arrest for Ahmad Harun.

CPI, Pre-trial Chamber I (27 April 2007): *The Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun (“Ahmad Harun”) and Ali Muhammad Al Abd-Al-Rahman (“Ali Kushayb”)*, ICC-2/05-1/07-3, Warrant of Arrest for Ali Kushayb.

CPI, Trial Chamber I (18 January 2008): *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-1/04-1/06-1119, Decision on victims' participation.

CPI, Trial Chamber I (6 May 2008): *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-1/04-1/06-1308, Decision inviting the parties' observations on applications for participation of a/0001/06 to a/0004/06, a/0047/06 to a/0052/06, a/0077/06, a/0078/06, a/0105/06, a/0221/06, a/0224/06 to a/0233/06, a/0236/06, a/0237/06 to a/0250/06, a/0001/07 to a/0005.

CPI, Chambre Préliminaire III (23 mai 2008): *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-1/04-1/08-1, Mandat d'arrêt à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo.

CPI, Appeals Chambers (9 June 2008): *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-573 OA6, Judgment on the Appeal Against the Decision on Joinder rendered on 10 March 2008 by the Pre-Trial Chamber in the Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui Cases.

CPI, Chambre Préliminaire III (11 juin 2008): *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-1/05-1/08-14, Décision relative à la Requête du Procureur aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo.

CPI, Pre-trial Chamber I (23 June 2008): *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-2/04-1/07-632, Decision on the Application for Participation of Witness 166.

CPI, Appeals Chambers (11 July 2008): *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-1/04-1/06-1432 OA9 OA10, Judgment on the appeals of The Prosecutor and The Defence against Trial Chamber I's Decision on Victims' Participation of 18 January 2008.

CPI, Pre-trial Chamber I (30 September 2008): *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Case ICC-1/04-1/07-717, Decision on the confirmation of charges.

CPI, Appeals Chambers (19 December 2008): *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-1/04-556 OA4 OA5 OA6, Judgment on victim participation in the investigation stage of the proceedings in the appeal of the OPCD against the decision of Pre-Trial Chamber I of 7 December 2007 and in the appeals of the OPCD and the Prosecutor against the decision of Pre-Trial Chamber I of 24 December 2007.

CPI, Chambre de première instance II (26 février 2009): *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-1/04-1/07-933, Décision relative au traitement des demandes de participation.

CPI, Pre-trial Chamber I (4 March 2009): *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir* (“*Omar Al Bashir*”), ICC-2/05-1/09-1, Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir.

CPI, Pre-trial Chamber II (15 June 2009): *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-1/05-1/08-424, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo.

CPI, Appeals Chamber (25 September 2009): *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-1497, Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case.

CPI, Chambre de première instance I (23 novembre 2009): *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-1/04-1/07-1491-Red, Motifs de la décision relative aux 345 demandes de participation de victimes à la procédure. Version publique expurgée avec annexe confidentielle *ex parte* réservé au Greffe et aux représentants légaux des victimes.

CPI, Chambre de première instance II (22 janvier 2010): *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-2/04-1/07-1788, Décision relative aux modalités de participation des victimes au stade des débats sur le fond.

CPI, Pre-trial Chamber I (8 February 2010): *The Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda*, ICC-2/05-2/09-243-Red, Public redacted Decision on the Confirmation of Charges.

CPI, Pre-trial Chamber II (31 March 2010): *Situation in the République of Kenya*, ICC-1/09-19-Corr, Public Decision pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya

CPI, Pre-trial Chamber II (31 March 2010): *Situation in the République of Kenya*, ICC-1/09-19-Corr, Public Decision pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya. Dissenting opinion of Judge Hans-Peter Kaul.

CPI, Chambre de première instance II (20 mai 2010): *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-T-144-Red-FRA, Audience publique.

CPI, Chambre de première instance II (26 mai 2010): *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-T-147-Red-FRA, Audience publique.

CPI, Pre-trial Chamber I (27 July 2010): *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir* (“*Omar Al Bashir*”), ICC-2/05-1/09-95, Second Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir.

CPI, Chambre Préliminaire I (28 septembre 2010): *Le Procureur c. Callixte Mbarushimana*, ICC-1/04-1/10-2, Mandat d'arrêt à l'encontre de Callixte Mbarushimana.

7.3. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA
(TPIY)

TPIY, Trial Chamber II (14 November 1995): *The Prosecutor v. Dusko Tadic “Dule”*, Case ICTR-94-1-T, Decision on the Defense Motion on Form of the Indictment.

TPIY, Chambre d’Appel (2 octobre 1995): *Le Procureur c. Dusko Tadic alias Dule*, Affaire IT-94-1, Arrêt relatif à l’appel de la Défense concernant l’exception préjudicielle d’incompétence.

TPIY, Trial Chamber II (7 May 1997): *The Prosecutor v. Dusko Tadic “Dule”*, Case IT-94-1-T, Opinion and Judgment.

TPIY, Trial Chamber II (16 November 1998): *The Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravro Mucic “Pavo”, Hazim Dilic and Esad Landzo “Zenga”, Celebici case*, Case IT-96-21-T, Judgment.

TPIY, Trial Chamber II (10 December 1998): *The Prosecutor v. Anto Furundzija*, Case IT-95-17/1-T, Judgment.

TPIY, Appeals Chamber (15 July 1999): *The Prosecutor v. Dusko Tadic “Dule”*, Case IT-94-1-A, Judgment.

TPIY, Trial Chamber I (3 March 2000): *The Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, Case IT-95-14-T, Judgment.

TPIY, Appeals Chamber (24 March 2000): *The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*, Case IT-95-14-A, Judgment.

TPIY, Appeals Chamber (21 July 2000): *The Prosecutor v. Anto Furundzija*, Case IT-95-17/1-A, Judgment.

TPIY, Appeals Chamber (20 February 2001): *The Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravro Mucic “Pavo”, Hazim Dilic and Esad Landzo “Zenga”, Celebici case*, Case IT-96-21-A, Judgment.

TPIY, Trial Chamber III (26 February 2001): *The Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez*, Case IT-95-14/2-T, Judgment.

TPIY, Trial Chamber II (15 March 2002): *The Prosecutor v. Milorad Krnojelac*, Case IT-97-25-T, Judgment.

TPIY, Chambre d'Appel (12 juin 2002): *Le Procureur c. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac et Zoran Vukovic*, IT-96-23 & IT-96-23/1-A, Arrêt.

TPIY, Trial Chamber II (31 July 2003): *The Prosecutor v. Milomir Stakic*, Case IT-97-24-T, Judgment.

TPIY, Appeals Chamber (17 December 2004) *The Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez*, Case IT-95-14/2-A, Judgment.

TPIY, Trial Chamber II (30 November 2005): *The Prosecutor v. Fatmir Limaj, Haradin Bala and Isak Musliu*, Case IT-3-66-T, Judgment.

TPIY, Appeals Chamber (22 March 2006): *The Prosecutor v. Milomir Stakic*, Case IT-97-24-A, Judgment.

TPIY, Trial Chamber I (27 September 2006): *The Prosecutor v. Momcilo Krajisnik*, Case IT-0-39-T, Judgment.

TPIY, Appeals Chamber (3 April 2007): *The Prosecutor v. Radoslaw Brdjanin*, Case IT-99-36-A, Judgment.

TPIY, Prosecutor office (12 June 2007): *The Prosecutor v. Zdravko Tolimir*, Case IT-5-88/2-I, Amended indictment.

7.4. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA (TPIR)

TPIR, Trial Chamber I (2 September 1998): *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Case ICTR-96-4-T, Judgment.

TPIR, Trial Chamber II (21 May 1999): *The Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana*, Case ICTR-95-1-T, Judgment and Sentence.

TPIR, Trial Chamber I (6 December 1999): *The Prosecutor v. Andersen Nderubumwe Rutaganda*, Case ICTR-96-3-T, Judgment and Sentence.

TPIR, Trial Chamber I (27 January 2000): *The Prosecutor v. Alfred Musema-Uwimana*, Case ICTR-96-13-T, Judgment and Sentence.

TPIR, Chambre d'Appel (1 juin 2001): *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-A, Arrêt.

TPIR, Trial Chamber I (7 June 2001): *The Prosecutor v. Ignace Bagilishema*, Case ICTR-95-1A-T, Judgment.

TPIR, Chambre d'Appel (16 novembre 2001): *Le Procureur c. Alfred Musema-Uwimana*, Case ICTR-96-13-A, Arrêt.

TPIR, Trial Chamber III (15 May 2003): *The Prosecutor v. Laurent Semanza*, Case ICTR-97-20-T Judgment and Sentence.

TPIR, Appeals Chamber (13 December 2004): *The Prosecutor v. Elizaphan Ntakirutimana And Gérard Ntakirutimana*, Cases Nos. ICTR-96-10-A and ICTR-96-17-A, Judgment.

TPIR, Appeals Chamber (12 March 2008): *The Prosecutor v. Athanase Seromba*, Case ICTR-2001-66-A, Judgment.

TPIR, Appeals Chamber (12 March 2008): *The Prosecutor v. Athanase Seromba*, Case ICTR-2001-66-A, Dissenting opinion of Judge Liu.

7.5. OTROS TRIBUNALES INTERNACIONALES

CPJI, *Affaire du Lotus (France c. Turquie)*, Arrêt du 7 septembre 1927, CPJI Recueil des Arrêts, Série A-10.

TMIN, *Opinion and Judgment of the International Military Tribunal for the Trial of German Major War Criminals*, Nüremberg, 1946.

TMIN, *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*, vol. I, Nüremberg, 1947.

TMIN, *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*, vol. II, Nüremberg, 1948.

CEDH, Plenary Court (18 January 1978): *Ireland v. the United Kingdom*, Series A No. 25, p. 161, Judgment.

CEDH, Cour- Chambre (24 avril 1990): *Affaire Kruslin c. France*, Series A No. 176-A, Arrêt.

CEDH, Grand Chamber (19 September 1996): *Akdivar and Others v. Turkey*, Reports of Judgments and Decisions 1996-IV, p. 105, Judgment on the merits.

Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*, Sentencia de Fondo de 29 de julio de 1998, Serie C-4.

Corte IDH, *Caso Barrios Altos v. Perú*, Sentencia de Fondo de 14 de marzo de 2001, Serie C-75.

Corte IDH, *Caso Las Palmeras v. Colombia*, Sentencia de Fondo de 6 de diciembre de 2001, Serie C-90.

TESL, Appeals Chamber (13 March 2004): *The Prosecutor v. Morris Kallon*, Case No. SCSL-2004-15-AR72(E), and *The Prosecutor v. Brima Bazzy Kamara*, Case No. SCSL-2004-16-AR72(E), Decision on Challenge to jurisdiction: Lomé accord amnesty.

TESL, Appeals Chamber (31 May 2004): *The Prosecutor v. Sam Hinga Norman*, Case SCSL-2004-14-AR-72(E), Decision on Preliminary Motion Based on Lack of jurisdiction. Child Recruitment.

Corte IDH, *Caso de la Masacre de Mapiripán v. Colombia*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 15 de septiembre de 2005, Serie C-134.

Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile*, Sentencia de Fondo de 26 de septiembre de 2006, Serie C-154.

