

**LA INTERVENCION DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL PARA
SANCIONAR CRIMENES DE GUERRA EN EL MARCO DEL POSCONFLICTO
DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ**

**JENNIFER MELISSA LUNA CAÑAS
VIVIANA MARCELLA PULGARÍN GALVIZ**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
BUCARAMANGA**

2015

**LA INTERVENCION DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL PARA
SANCIONAR CRIMENES DE GUERRA EN EL MARCO DEL POSCONFLICTO
DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ**

**JENNIFER MELISSA LUNA CAÑAS
VIVIANA MARCELLA PULGARÍN GALVIZ**

Trabajo de grado para optar al título de Abogada.

**DIRECTOR
CESAR JAVIER VALENCIA CABALLERO
Abogado.**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
BUCARAMANGA**

2015

*A mis padres, a mi tía y al sol, a mi hermana,
a mi mejor amiga por su infinita paciencia
y a Lwi.*

*A mi familia,
y a ese ser magnifico
que ha sido un apoyo transoceánico.*

*A nuestro profesor asesor,
por su paciencia y dedicación.*

*En la actualidad la gente sólo se preocupa por sus derechos. Recordarle
que también tiene deberes y responsabilidades es un acto de valor que no
corresponde exclusivamente a los políticos.*

Mahatma Gandhi

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	16
1. EL DESARROLLO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO	19
1.1 INTRODUCCIÓN	19
1.2 CONCEPTO	19
1.3 DESARROLLO HISTÓRICO DEL CONCEPTO	21
1.4 NORMAS FUNDANTES DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO	34
1.5 LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y LOS DERECHOS HUMANOS	36
2. LA JUSTICIA TRANSICIONAL Y EL POSCONFLICTO EN COLOMBIA	43
2.1 INTRODUCCIÓN	43
2.2 LA JUSTICIA TRANSICIONAL	43
2.2.1 Concepto	43
2.2.2 Experiencias latinoamericanas de justicia transicional	51
2.2.2.1 Argentina	51
2.2.2.2 Chile	52
2.2.2.3 El Salvador	53
2.2.2.4 Perú	53
2.2.2.5 Guatemala	54
2.2.3 Justicia transicional en Colombia	54
2.2.4 El actual proceso de justicia transicional con las FARC	57
2.2.4.1 Acuerdo General para la Terminación del conflicto y la construcción de la paz verdadera	58
2.2.4.2 Acuerdos a la fecha	64

2.3 EL POSCONFLICTO	71
2.3.1 Concepto	71
2.3.2 Experiencias internacionales y medidas aplicadas en la etapa de postconflicto	74
2.3.3 Posconflicto en Colombia: Retos, aciertos y conclusiones	76
3. LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y LOS CRÍMENES DE GUERRA	81
3.1 LA CORTE PENAL INTERNACIONAL	81
3.1.1 Definición	81
3.1.2 Competencia	82
3.1.2 Competencia de la Corte Penal Internacional en Colombia	83
3.1.2.1 Competencia en materia	83
3.1.2.2 Competencia territorial	83
3.1.2.3 Competencia desde el principio de complementariedad	84
3.1.2.4 Competencia sobre los máximos responsables	84
3.2 LOS CRÍMENES DE GUERRA	85
3.2.1 Introducción	85
3.2.2 Elementos de los crímenes de guerra	88
3.2.2.1 Aspectos generales	88
3.2.2.2 Elementos materiales	89
3.2.2.3 Elemento de intencionalidad	90
3.2.2.4 Circunstancias contextuales	91
3.2.3 La responsabilidad penal por crímenes de guerra	93
3.2.3.1 Pluralidad de personas que concurren al delito	93
3.2.3.2 Responsabilidad penal de los jefes y otros superiores	97
3.2.3.3 Circunstancias eximentes de responsabilidad	100
3.2.4 Crímenes de guerra	101
3.2.4.1 Crímenes de Guerra en los conflictos armados internos	108
3.2.4.2 Crímenes de guerra en el ordenamiento jurídico colombiano	117

4. EL CONFLICTO ARMADO INTERNO COLOMBIANO	125
4.1 INTRODUCCIÓN	125
4.2 CAUSAS Y ORÍGENES DEL CONFLICTO ARMADO COLOMBIANO	125
4.3 LA APARICIÓN DE LAS FARC COMO ACTOR ARMADO DEL CONFLICTO COLOMBIANO	129
4.4 PANORAMA ACTUAL DEL CONFLICTO	134
4.5 CONSECUENCIAS DEL CONFLICTO	137
5. POSIBLES CRÍMENES DE GUERRA COMETIDOS POR LAS FARC	139
5.1 INTRODUCCIÓN	139
5.1.1 Estructura jerárquica de las FARC	141
5.2 RECLUTAMIENTO, ALISTAMIENTO Y UTILIZACIÓN DE MENORES EN EL CONFLICTO ARMADO INTERNO	143
5.2.1 Experiencias anteriores a la Corte Penal Internacional y casos a la luz del Estatuto de Roma	143
5.2.1.1. Los crímenes de guerra ante el Estatuto de Roma	144
5.2.2 Análisis de la comisión de la conducta en el territorio colombiano	146
5.2.2.1 Reclutamiento de menores en el año 2012 por parte de las FARC.	151
5.3 VIOLENCIA SEXUAL	153
5.3.1 Experiencias antes de la corte penal internacional y el estatuto de la corte penal internacional	154
5.3.1.1 Surgimiento del crimen de violencia sexual en el Estatuto de Roma	155
5.3.2 Análisis de la comisión de la conducta en el territorio colombiano	158
5.4 TOMA DE REHENES	161
5.4.1 Surgimiento del delito de toma de rehenes en el Estatuto de Roma	161
5.4.1.1 Elementos del crimen	161
5.4.2 Análisis de la comisión de la conducta en el territorio colombiano	161
5.5 DESPLAZAMIENTO FORZADO	164
5.5.1 Surgimiento del delito de desplazamiento forzado en el Estatuto de Roma.	164

5.5.1.1 Elementos de los crímenes	164
5.5.2 Análisis de la comisión de la conducta en el territorio colombiano	164
5.6 ASESINATO EN PERSONA PROTEGIDA	165
5.6.1.1 Surgimiento del delito de asesinato en persona protegida en el Estatuto de Roma	165
5.6.2 Análisis de la comisión de la conducta en el territorio colombiano	166
5.7 USO DE MINAS ANTIPERSONAS	167
5.7.1 Experiencias antes de la corte penal internacional	167
5.7.2 Surgimiento del delito de uso de minas antipersonas en el Estatuto de Roma	167
5.7.3 Análisis de la comisión de la conducta en el territorio colombiano	168
6. LA INTERVENCIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL PARA SANCIONAR CRÍMENES DE GUERRA EN COLOMBIA	170
6.1 INTRODUCCIÓN	170
6.2 LA JURISDICCIÓN DE LA CORTE	170
6.2.1 Competencia material	170
6.2.2 Competencia personal	171
6.2.3 Competencia territorial	172
6.2.4 Competencia temporal	172
6.3 ACTIVACIÓN DE LA COMPETENCIA DE LA CORTE	173
6.4 CRITERIOS ESTÁNDAR PARA LA APERTURA DE LA INVESTIGACIÓN	174
6.5 LA COMPLEMENTARIEDAD DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL EN COLOMBIA PARA SANCIONAR CRÍMENES DE GUERRA	175
6.5.1 Test de complementariedad	177
6.5.1.1 Admisión del caso por inactividad del Estado	177
6.5.1.2 La Inadmisibilidad por la actividad del Estado	180
6.5.1.3 Admisibilidad por falta de voluntad o incapacidad	181
6.5.1.3.1 Falta de voluntad	181
6.5.1.3.1.1 Propósito de sustraer de la responsabilidad penal	181

6.5.1.3.1.2 Demora injustificada	184
6.5.1.3.1.3 Falta de independencia o imparcialidad	184
6.5.1.3.2 Falta de capacidad	185
6.5.1.3.2.1 Colapso total	185
6.5.1.3.2.2 Colapso sustancial	186
6.5.1.3.2.3 Carencia de un sistema de justicia nacional	186
6.5.2 Test de Gravedad	187
6.6 LÍMITES DE LA INTERVENCIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL EN COLOMBIA	190
6.6.1 Limites en cuanto al sistema jurídico	190
6.6.2 Limites en cuanto a la materia	190
6.6.3 Limites en la política de la fiscalía de la Corte Penal Internacional	191
6.6.4 Eventuales hipótesis de la activación de la corte penal internacional	192
7. CONCLUSIONES	196
BIBLIOGRAFIA	202

LISTA DE FIGURAS

	Pág.
Figura 1. Estructura Jerárquica de las FARC	141
Figura 2. Mapa fruto de la investigación	151

LISTA DE TABLAS

	Pág.
Tabla 1. Tipos penales que constituyen violaciones de los convenios de Ginebra conforme al Estatuto de Roma.	102
Tabla 2: tipos penales que constituyen violaciones “las leyes y los usos” de guerra conforme al Estatuto de Roma.	103
Tabla 3. Delitos contra personas protegidas por el derecho internacional humanitario en Colombia y su relación con el artículo 8 del Estatuto de Roma.	118
Tabla 4: Delitos contra bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario y su relación con el artículo 8 del Estatuto de Roma.	121
Tabla 5. Reclutamiento de menores en el año 2012 por las FARC	152

RESUMEN

TITULO: LA INTERVENCION DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL PARA SANCIONAR CRIMENES DE GUERRA EN EL MARCO DE POSTCONFLICTO DEL ACTUAL PROCESO DE PAZ CON LAS FARC-EP^{*}

AUTORES: JENNIFER MELISSA LUNA CAÑAS
VIVIANA MARCELLA PULGARIN GALVIZ^{**}

PALABRAS CLAVE: Justicia Transicional, Derecho Internacional Humanitario, Postconflicto, Crímenes de Guerra, Corte Penal Internacional, Principio de Complementariedad, competencia, Jurisdicción Internacional, Conflicto Armado Interno, Fuerzas Armadas Revolucionarias (Farc-ep)

DESCRIPCIÓN: El conflicto armado interno Colombiano tiene orígenes que se remontan a la década de los cincuenta, perpetuándose hasta la actualidad. Con el propósito de dar por terminado esta larga confrontación y llegar a la paz, se inició la integración de uno de los principales actores armados del conflicto como lo han sido las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (Farc-ep) a través de las mesa conversaciones entre delegados de las dos partes es decir Gobierno e insurgencia. Obteniéndose como resultado la creación de una Jurisdicción Especial para la Paz en el marco de los acuerdos de la Habana, con el propósito de otorgar la satisfacción de los estándares de justicia necesarios para superar la situación de confrontación a nivel nacional. Sin embargo existen manifestaciones y afirmaciones en el ámbito político nacional que expresan la posibilidad de la intervención de la corte Penal Internacional como una supuesta garantía de justicia real y necesaria en el proceso de postconflicto en Colombia. En la presente investigación realizaremos un análisis del marco jurídico creado para resolver las necesidades de justicia en Colombia requeridas para la superación de la situación de conflicto y su evaluación a través del test de complementariedad que arrojará la respuesta sobre la posible intervención de la Corte Penal Internacional para sancionar las conductas tipificadas como crímenes de guerra por el Estatuto de Roma.

* Trabajo de investigación

** Facultad de Ciencias Humanas. Escuela de Derecho y Ciencia Política. Director: Cesar Valencia Caballero, Abogado.

ABSTRACT

TITLE: THE INTERVENTION OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT TO PUNISHMENT WAR CRIMES UNDER CURRENT POST-CONFLICT PEACE PROCESS WITH FARC-EP*

AUTHORS: JENNIFER MELISSA LUNA CAÑAS
VIVIANA MARCELLA PULGARIN GALVIZ**

KEYWORDS: Transitional Justice, International Humanitarian Law, Post-Conflict, War Crimes, International Criminal Court, the principle of complementarity, competence, international jurisdiction, internal armed conflict, Colombian Revolutionary Armed Forces (FARC-EP)

DESCRIPTION: The Colombian internal armed conflict has origins dating back to the nineteen-fifties and the conflict continues today. In order to end this long conflict and reach peace, it was necessary for the Revolutionary Armed Forces of Colombia (F A R C) to be integrated into the political system and for high-level talks to take place between the Colombian Government and members of insurgency groups. Obtaining results in the creation of a special jurisdiction for peace in the framework of the agreements of Havana, with the purpose of providing satisfactory standards of justice necessary to overcome the confrontational situation nationwide. However, there are demonstrations and statements in the national political arena expressing the possibility of the intervention of the International Criminal Court as a supposed guarantee of real and necessary justice in post-conflict process in Colombia. In this research we perform an analysis of the legal framework created to meet the needs of justice in Colombia required for overcoming the conflict and their evaluation through the test of complementarity that will yield the answer about the possible involvement of the International Criminal Court to penalize conduct classified as war crimes by the Rome Statute involvement of the International Criminal Court to penalize conduct classified as war crimes by the Rome Statute.