Corte IDH, *Caso La Cantuta v. Perú*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 29 de noviembre de 2006, Serie C-162.

Corte IDH, *Caso de la Masacre de La Rochela v. Colombia*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 11 de mayo de 2007, Serie C-163.

CEDH, First Section Chamber (13 April 2007): *Case of Fedotova v. Russia*, application 73225/01, Judgment.

CEDH, Fifth Section Chamber (15 November 2007): *Case of Khamidov v. Russia*, application 72118/01, Judgment, Merits and Just Satisfaction.

SETC, Pre-Trial Chamber III (20 May 2010): *The Prosecutor v. Ieng Thirith et al.*, 002/19-9-2007-ECCC/OCIJ (PTC 35, 37, 38 & 39), Decision on the Appeals against the Co-investigative judges order on Joint Criminal Enterprise (JCE).

CEDH, First Section Chamber (4 November 2010): *Case of Klein v. Russia*, application 24268/08, Judgment.

8. JURISPRUDENCIA NACIONAL

8.1. JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

8.1.1. Corte Constitucional (CC)

CC, Sala Plena (28 de octubre de 1992): *Revisión oficiosa del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)*, Sentencia C-574/92, Sentencia de constitucionalidad.

CC, Sala Plena (20 de mayo de 1997): *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 263 del Código Penal modificado por el artículo 270 del Código del Menor*, Sentencia C-237/97, Sentencia de constitucionalidad.

CC, Sala Plena (12 de julio de 2000): *Demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 1; 2; 3 y 195 de la ley 522 de 1999 “por medio de la cual se expide el Código Penal Militar”*, Sentencia C-878/00, Sentencia de constitucionalidad.

CC, Sala Plena (9 de agosto de 2001): *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 4 de la Ley 169 de 1896*, Sentencia C-836/01, Sentencia de constitucionalidad.

CC, Sala Plena (18 de mayo de 1995): *Revisión constitucional del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) hecho en Ginebra el 8 de junio de 1977, y de la Ley 171 del 16 de diciembre de 1994, por medio de la cual se aprueba dicho Protocolo*, Sentencia C-225/95, Sentencia de constitucionalidad.

CC, Sala Plena (24 de enero de 2001): *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 8 (parcial) de la Ley 418 de 1997*, Sentencia C-48/01, Sentencia de constitucionalidad.

CC, Sala Plena (13 de junio de 2001): *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 14 de la Ley 599 de 2000*, Sentencia C-621/01, Sentencia de constitucionalidad.

CC, Sala Sexta de Revisión (26 de marzo de 2001): *Acción de tutela instaurada por Cesar Iván Perea Palomino en contra de la Red de Solidaridad Social*, Sentencia T-327/01, Sentencia de revisión de tutela.

CC, Sala Plena (6 de diciembre de 2001): *Acción de tutela instaurada por Rodrigo Garavito Hernández contra el Juez Regional de Bogotá (hoy Juzgado Especializado), el Tribunal Nacional o quien haga sus veces y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia*, Sentencia SU-1300/01, Sentencia de unificación.

CC, Sala Plena (3 de abril de 2002): *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 137 de la Ley 600 de 2000, “(p)or la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”*, Sentencia C-228/02, Sentencia de constitucionalidad.

CC, Sala Plena (30 de julio de 2002): *Revisión de la Ley 742 del 5 de junio de 2002 “Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)”*, Sentencia C-578/02, Sentencia de constitucionalidad.

CC, Sala Plena (4 de febrero de 2003): *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 21 (parcial) de la Ley 734 de 2002, Nuevo Código Disciplinario Único*, Sentencia C-67/03, Sentencia de constitucionalidad.

CC, Sala Plena (22 de febrero de 2005): *Demanda de inconstitucionalidad contra las expresiones “grave” contenida en el numeral 1º del artículo 101 y “graves” contenida en los artículos 137 y 178 de la Ley 599 de 2000 “por la cual se expide el Código Penal”*, Sentencia C-148/05, Sentencia de constitucionalidad.

CC, Sala Plena (18 de mayo de 2006): *Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2, 3, 5, 9, 10, 11.5, 13, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 31, 34, 37 numerales 5 y 7, 46, 47, 48, 54, 55, 58, 62, 69, 70 y 71 de la Ley 975 de 2005 “Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios”, y contra la ley en su integridad*, Sentencia C-370/06, Sentencia de constitucionalidad.

CC, Sala Plena (7 de junio de 2006): *Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 11, 132, 133, 134, 135, 136, 137 y 357 de la Ley 906 de 2004, “Por la cual*

se expide el Código de Procedimiento Penal”, Sentencia C-454/06, Sentencia de constitucionalidad.

CC, Sala Plena (25 de julio de 2006): *Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos -total o parcialmente acusados- 1° a 13, 15 a 20, 22 a 27, 29 a 34, 36 a 58, 60 a 62, 64 y 71 de la Ley 975 de 2005 “por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios”*, Sentencia C-575/06, Sentencia de constitucionalidad.

CC, Sala Plena (25 de abril de 2007): *Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 135, 156 y 157 (parciales) de la Ley 599 de 2000, y 174, 175, 178 y 179 de la Ley 522 de 1999*, Sentencia C-291/07, Sentencia de constitucionalidad.

CC, Sala Plena (11 de julio de 2007): *Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 11 -ordinales d) y h) (parcial) -; 136 -numeral 11 (parcial) -, 137 - numeral 4 -; 340; 348 -parcial-, y 350 -parcial- de la Ley 906 de 2004 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”*, Sentencia C-516/07, Sentencia de constitucionalidad.

CC, Sala Octava de Revisión (5 de octubre de 2007): *Acción de tutela interpuesta por Rosmira Serrano Quintero contra la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional Acción Social.*, Sentencia T-821/07, Sentencia de revisión de tutela.

CC, Sala Sexta de Revisión (24 de enero de 2008): *“Trámite de revisión de las sentencias del 23 de abril de 2007 de la Sección Primera, Subsección B, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y del 26 de julio de 2007- Acción de tutela interpuesta por Gustavo Gallón Giraldo y otros”*, Sentencia de revisión.

CC, Sala Plena (26 de noviembre de 2008): *Revisión de constitucionalidad del “Acuerdo sobre los Privilegios e Inmunidades de la Corte Penal Internacional, hecho en Nueva York el 9 de septiembre de 2002” y la Ley aprobatoria No. 1180 del 31 de diciembre de 2007*, Sentencia C-1156/08, Sentencia de constitucionalidad

CC, Sala Primera de Revisión (16 de febrero de 2009): *Trámite de revisión de los fallos dictados por los despachos de instancia en las Acciones de tutela T-2.050.591, T-2.056.396 y T-2.056.402”*, Sentencia T-085/09, Sentencia de revisión de tutela.

CC, Sala Plena (10 de noviembre de 2009): Revisión de constitucionalidad la “*Ley 1268 de 2008, de 31 de diciembre, “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 Partes de Corte Penal Internacional, en Nueva York, del 3 al 10 de septiembre de 2002”*”, Sentencia C-801/09, Sentencia de constitucionalidad.

CC, Sala Séptima de Revisión (12 de marzo de 2010): *Acción de tutela instaurada por Orfelina Giraldo Navarro y Angélica María Díaz Lozano en contra de Acción Social*, Sentencia T-179/10, Sentencia de revisión de tutela.

CC, Sala Novena de Revisión (15 de julio de 2010): *Acción de tutela instaurada por Mercedes Herrera Novoa, Zoila de Jesús Ortega Mojica, Elizabeth Esther Morales Herrera, Mercedes María Morales Herrera, Tania Luz Morales Herrera, Rocío del Pilar Morales Soto, Marena Morales Ortega, Andrés José Ternera Ortega, y Antonio Rafael Ortega de la Rosa contra la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional – Acción Social*, Sentencia T-458/10, Sentencia de revisión de tutela.

CC, Sala Plena (17 de agosto de 2010): *Revisión oficiosa del Acuerdo Complementario para la Cooperación y asistencia técnica en defensa y seguridad entre los Gobiernos de la República de Colombia y de los Estados Unidos de América, suscrito en Bogotá el 30 de octubre de 2009*, Auto 288/10, Comunicado núm. 40.

CC, Sala Plena (23 de noviembre de 2010): *Demanda de constitucionalidad contra la Ley 1312 de 9 de julio de 2009 “Por medio de la cual se reforma la Ley 906 de 2004 en lo relacionado con el Principio de Oportunidad”*, Sentencia C-936/10, Sentencia de constitucionalidad.

8.1.2. Corte Suprema de Justicia (CSJ)

CSJ, Sala Plena (23 de marzo de 1973): *Demanda de constitucionalidad del Acto legislativo 01 de 1968*, Gaceta Judicial núm. 2390-2391, Sentencia de constitucionalidad.

CSJ, Sala de Casación Penal (25 de octubre de 2001): *La Fiscalía c. Alejandro Londoño Tamayo y otros*, Radicado núm. 18499, Aprobado: Acta núm. 165, Sentencia.

CSJ, Sala de Casación Penal (25 de abril de 2002): *La Fiscalía c. Jairo Hernán Morán Bravo y otros*, Proceso núm. 12191, Aprobado: Acta núm. 46, Sentencia.

CSJ, Sala de Casación Penal (6 de marzo de 2003): *La Fiscalía c. Eduardo Delgado Carrillo y otros*, Radicado núm. 17550, Aprobado: Acta núm. 30, Auto.

CSJ, Sala de Casación Penal (15 de septiembre de 2004): *La Fiscalía c. José Wladimir Osorio Roa*, Radicado núm. 20860, Aprobado: Acta núm. 077, Sentencia.

CSJ, Sala de Casación Penal (25 de mayo de 2006): *La Fiscalía c. Luis Miguel Moreno Muñoz*, Radicado núm. 21923, Aprobado: Acta núm. 51, Sentencia.

CSJ, Sala de Casación Penal (9 de noviembre 2006): *La Fiscalía c. Sandra Rivera Suárez*, Radicado núm. 22698, Aprobado: Acta núm. 128, Sentencia.

CSJ, Sala de Casación Pena (17 de marzo 2007): *La Fiscalía c. Nicolás Rodríguez Bautista y otros*, Radicado núm. 23825, Aprobado: Acta núm. 31, Sentencia.

CSJ, Sala de Casación Penal (11 de julio de 2007): *La Fiscalía c. Orlando César Caballero Montalvo*, Radicado núm. 26945, Aprobado: Acta núm. 117, Auto.

CSJ, Sala de Casación Penal (8 de agosto 2007): *La Fiscalía c. Jhon Jairo Buitrago Gonzalez y Luis Alberto Puertas Triana*, Radicado núm. 25974, Aprobado: Acta núm. 140, Sentencia.

CSJ, Sala de Casación Penal (12 de septiembre 2007): *La Fiscalía c. Luis Fernando Campuzano Vásquez*, Radicado núm. 24448, Aprobado: Acta núm. 170, Sentencia.

CSJ, Sala de Casación Penal (12 de septiembre 2007): *La Fiscalía c. Álvaro Araújo Castro*, Radicado núm. 27032, Aprobado: Acta núm. 84, Sentencia.