* Bachelor Thesis

** Faculty of Humanities. School of Law and Political Science. Director: Cesar Valencia Caballero, Lawyer.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación surge como desarrollo del requerimiento de Grado de la Universidad Industrial de Santander para optar al título de abogadas, con el propósito de investigar la facultad complementaria de intervención de la Corte Penal Internacional en el ámbito de los conflictos armado de carácter interno, exactamente, del conflicto armado colombiano.

Está tiene como propósito darle una respuesta al paradigma de la complementariedad como principio fundamental en la intervención de la corporación internacional penal, la cual tiene la finalidad de sancionar a los máximos responsable en la comisión de las más graves conductas que infringen el desarrollo del derecho internacional humanitario incluido dentro de los tipos penales del Estatuto de Roma.

Para abordar nuestro objetivo general, cual es analizar la posible intervención de la Corte Penal Internacional para sancionar los crímenes de guerra en el marco del postconflicto del actual proceso de paz con las FARC-EP, realizamos un recorrido que parte desde los orígenes del derecho internacional humanitario para una comprensión de la creación de las normas correspondiente a este conjunto de normas, y su relación con los derechos humanos, como cuerpos distintos de reglas pero complementarios.

En segundo lugar, se hizo preciso evidenciar los dos estados de un proceso de paz e incorporación de actores armados a la democracia y comunidad social, por tanto se aclara el concepto de justicia transicional y el post-conflicto, mostrando una mirada latinoamericana de los procesos transicionales, y las medidas usadas internacionalmente en el marco de un post-conflicto, terminando con el análisis de

la situación actual de negociaciones con las FARC-EP y los retos que este proceso impone.

En tercer lugar, se ha de mostrar la incorporación de los crímenes de guerra con la aparición del Estatuto de Roma, incluyendo su tipificación, sus elementos y su aplicabilidad. En este apartado se dispone de una clasificación de los crímenes aplicados en conflictos de índole internacional y los crímenes que se sancionan en los conflictos armados internos. A su vez se muestra la incorporación de estas prohibiciones en el código penal colombiano y su ámbito de aplicación, terminando este capítulo con las diferencias entre la tipificación nacional y la internacional de los crímenes.

En cuarto lugar se encuentra un pequeño recuento del desarrollo del conflicto armado colombiano, sus orígenes y causas, su desarrollo con la incorporación de las FARC-EP como actor armado del conflicto, las consecuencias y la actual etapa de negociaciones con estos, que se dirigen a una finalización pronta de las confrontaciones.

En el capítulo número cinco se estudian las posibles conductas cometidas en el marco del conflicto armado interno colombiano que se podrían configurar como crímenes de guerra en concordancia con el Estatuto de Roma y con los elementos determinados por este. Se estudia uno a uno cada delito su desarrollo cualitativo y cuantitativo con los posibles elementos de configuración de la conducta. A su vez se incluye la estructura organizativa de las FARC-EP con el propósito de identificar los máximos líderes de mando, y su área territorial de dominio.

En el sexto capítulo abordamos a cabalidad nuestro objetivo general el cual es analizar la intervención en el caso particular de los posibles crímenes de guerra cometidos por las FARC-EP, para lo cual es necesario el análisis de los componentes de la competencia de la Corte penal Internacional y su activación,

continuando con el denominado test de complementariedad aplicado a los avances desarrollados hasta el momento en torno a la justicia y el sistema que sancionara a los insurgentes, dándole respuesta a nuestro objetivo.

Para concluir con las opiniones de las autoras en torno al desarrollo de la investigación, los retos de la actual justicia transicional para lograr las medidas adecuadas con el fin de darle un marco jurídico proporcionado a la futura etapa de postconflicto del conflicto colombiano para la no repetición de las situaciones de violencia y las graves violaciones del derecho internacional humanitario, una reparación integral para las víctimas y una construcción de una paz real, y duradera.

1. EL DESARROLLO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

1.1 INTRODUCCIÓN

En el presente capítulo describiremos el desarrollo del Derecho Internacional Humanitario su evolución histórica, sus principales aportes y la relación de éste con el derecho internacional humanitario como conjunto de normas complementarias.

1.2 CONCEPTO

El Derecho Internacional Humanitario surgió como una respuesta de la comunidad internacional a los grandes vejámenes, causados por la conflagración entre dos partes en conflicto denominado guerra. Se podría considerar que la guerra ha sido inherente a la historia de la civilización humana, haciendo imposible su prohibición y sanción, de modo que mediante este conjunto normas de contenido humanitario se intenta reducir sus efectos devastadores, limitar sus instrumentos y su campo de acción.

De acuerdo con el Comité Internacional de la Cruz Roja¹, el Derecho Internacional Humanitario que se aplica únicamente en el transcurso de un conflicto armado, es el conjunto de normas cuya finalidad es, por una parte, proteger a las personas que no participan, o han dejado de participar en las hostilidades, y por otra, limitar los métodos y medios de hacer la guerra.

¹ COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. Derecho Internacional Humanitario. Respuestas a sus preguntas. Ginebra, Suiza. 2005. Pág. 4. Páginas. 44. Disponible en: www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_0703.pdf

Por tanto, el Derecho Internacional Humanitario, es un conjunto de normas de carácter internacional de origen consuetudinario en primera instancia, que luego evolucionó a la manera convencional, creado con el propósito de ofrecer una solución a los problemas de índole humanitaria que se derivan de los conflictos nacionales o internos², e internacionales³, que oponen las fuerzas armadas como mínimo de dos Estados, limitando métodos y medios, y protegiendo personas y bienes.

Así, en palabras de Michael Bothe⁴, el DIH se compone de dos cuerpos. Por un lado, un cuerpo de normas primarias, que serían las normas que regulan los conflictos armados, y por otro, las infracciones a las prohibiciones que establecen esas normas primarias o los crímenes de guerra, que son normas secundarias. De esta manera, los crímenes son dinámicos e interdependientes de las normas primarias.

Acorde al Comité Internacional de la Cruz Roja⁵, el Derecho Internacional Humanitario comprende un cuerpo de ley que puede definirse como los principios y normas que limitan el uso de la violencia en períodos de conflicto armado. Los objetivos son: Proteger a las personas que están, o ya no están, directamente involucradas en las hostilidades -los heridos, náufragos, prisioneros de guerra y civiles; limitar las consecuencias de la violencia en la lucha para alcanzar los objetivos del conflicto.

² Los disturbios interiores se caracterizan por una profunda perturbación del orden interno debida a actos de violencia que no tienen las particularidades de un conflicto armado (por ejemplo, motines, lucha de facciones entre ellas o contra las autoridades en el poder) COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. Derecho Internacional Humanitario. Respuestas a sus preguntas. Ginebra, Suiza. 2005. Pág. 5. Disponible en: www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_0703.pdf

³ Es importante destacar que la guerra de liberación nacional ha sido elevada al rango de conflicto armado internacional. *Ibidem*

⁴ BOTHE, Michael "War Crimes" en THE ROME STATUTE OF INTERNATIONAL CRIMINAL LAW; Antonio Cassese, Paola Gaeta, John R.W.D. Jones (editors) New York, Oxford University Press, 2002 (2 volúmenes) Pág. 381

⁵ COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. Folleto Informativo No.13 - El Derecho Humanitario Internacional y los Derechos Humanos. Pág. 6. Disponible en: www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet13sp.pdf

El derecho de guerra o derecho de los conflictos comprende dos ramas que reciben el nombre de la ciudad en las cuales fueron codificadas, propugnando por objetivos diversos, dando como resultado el derecho de Ginebra, cuya finalidad es la protección de los militares que han depuesto sus armas, abandonando los combates, y de las personas que no participan directamente en las hostilidades. Mientras que el derecho de La Haya determina los derechos y obligaciones de los estados partes del conflicto en el adelanto de sus operaciones militares, instituyendo un radio de acción que incluye un límite a los mecanismos usados.

La guerra ha cambiado su fachada con el transcurso del tiempo, mutando de manera paralela acorde a los diferentes episodios de la historia, de modo que ha agregado nuevos elementos de tecnología armamentística. No obstante, ésta es constante referente a su efecto devastador, lo que ha conllevado que se haya desarrollado del derecho internacional al mismo tiempo que la “evolución” de los métodos, medios y campo del conflicto.

1.3 DESARROLLO HISTÓRICO DEL CONCEPTO

El desarrollo histórico del Derecho Internacional Humanitario⁶ no ha sido homogéneo, éste, en primera instancia, fueron normas no escritas basadas en la costumbre que regularon los conflictos armados. Luego, progresivamente, hicieron su aparición tratados bilaterales más o menos elaborados (carteles) que, en ocasiones, los beligerantes ratificaban después de la batalla; así mismo, habían reglamentos que los Estados promulgaban para las respectivas tropas y confrontaciones. En consecuencia, el entonces derecho aplicable en los conflictos armados se encontraba limitado, por una parte, referente al tiempo, y por el otro, en cuanto al espacio, puesto que éste sólo era válido para una batalla o un

⁶ COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. Derecho Internacional Humanitario. Respuestas a sus preguntas. Ginebra, Suiza. 2005. Pág. 8. Disponible en: www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_0703.pdf

conflicto determinado. Dichas normas variaban según la época, el lugar, la moral y las civilizaciones.

Desde el origen de los conflictos hasta el advenimiento del derecho humanitario contemporáneo, se han registrado más de 500 carteles, códigos de conducta, pactos y otros textos cuya finalidad era reglamentar las hostilidades. Las primeras leyes de la guerra fueron proclamadas algunos milenios antes por las grandes civilizaciones: Diversos textos antiguos como son el código Hammurabi del rey de Babilonia, el Mahabarata, la Biblia o el Corán, los cuales estipulan normas en las que se recomienda el respeto del adversario en las confrontaciones armadas.

El primer vestigio de la regulación entorno a la guerra se remontan a Grecia⁷, puesto que se aceptaba la guerra como una realidad constante derivada de las relaciones humanas, por lo tanto se estableció un límite al uso de armas, prohibiendo el uso de armas envenenadas y los ataques cometidos contra los lugares sagrados. En importante resaltar la provincia de Megare⁸ en el año 1104 a.C. la cual estableció el deber de los extremos inmersos en el conflicto de prestar protección a los combatientes de la parte enemiga.

Así mismo, el arte de la guerra escrita en el siglo VI antes de cristo, por Sun Tzu, estableció como regla general la utilización de los medios militares con la intención de capturar un territorio sin destruirlo⁹. Por su parte el Código de Manú, en un apartado titulado tiempos de adversidad, reguló algunos medios y métodos de combate.

⁷ ESTUPIÑAN SILVA, Rosmerlin. Derecho Internacional y crímenes de guerra en Colombia / Rosmerlin Estupiñan Silva; prologuista, Héctor Olásolo Alonso. – Bogotá: Editorial Temis. 2013. Pág. 3. ISBN 978-958-35-0965-0

⁸ THIRLWALL, Histoire des origines de la Grèce acienne, Op cit. Pág 197. Citado en: ESTUPIÑAN SILVA, Rosmerlin. Derecho Internacional y crímenes de guerra en Colombia / Rosmerlin Estupiñan Silva; prologuista, Héctor Olásolo Alonso. – Bogotá: Editorial Temis. 2013. Pág. 3. ISBN 978-958-35-0965-0

⁹ Sun Tzu, El arte de la guerra (T. Cleary, trad, y com) 6^a edic, Madrid, EDAF, 2009, Pág. 41. Citado en: ibídem

En Roma, Cicerón en el 45 d.C., aseveró el compromiso de protección para la población ocupada durante la guerra, incorporada desde la categoría de regla de conducta y aceptada como una práctica consuetudinaria de los líderes romanos en el marco del Imperio. En la edad media, en Europa, la suma teológica de Tomás de Aquino, agregó ciertas apreciaciones en cuanto al papel de la iglesia representada dentro del clero en los combates y las treguas en los días denominados como fiestas religiosas, promoviendo paralelamente la moderación en el uso de la fuerza.

A continuación, el *Viqayet*, texto escrito durante el apogeo de la dominación sarracena en España, hacia finales del siglo XIII, contenía una verdadera regulación de la guerra. Mientras tanto, más adelante en 1528, Francisco de Vitoria¹⁰, desarrolló el derecho natural como base del derecho de gentes, estableciendo principios inmanentemente relativos al respeto de la dignidad de los vencidos en guerra, instituyendo ciertas categorías de protección aplicadas a los niños, las mujeres, los extranjeros, los huéspedes del enemigo, el clero, y en general, lo que llamó la “población civil pacífica”.

Como principal antecesor e impulsador del Derecho Humanitario¹¹ en los términos modernos, tenemos a Hugo Grocio, jurista y diplomático, quien es el padre del derecho de gentes, este tipo de derecho se define como el conjunto de normas jurídicas por las que se rigen las relaciones entre los Estados, incluyendo las relaciones con los demás miembros de la comunidad internacional. Grocio, al ver que el derecho en la época de la cristiandad en Europa ya no era la manifestación de la justicia divina, sino de la razón humana la cual era poco usada también para

¹⁰ Truol y Serra, Historia del derecho Internacional Publico, Op. Cit, Pág. 600. En: ESTUPIÑAN SILVA, Rosmerlin. Derecho Internacional y crímenes de guerra en Colombia / Rosmerlin Estupiñan Silva; prologuista, Héctor Olásolo Alonso. – Bogotá: Editorial Temis. 2013. Pág. 3. ISBN 978-958-35-0965-0

¹¹ COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. Derecho Internacional Humanitario. Respuestas a sus preguntas. Ginebra, Suiza. 2005. Pág. 4. Páginas. 44. Disponible en: www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_0703.pdf

ese entonces, encontró en el derecho de gentes un principio para la unidad de relaciones internacionales. Planteó así, la regulación de las conductas durante la guerra como un principio propio de las naciones civilizadas. En su obra, *Derecho de la guerra y de la paz*, Grocio enumera las normas que constituyen las bases más sólidas del derecho de la guerra¹².

En cuanto a la codificación de las normas de la guerra, su primer antecedente se remonta al proceso de Peter Von Hagenbach¹³, gobernador de Alta Alsacia, territorio que conquistó, lo que desencadenó un proceso llevado a cabo en Breisach, por el cargo principal de crímenes contra las leyes de Dios y de los hombres por homicidio intencional, violencia física y otros crímenes cometidos durante la ocupación militar que le valieron la pérdida de su dignidad de caballero. Después en 1621, se destaca en Suecia, el rey en esa época en sus *Articles sur les lois militaires devant être observés en temps de guerre*¹⁴. En Inglaterra, el rey James II condenó por tratos crueles y homicidio intencional de civiles al conde Rose en 1869.

Algo semejante ocurrió en los Estados Unidos para mediados del siglo XVIII, el cual estableció una regulación del comportamiento militar, adoptando el *código de lieber: instructions for the government of armies of the United States in the Field*, considerándolo como la primera incorporación de las incriminaciones individuales por los hechos acaecidos en el marco de la guerra, en el cual se estableció un primer grupo de infracciones susceptibles de persecución y sanción penal. Éste código entró en vigor el mes de abril de 1863, siendo importante debido a ser el

¹² *Ibidem*. Pág. 6.

¹³ SZUREK, SANDRA. *Historique . La formation du droit international pénal*. En: HERVE ASCENCIO, EMANUEL, DECAUX Y ALAIN PELLET. *Citado en: ESTUPIÑAN SILVA, Rosmerlin. Derecho Internacional y crímenes de guerra en Colombia / Rosmerlin Estupiñan Silva; prologuista, Héctor Olásolo Alonso. – Bogotá: Editorial Temis. 2013. Pág. 3. ISBN 978-958-35-0965-0*

¹⁴ SZUREK, SANDRA. *Historique . La formation du droit international pénal*. En: HERVE ASCENCIO, EMANUEL, DECAUX Y ALAIN PELLET. Pág, 15. *Citado en: ESTUPIÑAN SILVA, Rosmerlin. Derecho Internacional y crímenes de guerra en Colombia / Rosmerlin Estupiñan Silva; prologuista, Héctor Olásolo Alonso. – Bogotá: Editorial Temis. 2013. Pág. 3. ISBN 978-958-35-0965-*

primer intento de codificación de las leyes y costumbres de la guerra que existían en aquella época. Pero, contrariamente al primer Convenio de Ginebra, aprobado un año más tarde, ese Código no tenía valor de tratado, ya que estaba destinado únicamente a las fuerzas nordistas de los Estados Unidos de América que luchaban en la Guerra de Secesión.¹⁵

En el siglo XVIII también es importante la contribución de Jean-Jacques Rousseau. En efecto, ante la evolución de la guerra entre Estados, él formula el siguiente principio¹⁶: “La guerra no es, pues, una relación de hombre a hombre, sino de un Estado con otro Estado, en la que los particulares sólo son enemigos accidentalmente, no como hombres, ni como ciudadanos, sino como soldados (...). Siendo el objeto de la guerra la destrucción del Estado enemigo, hay derecho para matar a sus defensores en tanto que tienen las armas en las manos; pero luego que las dejan y se rinden, no son enemigos ni instrumentos del enemigo, y como vuelven a entrar en la simple clase de hombres, ya no se tiene derecho sobre su vida.”¹⁷

Dos hombres desempeñaron un papel esencial en la creación del Derecho Internacional Humanitario, Henry Dunant y Guillaume-Henri Dufour. Dunant por su parte presentó la idea del mismo en Recuerdo de Solferino, publicado en 1862, como consecuencia de encontrarse por accidente entre los millares de franceses y austríacos heridos después de la batalla y, junto con unos voluntarios más, hizo un esfuerzo sobrehumanos para aliviar su sufrimiento. Consternado por lo que había visto, luego escribió el libro el recuerdo de Solferino, publicado en 1862, el que sugirió que se crearan sociedades nacionales para ocuparse de los enfermos y

¹⁵ COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. Derecho Internacional Humanitario. Respuestas a sus preguntas. Ginebra, Suiza. 2005. Pág. 9. Páginas. 44. Disponible en: www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_0703.pdf

¹⁶ ROUSSEAU, JEAN JACQUES. El contrato social. Libro Primero. Capítulo IV. Editorial Maxtor 2013. Primera edición 1762. Pág 54.

¹⁷ COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. Derecho Internacional Humanitario. Respuestas a sus preguntas. Ginebra, Suiza. 2005. Pág. 7. Disponible en: www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_0703.pdf

heridos sin distinción de raza, nacionalidad o religión. Asimismo propuso que los Estados concertaran un tratado en el cual se reconociese la labor de esas organizaciones y se garantizara un mejor tratamiento de los heridos. En cuanto al general Dufour, valiéndose de su experiencia como hombre de guerra, le prestó muy pronto un apoyo moral y activo, en particular al presidir la Conferencia Diplomática de 1864¹⁸.

Junto con cuatro amigos, Henri Dunant estableció entonces el Comité Internacional de Socorro a los Militares Heridos (que pronto recibió el nombre del Comité Internacional de la Cruz Roja). Las ideas de Dunant tuvieron una amplia acogida que en 1864, el gobierno suizo, con el impulso de estos cinco miembros fundadores del CICR, convocó a una conferencia diplomática en la que participaron 16 Estados que aprobaron el Convenio de Ginebra para el mejoramiento de la suerte que corren los militares heridos en los ejércitos en campaña¹⁹.

El Convenio de Ginebra de 1864 sentaba las bases del desarrollo del derecho humanitario contemporáneo. Las principales características de ese tratado son:

- Normas permanentes, escritas, de alcance universal, destinadas a proteger a las víctimas de los conflictos;
- Tratado multilateral, abierto a todos los países;
- Obligación de prodigar cuidados sin discriminación a los militares heridos y enfermos;

¹⁸ Dunant: «En momentos extraordinarios, como los que reúnen (...) a príncipes del arte militar, pertenecientes a nacionalidades diferentes, ¿no sería de desear que aprovecharan esta especie de congreso para formular algún principio internacional, convencional y sagrado que, una vez aprobado y ratificado, serviría de base para Sociedades de socorro a los heridos en los diversos países de Europa?». Dufour (a Dunant): «Son necesarios ejemplos tan palpitantes como los que usted nos cita para darnos cuenta de las torturas y las lágrimas que cuesta la gloria de los campos de batalla...». Citado en: Ibídem pag 10.

¹⁹ COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. Folleto Informativo No.13 - El Derecho Humanitario Internacional y los Derechos Humanos. Disponible en: www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet13sp.pdf

- Respeto e identificación, mediante un emblema (cruz roja sobre fondo blanco), del personal sanitario, así como del material y de los medios de transporte sanitarios. Este convenio codifica, pues, y mejora, a modo de un tratado multilateral, las leyes y costumbres de la guerra, antiguas, fragmentarias y dispersas, por las que se protege a los heridos y al personal enfermero

Desde la perspectiva de la doctrina, el manual de Oxford de 1884, surgió con el propósito de ser una guía de regulación para las legislaciones internas, este escrito de la autoría de reconocidos juristas de la época como Gentili, Groccio y Vattel, estaba conformado por las regulaciones procedentes de diferentes países en los diferentes conflictos que habían surgido para ese entonces.

En el siglo XIX, se llevaron a cabo tres conferencias interestatales con la intención de regular los medios y métodos de combate, las modalidades de arreglo pacífico de las controversias con el propósito de reducir el uso de la fuerza y la guerra en el desarrollo de las relaciones internacionales²⁰.

Por su parte, la declaración de San Petersburgo²¹ de 1868, estableció pilares del principio de proporcionalidad, de tal forma que los estados partes de ésta se comprometieron a no usar balas explosivas o cualquier tipo de arma que empeoraran las consecuencias de los hombres puestos fuera de hostilidades. Los autores de la Declaración formularon, explícita e implícitamente, los principios de distinción, de necesidad militar y de prohibición de los males superfluos.²²

²⁰ Convenio de Ginebra para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en Campaña. 22 de Agosto de 1964. Disponible en: www.icrc.org

²¹ Declaración de San Petersburgo con objeto de prohibir determinados proyectiles en tiempo de guerra. 11 de Diciembre de 1868.

²² COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. Derecho Internacional Humanitario. Respuestas a sus preguntas. Ginebra, Suiza. 2005. Pág. 7. Disponible en: www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_0703.pdf

Más adelante en 1874, una Conferencia Diplomática, celebrada en Bruselas por iniciativa del zar Alejandro II de Rusia, aprobó un proyecto de declaración internacional relativa a las leyes y costumbres de la guerra. Pero ese texto no fue ratificado, porque algunos Gobiernos presentes no deseaban verse obligados por un convenio. Sin embargo, el proyecto de Bruselas fue una importante etapa en la codificación de las leyes de la guerra²³. En 1899 se creó una convención²⁴ en la cual se prohibió el uso de las balas de envoltura dura, o que tuviera incisiones. Simultáneamente en Londres se llegaron a acuerdos en torno a la guerra marítima²⁵.

Hay que mencionar que en el desarrollo internacional de estos tratados se incorporó la denominada *Clausula Martens*, el cual prohibió la guerra como un instrumento ilimitado y se le concedió el carácter de *ultima ratio*. Frédéric de Martens enunciaba, para los casos no previstos en el derecho humanitario, el principio siguiente²⁶: “Las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública”. Esta Cláusula de Martens, que ya tenía valor de norma consuetudinaria, fue retomada en el artículo 1, párr. 2, del Protocolo adicional I de 1977”

Por otra parte, en 1906 el Primer Convenio de Ginebra fue revisado para brindar una mayor protección a las víctimas de la guerra terrestre y el año siguiente todas sus disposiciones fueron oficialmente extendidas a las situaciones de guerra en el mar. En cuanto a las conferencias de paz de La Haya en 1899 y 1907 aprobaron

²³ *Ibidem*. Pág 15.

²⁴ Declaración prohibitiva del empleo de las balas que se hinchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano. 29 de Julio de 1899.

²⁵ Declaración de Londres relativa al derecho de la guerra marítima. 25 de febrero de 1909.

²⁶ COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. Derecho Internacional Humanitario. Respuestas a sus preguntas. Ginebra, Suiza. 2005. Pág. 7. Disponible en: www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_0703.pdf

convenios que definían las leyes y costumbres de guerra y declaraciones que prohibían determinadas prácticas, incluso el bombardeo de poblaciones indefensas, la utilización de gases venenosos y balas de punta blanda.