CSJ, Sala de Casación Penal (10 de diciembre 2008): *La Fiscalía c. Énilse del Rosario López Romero “La Gata” y otro*, Radicado núm. 30927, Aprobado: Acta núm. 353, Auto.

CSJ, Sala de Casación Penal (24 de febrero de 2009): *La Fiscalía c. Omar Enrique Martínez Ossías*, Radicado núm. 30999, Aprobado: Acta núm. 48, Auto.

CSJ, Sala de Casación Penal (12-3-2009): *La Fiscalía c. Postulado indeterminado*, Radicado núm. 31320, Aprobado: Acta núm. s/n, Auto

CSJ, Sala de Casación Penal (6 de mayo de 2009): *La Fiscalía c. José Mauricio Muñoz Plaza y otros*, Radicado núm. 26137, Aprobado: Acta núm. 127, Sentencia.

CSJ, Sala de Casación Penal (12 de mayo de 2009): *La Fiscalía c. Cesar Augusto Botero*, Radicado núm. 31150, Auto.

CSJ, Sala de Casación Penal (27 de julio de 2009): *La Fiscalía c. Ramiro Jairo Ramírez Ortega y otros*, Radicado núm. 31914, Aprobado: Acta núm. 228, Auto.

CSJ, Sala de Casación Penal (19 de agosto de 2009): *La Fiscalía c. Luis Édgar Medina Flórez*, Radicado núm. 30451, Aprobado: Acta núm. 260, Concepto desfavorable de extradición (Sala de Casación Penal).

CSJ, Sala de Casación Pena (2 de septiembre de 2009): *La Fiscalía c. Paula Andrea Calle Piedrahita*, Radicado núm. 29221, Aprobado: Acta núm. 227, Sentencia.

CSJ, Sala de Casación Penal (21 de septiembre de 2009): *La Fiscalía c. Gian Carlo Gutiérrez Suárez*, Radicado núm. 32022, Aprobado: Acta núm. 299, Auto.

CSJ, Sala de Casación Penal (27 de enero de 2010): *La Fiscalía c. Mario y Geiber José Fuentes Montaña*, Radicado núm. 29753, Aprobado: Acta núm. 16, Sentencia.

CSJ, Sala de Casación Penal (23 de febrero de 2010): *La Fiscalía c. Álvaro Alfonso García Romero*, Radicado núm. 32805, Aprobado: Acta núm. 56, Sentencia.

CSJ, Sala de Casación Penal (14 de abril de 2010): *La Fiscalía c. Andrés Felipe Vásquez Ruiz*, Radicado núm. 33494, Aprobado: Acta núm. 114, Auto.

CSJ, Sala de Casación Penal (13 de mayo de 2010): *La Fiscalía c. Walter Ochoa Guisao*, Radicado núm. 33610, Aprobado: Acta núm. 156, Auto.

CSJ, Sala de Casación Penal (28 de julio de 2010): *La Fiscalía c. Hugo Enrique Rudas Villazón*, Radicado núm. 34202, Aprobado: Acta núm. 236, Sentencia.

CSJ, Sala de Casación Penal (25 de agosto de 2010): *La Fiscalía c. Rodolfo Sebastián Sánchez Rincón*, Radicado núm. 32964, Aprobado: Acta núm. 267, Sentencia.

CSJ, Sala de Casación Penal (27 de septiembre de 2010): *La Fiscalía c. Rubén Darío Quintero Villalba*, Radicado núm. 34653, Aprobado: Acta núm. 310 Sentencia.

8.1.3. Otros tribunales o instancias colombianas

JPC, Juez 2º Antioquia (22 de abril de 2003): *La Fiscalía c. Carlos Castaño Gil y otros*, Sentencia de primera instancia.

CE-RC, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (22 de febrero de 2007): *Jorge Enrique Sánchez Chávez y otros c. Nación- Ministerio de Defensa-Policía Nacional*, Expediente núm. 26036, Recurso de reposición.

CE-RC, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (30 de julio de 2008): *Dagoberto Ahumada Ramírez c. Nación- Ministerio de Hacienda y Crédito Público*, Expediente núm. 16637, Sentencia.

JPC, Juez 3º Bogotá (9 de junio de 2010): *La Fiscalía c. Coronel Luis Alfonso Plazas Vega*, Radicado núm. 11001320700320080002500, Sentencia de primera instancia.

PGN, Procurador Regional de Antioquia (11 de junio de 2002): *Cárdenas c. Leal*, Denuncia del Capitan (R) Gilberto Cárdenas González contra el Fiscal Dario Eduardo Leal Rivera.

FGN, Fiscalía 11 Delegada ante la CSJ (28 de mayo de 2009): *La Fiscalía c. Jaime Fernando Ovalle Olaz y otros*, MT. 014 Rad. 12495-11, Instrucción por los delitos de concierto para delinquir y otros.

TS-SJP, Distrito Judicial de Bogotá (29 de junio de 2010): *La Fiscalía c. Edgar Cobos Téllez y Úber Banquez Martínez*, Radicado núm. 110016000253200680077, Sentencia de primera instancia.

8.2. OTROS TRIBUNALES NACIONALES

CC-F, *Décision sécurité et liberté*, núm. 80-127 DC, 19-20 janvier 1981.

Cass. crim., *Fédération nationale des déportés et mutilés résistants et patriotes et autres c. Klaus Barbie*, pourvoi no 83-94.194, Bulletin criminel p. 610, 6 octobre 1983.

TSJ-RBV, Sala de Casación Penal (10 de diciembre de 2001): *Ministerio del Interior y Justicia c. José María Ballestas Tirado*, Expediente 01-847, Sentencia de extradición.

CDC-EUA, Distrito de Columbia (3 de febrero de 2005): *Los Estados Unidos de América c. Rodrigo Tovar Pupo*, Expediente núm. 04-114 (RBW), Demanda de extradición.

CSJN-RA, Sala Plena (14 de junio de 2005): *Julio Héctor Simón y otros s/ privación ilegítima de la libertad etc.*, causa núm. 17.768, Recurso de hecho.

TOCF-RA, Tribunal 5º Buenos Aires (11 de agosto de 2006): *La Fiscalía c. Julio Héctor Simón*, causas núm. 1056 y 1207, sentencia de primera instancia.

TOCF-RA, Tribunal 1º La Plata (19 de septiembre de 2006): *La Fiscalía c. Miguel Osvaldo Etchecolatz*, causa núm. 205, sentencia de primera instancia.

CSJ-RP, Sala Penal Nacional (13 de octubre de 2006): *La Fiscalía c. Sendero Luminoso, Abimael Guzmán et al.*, Expediente núm. EA 560-3, Sentencia.

TOCF-RA, Tribunal 5º La Plata (1 de noviembre de 2007): *La Fiscalía c. Chistian Federico Von Wernich*, causas núm. 13, 44 y 2251, sentencia de primera instancia

CSJ-RP, Sala Plena Penal Transitoria (30 de diciembre de 2009): *La Fiscalía c. Alberto Fujimori Fujimori*, Expediente núm. AV 19-1-2001, Sentencia.

CSJ-RP, Sala Penal Especial (7 de abril de 2010): *La Fiscalía c. Alberto Fujimori Fujimori*, Expediente núm. AV 19-2001, Sentencia.

9. LEGISLACIÓN INTERNA

9.1. LEGISLACIÓN COLOMBIANA (LEYES, DECRETOS Y RESOLUCIONES)

Ley 169 de 1896, de 1 de diciembre, “*Sobre reformas judiciales*”, Congreso de la República de Colombia, Diario oficial 10.235.

Ley 5 de 1960, de 26 de agosto, “*Por la cual se aprueban el Acta final y los Convenios suscritos por la Conferencia Diplomática de Ginebra del 12 de agosto de 1949*”, Presidente de la República de Colombia, Diario oficial 30.318.

Resolución núm. 5 de 1969, de 9 de abril, *que desarrolla la Ley 48 de 1968, mediante la cual se aprueba el Reglamento de combate de contraguerrillas, Código EJC. 3-10 Reservado*. Comando del Ejército de la República de Colombia, Comandante General de las Fuerzas Militares.

Decreto 1 de 1984, de 2 de enero, “*Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo*”, Congreso de la República de Colombia, Diario oficial 36.439.

Resolución 36 de 1987, de 12 de noviembre, *Mediante la cual se aprueba el Reglamento de combate de contraguerrillas. Código EJC-3-10 Restringido*.

Comandante General de las Fuerzas Militares, Mayor General Oscar Botero Restrepo, Coronel Luis Alfonso Plazas Vega, Ayudante General.

Ley 11 de 1992, de 21 de julio, “*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), adoptado en Ginebra, el 8 de junio de 1977*”, Congreso de la República de Colombia, Diario oficial 40.510.

Ley 171 de 1994, de 16 de diciembre, “*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)", hecho en Ginebra el 8 de junio de 1977.*”, Congreso de la República de Colombia, Diario oficial 41.640.

Decreto 1016 de 1990, de 14 de mayo, “*Por el cual se promulgan algunos Convenios Internacionales*”, Presidente de la República de Colombia, Diario oficial 39.360.

Decreto 82 de 1996, de 12 de enero, “*Por el cual se promulga 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), hecho en Ginebra el 8 de junio de 1977*”, Presidente de la República de Colombia, Diario oficial 44.450.

Decreto 509 de 1996, de 14 de marzo, “*Por el cual se promulga 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), hecho en Ginebra el 8 de junio de 1977*”, Presidente de la República de Colombia, Diario oficial 42.746.

Ley 288 de 1996, de 5 de julio, “*Por medio de la cual se establecen instrumentos para la indemnización de perjuicio a las víctimas de violaciones de derechos humanos en virtud de lo dispuesto por determinados órganos internacionales de Derechos Humanos*”, Congreso de República de Colombia, Diario oficial 42.826.

Ley 418 de 1997, de 26 de diciembre, “*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 de Colombia, Diario oficial 43.201.

Ley 522 de 1999, de 12 de agosto, “*Por medio de la cual se expide el Código Penal Militar*”, Congreso de la República de Colombia, Diario oficial 43.665.

Ley 599 de 2000, de 24 de julio, “*Por la cual se expide el Código Penal*”, Congreso de la República de Colombia, Diario oficial 44.097.

Ley 600 de 2000, de 24 de julio, “*Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*”, Congreso de la República de Colombia, Diario oficial 44.097.

Decreto-Ley 1790 de 2000, de 14 de septiembre, “*Por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares*”, Presidente de la República de Colombia, Diario oficial 44.161.

Resolución 0-1561 de 2001, de 22 de octubre, “*Por la cual se conforman las unidades de Apoyo a la Unidad Nacional de Fiscalías de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario*”, Fiscalía General de la Nación, Diario oficial 44.594

Acto Legislativo número 2 de 2001, de 27 de diciembre, “*Por medio del cual se adiciona el artículo 93 de la Constitución*”, Congreso de la República de Colombia, Diario oficial 44.663.

Ley 734 de 2002, de 5 de febrero, “*Por la cual se expide el Código Disciplinario Único*”, Congreso de la República de Colombia, Diario oficial 44.699.

Ley 782 de 2002, de 23 diciembre, “*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 de Colombia, Diario oficial 45.043.

Ley 742 de 2002, de 7 de junio, “*Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma, el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)*”, Congreso de la República de Colombia, Diario oficial 44.826.