Conviene subrayar que, hasta el término de la Primera Guerra Mundial, el recurso de la guerra no era considerado como un acto ilícito, sino como un medio aceptable para solucionar las discrepancias. En la Primera Guerra Mundial (1914-1918) se recurre a nuevos métodos de guerra a gran escala: empleo de gases contra el enemigo, primeros bombardeos aéreos, captura de cientos de miles de prisioneros de guerra produciendo los tratados de 1925 y 1929.

El Pacto de la Sociedad de Naciones de 1919 y el Tratado de París de 1928 (Pacto Briand-Kellogg) tendían a prohibir la guerra. El acaecimiento de la primera guerra mundial evidenció la falta de un desarrollo completo por parte de la normatividad existente²⁷ en torno a las regulaciones de la guerra, lo que conllevó a que los Estados bosquejaran nuevos tratados para mitigar las consecuencias devastadoras del uso de la guerra de forma indiscriminada.

Sin embargo, el principal aporte al concepto de crimen de guerra moderno se instituiría luego de la segunda guerra mundial con el juicio de Núremberg, teniendo como resultado los convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales. Estos recibieron influencia de los tribunales instituidos en Nuremberg y en Tokio, fundados con el destino de sancionar las atrocidades cometidas en manera indiscriminada contra las costumbres y usos de guerra.

²⁷ El Tratado de Versalles de 1918, que puso fin al conflicto, contempla entre otras disposiciones (Arts. 227, 228, 229) la constitución de un tribunal penal internacional, que juzgaría al Káiser Guillermo II de Alemania por “la suprema ofensa en contra de la moral internacional y la santidad de los Estados”, al orquestar y dirigir la guerra. Junto a él se incluyó a una serie de colaboradores⁴³. Lamentablemente los afanes de justicia no se concretaron. Sí se llevaron a cabo procesos en la ciudad alemana de Leipzig, pero sólo hubo penas leves, y el juicio al Káiser nunca se llevó a cabo, pues Holanda, país que lo refugió al término de la guerra, jamás lo entregó al tribunal.

La guerra civil española (1936-1939) y la segunda guerra mundial (1939-1945) dieron pruebas convincentes de la necesidad de volver a hacer corresponder el derecho humanitario internacional con el carácter cambiante de la guerra. Se tomó la decisión de comenzar de nuevo y se elaboraron nuevos convenios de Ginebra que trataban, respectivamente:

- I. De los heridos y los enfermos en campaña (Primer Convenio),
- II. De los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar (Segundo Convenio),
- III. De los prisioneros de guerra (Tercer Convenio) y
- IV. De las personas civiles (Cuarto Convenio).

Estos Convenios fueron aprobados en una conferencia diplomática internacional desarrollada en Ginebra y celebrada en abril a agosto de 1949. En síntesis, los cuatro convenios contuvieron aspectos referentes a la protección de las víctimas, incorporando como obligación de los Estados partes, la persecución y el castigo de estas infracciones, no adjudicándolos como crímenes de guerra, y por esto sin una consecuencia penal en específico.

En cuanto a los conflictos armados de índole no internacional de estos cuatro Convenios de Ginebra hay que resaltar el artículo 3 común a éstos, puesto que está creado para la aplicación en los conflictos armados de índole no internacional, de tal forma, hace prohibición expresa del homicidio, la toma de rehenes, los tratos humillantes y degradantes, las condenas emitidas sin las garantías judiciales y tribunal legítimamente establecidos. A su vez propugna por la protección de los civiles, quienes son los que no participan en hostilidades, y busca la asistencia de los enfermos y heridos, a través de un organismo imparcial que le pueda ofrecer servicios a estas partes en conflicto²⁸.

²⁸ En estos cuatro convenios se destaca el 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

Siguiendo el desarrollo histórico, en 1977, los dos protocolos adicionales,

- I. Protocolo I: El primero relativo a los conflictos armados de carácter internacional
- II. Protocolo II: Regulaciones destinadas hacia los conflictos de carácter no internacional.²⁹ Se define como conflicto armado interno en su artículo 1. I como aquel que se desarrolla entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados, que cuenta con un mando responsable, y que ejerce control sobre una parte del territorio, realizando operaciones militares sostenidas y concertadas, en consecuencia la aplicación obligatoria de este protocolo³⁰.

Este desarrolló las disposiciones establecidas en el artículo 3 común y el cual aporta los siguientes desarrollos:

- a. Ampliación de las garantías fundamentales: Se amplían las garantías de tal forma que se busca mejoras en el trato de las personas civiles³¹, de

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.

²⁹ COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. Derecho Internacional Humanitario. Respuestas a sus preguntas. Ginebra, Suiza. 2005. Pág. 5. Disponible en: www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_0703.pdf

³⁰ Protocolo Adicional II: Artículo 1. II. No aplica a tensiones internas, y disturbios interiores, tales como motines, los actos esporádicos, y aislados de violencia.

³¹ PROTOCOLO 2 ADICIONAL. Artículo 4: "Todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas, estén o no privadas de libertad, tienen derecho a que se respeten su persona, su honor, sus convicciones y sus prácticas religiosas. Serán tratadas con humanidad en toda circunstancia, sin ninguna distinción de carácter desfavorable. Queda prohibido ordenar que no haya supervivientes. 2. Sin perjuicio del carácter general de las disposiciones que preceden, están y quedarán prohibidos en todo tiempo y lugar con respecto a las personas a que se refiere el párrafo 1: a) los atentados contra la vida, la salud y

prisioneros, Enfermos y Heridos o personas privadas de la libertad. Se prohíbe el ataque contra las poblaciones civiles, prohibición del hambre como método de guerra, ataques a obras e instalaciones de fuerzas peligrosas, protección de bienes culturales y protección contra el desplazamiento forzado.

- b. Prohibición de actos contra los civiles que no participen en hostilidades: atentados contra la vida, salud e integridad física o mental, por tanto la prohibición del homicidio, tratos crueles como tortura, mutilaciones o cualquier tipo de pena corporal, los castigos colectivos, actos de terrorismo, la toma de rehenes, la esclavitud, el pillaje, las amenazas y cualquier atentado contra la dignidad como la violación, la prostitución forzada y cualquier acto que afecte la dignidad.
- c. Ampliación de protección de los niños: Prohibición del reclutamiento y uso en hostilidades de menores de 15 años. Su protección permanece así estos hayan participado de las hostilidades y sean capturados.
- d. Protección de las personas privadas de la libertad, y establecimiento de garantías, como alimentación, higiene, trabajo en condiciones seguras y envío de correspondencia.

la integridad física o mental de las personas, en particular el homicidio y los tratos crueles tales como la tortura y las mutilaciones o toda forma de pena corporal; b) los castigos colectivos; c) la toma de rehenes; d) los actos de terrorismo; e) los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor ;f) la esclavitud y la trata de esclavos en todas sus formas; g) el pillaje; h) las amenazas de realizar los actos mencionados. 3. Se proporcionarán a los niños los cuidados y la ayuda que necesiten y, en particular: a) recibirán una educación, incluida la educación religiosa o moral, conforme a los deseos de los padres o, a falta de éstos, de las personas que tengan la guarda de ellos; b) se tomarán las medidas oportunas para facilitar la reunión de las familias temporalmente separadas; 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; d) la protección especial prevista en este artículo para los niños menores de quince años seguirá aplicándose a ellos si, no obstante las disposiciones del apartado c), han participado directamente en las hostilidades y han sido capturados; e) se tomarán medidas, si procede, y siempre que sea posible con el consentimiento de los padres o de las personas que, en virtud de la ley o la costumbre, tengan en primer lugar la guarda de ellos, para trasladar temporalmente a los niños de la zona en que tengan lugar las hostilidades a una zona del país más segura y para que vayan acompañados de personas que velen por su seguridad y bienestar

- e. En cuanto al aspecto judicial, establece reglas de debido proceso con el fin de proteger a los sancionados.

De manera análoga, la aprobación de la Carta de las Naciones Unidas, en el año 1945, confirmó la tendencia de la guerra como última ratio, y por ende, la necesidad de su regulación. «Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza (...) Sin embargo, cuando un Estado –o un grupo de Estados– es objeto de una agresión por otro Estado –o grupo de Estados–, la Carta de las Naciones Unidas defiende el derecho de legítima defensa, individual o colectiva. Asimismo, el Consejo de Seguridad decide, basándose en el capítulo VII de la Carta, el empleo colectivo de la fuerza mediante:

- Medidas coercitivas –cuyo objetivo es restablecer la paz– contra un Estado que sea amenaza para la seguridad internacional³²
- Medidas para mantener la paz en forma de misiones de observación o de misiones de mantenimiento de la paz”.³³

Más adelante, en 1965, fue reconocido en el marco del derecho de los pueblos a la libre determinación. La Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 2105, aprobada en 1965, reconoce la legitimidad de la lucha que los pueblos bajo el dominio colonial libran por el ejercicio de su derecho a la libre determinación y a la independencia.

Después en la resolución 2444 de la Asamblea General, también se pactó una resolución de la XII Conferencia Internacional de la Cruz Roja (Viena, 1965), en la que se establecieron tres principios básicos para las operaciones en los conflictos armados: El derecho de las partes en un conflicto a adoptar medios para causar daño al enemigo; que está prohibido lanzar ataques contra la población civil en

³² PROTOCOLO DOS ADICIONAL a los convenios de Ginebra. Artículo 5.

³³ *Ibidem*. Pág. 15.

cuanto tal; 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 lo más posible a estos últimos.³⁴

Por último los Protocolos adicionales de 1977 reafirman y puntualizan los principios del derecho internacional humanitario, en particular el de distinción³⁵. A fines de 2004, eran Partes en los Convenios de Ginebra 192 Estados, es decir, casi todos. El hecho de que esos textos figuren entre los tratados aceptados por el mayor número de países refrenda el principio de su universalidad. Por lo que atañe a los Protocolos adicionales, 162 Estados eran Partes en el Protocolo I y 157 en el Protocolo II en la misma fecha.

1.4 NORMAS FUNDANTES DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

En este aspecto resaltamos los distintos convenios de ginebra y el desarrollo doctrinal que establece como mínimo las reglas para la dinámica de la guerra³⁶. Estas son las normas fundamentales: las partes en conflicto tienen la obligación de hacer distinción, en todo momento, entre población civil y combatientes, con miras a preservar a la población civil y los bienes de carácter civil. Ni la población civil como tal, ni las personas civiles, serán objeto de ataques. Los ataques sólo estarán dirigidos contra los objetivos militares los cuales tienen una limitación estipulada por la costumbre y normas convencionales. Se prohíbe matar o herir a un adversario que haya depuesto las armas o que esté fuera de combate.

³⁴ COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. Folleto Informativo No.13 - El Derecho Humanitario Internacional y los Derechos Humanos. Disponible en pág. 7.: www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet13sp.pdf

³⁵ : «(...) las partes en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares» (art. 48 del Protocolo adicional I, véase, asimismo, art. 13 del Protocolo adicional II).

³⁶ COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. Derecho Internacional Humanitario. Respuestas a sus preguntas. Ginebra, Suiza. 2005. Pág. 5. Disponible en: www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_0703.pdf

Por su parte las personas que no participan –o que ya no pueden participar– en las hostilidades tienen derecho a que se respete su vida y su integridad física y moral. Dichas personas, en todas las circunstancias, serán protegidas y tratadas con humanidad y sin distinción alguna de índole desfavorable.

Las partes en conflicto y los miembros de sus fuerzas armadas, no gozan de un derecho ilimitado por lo que atañe a la elección de los métodos y medios de hacer la guerra. Como consecuencia queda prohibido emplear armas o diversos métodos de guerra que puedan causar pérdidas inútiles o sufrimientos excesivos.

En cuanto a los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos por la parte en conflicto en cuyo poder estén. El personal sanitario, las instalaciones, los medios de transporte y el material sanitarios serán protegidos. El emblema de la cruz roja o el de la media luna roja sobre fondo blanco es el signo de dicha protección y ha de ser respetado.

Por tanto, los combatientes capturados y las personas civiles que se hallen bajo la autoridad de la parte adversaria tienen derecho a que se respete su vida, su dignidad, sus derechos individuales y sus convicciones (políticas, religiosas u otras). Serán protegidos contra cualquier acto de violencia o de represalias. Tendrán derecho a intercambiar correspondencia con sus familiares y a recibir socorros. Se beneficiarán de las garantías judiciales fundamentales.