Ley 791 de 2002, de 7 de diciembre, “*Por medio de la cual se reducen los términos de prescripción en materia civil*”, Congreso de la República de Colombia, Diario oficial 45.046.

Decreto 128 de 2003, de 22 de enero, “*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”, Presidencia de la República de Colombia, Diario oficial 45.073.

Decreto 2767 de 2004, de 21 de agosto, *“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 vida civil*”, Presidencia de la República de Colombia, Diario oficial 45.657.

Acto Legislativo 2 de 2004, de 27 de diciembre, *“Por el cual se reforman algunos artículos de la Constitución Política de Colombia y se dictan otras disposiciones*”, Congreso de la República de Colombia, Diario oficial 45.775.

Ley 975 de 2005, de 25 de julio, *“Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios*”, Congreso de la República de Colombia, Diario oficial 45.980.

Decreto 4760 de 2005, de 30 de diciembre, *“Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 975 de 2005*”, Presidencia de la República de Colombia, Diario oficial 46.137.

Decreto 3391 de 2006, de 29 de septiembre, *“Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 975 de 2005*”, Presidente de la República de Colombia, Diario oficial 46.406.

Decreto 315 de 2007, de 7 de febrero, *“Por medio del cual se reglamenta la intervención de las víctimas durante la etapa de investigación en los procesos de Justicia y Paz de acuerdo con lo previsto por la Ley 975 de 2005*”, Ministerio del Interior y de Justicia de la República de Colombia, delegatario de funciones presidenciales, Diario oficial 46.575.

Resolución 0-3854 de 2007, de 19 de octubre, *“Por la cual se conforma una Subunidad de Apoyo a la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional, para el impulso de las investigaciones que se adelantan por homicidios presuntamente cometidos por Agentes del Estado*”, Fiscalía General de la Nación, Diario oficial 46.791.

Ley 1180 de 2007, de 31 de diciembre, *“Por medio de la cual se aprueba el ‘Acuerdo sobre los Privilegios e Inmunidades de la Corte Penal Internacional’*, hecho en

Nueva York, el 9 de septiembre de 2002”, Congreso de la República de Colombia, Diario oficial 46.858.

Resolución 0-0325 de 2008, de 28 de enero, *“Por medio de la cual se modifica la Resolución 0-3854 del 19 de octubre de 2007”*, Fiscalía General de la Nación, Diario oficial 46.7923.

Resolución 0-0685 de 2008, de 22 de febrero, *“Por la cual se modifica y se distribuye la planta de cargos de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario”*, Fiscalía General de la Nación, Diario oficial 46.910.

Decreto 1290 de 2008, de 22 de abril, *“Por el cual se crea el programa de reparación individual por vía administrativa para las víctimas de los grupos armados organizados al margen de la ley”*, Presidente de la República de Colombia, Diario oficial 46.968.

Ley 1268 de 2008, de 31 de diciembre, *“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 Partes de Corte Penal Internacional, en Nueva York, del 3 al 10 de septiembre de 2002”*, Congreso de la República de Colombia, Diario oficial 47.219.

Ley 1312 de 2009, de 9 de julio, *“Por medio de la cual se reforma la Ley 906 de 2004 en lo relacionado con el Principio de Oportunidad”*, Congreso de la República de Colombia, Diario oficial 47.405.

Ley 1424 de 2010, de 29 de diciembre, *“Por la cual se dictan disposiciones de justicia transicional que garanticen verdad, justicia y reparación a las víctimas de desmovilizados de grupos organizados al margen de la ley, se conceden beneficios jurídicos y se dictan otras disposiciones”*, Congreso de la República de Colombia, Diario oficial 47.937.

Ley 1437 de 2011, de 18 de enero, *“Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”*, Congreso de la República de Colombia, Diario oficial 47.956.

Proyecto de Ley 213 de 2010 Senado, 107 de 2010 Cámara, Acumulado con el Proyecto de Ley 85 de 2010 Cámara, de 13 de diciembre. Ponencia del Senado, 17 de enero de 2011, *“Por la cual se dictan medidas de atención, reparación integral y restitución*

de tierras a las víctimas de violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario y se dictan otras disposiciones”, Congreso de la República de Colombia, Texto aprobado en plenaria por la Cámara de Representantes: Gaceta 1139/10, Texto del Senado en primer debate: Gaceta 63/11.

Ley 1448 de 2011, de 10 de junio, “*Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones*”, Congreso de la República de Colombia, Diario oficial 48.096.

9.2. OTRAS LEGISLACIONES NACIONALES

General Order number 100, 24 April 1863, *Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field (Lieber Code)*.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, “*del Código Penal*”, Reino de España, BOE núm. 0281.

Loi 92-683, du 22 juillet 1992, “*portant réforme des dispositions générales du code pénal de la République de France*”, version consolidée au 7 janvier 2011.

Regio Decreto 19 ottobre 1930, n. 1398, “*Codice penale*”, testo coordinato ed aggiornato on le ultime modifiche che sono state introdotte dalla Legge di conversione 31 marzo 2010, n. 50.

BIBLIOGRAFÍA

1. LIBROS Y MONOGRAFÍAS

- AQUINAS, T., *Summa Theologica*, vol. II- Part II, First section, 2007, New York, Fathers of the English Dominican province translator, Cosimo P.O., 1164 págs.
- AGUDELO BETANCUR, N., *Curso de derecho penal: esquemas del delito*, 2^{da} edición, 1993, Bogotá, Editorial Linotipia Bolívar, 174 págs.
- ALEDO, L. A., *Le droit international public*, 2005, París, Dalloz, 141 págs.
- ALVIAR GARCÍA, H.; LÓPEZ MEDINA, D.; RODRÍGUEZ GARAVITO, C., *¿Justicia mediante litigio? Reparación y extracción en las demandas laborales y extracontractuales en contra del Estado*, 2005, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DJS), 224 págs.
- AMBOS, K., *Impunidad y derecho penal internacional: un estudio empírico dogmático sobre Colombia-Bolivia-Perú-Chile-Argentina*, 1^a edición colombiana, 1997, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 514 págs.
- AMBOS, K., *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y Derecho Penal Internacional*, 2010, Bogotá, Nomos Impresores, 275 págs.
- AMBOS, K., *Temas de Derecho Internacional Penal y Europeo: derechos humanos, fines de la pena, ius puniendi, responsabilidad individual, crímenes más graves, derecho penal y guerra, proceso penal internacional y europeo, inmunidades*, 2006, Madrid, Barcelona, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S. A., 535 págs.
- APONTE CARDONA, A., (dir.), *El proceso penal especial de Justicia y Paz: Alcances y límites de un proceso penal concebido en clave transicional*, Monográfico núm. 2, 2011, Madrid, Publicaciones del CITpax, 232 págs.
- ARDANT, P., *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 18^{ème} édition, 2006, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence LGDJ, 612 págs.
- ARDILA, M.; CARDONA, D.; RAMIREZ, S., *Colombia y su política exterior en el siglo XXI*, 2005, Bogotá, Ediciones Friedrich Ebert Stiftung en Colombia, 393 págs.
- BASSIOUNI, C., *Introduction to International Criminal Law*, 2003, New York, Transnational Publishers, 823 págs.

- BAZELAIRE J-P.; CRETIN, T., *La justice pénale internationale. Son évolution, son avenir. De Nuremberg à La Haye*, 1^{ère} édition, 2000, París, Presses Universitaires de France PUF, 261 págs.
- BINDING, K., *La culpabilidad en Derecho Penal*, traducido del alemán por M. Cancio Meliá, 2009, Buenos Aires, B de F, 165 págs.
- BORJA JIMÉNEZ, E., *Acerca de lo Universal y lo Particular del Derecho Penal*, Monografías módulo penal núm. 14, 2010, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 164 págs.
- BOU FRANCH, V.; FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., *La inclusión del terrorismo entre los crímenes internacionales previstos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional*, 2009, Burriana, MINIM agència ediciones, 134 págs.
- BUJOSA VADELL, L. M., *La cooperación procesal de los Estados con la Corte Penal Internacional*, 2008, Barcelona, Atelier Libros Jurídicos, 517 págs.
- BOULOC, B., *Droit pénal général*, Collection Précis, 21^{ème} édition, 2009, París, Dalloz, 772 págs.
- BREEN, E., *Gouverner et punir. Le rôle de l'Exécutif dans les procédures répressives*, 2003, París, Presse Universitaires de France, 226 págs.
- CASSESE, A., *International Criminal Law*, 1st edition, 2003, New York, Oxford University Press, 472 págs.
- CASTRO LEE, C., *En torno a la violencia en Colombia: una propuesta interdisciplinaria*, 2005, Cali, Universidad del Valle, 441 págs.
- CHAGNOLLAUD, D., *Droit Constitutionnel Contemporain, vol. I: Théorie générale les régimes étrangères*, 5^a édition, 2007, París, Dalloz, 440 págs.
- CICERON, M. T., *Traité des devoirs*, Nouvelle Collection des moralistes anciens, traducido por De Gallon-La Bastida, 1850, París, Flox Frères, 294 págs.
- CICERÓN, M. T., *Tratado de los deberes*, vol. 7 de la Biblioteca de la literatura y el pensamiento universales, traducido por J. Santa Cruz Teijeiro, 1975, Madrid, Editora Nacional, 207 págs.
- COHENDENT, M-A., *Droit constitutionnel*, 4^{ème} édition, 2008, París, Montchrestien, 535 págs.

- CONNOP THIRLWALL, D. D., *Histoire des origines de la Grèce ancienne*, traducido por A. Joanne, 1852, París, Paulin et Le Chevalier éditeurs, 583 págs.
- CONSTANTINESCO, V.; PIERRE-CAPS, S., *Droit constitutionnel*, 2004, París, Presses Universitaires de France PUF, 586 págs.
- CÓRDOBA ANGULO, M. F., *La tentativa*, 2001, Bogotá, Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 106 págs.
- CRUZ ZÚÑIGA, P.; GONZÁLEZ GIL, A.; MEDINA MARÍN, R., (coords.), *La diáspora colombiana. Derechos humanos y migración forzada. Colombia-España 1995-2005*, 2008, Sevilla, ArCiBel Editores, 253 págs.
- CSUCS, *Global Report 2004. Coalition to Stop the Use of Child Soldiers*, 2004, London, Everbest Printing Company, 360 págs.
- DAVID, E., *Éléments de Droit international et européen*, 2009, Bruxelles, Bruylant, 1566 págs.
- DAVID, E., *Principes de droit des conflits armés*, 2^{ème} édition, 1999, Bruxelles, Bruylant S.A., 860 págs.
- DÁVILA LADRÓN DE GUEVARA, A., (dir.), *Estrategia de fortalecimiento de la democracia y el desarrollo social (2007-2013) versión final*, 2007, Bogotá, Dirección de Justicia y Seguridad y Departamento Nacional de Planeación, 90 págs.
- DEMETRIO CRESPO, E.; RODRÍGUEZ YAGÜE, C., (coord.), *Curso de Derecho penal: parte general*, 2^{da} edición, 2010, Barcelona, Ediciones Experiencia S. L., 657 págs.
- DESPAGNET, F., *Cours de droit international public*, 2006, París, Elibron classics, 723 págs.
- DESPORTES, F.; LE GUNEHÉC F., *Droit pénal général*, 15^{ème} édition, 2008, París, Economica, 1228 págs.
- DE AQUINO, T., *Suma teológica*, vol. II-II, traducido por H. Abad de Aparicio, 1882, Madrid, Moya y Plaza, 61 págs.
- DE HIPONNE, A., *La Cité de Dieu*, Tome III, traducido y anotado por E. Saisset, 1855, París, Charpentier Libraire Editeur, 376 págs.

- DE VATTEL, E., *Derecho de gentes o principios de la ley natural, aplicados a la conducta y a los negocios de los soberanos*, Tomo III, traducido por M. Pascual Hernández, 1820, Madrid, Imprenta de La Compañía, 390 págs.
- DE VITORIA, F., *Des Indis recenter inventis et de jure belli Hispanorum in barbaros, relectiones (1539): Vorlesungen uber die Kurzlich entdeckten Inder und das Recht der Spanier*, vol. 2 de Die Klassiker des Voelkerrechts, traducido al alemán por W. Schätzel (ed.), 1952, Berlin, Editorial Artibus, 178 págs.
- ECHANDÍA, C.; SALAS, L. G., *Dinámica espacial de las muertes violentas en Colombia*, 2008, Bogotá, OPPDH-DIH Vicepresidencia de la República de Colombia, 276 págs.
- ESTUPIÑÁN SILVA, R., *Impunidad normativa y crímenes de guerra en Colombia*, 2007, Valencia, Universidad de Valencia- Proyecto de Investigación DEA inédito, 261 págs.
- FALS BORDA, O.; UMAÑA LUNA, E.; GUZMÁN CAMPOS, G., *La violencia en Colombia: estudio de un proceso social*, vol. I y II, 11ª edición, 2005, Bogotá, Editorial Taurus, 890 págs.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., *La interpretación de las normas internacionales*, 1996, Pamplona, Editorial Aranzadi, 351 págs.
- FIDH, *El juicio a Fujimori: el fin de la impunidad?*, 2008, París, Imprimerie de la FIDH, 24 págs.
- FIDH, *Perspectivas ante la Ley de justicia y paz. Memorias Seminario-Taller "Corte a la impunidad". Colombia en la mira de la Corte Penal Internacional*, 2006, Bogotá, Stiker publicidad, 375 págs.
- FLETCHER, G. P., *Rethinking Criminal Law*, 2000, New York, Oxford University Press, 898 págs.
- FORCADA BARONA, I., *Derecho Internacional y Justicia Transicional. Cuando el Derecho se convierte en religión*, 1ª edición, 2011, Pamplona, Editorial Aranzadi S. A., 246 págs.
- FOUCAULT, M., *Histoire de la folie à l'âge classique*, reimpresión, 1972, París, Gallimard, 360 págs.

- FRANCO RESTREPO, V. L., *Guerra civiles, introducción al problema de su justificación*, 2008, Medellín, Instituto de Filosofía de la Universidad de Antioquia, 190 págs.
- GOLDSTONE, R. J., *For Humanity: Reflections of a War Crimes Investigator*, 2000, New Haven, Yale University Press, 176 págs.
- GONZÁLEZ, F., *El simbolismo precolombino. Cosmovisión de las culturas arcaicas*, 2003, Buenos Aires, Editorial Kier, 320 págs.
- GROCIO, H., *Del derecho de la guerra y de la paz, Prolegómenos, Libro I. Cap. I (1583-1645)*, Colección Clásicos políticos, traducido y anotado por P. Mariño Gómez, 1987, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 67 págs.
- GROTIUS, H., *Le droit de la guerre et de la paix*, vol. I, traducido por P. Padrier-Fodéré, 1867, París, Guillaumin et Cie. Librairies, 578 págs.
- GÜEL PERIS, S., *Conflictos armados internos y aplicabilidad del derecho internacional humanitario*, 2005, Madrid, Instituto de Estudios Europeos de la Universidad San Pablo- CEU y Dykinson S.L., 358 págs.
- HENAO GAVIRIA, H. F., (dir.), *Reviviendo la esperanza*, 2010, Bogotá, Secretariado Nacional de Pastoral Social- Cáritas Colombiana, 156 págs.
- HEUMANN, M., *Plea Bargaining: The Experiences of Prosecutors, Judges, and Defense Attorneys*, 1981, Chicago, University of Chicago Press, 228 págs.
- HUET, A.; KOERING-JOULIN, R., *Droit pénal international*, 2^a édition, 2001, París, Presses Universitaires de France PUF, 456 págs.
- JAKOBS, G.; CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, 1^a edición, 2003, Madrid, Civitas Ediciones S. L., 102 págs.
- LA HAYE, E., *War Crimes in Internal Armed Conflicts*, 2008, New York, Cambridge University Press, 424 págs.
- LACHS, M., *War crimes: an attempt to define the issues*, 1945, London, Stevens, 108 págs.
- LAZZERI, P., *Le conflit armé en Colombie et la communauté internationale*, Recherches et documents de l'Amérique latine, 2005, París, L'Harmattan, 239 págs.

- LEAL BUITRAGO, F., *El oficio de la guerra: la seguridad nacional en Colombia*, 1994, Bogotá, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales IEPRI, 298 págs.
- LEYES de Manú: *instituciones religiosas y civiles de la India*, Biblioteca de autores célebres, traducido por V. García Calderón, 1980, París, Casa Editorial Garnier Hermanos, 510 págs.
- MALEKIAN, F., *International criminal law: The legal and critical analysis of international crimes*, vol. II, 1991, London, Cambridge University Press, 621 págs.
- MATHIEU, P.; WILLAME, J-C., *Conflits et guerres au Kivu et dans la région des grands lacs: entre tensions locales et escalade régionale*, Cahiers africains 39-40, Institut africain-CEDAF, 1999, París, L'Harmattan, 218 págs.
- MATTEUCCI, N., *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*, Colección Estructuras y Procesos, 1998, Madrid, Editorial Trotta, 318 págs.
- MAY, L.; ROVIE, E.; VINER, S., *The morality of war. Classical and contemporary readings*, 1st edition, 2006, New Jersey, Pearson Prentice Hall, Upper Saddle River, 447 págs.
- MCCORMACK, T. L. H., (ed.), *The Law of War Crimes. National and International Approaches*, 1997, The Hague, Kluwer Law International, 262 págs.
- MEDINA GALLEGO, C., *ELN: Una historia contada a dos voces. Entrevista con 'el cura' Manuel Pérez y Nicolás Rodríguez Bautista, 'Gabino'*, 1996, Bogotá, Rodríguez Quito Editores, 266 págs.
- MEDINA GALLEGO, C., *Autodefensas, paramilitares y narcotráfico en Colombia: origen, desarrollo y consolidación: el caso "Puerto Boyacá"*, 1990, Editorial Documentos periodísticos, 409 págs.
- MIR PUIG, S., *Derecho penal: Parte general*, 3^a edición, 1990, Barcelona, Ediciones PPU, 865 págs.
- MOISÉS et al., *La Biblia ó el Antiguo y Nuevo Testamento traducidos al español de la Vulgata latina*, traducido por F. S. de San Miguel, 1825, Londres, Samuel Bagster, 772 págs.

- MOVICE; CCAJAR; CSPP, *Sin justicia y sin paz. Verdad fragmentada, reparación ausente. Balance de la Aplicación de la “Ley de Justicia y Paz”*, 2009, Bogotá, Impresiones Bogotá D.C., 208 págs.
- MURACCIOLE, J-F., *L'ONU et la sécurité collective*, 2006, París, Ellipses editions Marketing S. A., 176 págs.
- NOYA, F. J., *Diplomacia pública para el siglo 21*, 2007, Barcelona, Editorial Ariel, 469 págs.
- OLÁSOLO, H., *Corte Penal Internacional ¿Dónde investigar?*, 2003, Valencia, Tirant lo Blanch, 645 págs.
- ORIHUELA CALATAYUD, E., *Derecho Internacional Humanitario. Tratados internacionales y otros textos*, 1998, Madrid, McGraw-Hill, 901 págs.
- PABÓN PARRA, P. A., *Manual de Derecho Penal, Parte General*, tomo I, 7ª edición, 2005, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 1491 págs.
- PÉCAUT, D., *Les Farc, une guérilla sans fins?*, 2008, París, Lignes de Repères, 169 págs.
- PELLA, V. V., *La criminalité collective des Etats et le droit pénal de l'avenir*, 2^{ème} édition, 1926, Bucarest, Imprimerie de l'Etat, 360 págs.
- PICTET, J. S., *Comentario del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional*, traducido por J. Chocomeli Lera y M. Duque Ortiz, 1ª edición en español, 1998, Bogotá, CICR-Plaza & Janés Editores, 375 págs.
- POPOL VUH, *El libro del Consejo*, traducido al español por F. Ximénez, 3ª edición, 2007, Guatemala, Artemis- Edinter, 163 págs.
- PRADEL, J., *Manuel de Droit pénal général*, 15^{ème} édition, 2004, París, Editions Cujas, 756 págs.
- QUESADA ALCALÁ, C., *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*, 2005, Valencia, Tirant lo Blanch, 589 págs.
- RAGUÉS I VALLÈS, R., *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, Barcelona, Ediciones José María Bosch, 566 págs.

- RATNER, S. R.; ABRAMS, J. S.; BISCHOFF, J. L., *Accountability for humans rights atrocities in International law. Beyond the Nuremberg Legacy*, 3th edition, 2009, New York, Oxford University Press, 483 págs.
- REYES ECHANDÍA, A., *Culpabilidad*, 2^{da} reimpresión de la 3^a edición, 1997, Santafé de Bogotá, Editorial Temis S. A., 229 págs.
- RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M., *Historia del pensamiento jurídico. I. De Heráclito a la Revolución francesa*, 8^a edición, 1996, Madrid, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 318 págs.
- RONZITTI, N., *Diritto Internazionale dei conflitti armati*, 2006, Torino, Giappichelli editore, 383 págs.
- ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, traducido de la 7^a edición alemana por J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo, 2000, Madrid, Marcial Pons, 797 págs.
- ROXIN, C., *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, traducido y anotado por F. Muñoz Conde, 1981, Madrid, Reus, 200 págs.
- ROXIN, C., *Derecho Penal: Parte general, vol. 1, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, traducido de la 2^{da} versión alemana y anotado por D-M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y J. Vicente Remesal, 1997, Madrid, Civitas, 1072 págs.
- ROXIN, C., *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, traducido por C. Gómez Rivero y C. García Cantizano, 2000, Valencia, Tirant lo Blanch, 158 págs.
- RUIZ VASQUEZ, J.; ILLERA CORREAL, O.; MANRIQUE ZULUAGA, V., *La tenue línea de la tranquilidad: Estudio comparado sobre seguridad, ciudadanía y policía*, 2006, Bogotá, Centro de Estudios Políticos e Internacionales de la Universidad del Rosario, 272 págs.
- SCHABAS, W., *An Introduction to the International Criminal Court*, 1st edition reprinted, 2002, New York, Cambridge University Press, 406 págs.
- SCHINDLER, D.; TOMAN, J., *Droit des conflits armés, Recueil des conventions, résolutions et autres documents*, 1996, Genève, Collection CICR/Institut Henry Dunant, 1470 págs.