Simultáneamente, el derecho internacional humanitario cuenta con principios, es el caso de los autores de la Declaración de San Petersburgo quienes formularon, explícita e implícitamente, los principios de distinción, de necesidad militar y de prohibición de los males superfluos de la siguiente manera: «Que el único objetivo legítimo que los Estados deben proponerse durante la guerra es la debilitación de las fuerzas militares del enemigo; Que, a este efecto, es suficiente poner fuera de combate al mayor número posible de hombres; Que este objetivo sería

sobrepasado por el empleo de armas que agravarían inútilmente los sufrimientos de los hombres puestos fuera de combate, o haría su muerte inevitable.»³⁷

En los Protocolos adicionales de 1977 se reafirman y se puntualizan dichos principios, en particular el de distinción: “(...) las partes en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares”³⁸.

Por último, la finalidad del principio subyacente de proporcionalidad es establecer el equilibrio entre dos intereses divergentes, uno dictado por consideraciones de necesidad militar y el otro por dictados de humanidad, cuando los derechos o las prohibiciones no son absolutas.

1.5 LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y LOS DERECHOS HUMANOS

El derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos son dos cuerpos de normas distintos pero complementarios. La finalidad de ambos es proteger la vida, la salud y la dignidad de la persona humana, aunque desde ángulos diferentes. El DIH se aplica en situaciones de conflicto armado, mientras que el derecho de los derechos humanos está vigente en todo momento, tanto en tiempo de paz como de guerra.

³⁷ XXXI CONFERENCIA INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA Y DE LA MEDIA LUNA ROJA. Ginebra, Suiza. 28 de noviembre – 1 de diciembre de 2011 El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos. Ginebra, octubre de 2011. Páginas 60. Disponible en: www.icrc.org/spa/assets/files/red-cross-crescent-movement/31st-international-conference/31-int-conference-ihl-challenges-report-11-5-1-2-es.pdf

³⁸ art. 48 del Protocolo adicional I, véase, asimismo, art. 13 del Protocolo adicional II.

El derecho humanitario se aplica en situaciones de conflicto armado, mientras que los derechos humanos o, al menos, algunos de ellos, protegen a la persona humana en todo tiempo, haya guerra o paz. Cabe aclarar que algunos tratados de derechos humanos conceden a los Gobiernos la facultad a suspender ciertos derechos en situaciones de emergencia pública exceptuados, no obstante, algunos derechos fundamentales previstos en cada tratado, que han de ser respetados en todas las circunstancias. El DIH no admite derogación alguna porque fue concebido para situaciones de emergencia, en particular los conflictos armados, por lo cual no puede suspenderse, con excepción de lo dispuesto en el Artículo 5 del IV Convenio de Ginebra.

De manera que se establece un núcleo en los instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos que comprende derechos como son el derecho a la vida, la prohibición de la tortura, los castigos o tratos inhumanos; la esclavitud y la servidumbre; el principio de legalidad, de las ejecuciones sumarias³⁹, la prohibición de la aplicación retroactiva de las normas jurídicas, y la libertad de pensamiento, de conciencia y de culto.

Es necesario aclarar que el derecho humanitario se aplica precisamente en situaciones excepcionales, como son los conflictos armados, el contenido de los derechos humanos, que los Estados han de respetar en todas las circunstancias, por lo cual, estos derechos tienden a converger en las garantías fundamentales y judiciales previstas en el derecho humanitario.

Esta relación con los Derechos Humanos se vislumbra en el cuerpo normativo del Derecho Internacional Humanitario⁴⁰, así, por ejemplo, el artículo 3 común a los

³⁹ COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. Folleto Informativo No.13 - El Derecho Humanitario Internacional y los Derechos Humanos. Disponible en: www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet13sp.pdf

⁴⁰ COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. Folleto Informativo No.13 - El Derecho Humanitario Internacional y los Derechos Humanos. Disponible en: www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet13sp.pdf

cuatro Convenios, suscitó referencias a los derechos humanos. El Comité especial de la Segunda Comisión de la Conferencia había propuesto en el marco del Convenio sobre los prisioneros de guerra, un tercer párrafo que contenía una especie de Cláusula de Martens. Se expresaba que, si una persona no podía ser sujeto para aplicar el Convenio, subsistía, una protección, especial derivada de los derechos humanos⁴¹

En segunda instancia, otro contexto en el cual se mencionaron los derechos humanos fue la protección de la población civil en territorio ocupado por el enemigo. En vista de que convenía adoptar una fórmula según la cual la potencia ocupante no pudiera modificar la legislación del territorio ocupado, a no ser pues, ésta violara los principios de la Declaración Universal. Siguiendo el hilo de ideas, el derecho de los Derechos Humanos refuerza el ámbito de protección.

Indiscutiblemente, la alusión más solemne a los derechos humanos fue la del presidente de la Conferencia, Max Petitpierre, durante la ceremonia de firma. Evocó en ella el paralelismo y el común ideal de los Convenios de Ginebra y de la Declaración Universal. Señaló que algunos de los derechos proclamados por la Declaración se habían incluido y concretado en el texto de los Convenios.⁴²

En 1967, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (resolución 237) destacó que todas las partes en un conflicto deben respetar los derechos humanos; deben cumplir todas las obligaciones contraídas por ellas en los Convenios de Ginebra de 1949. Esa resolución fue acogida con beneplácito por la

⁴¹ Robert Kobl. Comité Internacional de la Cruz Roja. 30 de Agosto de 1998. Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdmgb.htm> (ultima vista: 15/09/2015)

⁴² "Pasado mañana celebraremos el aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Nos parece interesante relacionar esta Declaración con los Convenios de Ginebra. Algunos de los derechos fundamentales que proclama constituyen la base de nuestros textos: tal es el caso del respeto de la persona humana, la garantía contra la tortura, las penas o los tratos crueles, inhumanos o degradantes". Citado en: Robert Kobl. Comité Internacional de la Cruz Roja. 30 de Agosto de 1998. Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdmgb.htm> (ultima vista: 15/09/2015)

Asamblea General de las Naciones Unidas (resolución 2252) y a menudo ha sido recordada y reafirmada.

Más adelante en 1969⁴³ el primero de una serie de informes del Secretario General sobre el respeto de los derechos humanos en los períodos de conflicto armado fue presentado a la Asamblea General. La reacción de la Asamblea General⁴⁴ fue pedir al Secretario General que siguiera estudiando el tema y prestara especial atención a la protección de los derechos de los civiles y de los combatientes en la lucha de los pueblos para liberarse de la dominación colonial o extranjera y alcanzar la libre determinación, así, como a una mejor aplicación de las convenciones y normas de derecho internacional humanitario en vigencia. El segundo informe, en 1970, examinó la protección acordada en los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas -por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos- en los conflictos armados. Habló del establecimiento de refugios para civiles y la proscripción de las armas químicas y bacteriológicas. En una serie de resoluciones, en 1970, la Asamblea General⁴⁵ convino en que los derechos humanos fundamentales aceptados en el derecho internacional y en los instrumentos internacionales siguen siendo válidos en casos de conflictos armados.

⁴³ COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. Folleto Informativo No.13 - El Derecho Humanitario Internacional y los Derechos Humanos. Disponible en: www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet13sp.pdf

⁴⁴ En el informe también se suministró información sobre las personas que hay que proteger en situaciones de conflicto interno y guerra de guerrillas. Fijó las condiciones que se deben reunir para obtener la condición de "beligerantes privilegiados" (prisioneros de guerra tal como están definidos en el Tercer Convenio de Ginebra). En el informe se afirmó que el Cuarto Convenio de Ginebra debía aplicarse a los combatientes por la libertad y se sugirió la ampliación de este Convenio para que abarcara los conflictos sin carácter internacional.

⁴⁵ La Asamblea General hizo hincapié en que las viviendas, refugios, zonas de hospitales y demás instalaciones utilizadas por los civiles no debían ser objeto de operaciones militares. Las poblaciones civiles no debían ser objeto de represalias, traslados forzosos u "otros ataques contra su integridad". La Asamblea General también declaró que la prestación de socorro internacional a las poblaciones civiles está de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

La remoción de prescripciones de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, preparada por la Comisión de Derechos Humanos y el Consejo Económico y Social, fue aprobada por la Asamblea General en 1968 y entró en vigencia en 1970. Los Estados Partes en esa Convención se comprometen a abolir las prescripciones nacionales de la acción penal o de la pena por estos crímenes y, hacer posible la extradición, de conformidad con el derecho internacional. En 1973 la Asamblea aprobó nueve principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad.

El siguiente aspecto es la influencia recíproca específica entre dos grupos de normas de interés fundamental dentro de un conflicto armado, en primera instancia, las normas relativas a la detención de personas y simultáneamente al uso de la fuerza⁴⁶. Para empezar, la detención es entendida como una incidencia legal e inevitable en un conflicto armado. Está regulada por un gran número de disposiciones del DIH que buscan dar una expresión específica al amplio principio de trato humano. Para simplificar, es posible dividir estas normas en cuatro grupos.

i) **Normas relativas al tratado debido a los detenidos (en sentido estricto).** Estas normas tienen como finalidad proteger la integridad física y mental de las personas privadas de libertad, cualquiera que sea el motivo. Incluyen la prohibición del homicidio, la tortura, los tratos crueles, inhumanos o degradantes, la mutilación, los experimentos médicos o científicos, así como otras formas de

⁴⁶ XXXI CONFERENCIA INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA Y DE LA MEDIA LUNA ROJA. Ginebra, Suiza. 28 de noviembre – 1 de diciembre de 2011 El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos. Ginebra, octubre de 2011. Páginas 60. Disponible en: www.icrc.org/spa/assets/files/red-cross-crescent-movement/31st-international-conference/31-int-conference-ihl-challenges-report-11-5-1-2-es.pdf

violencia a la vida y la salud. Todos estos actos están prohibidos en virtud tanto del DIH como del derecho de los derechos humanos

ii) **Normas relativas a las condiciones materiales de detención.** El propósito de estas normas es velar por que las autoridades detenedoras atiendan debidamente a las necesidades físicas y mentales de los detenidos en relación con los alimentos, alojamiento, salud, higiene, contactos con el exterior, culto, etc. El DIH convencional y el DIH consuetudinario contienen una serie sustancial de normas relativas a las condiciones de detención, al igual que el «derecho indicativo» de los derechos humanos.

iii) **Derechos a ser juzgado equitativamente.** Las personas detenidas por la comisión de un presunto delito tienen derecho a ser juzgadas de forma equitativa. La lista de los derechos a un juicio equitativo es casi idéntica en el DIH y el derecho de los derechos humanos⁴⁷.

iv) **Garantías procesales en caso de internamiento.** A efectos de este informe, por internamiento se entiende la detención sin inculpación penal de una persona porque ella o su actividad representa una grave amenaza para la seguridad de la autoridad detenedora en un conflicto armado.

En lo que concierne al uso de la fuerza, el derecho Internacional Humanitario reconoce que el uso de la fuerza letal es inherente a la guerra. Por su parte, los derechos humanos tienen la finalidad de proteger a las personas contra los abusos de poder por parte del Estado y no depende de la configuración de una

⁴⁷ Hay que reconocer que el artículo 3 común, contrariamente a las disposiciones de los Convenios de Ginebra III y IV, no contiene garantías específicas en materia judicial; sin embargo, está ampliamente aceptado que el artículo 74 del Protocolo adicional I –redactado según las correspondientes disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1996– puede considerarse como una norma de derecho consuetudinario aplicable en todo tipo de conflicto armado. El DIH refuerza las correspondientes disposiciones de derechos humanos, puesto que no autoriza derogación alguna del derecho a un juicio equitativo en las situaciones de conflicto armado.

situación de hostilidad entre partes de un conflicto armado, lo que nuevamente aplica el ámbito de protección para los sujetos salvaguardados por el Derecho Internacional Humanitario.

Nada de lo expuesto hasta aquí significa que estamos frente a un mismo conjunto de normas, puesto que el Derecho Internacional Humanitario está contenido en los Convenios de Ginebra y de La Haya, los Protocolos adicionales, un conjunto de tratados que reglamentan los métodos y los medios de hacer la guerra –por ejemplo, tratados que prohíben el empleo de armas láser cegadoras, minas terrestres y armas químicas o biológicas– y el derecho consuetudinario, en contraste con los derechos humanos, que contienen un grado de complejidad mayor y, a diferencia del DIH, comprende también tratados regionales⁴⁸. Es por esto que el principal instrumento internacional es la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de la ONU en 1948⁴⁹. Simultáneamente el derecho de los derechos humanos obliga de iure solo a los Estados, como demuestra el hecho de que los tratados de derechos humanos y otras fuentes de las normas de derechos humanos no crean obligaciones para los grupos armados no estatales⁵⁰.