- SCHÜNEMANN, B., *¿El derecho penal es la ultima ratio para la protección de los bienes jurídicos! Sobre los límites inviolables del derecho penal en un Estado liberal de derecho*, Cuadernos de Conferencias y Artículos núm. 38, traducido por Á. De la Torre Benítez, 2007, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 73 págs.
- STANLEY A. COOK, M. A., *The law of Moses and the Code of Hammurabi*, 1903, London, Adam and Charles Black, 307 págs.
- SIEBER, U., *Part 1: Comparative Analysis of Legal Systems*, 2006, Freiburg, Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law, 50 págs.
- SUDRE, F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, 8^{ème} édition, 2009, París, Presses Universitaires de France, 786 págs.
- TAVARES, J. E. X., *Teoría del injusto penal*, traducido de la 2^{da} edición portuguesa por M. Pereira, 2010, Montevideo, B. de F., 361 págs.
- TEMOCHE CORTEZ, P., *Breve historia de los Incas*, Madrid, 2008, Ediciones Nowtilus S.L., 299 págs.
- THE LAW Code of Manu*, traducido por P. Olivelle, 2004, New York, Oxford University Press, 316 págs.
- TORRES PÉREZ, M.; BOU FRANCH, V., *La contribución del Tribunal Internacional Penal para Ruanda al a configuración jurídica de los crímenes internacionales*, 2004, Valencia, Tirant lo Blanch, 486 págs.
- TRUYOL Y SERRA, A., *Cours général de droit international public, Recueil des cours 1981-IV*, 1992, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 444 págs.
- TRUYOL Y SERRA, A., *Historia de la filosofía del derecho y del Estado, 1. De los orígenes a la baja Edad Media*, 10^a edición revisada, v. 1, 1991, Madrid, Alianza Editorial, 468 págs.
- TRUYOL Y SERRA, A., *Historia del Derecho Internacional Público*, versión española de P. García Picazo, 1998, Madrid, Editorial Tecnos, 171 págs.
- TRUYOL Y SERRA, A., *La sociedad internacional*, 1974, Madrid, Alianza Editorial, 221 págs.
- TZU, S., *El arte de la guerra*, traducido y comentado por T. Cleary, 6^a edición, 2009, Madrid, Editorial EDAF, S.L., 163 págs.

- UPRIMNY YEPES, R., (coord.) *¿Justicia transicional sin transición?: verdad, justicia y reparación para Colombia*, 2006, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 230 págs.
- VELÁSQUEZ V., F., *Derecho Penal: Parte General*, 4^{ta} edición, 2009, Bogotá, Librería Jurídica Comlibros, 1317 págs.
- VELÁSQUEZ V., F., *Los delitos continuado y masa: a propósito del Art. 31 del Código Penal*, 2008, Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana, 183 págs.
- WELZEL, H., *Derecho penal alemán: parte general*, traducción del alemán por J. C. Bustos Ramírez y S. Yánes Pérez, 2^{da} edición, 1976, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 403 págs.
- WELZEL, H., *El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*, traducido y anotado por J. Cerezo Mir, 1964, Barcelona, Ariel, 131 págs.
- WELZEL, H., *Estudios de derecho penal: estudios sobre el sistema de derecho penal, causalidad y acción, derecho penal y filosofía*, traducido por G. E. Aboso y T. Löw, 2002, Montevideo, 156 págs.
- WERLE, G., *Principles of the International criminal law*, 2nd edition, 2009, The Hague, TMC Asser Press, 658 págs.
- ZAFFARONI, E. R., *Derecho Penal. Parte General*, 2000, Buenos Aires, Sociedad Anónima Editora, 1017 págs.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., (dir.), *Fundamentos de derecho penal. Parte general*, 4^a edición, 2010, Valencia, Tirant lo Blanch, 596 págs.

2. ARTÍCULOS DE REVISTAS Y CAPÍTULOS DE LIBROS

- ABI-SAAB, G.; ABI-SAAB, R., “Les crimes de guerre”. En: H. Ascensio; E. Decaux; A. Pellet, *Droit international pénal*, 2000, París, Éditions A. Pedone, 1053 págs., pp. 265-291.
- AMBOS, K., “Article 25: Individual criminal responsibility”. En: O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observer’s notes Article by Article*, 2nd edition, 2008, München, C. H. Beck, Hart, Nomos, 1954 págs., pp. 743-770.

- AMBOS, K., “Command responsibility and *Organisationsherrschaft*: ways of attributing international crimes to the ‘most responsible’”. En: A. Nolkaemper; H. van der Wilt (eds.), *System criminality in international law*, 2009, Cambridge, Cambridge University Press, 400 págs., pp. 127-157.
- ARNOLD, R.; TRIFFTERER, O., “Article 28: Responsibility of commanders and others superiors”. En: O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observer’s notes Article by Article*, 2nd edition, 2008, München, C. H. Beck, Hart, Nomos, 1954 págs., pp. 795-843.
- ASCENSIO, H., “Les tribunaux ad hoc pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda”. En: H. Ascensio; E. Decaux; A. Pellet, *Droit international pénal*, 2000, París, Éditions A. Pedone, 1053 págs, pp. 715-734.
- APONTE, A., “Colombia: un caso *sui generis* de justicia de transición”. En: J. Almqvist; C. Espósito (coords.), *Justicia transicional en Iberoamérica*, 2009, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 367 págs., pp. 87-114.
- APONTE, A., (dir.), “El proceso penal de Justicia y Paz desde la práctica cotidiana: síntesis y diagrama de flujo”. En: CITpax, *Observatorio Internacional DDR- Ley de Justicia y Paz. Tercer informe*, 2010, Madrid, Publicaciones del CITpax, 200 págs., 19-57.
- AVERROES, “El capítulo sobre la *Yihad* del manual jurídico ‘*Al-Bidayah*’”, traducido y anotado en inglés por R. Peters, traducido en español por F. González O’Sullivan. En: R. Peters, *La Yihad en el islam medieval y moderno*, Colección Historia y Geografía núm. 35, 2^{da} edición, 1998, Salamanca, Universidad de Sevilla, 78 págs., pp. 19-34.
- AVERROES, “Chapter of *Jihad* from Averroes’ Legal Handsbook: ‘*Bidàyat Al-Mudjtahid*’”, traducido y anotado por R. Peters. En: R. Peters, *Jihad in medieval and modern Islam*, Religious texts translations series Nisaba, vol. V, 1977, Leiden, E.J. Brill, 93 págs., pp. 9-25.
- AYALA DIAGO, C. A., “Conflicto armado en Colombia y el estallido de la paz en 1953”. En: Museo Nacional de Colombia (ed.), *Colombia en la negociación de conflictos armados 1900-1998: Memorias de la III Cátedra Anual de Historia “Ernesto Restrepo Tirado”*, vol. 1998, 1999, Bogotá, Ediciones Museo Nacional de Colombia, 222 págs, pp. 73-104.

- BASSIOUNI, C., “L’expérience des premières juridictions pénales internationales”. En: H. Ascensio; E. Decaux; A. Pellet, *Droit international pénal*, 2000, París, Éditions A. Pedone, 1053 págs, pp. 635-659.
- BERNABÉU, A., “Demandas civiles en Estados Unidos contra los líderes paramilitares extraditados”. En: CITpax, *Observatorio Internacional DDR- Ley de Justicia y Paz. Tercer informe*, 2010, Madrid, Publicaciones del CITpax, 200 págs., 133-142.
- BERGSMO, M.; KRUGER, P, “Article 53. Initiation of an investigation” En: O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observer’s notes Article by Article*, 2nd edition, 2008, München, C. H. Beck, Hart, Nomos, 1954 págs., pp. 1065-1076.
- BERGSMO, M.; TRIFFTERER, O., “Preamble” En: O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observer’s notes Article by Article*, 2nd edition, 2008, München, C. H. Beck, Hart, Nomos, 1954 págs.
- BOTHE, M., “War crimes”. En: A. Cassese; P. Gaeta; J. R. W. D. Jones, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. I-A, 1st edition, 2002, New York, Oxford University Press, 483 págs., pp. 379-426.
- CÁCERES BRUN, J., “Aspectos destacados en la aplicación del derecho internacional humanitario y los derechos humanos”. *RDIH-TAV núm. 78*, 2003, Buenos Aires, Lexis Nexis Abeledo Perrot, pp. 49-70.
- CINEP, “2003: Mercenariado internacional en el paramilitarismo colombiano”. *N&N-Especial Deuda con la Humanidad 1988-2003*, 2004, Bogotá, Banco de Datos CINEP, pp. 475-478.
- CINEP, “Cifras de la violencia. Enero-Junio 2010”. *N&N núm. 41*, 2010, Bogotá, Banco de Datos CINEP, pp. 45-53.
- CONDORELLI, L.; BOISSON DE CHAZOURNES, L., “Quelques remarques à propos de l'obligation de 'respecter et faire respecter' le droit international humanitaire 'en toutes circonstances’”. *Mélanges Pictet*, 1984, Genève- La Haye, CICR-NIJHOFF, 1984, pp. 17-36.
- CASSESE, A., “Le Tribunal pénal pour l’Ex-Yougoslavie et les problèmes de la justice pénale internationale”. En: G. Vallet (ed.) *Les droits de l’homme et le droit*.

- Conférences de la Chaire lyonnaise des Droits de l'Homme*, 1998, Lyon, Éditions Institut des Sciences de l'Homme, 173 págs., pp. 87-130, p. 106.
- COTTE, B.; SEROUSSI, J., “La manifestación de la verité en droit pénal international”. *Archives de philosophie du droit- tome 53: Le droit pénal. Dossier La bioéthique au débat*, 2010, París, Dalloz, pp. 86-95.
- CUJO, E.; FORTEAU, M., “Les réactions des organes politiques”. En: H. Ascensio; E. Decaux; A. Pellet, *Droit international pénal*, 2000, París, Éditions A. Pedone, 1053 págs., pp. 663-680.
- DE SHAZO, P.; MENDELSON FORMAN, J.; McLEAN, P., “Countering Threats to Security and Stability in a Failing State: Lessons from Colombia. A Report of the CSIS Americas Program”. *CSIS*, 2009, Washington D. C., The CSIS Press, 91 págs., pp. 12-14.
- DE SOUSA SANTOS, B., “Derecho y democracia: la reforma global de la justicia”. En: B., de Sousa Santos; M. García Villegas, *Caleidoscopio de las Justicias en Colombia*, tomo I, 2001, Bogotá, El Siglo del Hombre Editores, 682 págs., pp. 151-210.
- DUBBER, M. D., “Criminalizing Complicity. A comparative Analysis”. *JICJ núm. 5*, 2007, Oxford, Oxford University Press, pp. 1-25.
- ESER, A., “Mental Elements-Mistakes of Fact and Mistakes of Law”. En: A. Cassese; P. Gaeta; J. R. W. D. Jones, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. I, 1st edition, 2002, New York, Oxford University Press, 2018 págs., pp. 889-948.
- ESER, A., “Article 31. Grounds for excluding criminal responsibility”. En: O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observer's notes Article by Article*, 2nd edition, 2008, München, C. H. Beck, Hart, Nomos, 1954 págs., pp. 863-893.
- ESTUPIÑÁN SILVA, R., “Corpus Iuris: Reflexiones en torno a la posible armonización del Derecho Penal en Europa”. *Iter Criminis núm. 14*, 2007, México D. F., Insituto Nacional de Ciencias Penales, pp. 105-129.

- FRIMAN, H., “Investigation and Prosecution”. En: R. S. Lee (ed.), *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, 2001, New York, Transnational Publishers, 857 págs., pp. 493-538.
- FUNDACIÓN SOCIAL, “Observaciones de la Fundación Social-Área de Incidencia en Políticas Públicas en el marco de la Audiencia Pública sobre el proyecto de ley 107 de 2010 Cámara, Por la cual se dictan medidas de atención y reparación integral a las víctimas de violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, acumulado con el proyecto de ley 085 de 2010 Cámara, Por la cual se establecen normas transicionales para la restitución de tierras”. *Fundación Social-Área de Incidencia en Políticas Públicas*, 21 de octubre de 2010, Bogotá, Edición digital, pp. 1-8.
- GADIROV, E.; CLARK, R. S., “Article 9: Elements of Crimes”. En: O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observer’s notes Article by Article*, 2nd edition, 2008, München, C. H. Beck, Hart, Nomos, 1954 págs., pp. 505-529.
- GARCÍA, J. F., (coord.), “La contextualización del universo de las víctimas y de sus expectativas en el marco de la Ley de Justicia y Paz”. En: CITpax, *Observatorio Internacional DDR- Ley de Justicia y Paz. Tercer informe*, 2010, Madrid, Publicaciones del CITpax, 200 págs., 147-200.
- GARCÍA VILLEGAS, M., “Reformismo introvertido. Las transformaciones de la justicia en Colombia durante los últimos treinta años”. En: F. Leal Buitrago (dir.), *En la encrucijada: Colombia en el siglo XXI*, 2006, Bogotá, Editorial Norma, 574 págs., pp. 451-478.
- GARRAWAY, C., “The elements of war crimes. Article 8(2)(b)(xviii)- Employing Prohibited Gases, Liquids, Materials or Devices”. En: R. S. Lee (ed.), *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, 2001, New York, Transnational Publishers, 857 págs., pp. 179-180.
- GIRALDO MORENO, J., “Cementerios de impunidad”. *N&N núm. 41*, 2010, Bogotá, Banco de Datos CINEP, pp. 17-21.
- HAROUEL, V., “Les projets genevois de révision de la Convention de Genève du 22 août 1864-1868-1898”. *RICR núm. 834*, Genève, CICR, pp. 365-386.

- HAMDORF, K., “The Concept of Joint Criminal Enterprise and Domestic Modes of Liability for Parties to a Crime”. *JICJ núm. 5*, 2007, Oxford, Oxford University Press, pp. 208-226.
- HARHOFF, F.; MOCHOCHOKO, P., “International Cooperation and Judicial Assistance”. En: R. S. Lee (ed.), *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, 2001, New York, Transnational Publishers, 857 págs., pp. 637-671.
- KREB, C., (coord.), “Part 9. International cooperation and judicial assistance” En: O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observer’s notes Article by Article*, 2nd edition, 2008, München, C. H. Beck, Hart, Nomos, 1954 págs., pp. 1503-1646.
- KUGLER, M.; ROSENTHAL, H., “Checks and Balances: An assessment of the Institutional Separation of Political Powers in Colombia”. En A. Alesina, (ed.), *Institutional reforms: the case of Colombia*, 2005, Cambridge, MIT Press, 373 págs., pp. 75-102.
- JESSBERGER, F.; GENEUSS, J., “On the Application of a Theory of Indirect Perpetration in *Al Bashir*: German doctrine in The Hague?”. *JICJ núm. 6*, 2008, Oxford, Oxford University Press, pp. 853-869.
- LA HAYE, E., “The elements of war crimes. Article 8(2)(b)(xxii)- Rape, Sexual Slavery, Enforced Prostitution, Forced Pregnancy, Enforced Sterilization, and Sexual Violence”. En: R. S. Lee (ed.), *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, 2001, New York, Transnational Publishers, 857 págs., pp. 184-199.
- LA HAYE, E., “The elements of war crimes. C. Violations of Common Article 3”. En: R. S. Lee (ed.), *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, 2001, New York, Transnational Publishers, 857 págs., pp. 207-217.
- LÓPEZ DÍAZ, C., “El caso colombiano”. En: K. Ambos (coord.), *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente, un estudio comparado*, 2^{da} edición revisada, 2009, Bogotá, Editorial Temis, 196 págs., pp. 159-191.

- MARTÍNEZ, I., “El acceso a la justicia en América Latina durante la década de los noventa”. En: F. Burhenne-Guilmin (coord.), *Environmental law in developing countries: selected issues*, 2001, Bonn, IUCN- Environmental Policy and Law Paper núm. 43, Publications Services Unit, 154 págs. pp. 39-77.
- MASSÉ, F.; MUNÉVAR, J., (coords.), “La evolución de las estructuras armadas en el período post-desmovilización: pasado, presente y futuro”. En: CITpax, *Observatorio Internacional DDR- Ley de Justicia y Paz. Tercer informe*, 2010, Madrid, Publicaciones del CITpax, 200 págs., pp. 61-129.
- MEDINA GALLEGO, C., “Colombia: Paramilitarismo. Lógicas y procesos”: *Pueblos-RID*, 30 de marzo de 2007, Madrid, Asociación Paz con Dignidad, Edición digital, p. América.
- MIAJA DE LA MUELA, A., “La recepción del derecho natural en el orden jurídico internacional”. En: M. Cobo del Rosal *et al.*, (eds.), *Filosofía del derecho. Estudios en honor del Profesor José Corts Grau*, Tomo I, 1977, Valencia, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valencia, 739 págs., pp. 603-636.
- MILITELLO, V., “The Personal Nature of Individual Criminal Responsibility and the ICC Statute”, *JICJ núm. 5*, 2007, Oxford, Oxford University Press, pp. 941-952.
- MÚNERA RUIZ, L., “Procesos de paz con actores armados ilegales y pro-sistémicos (Los paramilitares y las políticas de reconciliación en Colombia)”. *RAA*, junio de 2007, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar-Edición digital, p. Actualidad.
- NTANDA NSEREKO, D., “Article 18. Preliminary ruling regarding admissibility”, En: O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observer’s notes Article by Article*, 2nd edition, 2008, München, C. H. Beck, Hart, Nomos, 1954 págs., pp. 627-637.
- OLÁSULO, H., “Co-perpetration Based on Joint Criminal Enterprise”. En: H. Olásulo, *The Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principal to International Crimes*, 2009, Oxford-Portland, Hart Publishing, 354 págs., pp. 153-251.
- ORTIZ-ARCE, A.; MARINO, P., “Le recours à la force dans l’œuvre de Vitoria”. En: A. Truyol Serra *et al.*, *Actualité de la pensée juridique de Francisco de Vitoria*, 1988, Bruxelles, Bruylant, 128 págs., pp. 81-96.

- PETRY, R., “Les Tribunaux internationaux”. En: L. Moreillon *et al.*, (eds), *Droit pénal humanitaire*, Série II, vol. 4, 2006, Bruxelles, Bruylant, 502 págs., pp. 39-55.
- PIGNATELLI Y MECA, F., “Los crímenes de guerra en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”. En: C. Ramón Chornet (coord.), *El derecho internacional humanitario ante los nuevos conflictos armados*, 2002, Valencia, Tirant lo Blanch editores, 398 págs., pp. 234-256.
- PIRAGOFF, D. K.; ROBINSON, D., “Article 30: Mental Element”. En: O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observer’s notes Article by Article*, 2nd edition, 2008, München, C. H. Beck, Hart, Nomos, 1954 págs., pp. 849-861.
- PROST, K., “Enforcement”. En: R. S. Lee (ed.), *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, 2001, New York, Transnational Publishers, 857 págs., pp. 673-702.
- RAMÍREZ, S., “Colombianos en Venezuela y Ecuador”. En: A. González Gil (ed.), *Lugares, procesos y migrantes: aspectos de la migración colombiana*, núm. 2 Regional integration and social cohesion, 2009, Bruselas, PIE Meter Lang S.A, 304 págs, pp. 109-128.
- ROXIN, C., “La autoría mediata por dominio de la organización”. *RDP-A núm. 2005-2*, 2006, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, pp. 9-12.
- RUBIO, M., “La justicia penal. Juicio sin sumario”. En: B., de Sousa Santos; M. García Villegas, *El caleidoscopio de las Justicias en Colombia*, tomo I, 2001, Bogotá, El Siglo del Hombre Editores, 682 págs., pp. 485-546.
- SASSÒLI, M., “La responsabilidad del Estado por las violaciones del derecho internacional humanitario”. *RICR núm. 846*, 30 de junio de 2002, Ginebra, CICR, Edición digital.
- SISDHES, “Victimas emergentes. Desplazamiento, derechos humanos y conflicto armado en 2008”. *Codhes Informa núm. 75*, 22 de abril de 2009, Bogotá, Edición digital, pp. 1-15.
- SZUREK, S., “Historique. La formation du droit international pénal”. En: H. Ascensio; E. Decaux; A. Pellet, *Droit international pénal*, 2000, París, Éditions A. Pedone, 1053 págs, pp. 6-22.

- TOMUSCHAT, C., “La cristallisation coutumière”. En: H. Ascensio; E. Decaux; A. Pellet, *Droit international pénal*, 2000, París, Éditions A. Pedone, 1053 págs, pp. 23-25.
- TRIFFTERER, O., “Article 32. Mistake of Fac. or mistake of law”. En: O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observer’s notes Article by Article*, 2nd edition, 2008, München, C. H. Beck, Hart, Nomos, 1954 págs., pp. 895-914.
- TRIFFTERER, O., “Article 33. Superior orders and prescription of law”. En: O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observer’s notes Article by Article*, 2nd edition, 2008, München, C. H. Beck, Hart, Nomos, 1954 págs., pp. 915-929.
- TSHIYEMBE, M, “Nature et dynamique de la conflictualité africaine”. En: D. Bangoura; E. Fidiéck A Bidias (dirs.), *L’Union Africaine et les acteurs sociaux dans la gestion des crises et des conflits armés*, 2006, París, L’Harmattan, 194 págs., pp. 32-49.
- UPRIMNY YEPES, R., “Entre el protagonismo, la precariedad y las amenazas: las paradojas de la judicatura”. En: F. Leal Buitrago (dir.), *En la encrucijada: Colombia en el siglo XXI*, 2006, Bogotá, Editorial Norma, 574 págs., pp. 81-111.
- UPRIMNY YEPES, R.; SAFFON, M. P., “Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades”. En A. Rettberg (ed.), *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*, 2005, Bogotá, Universidad de los Andes (Uniandes) y Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo (CRDI), 2005, 394 págs., p. 211-233.
- VAN DER WILT, H., “Joint Criminal Enterprise”. *JICJ núm. 5*, 2007, Oxford, Oxford University Press, pp. 91-108.
- VAN DER WILT, H., “On Functional Perpetration in Dutch Criminal Law. Some reflections sparked off by the Case against the former Peruvian president Alberto Fujimori”, *ZIS núm. 11*, 2009, Amsterdam, Deutsche Forschungsgemeinschaft, pp. 615-621.
- VAN DER WILT, H., “The continuous Quest for Proper Modes of Criminal Responsibility”. *JICJ núm. 7*, 2009, Oxford, Oxford University Press, pp. 307-314.