⁴⁸ En Europa, América, África y los países árabes, se han adoptado distintos convenios o cartas regionales de derechos humanos.

⁴⁹ Otros tratados internacionales relativos a los derechos humanos son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y los tratados que se refieren a la prevención y el castigo de la tortura y otras prácticas crueles, inhumanas o degradantes, a la eliminación de la discriminación racial y la discriminación contra las mujeres, y a los derechos del niño.

⁵⁰ XXXI CONFERENCIA INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA Y DE LA MEDIA LUNA ROJA. Ginebra, Suiza. 28 de noviembre – 1 de diciembre de 2011 El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos. Ginebra, octubre de 2011. Páginas 60. Disponible en: www.icrc.org/spa/assets/files/red-cross-crescent-movement/31st-international-conference/31-int-conference-ihl-challenges-report-11-5-1-2-es.pdf

2. LA JUSTICIA TRANSICIONAL Y EL POSCONFLICTO EN COLOMBIA

2.1 INTRODUCCIÓN

En el presente capítulo abordaremos los conceptos de postconflicto y justicia transicional para entender estas etapas dentro del desarrollo de un proceso de paz, paralelamente daremos una mirada entorno a los procesos de justicia transicional vividos en otros países, las medidas desarrolladas durante el postconflicto, sus retos y por último una mirada al actual marco de negociaciones y acuerdos en torno al proceso de paz con las FARC-EP en Colombia.

2.2 LA JUSTICIA TRANSICIONAL

2.2.1 Concepto La justicia transicional es definida por el profesor Gambia Tapias como “una concepción democrática de la justicia que analiza la forma cómo sociedades afectadas por masivas violaciones de derechos humanos causadas por una guerra civil, un conflicto violento o por regímenes dictatoriales, pueden hacer tránsito a regímenes democráticos en lo que se puede garantizar una paz verdadera”⁵¹. Visto así, la justicia transicional es el resultado de la participación de los diversos sectores de la sociedad, en búsqueda de una salida a la situación de conflicto en la que se han visto inmersos por un largo tiempo, con el propósito de encontrar una situación de estabilidad política y el cese de violencia originado del conflicto.

⁵¹ GAMBOA TAPIAS, citado en: Lopera Morales Jenny Julieth. Aproximación a un concepto de justicia transicional en Colombia. Trabajo para optar al título de Abogada. Medellín. Universidad de Medellín. pago. 13.

Así mismo, para el profesor Ruti G⁵², la justicia transicional está relacionada directamente con periodos de cambio político, los cuales se identifican por la búsqueda de respuestas legales para enfrentar los crímenes y violaciones cometidos por regímenes represores anteriores. Por lo general, las situaciones de conflicto se derivan de problemas institucionales, es por tanto que las medidas están orientadas por una parte a reparar las víctimas de violencia y a su vez solucionar estos factores que generan inestabilidad, tanto política como social.

Por su parte, de acuerdo con el profesor Jorge Carranza⁵³, Justicia Transicional es entendida como la aplicación de normatividades de carácter especial y excepcional, que trae inmerso la flexibilización de la justicia penal ordinaria, de tal manera que hace posible y viable un acuerdo con los grupos armados que interfieren en un conflicto. Esto implica una reconfiguración del derecho penal ordinario a tal punto que sus sanciones ofrecen beneficios a los actores armados inmersos en el conflicto, para que estos se disponga al cese de violencia y al dialogo como una salida a la situación de confrontación.

El profesor Rodrigo Uprimy de manera paralela define la justicia transicional como “aquellos procesos transicionales mediante los cuales se lleva a cabo transformaciones radicales de un orden social y político determinado, que enfrenta las necesidades de equilibrar las exigencias contrapuestas de paz y justicia”⁵⁴ que sea necesarias en el país.

De hecho, este aspecto es visible en la mayoría de procesos de justicia transicional, pues buscan a través de negociaciones de carácter político modificar

⁵² RUTI G. citado en: LOPERA MORALES Jenny Julieth. Aproximación a un concepto de justicia transicional en Colombia. Trabajo para optar al título de Abogada. Medellín. Universidad de Medellín. Pág. 15.

⁵³ CARRANZA, Jorge Eduardo. Fundamentos sobre verdad justicia y reparación. Garantía del derecho de las víctimas. Bogotá. Editorial Leyer, 2005 Pág. 200.

⁵⁴ UPRIMY Rodrigo y SAFRAN Maria Paula. Estándares internacionales y procesos de paz en Colombia. Entre el perdón y el paredón, preguntas y dilemas de justicia transicional, compilado por Angelika Rettberd, Bogotá. Ediciones Uniandes – coras editores, 2005

la situación jurídica, en algunos casos disminuyendo la gravedad de las sanciones para los actores del conflicto, condicionando estos beneficios a la entrega de armas y el des-escalamiento de sus estructuras militares, con el compromiso extra de conseguir la verdad como una garantía de una paz verdadera, con el cumplimiento de los parámetros de verdad, justicia y reparación para los afectados por la situación creada por el conflicto.

Otra perspectiva es aquella en la cual la justicia transicional es percibida como un complejo de expectativas, puesto que se presenta en el contexto nacional como una justicia de emergencia por la cual los ciudadanos esperan se logre un reacomodamiento de la institucionalidad vulnerada por los actores armados que intervienen en el conflicto⁵⁵, por esta razón el derecho penal se convierte en el encargado de satisfacer los pedidos de justicia y de manera paralela permite la concesión de beneficios en aras de la paz por medio de su flexibilización. Teniendo como principal objetivo la reparación integral de la víctima de tal forma que evite su re victimización por parte del sistema determinado y planteado por la justicia transicional.

Así mismo, éste modelo de justicia es definido como un dilema técnico jurídico⁵⁶, de acuerdo a que se emite normas o disposiciones para garantizar la reincorporación de los grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyen de una manera real y efectiva a la consecución de una paz nacional, pronunciándose en la misma medida sobre normas o leyes para la protección de las víctimas. Por tanto, se emiten normas que determinan los castigos de los actores armados, e igualmente se crea un marco jurídico para que las víctimas sean incorporadas de una manera completa a la sociedad, devolviendo a la víctimas a la situación anterior a la afectación de sus derechos.

⁵⁵ URIMY Rodrigo y SAFRAN Maria Paula. Derecho de la verdad. Alcances y límites de la verdad judicial. ¿justicia transicional sin transición? Verdad justicia y reparación para Colombia. Bogotá. Ediciones Ántropos, 2006.

⁵⁶ *Ibíd.* Pag 125

Acorde a las diversas definiciones anteriormente expuestas por la doctrina, los procesos de justicia transicional tienen dos elementos característicos. En primer lugar, una reforma institucional: Considerando que en estos modelos se hace necesario una transformación de carácter institucional, como ha sucedido en anteriores experiencias que vienen de regímenes de carácter autoritario o dictatorial, haciendo una transformación a regímenes democráticos. Segundo, por lo general estos procesos de justicia transicional se desarrollan en marco de la finalización del conflicto⁵⁷. De estas características anteriormente enunciadas, ninguna identifica el caso colombiano, como lo explicaremos en el desarrollo del presente capítulo.

Un modelo jurídico de justicia transicional se compone de cuatro elementos, a saber⁵⁸:

- a) Acciones judiciales dirigidas contra los autores individuales de los crímenes, ya sea por medio de tribunales nacionales o internacionales (mecanismos que se deciden en el marco de la negociación);
- b) La promoción de iniciativas de búsqueda de la verdad para establecer abusos pasados enfocados en la construcción de la memoria histórica;
- c) La reparación tanto material como inmaterial de las víctimas de las violaciones a derechos humanos;
- d) La reforma inmediata de instituciones importantes para la gobernabilidad democrática, que incluye la investigación de antecedentes, remoción de personas vinculadas en los cargos públicos con el conflicto y, por ende, su exclusión de estos puestos institucionales.

⁵⁷ La finalización del conflicto, se entiende como el momento en el cual las dos partes negociadoras llegan a un acuerdo final sobre los puntos de negociación, por lo tanto procede a la implementación de los pactos acordados, con el completo desescalamiento de las actividades por parte de las FARC-EP. Para mayor información recurrir al capítulo dos del presente texto.

⁵⁸ LOPERA MORALES Jenny Julieth. Aproximación a un concepto de justicia transicional en Colombia. Trabajo para optar al título de Abogada. Medellín. Universidad de Medellín.

El principal reto de la justicia transicional es alcanzar el equilibrio entre la justicia y las condiciones necesarias para que se llegue a un acuerdo de paz, sin que la consecución de una excluya a la otra, tal como lo expresa Uprimy y Safran “la cuestión fundamental se ha hallado en encontrar una solución políticamente viable, que sin dar a lugar a la impunidad, haga posible alcanzar una paz y una reconciliación nacional duradera⁵⁹”, dado que la justicia transicional viene a solucionar la tensión entre dos imperativos de orden internacional, por una parte el castigo a los victimarios o perpetuadores de conductas que lesionan, y por otro, las prácticas de amnistía e indultos que son necesarias y comunes en el contexto de justicia transicional.

En consecuencia, este procedimiento se encuentra enmarcado en la concesión de beneficios, los cuales se necesitan maniobrar de una manera equilibrada, de lo contrario pueden llegar a remplazar la verdad histórica por la verdad judicial, por ende no encontrar la reparación adecuada de la víctima y no brindar justicia, es decir, evitaría castigar los actores de los crímenes, de tal forma que esta verdad formal arriesgaría el concepto de justicia retributiva, convirtiéndose en el punto de crisis de la justicia transicional⁶⁰.

De manera que estas normas o medidas tienen diversos límites, el primero de estos aspectos se deriva desde los derechos de las víctimas, los cuales establecen la obligación del Estado de garantizar para éstas el acceso a un recurso judicial efectivo, que implica como obligaciones del Estado las siguientes:

“a) Dar a conocer a través de medios oficiales y privados todos los recursos disponibles contra las violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario;

⁵⁹ UPRIMY Rodrigo y Safran Maria Paula. Derecho de la verdad. Alcances y límites de la verdad judicial. ¿justicia transicional sin transición? Verdad justicia y reparación para Colombia. Bogotá. Ediciones Ántropos, 2006.

⁶⁰ GONZALES cueva. Citado en: Lopera Morales Jenny Julieth. Aproximación a un concepto de justicia transicional en Colombia. Trabajo para optar al título de Abogada. Medellín. Universidad de Medellín. Pág. 28

- b) Adoptar en cualquier tipo de proceso que afecte a las víctimas las medidas necesarias para que no sean incomodadas, se proteja su intimidad y se garantice su seguridad, la de su familia y la de los testigos;
- c) Utilizar los medios diplomáticos y jurídicos apropiados para que las víctimas puedan iniciar las acciones pertinentes y puedan presentar las demandas de reparación que sean del caso”⁶¹.

Análogamente, distinto a los tres límites de la justicia transicional es el derecho a la verdad⁶², que comprende el derecho a saber y el deber de recordar; y el derecho a la reparación y a la justicia. Se entiende por el derecho a la verdad, aquel derecho inalienable que tiene cada pueblo para conocer sobre los acontecimientos sucedidos, las circunstancias y los motivos que llevaron a una violación masiva y sistemática de derechos.

El derecho a saber determina que, de manera independiente a las acciones que se puedan entablar con la justicia, las víctimas y sus familiares o allegados, tienen el derecho imprescriptible de conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones de sus derechos, y saber el destino con el que corrió la víctima en caso de fallecimiento o una desaparición. Por su parte, el deber de recordar se define, en pocas palabras, como el conocimiento de la opresión histórica de los pueblos como parte de su patrimonio; es por tanto que el Estado debe tomar medidas para que estos hechos se recuerden y se inserten intrínsecamente en la comunidad construyendo memoria histórica.

El derecho de la víctima a la reparación es entendido como el resarcimiento de los daños causados por el conflicto o los victimarios de manera directa, actualmente

⁶¹ LOPERA Morales Jenny Julieth. Aproximación a un concepto de justicia transicional en Colombia. Trabajo para optar al título de Abogada. Medellín. Universidad de Medellín. Pág. 35

⁶² BOTERO Marino y RESTREPO Saldarriaga. Pág. 40. Citado en: Lopera Morales Jenny Julieth. Aproximación a un concepto de justicia transicional en Colombia. Trabajo para optar al título de Abogada. Medellín. Universidad de Medellín.

se habla de dos aspectos del daño: el material y el inmaterial⁶³, con el fin de regresar la dignidad a los⁶⁴ afectados por el conflicto y recuperar sus condiciones de vida vigentes antes de la afectación producida por el conflicto, incluyendo también la implementación de actividades que garanticen integración en la sociedad y evite su re- victimización⁶⁵.

El derecho a la justicia desde la perspectiva de la víctima, se entiende como la prerrogativa de castigo hacia los victimarios y el deber correlativo del Estado de investigar de manera seria y comprometida, los hechos punibles cometidos bajo su jurisdicción, siendo esta obligación más intensa, la cual es directamente proporcional al nivel de daño social que se haya ocasionado, como es el caso de los conflictos armados internos en el cual es un nivel alto.⁶⁶

⁶³ SALAMANCA GARAY, Luis Jorge y VARGAS VALENCIA Fernando. Memoria y reparación: Elementos para una Justicia transicional pro víctima. – Bogotá: Universidad Externado de Colombia. ISBN: 978958710814 9 Pág. 38. “El equipo Nacional de Verificación de la Comisión de Seguimiento realizó una evaluación de los daños tanto materiales como inmateriales de las víctimas en los últimos 30 años, encontrando, dos veces de manera reiterada, que los daños materiales, es decir, el patrimonio perdido a través del lucro cesante y el daños emergente, habrían sido el orden \$80 billones (de 2011). En relación con el daño moral, la comisión realizó una estimación de acuerdo con tres precedentes jurisprudenciales: El consejo de Estado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el decreto 1290 de 2008. Así el daño moral oscilaría en \$27 y \$164 billones (de 2011). Ello equivaldría una cifra entre el 16 y hasta algo más del 35 % del PIB colombiano. Obviamente, nadie piensa que se puede reparar en esos montos, al menos en un plazo previsible; pero lo que sí muestra esta estimación es la elevada magnitud del daño que ha habido en Colombia por el proceso de victimización masiva”.

⁶⁴ Para conocer como ha sido el patrón abandono de las tierras en Colombia durante los últimos 30 años, se ilustra que de acuerdo con las cifras de la Tercera Encuesta Nacional de Verificación de la comisión de Seguimiento de la Política Pública sobre el desplazamiento Forzado se estima que entre el año 1980 y julio 2010 se habrían abandonado y / o despejado de manera forzosa como consecuencia del accionar sistemático de algunos grupos violentos representa el 15, 4 % de la superficie agropecuaria de todo el país; es decir, el proceso de despojo se compagina con el carácter masivo de victimización ocurrida en el país el 10% de la población colombiana en 30 años. SALAMANCA GARAY, Luis Jorge y VARGAS VALENCIA Fernando. Memoria y reparación: Elementos para una Justicia transicional pro víctima. – Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012. P 24. ISBN: 978958710814 9

⁶⁵ SALAMANCA GARAY, Luis Jorge y VARGAS VALENCIA Fernando. Memoria y reparación: Elementos para una Justicia transicional pro víctima. – Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012. P 24. ISBN: 978958710814 9

⁶⁶ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-370, M.P: Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández, Bogotá 2006.

Estos valores buscan la conquista de una justicia completa con el propósito que se logre una paz duradera, puesto que el modelo de justicia no puede convertirse en una negociación beneficiaria únicamente para los actores armados, desconociendo derechos de las víctimas, considerando que esto traerá consigo la perpetuación de la injusticia combinada con el desconocimiento de la verdad, y por ende, la repetición constante del conflicto. En otras palabras, las acciones judiciales⁶⁷ no solo buscan la justicia en el derecho, sino también alcanzar la reparación, enfocado en la consecución de una paz final.

El Estado de modo similar tiene dentro de sus obligaciones el adoptar medidas que permitan la presentación de demandas tendientes al logro de reparaciones colectivas, de acuerdo a los procedimientos internacionales, pero sin en el menoscabo en el marco de los actos procesales nacionales⁶⁸, siendo necesario incluir estos compromisos en el marco de los acuerdos, es decir aparte de las garantías procesales dentro del sistema nacional, el estado debe garantizar el acceso a las víctimas dentro de su sistema de las instancias internacionales.

En conclusión, la justicia transicional está limitada, por una parte, en concordancia a las obligaciones que el Estado tiene con la víctima como garante de su protección integral, y por otro lado, el Estado como parte de los diversos tratados internacionales y miembro de la comunidad internacional, obligándolo a la búsqueda de justicia, y comprometiéndolo en la persecución de los crímenes más graves cometidos en su territorio.

Si bien lo expresa Méndez⁶⁹, el Estado que busque evitar la intervención de organismos internacionales con fundamento en el respeto de su soberanía

⁶⁷ LOPERA MORALES Jenny Julieth. Aproximación a un concepto de justicia transicional en Colombia. Trabajo para optar al título de Abogada. Medellín. Universidad de Medellín. Pág. 32.

⁶⁸ *Ibíd*em Pág. 34

⁶⁹ CUYA Esteban. La justicia Transicional en América Latina; Desarrollo, aplicación y desafíos. EN: Nüumberger Menschenrechtzentrum. 31 de julio de 2011. Disponible en: www.menschenrechte.org/lang/es/strafgerichtsbarkeit/justicia-transicional

nacional debe demostrar que está ejerciendo su gobierno con responsabilidad ante la comunidad internacional, sin generar inestabilidad en las relaciones internacionales y respetando siempre la dignidad humana, principal reto de la justicia transicional.

2.2.2 Experiencias latinoamericanas de justicia transicional En este apartado hablaremos de las experiencias de diversos países latinoamericanos que se han visto inmersos en conflictos armados, y por consiguiente también en regímenes de transición para darle paso a la paz, esto son algunas de las experiencias:

2.2.2.1 Argentina En primer lugar tenemos a Argentina, el país vivió una dictadura militar desde 1976 a 1983, conocido como proceso de reorganización nacional, y auto-denominado por estos como una dictadura de carácter cívico- militar, la cual utilizando una junta marcial en el gobierno conformada por las tres fuerzas armadas del país generaron un golpe de Estado que reemplazó a la presidente electa Estela Martínez de Perón el 24 de Marzo de 1976.

Este periodo se caracterizó por un sin número de violaciones a los derechos humanos entre los cuales se pueden destacar los crímenes de lesa humanidad cometidos por el Estado como parte de su política, el gobierno se vio implicado, asesinando, deteniendo y desapareciendo a miles de Argentinos, este tipo de actos fueron ejecutados como una respuesta para acabar con la violencia política que se presentaba para ese entonces con los brotes de movimientos insurgentes y su intento de control estatal.

Éste etapa oscura de la historia argentina inició un periodo transicional con el presidente constitucional Raúl Alfonsín, designado a través de elecciones populares, cual asumió el reto de llevar al país a la reconciliación y a la paz, por lo

tanto tomó diferentes medidas⁷⁰ que incluyeron la creación de una comisión Nacional Sobre la Desaparición de Personas y el enjuiciamiento de los máximos responsables de los crímenes, todo con el fin de darle una solución a la crisis institucional y dar un paso a la democracia del país suramericano.

2.2.2.2 Chile Con respecto a Chile, la dictadura militar o régimen militar, surgió el 11 de Septiembre de 1973, liderada por el General Augusto Pinochet⁷¹, el cual derrotó por medio de un golpe de Estado al presidente Salvador Allende. Al igual que la experiencia argentina, esta época se caracterizó por violaciones sistemáticas a los derechos humanos, registrándose víctimas de tortura y desapariciones forzadas.

En 1980 el Dictador Augusto Pinochet durante el ejercicio del poder, con la implementación de un plebiscito, consiguió imponer una nueva constitución que aunque continuaba ofreciendo condiciones para darle continuidad a la dictadura, no tendría una larga duración, ya que el mismo plebiscito de 1988 derrocaría el gobierno y se daría paso a las elecciones de una forma democrática, como consecuencia se eligió de presidente al director miembro de la oposición Patricio Aylwin.

Este periodo de Patricio Aylwin también fue conocido como el gobierno de la transición a la democracia, en el cual se realizaron acuerdos dirigidos a crear nuevas política, comprometiéndose a transformar las instituciones hacia una reforma democrática que garantizaría la participación política de todos los sectores, y un periodo de paz duradera para la población chilena.

⁷⁰ Para conocer las medidas tomadas en las distintas experiencias latinoamericanas, recurrir al apartado del presente capítulo, sobre las experiencias internacionales en Marco del Postconflicto.

⁷¹ Cuya Esteban. La justicia Transicional en América Latina; Desarrollo, aplicación y desafíos. EN: Nüumberger Menschenrechtzentrum. 31 de julio de 2011. Disponible en: www.menschenrechte.org/lang/es/strafgerichtsbarkeit/justicia-transicional

2.2.2.3 El Salvador El momento cumbre para la transición en El Salvador, fue el del gobierno de 1980 de Napoleón Duarte, el cual se caracterizó por el sometimiento a través de las instituciones estatales de la sociedad salvadoreña, reducida a un constante estado de sitio, y por ende, a una limitación de las libertades y derechos de los ciudadanos.

Como una reproducción de las condiciones de los conflictos enunciados anteriormente, la época de transición en El Salvador, fue el resultado de un período marcado por la violencia y la constante persecución que vivió la insurgencia y que terminó con millones de civiles como víctimas de desplazamientos, torturas y asesinatos.

Este conflicto llegó a su fin a través de un acuerdo de paz, resultado de las negociaciones adelantadas entre 1989 hasta 1992, realizando un pacto en 1993, entre el gobierno de El Salvador y el movimiento guerrillero Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN), con la ayuda de la ONU y un grupo de países colaboradores garantes de las mesas negociadoras. Como resultado el 20 de marzo de 1993, surgió la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz, ocasionando que ninguno de los autores de estos crímenes efectuados haya sido juzgado.

2.2.2.4 Perú El expresidente de Perú, Alberto Fujimori, a través del denominado “autogolpe de 1992” llevado a cabo el 5 de abril de ese año, y con el apoyo y auspicio de las fuerzas armadas del país, se extralimitó en sus funciones como ejecutivo, de tal forma que modificó de manera latente el Congreso, participó en las decisiones del poder judicial y persiguió a los miembros de la oposición

A finales del año 2000, se escapó del país luego de sus escándalos en torno a la corrupción y el dinero mal habido acumulado en sus arcas durante los diez años que estuvo ejerciendo el poder en el país peruano, siendo necesario instaurar un

gobierno de carácter transicional, el cual estuvo al mando de Valentín Paniagua, que con las exigencias de diversos organismos internacionales, generó la creación de una comisión de verdad como una medida para darle comienzo a la transformación democrática.

2.2.2.5 Guatemala Para finalizar, Guatemala vivió un periodo de dictadura que comenzó el 23 de marzo de 1982, día en el cual fue removido Fernando Romeo Lucas-García, y de tal manera reemplazado por militares de mando medio, de las fuerzas armadas guatemaltecas. Éste gobierno no duró mucho tiempo, debido a que fue reemplazado por Efraín Ríos Montt, quien concedió amnistías para así garantizar la integración de la oposición en la estructura institucional del país y un camino a un periodo de paz.

2.2.3 Justicia transicional en Colombia La justicia transicional ha sido definida como “la necesidad transcendental de redefinir la verdad histórica y rescatar la memoria de las víctimas”⁷², desde este punto de vista, la verdad es el presupuesto básico o pilar fundamental de cualquier proceso de justicia transicional que pretenda respetar los derechos de las víctimas que incluyen verdad, justicia y reparación, garantizando que las graves violaciones de derechos humanos o derecho internacional humanitario no se repitan.

Colombia no se encuentra frente al reto de una reforma institucional debido a que en el contexto nacional no estamos hablando del cambio de un régimen a otro, si no de la ausencia y falencia del Estado en algunos rincones de la geografía nacional, que facilitó los focos de insurgencia de grupos armados como las Fuerzas Armadas Revolucionaria de Colombia, pero que no implica que el modelo político colombiano requiera cambio como consecuencia de que la mayoría de la

⁷² URIMY Rodrigo y Safran María Paula. Derecho de la verdad. Alcances y límites de la verdad judicial. ¿justicia transicional sin transición? Verdad justicia y reparación para Colombia. Bogotá. Ediciones Ántropos, 2006.

población acepta la concepción de un estado democrático, por tanto, el reto de la transición es la inclusión de estos actores armados en el campo político.