- VELÁSQUEZ, F., “La teoría del error en el Proyecto de Código Penal colombiano de 1998”. En: ARROYO ZAPATERO, L. A.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., (dirs.), *Libro Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam*, vol. I, 2001, Cuenca, Universidad de Castilla La Mancha y Universidad de Salamanca, 1444 págs., pp. 1375-1387.
- VILLAMARÍN PULIDO, L. A., “Fénix, Jaque, Camaleón y Sodoma: Operaciones tácticas con connotaciones político-estratégicas”. *MR-EH tomo LXVI enero- febrero 2011 núm. 1*, 2011, Kansas, Centro de Armas Combinadas, pp. 24-32.
- VON HEBEL, H., “The elements of war crimes. Introduction”. En: R. S. Lee (ed.), *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, 2001, New York, Transnational Publishers, 857 págs., pp. 109-112.
- VON HEBEL, H., “The elements of war crimes. Article 8(2)(b)(viii)- The Transfer, Directly or Indirectly, by the Occupying Power of Parts of Its own Civilian Population into the Territory It Occupies, or the Deportation or Transfer of All or Parts of the Population of the Occupied Territory Within or Outside this Territory”. En: R. S. Lee (ed.), *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, 2001, New York, Transnational Publishers, 857 págs., pp. 158-162.
- VON HEBEL, H.; KELT, M., “The making of the elements of crimes”. En: R. S. Lee (ed.), *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, 2001, New York, Transnational Publishers, 857 págs., pp. 3-18.
- WILLIAMS, S. A.; SCHABAS, W. A., “Article 13: Exercise of jurisdiction”. En: O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observer’s notes Article by Article*, 2nd edition, 2008, München, C. H. Beck, Hart, Nomos, 1954 págs., pp. 563-574.
- ZAFFARONI, E. R., “La ciencia penal alemana y las exigencias político-criminales de América Latina”. En: H-J. Albrecht *et al.*, (comp.), *Criminalidad, evolución del Derecho penal y crítica al Derecho penal en la actualidad*, 2009, Buenos Aires, Editores del Puerto, 464 págs., pp. 3-13.

3. ARTÍCULOS DE PRENSA Y OTROS MEDIOS INFORMATIVOS

- CAMBIO, “Entrevista a Alfredo Rangel Suárez, director de la Fundación seguridad y democracia”. *Revista Cambio núm. 737*, 13-19 de agosto de 2007, Bogotá, Edición impresa, pp. 13-16.
- CAMBIO, “Habla Cano”. *Revista Cambio*, 12 agosto de 2009, Bogotá, Edición digital, p. Información general. En: http://www.cambio.com.co/portadacambio/841/ARTICULO-WEB-NOTA_INTERIOR_CAMBIO-5836431.html (consultado: 11-2-2011).
- CARACOL, “Colombia "está ganando la guerra en el aire, pero en la infantería las FARC lo supera””. *Caracol noticias*, 1 de diciembre de 2010, Bogotá, Edición digital, p. Noticias-Nación. En: <http://m.caracol.com/noticias/nacion/articulo-199084-colombia-esta-ganando-la-guerra-el-aire-la-infanteria-farc-supera> (consultado: 7-2-2011).
- CASTILLO, G., “Alvaro Uribe desafía el poder judicial de Colombia”. *Periódico Público*, 27 de junio de 2008, Madrid, Edición impresa, p. Internacional.
- DIARIO DEL SUR, “Protegerán beneficiarios de restitución de tierras”. *Diario del Sur*, 22 de enero de 2011, Pasto, Edición digital, p. Nacional. En: http://www.diariodelsur.com.co/nvodiariodelsur/portal/paginas/vernoticia.php?id_noticia=9131 (consultado: 23-2-2011).
- EL ESPECTADOR, “Cierran investigación contra magistrado Iván Velásquez”. *El Espectador*, 31 de julio de 2008, Bogotá, Edición digital, p. Judicial. En: <http://www.elespectador.com/articulo-cierran-investigacion-contra-ivan-velasquez-gomez> (consultado: 6-2-2011).
- EL ESPECTADOR, “Diez viles asesinatos esta semana evidencian nueva fase violenta en Colombia”. *El Espectador*, 26 de marzo de 2011, Bogotá, Edición digital, p. Judicial. En: <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/articulo-259300-diez-viles-asesinatos-esta-semana-evidencian-nueva-fase-violenta> (consultado: 27-3-2011).
- EL ESPECTADOR, “Subteniente del Ejército reconoció haber abusado de dos niñas en Arauca”. *El Espectador*, 3 de noviembre de 2010, Bogotá, Edición digital, p. Judicial. En: <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/articulo-232911-subteniente-del-ejercito-reconocio-haber-abusado-de-dos-ninas-arau?page=5> (consultado: 6-2-2011).

- EL NUEVO SIGLO, “Una Corte ejemplar”. *El Nuevo Siglo*, 7 de septiembre de 2010, Bogotá, Edición digital, p. Editorial. En: <http://190.24.134.121/webcsj/Anteriores/> (consultado: 6-2-2011).
- EL NUEVO SIGLO, “Serían más de 100 los guerrilleros muertos en bombardero a Jojoy”. *El Nuevo Siglo*, 25 de septiembre de 2010, Bogotá, Edición digital, p. Nación. En: <http://elnuevosiglo.com.co/nacion/orden-publico/14735-serian-mas-de-100-los-guerrilleros-muertos-en-bombardero-a-jojoy.html> (consultado: 6-2-2011).
- EL TIEMPO, “Cruz Roja no iniciará acciones contra Colombia por uso indebido de emblema en operación de rescate”. *El Tiempo*, 16 de julio de 2008, Bogotá, Edición digital, p. Política. En: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-4380783> (consultado: 4-2-2011).
- EL TIEMPO, “Paras' aseguran que Gómez Gallo no tenía vínculos con Bloque Tolima”. *El Tiempo*, 17 de enero de 2011, Bogotá, Edición digital, p. Justicia. En: http://www.eltiempo.com/justicia/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-8787294.html (consultado: 4-2-2011).
- EL TIEMPO, “Paras' usaron serpientes venenosas para matar a sus víctimas, reveló desmovilizado a la Fiscalía”, *El Tiempo*, 3 de marzo de 2008, Bogotá, Edición digital, p. Justicia. En: http://www.eltiempo.com/justicia/2008-03-04/ARTICULO-WEB-NOTA_INTERIOR-3984686.html (consultado: 5-3-2008).
- EL UNIVERSAL, “Crece el escándalo por falsas desmovilizaciones”. *El Universal*, 7 de marzo de 2011, Cartagena, Edición digital, p. Nacional. En: <http://www.eluniversal.com.co/cartagena/nacional/crece-escandalo-por-falsas-desmovilizaciones-13231> (consultado: 31-3-2011).
- LA OPINIÓN, “Triple crimen en el río Táchira”. *Diario La Opinión*, febrero 28 de 2005, Cúcuta, Edición impresa, p. 8-b.
- MOLINA RAMÍREZ, J. R., “‘Juancho Dique’ y ‘Diego Vecino’ condenados a ocho años de cárcel por masacre de San Cayetano y Mampuján”. *El Universal*, 30 de junio de 2010, Cartagena, Edición digital, p. Regionales- Bolívar. En: <http://www.eluniversal.com.co/cartagena/bolivar/%E2%80%9Cjuancho-dique%E2%80%9D-y-%E2%80%9Cdiego-vecino%E2%80%9D-condenados-ocho-anos-de-carcel-por-masacre-de-san> (consultado: 6-2-2011).

- NIZKOR, “Declaración ante las graves amenazas contra la Corte Suprema colombiana”. *Equipo Nizkor*, 8 de mayo de 2010, Madrid, Edición digital, p. Información-Derechos. En: <http://www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/statement.html> (consultado: 6-2-2011).
- OPANOTICIAS, “Sentenciado hombre que se hacía pasar por integrante de las Farc para extorsionar”. *Opanoticias*, 20 de diciembre de 2010, Neiva, Edición digital, p. Judicial. En: http://www.opanoticias.com/judicial/sentenciado-hombre-que-se-hacia-pasar-por-integrante-de-las-farc-para-extorsionar_7841 (consultado: 4-2-2011).
- SEMANA, “Cómo se han “desmoronando" las Farc”. *Revista Semana* núm. 1482, 23 de septiembre de 2010, Bogotá, Edición digital, p. Cronología. En: <http://www.semana.com/noticias-nacion/como-han-desmoronando-farc/144995.aspx> (consultado: 6-2-2011).
- SEMANA, “El congreso post-Uribe”. *Revista Semana* núm. 1475, 20 de marzo de 2010, Bogotá, Edición digital, p. Nación. En: <http://www.semana.com/noticias-nacion/congreso-posuribe/136612.aspx> (consultado: 6-2-2011).
- SEMANA, “Investigan a Luis Carlos Restrepo por supuesta falsa desmovilización en 2006”. *Revista Semana* núm. 1503, 23 de febrero de 2011, Bogotá, Edición digital, p. Nación. En: <http://www.semana.com/noticias-nacion/investigan-luis-carlos-restrepo-supuesta-falsa-desmovilizacion-2006/152281.aspx> (consultado: 23-2-2011).
- SEMANA, “La historia detrás del teniente Carlos Andrés Lora”. *Revista Semana* núm. 1500, 28 de enero de 2011, Bogotá, Edición digital, p. Justicia. En: <http://www.semana.com/noticias-nacion/historia-detras-del-teniente-carlos-andres-lora/150863.aspx> (consultado: 6-2-2011).
- SEMANA, “Los señores de la tierra”, *Revista Semana* núm. 1152, 30 de mayo de 2004, Bogotá, Edición digital, p. Portada-Nación. En: <http://www.semana.com/noticias-portada/senores-tierras/79095.aspx> (consultado: 6-2-2011).
- SEMANA, “Reclusiones militares: ¿disuasivas o permisivas?”, *Revista Semana* núm. 1500, 31 de enero de 2011, Bogotá, Edición digital, p. Justicia. En: <http://www.semana.com/noticias-nacion/reclusiones-militares-disuasivas-permisivas/151121.aspx> (consultado: 6-2-2011).

SEMANA, “Revelaciones explosivas”, *Revista Semana* núm. 1169, 24 de septiembre de 2004, Bogotá, Edición digital, p. Portada-Nación. En: <http://www.semana.com/noticias-nacion/revelaciones-explosivas/82024.aspx> (consultado: 6-2-2011).

SEMANA, “Tras las rejas”, *Revista Semana* núm. 1283, 2 de diciembre de 2006, Bogotá, Edición digital, p. Portada-Nación. En: <http://www.semana.com/noticias-nacion/tras-rejas/98715.aspx> (consultado: 6-2-2011).