Es por esto que en nuestro territorio se deben enfrentar otras falencias, como lo son la falta de eficacia y eficiencia jurídica de las normas, que se ven reflejadas en una debilidad de la legitimidad de sus instituciones⁷³, y altos índices de impunidad⁷⁴ en la reproducción de expresiones sociales violentas⁷⁵ trayendo consigo la re-victimización por parte de la negligencia en algunos casos del Estado en cuanto a las medidas tomadas por la justicia transicional.

En resumen, el Estado colombiano debe hacer frente a otros factores que influyen en la estabilidad democrática, y en el desarrollo del actual proceso de paz, debe incluir de manera paralela el interrogante de cómo se afrontará el castigo de las más graves violaciones contra los derechos humanos y el derecho internacional

⁷³ Es pertinente en este momento destacar que a raíz de muchas de las versiones de varios de los miembros de los grupos narco-paramilitares en Colombia, en especial de varios de sus comandantes, se han adelantados procesos en los cuales las distintas instancias judiciales en Colombia han condenado a diferentes miembros del estado (en congreso miembros de la república, altos funcionarios públicos, y representantes de los grupos políticos regionales en el país. En: SALAMANCA GARAY, Luis Jorge y VARGAS VALENCIA Fernando. Memoria y reparación: Elementos para una Justicia transicional pro víctima. – Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012. P 24. ISBN: 978958710814 9

⁷⁴ La unión europea ha publicado un estudio sobre la impunidad en el sistema penal colombiano, estableciendo a manera general: a) Las probabilidades de condena por un delito en Colombia no supera el 20%. En material de Homicidio la probabilidad es del el 3%. b) los cambios en materia procesal poco han cambiado en cuanto a los niveles de criminalidad e impunidad, con el antiguo sistema procesal era la impunidad era del 95% con el actual es del 97%, para más información cita 93 en: Ambos Kai. Procedimiento de la ley de justicia y paz (ley 975 de 2005) y derecho penal Internacional: estudio de la facultad de intervención complementaria de la Corte Penal Internacional a la luz del denominado proceso “de Justicia y Paz” en Colombia. Bogotá. Editorial Temis. 2010. 304 p. ISBN 978-35-0764-9

⁷⁵ En Colombia, a la luz de la llamada Ley de Justicia y Paz (ley 975 de 2005), se han desmovilizado aparentemente miles de miembros de las autodefensas; sin embargo, un porcentaje significativo de ellos se ha vuelto a vincular al conflicto a través de las Bacrim, o simplemente nunca renunciaron al ejercicio de la violencia y al conflicto, reafirmando al dispositivo narco-paramilitar como un gran aparato de poder cuyas atrocidades masivas y sistemáticas han sido funcionales a ciertos interés económicos y políticos de vieja data regionales e incluso nacionales. Lo anterior permite concluir que el narco-paramilitarismo no ha sido en Colombia una expresión transitoria. SALAMANCA GARAY, Luis Jorge y VARGAS VALENCIA Fernando. Memoria y reparación: Elementos para una Justicia transicional pro víctima. – Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012. P 61. ISBN: 978958710814 9

humanitario que se han cometido en el conflicto, buscando un balance entre la reconciliación y la justicia.

La práctica más reciente de justicia transicional en el país dejó muchas experiencias negativas, esta denominada como el marco de Ley de Justicia y Paz⁷⁶ por la cual se les concedieron beneficios a los miembros de las Autodefensas Unidas de Colombia, organización relacionada directamente con el narcotráfico y el paramilitarismo.

Esta organización en el marco de los acuerdos de paz, tomados entre los principales líderes de la organización paramilitar y los representantes del gobierno del expresidente Álvaro Uribe Vélez, se acordó la entrega de armas, a cambio de la aplicación de una pena alternativa que se cumpliría en establecimiento carcelario y la reinserción de estos actores a la vida social utilizando un programa de reinserción a la vida civil.

De tal forma esta ley concedió un indulto parcial, para los líderes de las autodefensas, lo cuales terminaron pagando condenas irrisorias en comparación con la gravedad de los delitos cometidos, lo que suscitó un sinnúmero de escándalos, verbigracia, si contribuyó de manera efectiva a la consecución de la verdad, reparando de forma completa a las víctimas, y consiguiendo justicia, puesto que los procesos han sido demorados, los recursos disponibles limitan la participación de las víctimas visto así que no se ha podido garantizar el acceso de las víctimas de una manera completa a las audiencias y a las distintas etapas del procedimiento, generando por consiguiente el incumplimiento de los tres pilares fundamentales para lograr una justicia transicional pro víctima⁷⁷.

⁷⁶ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 975 de 2005. Gaceta del Congreso. Bogotá. 2005.

⁷⁷ AMBOS Kai. Procedimiento de la ley de justicia y paz (ley 975 de 2005) y derecho penal Internacional: estudio de la facultad de intervención complementaria de la Corte Penal Internacional a la luz del denominado proceso “de Justicia y Paz” en Colombia. Bogotá. Editorial Temis. 2010. 304 p. ISBN 978-35-0764-9

2.2.4 El actual proceso de justicia transicional con las FARC El vigente proceso de paz tiene tres fases: Fase exploratoria (que tuvo como resultado el acuerdo General para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera); fase de desarrollo de las conversaciones (fase actual) y la fase de construcción de paz y transición.

En la actualidad, el desarrollo de las conversaciones en la Habana del gobierno nacional con la FARC-EP, se lleva en medio de un pacto, en concordancia con los comunicados emitidos por las partes, que compromete a las FARC EP a una suspensión unilateral de todo tipo de sus acciones ofensivas, por su parte, el gobierno nacional a partir del 20 de julio del año 2015, se compromete a poner en marcha un des-escalamiento de las acciones militares en correspondencia a las suspensión de acciones por parte de las FARC EP ⁷⁸, con las expectativas de llegar pronto al fin del conflicto, y a un cese bilateral.

La presente fase de conversaciones en el vigente proceso de paz, se instauró con el acuerdo general para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, firmado por el gobierno Nacional de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo (FARC-EP)⁷⁹ y análogamente con el Acto legislativo⁸⁰ de julio del 2012 en consecuencia de la fase exploratoria, mediante el cual se establece instrumentos jurídicos de la justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución de Colombia.

⁷⁸ COLOMBIA. MESA DE CONVERSACIONES. Comunicado conjunto 55 de la Habana del 12 de julio del 2015. “Agilizar en la Habana, Desescalar en Colombia”. Disponible en: www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/comunicado-conjunto-55-la-habana-12-de-julio-de-2015

⁷⁹ COLOMBIA. MESA DE CONVERSACIONES. 26 de Agosto de 2012. Acuerdo general para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. Disponible en: www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/AcuerdoGeneralTerminacionConflicto.pdf (última vista 27/08/15) La Habana, Cuba. 2012. Páginas 6.

⁸⁰ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Acto legislativo N° 001. 31 de Julio de 2012. “Por medio del cual se establece instrumentos jurídicos de Justicia transicional en el marco de artículo 22 de la constitución. Disponible en: www.ictj.org/ictj/doc/Marco_Juridico/ActoLegislativo01-31julio2012.pdf . Bogotá. 2012. Páginas: 4.

2.2.4.1 Acuerdo General para la Terminación del conflicto y la construcción de la paz verdadera El acuerdo para la terminación⁸¹ del conflicto fue el resultado de un conjunto de negociaciones en Cuba y Noruega, entre los meses de febrero y agosto del año 2012, contando con la participación del Gobierno de Cuba y Noruega como garantes del proceso y la Republica de Venezuela como acompañante y facilitador logístico junto con el gobierno de Chile, en el cual las dos partes, por un lado el gobierno de Colombia y por el otro las FARC-EP, decidieron sentarse a dialogar para dar paso a la siguientes etapa del proceso de paz, las conversaciones.

Con este acuerdo se estableció el inicio del diálogo para llegar un pacto enfocado en la consecución de una paz estable y duradera, en el principio de las negociaciones se instituyó un tiempo límite de la mesa de conversación, pero luego de los acuerdos anunciados del 23 de septiembre del 2015 se estimó como fecha posible de clausura para el día 23 de marzo de 2016, en el desarrollo normal de las condiciones de negociaciones. En principio ésta se estableció en la ciudad de Oslo, Noruega, pero como sede principal se designó la Habana, Cuba, con la salvedad, de que la mesa puede realizar las reuniones necesarias en cualquier país.

Se programó una agenda compuesta por los siguientes seis puntos como cimientos de las conversaciones:

2.2.4.1.1 Política de desarrollo agrario integral Punto ya acordado⁸², en cuanto se incorporó la importancia de las dinámicas del campo y la necesidad de una

⁸¹ COLOMBIA. MESA DE CONVERSACIONES. 26 de Agosto de 2012. Acuerdo general para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. Disponible en: www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/AcuerdoGeneralTerminacionConflicto.pdf (ultima vista 27/08/15) La Habana, Cuba. 2012. Páginas 6.

⁸² COLOMBIA. MESA DE CONVERSACIONES. Comunicado conjunto del 26 de mayo de 2013. Disponible en: <https://www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/comunicado-conjunto-la-habana-26-de-mayo-de-2013>. (ultima vista (08/09/15). La Habana, Cuba. 2013. Páginas. 3.

reforma agraria, e integración de los sectores más devastados por el conflicto y la violencia. Convirtiendo al campo en un punto de integración y desarrollo social económico del país. Se estableció dentro de este punto de negociación los siguientes ítems.

- I. Acceso y uso a la tierra, con el enfoque de formalizar la propiedad, la protección de zonas de reserva y la Frontera Agrícola.
- II. Programas de desarrollo con enfoque territorial.
- III. Infraestructura y adecuación de tierras.
- IV. Desarrollo social: Salud, educación vivienda, erradicación de la pobreza.
- V. Estímulo a la producción agropecuaria y a la economía solidaria (subsidios, crédito, auto sostenibilidad a través de generación de ingresos, formalización laboral y mercadeo.)
- VI. Sistema de seguridad alimentaria.

2.2.4.1.2 Participación política Este punto de la agenda también tiene un acuerdo⁸³. Como ejes centrales se establecieron los siguientes tres aspectos:

1. Derechos y garantías para el ejercicio de la oposición política en general, enfocado en la inclusión de aquellos movimientos que surjan luego del Acuerdo Final, otorgando garantías para su difusión como en acceso a los medios de comunicación.
2. Mecanismos democráticos de participación ciudadana, que propendan por una participación directa de los diversos sectores y niveles de la sociedad, y que abarque una temática variada.
3. Medidas efectivas para promover mayor participación en la política nacional, otorgando seguridad y buscando una igualdad de condiciones para todos los partícipes.

⁸³ COLOMBIA. MESA DE CONVERSACIONES. Comunicado conjunto del 06 de Noviembre de 2013. La Habana, Cuba. Disponible en: www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/comunicado-conjunto-la-habana-noviembre-6-de-2013

2.2.4.1.3 Fin del conflicto Este aspecto de la agenda dará inicio al proceso, cuando se llegue a la firma del Acuerdo Final, el cual está limitado temporalmente de manera tentativa el 23 de marzo de 2016. Este paso integral, en concordancia con el Acuerdo General para la terminación del conflicto debe involucrar los siguientes aspectos:

- I. Cese al fuego y de hostilidad bilateral y definitiva.
- II. Dejarón de armas: Reincorporación integral de las FARC-EP (aspecto económico, social y político).
- III. La revisión de la situación de las personas privadas de libertad, procesadas o condenadas por pertenecer o colaborar con las FARC-EP, por parte del gobierno nacional.
- IV. La intensificación de las acciones de combate contra las organizaciones criminales, la corrupción y la impunidad, que afecten o atente contra defensores de derechos humanos, movimientos sociales o movimientos políticos⁸⁴.
- V. Reformas y ajustes institucionales, realizadas por el gobierno nacional, como medidas para afrontar los retos de la construcción de paz.
- VI. Garantías de seguridad.
- VII. En el marco del punto 5 (víctimas), se solicitó el esclarecimiento del fenómeno del paramilitarismo.

2.2.4.1.4 Solución al problema de las drogas ilícitas Con un comunicado de fecha del 16 de mayo de 2014⁸⁵, este punto llegó a un pacto. Como ejes centrales en el acuerdo se establecieron los siguientes tres lineamientos:

- I. Programas de sustitución de cultivos de uso ilícito.

⁸⁴ Como punto de crisis, se presentó el asesinato Genaro García, líder defensor de derechos humanos de las comunidades negra. En el cual las FARC-EP reconocieron la autoría del asesinato. Información en: www.eltiempo.com/politica/justicia/perfil-de-genaro-garcia-lider-afro-asesinado/16270036

⁸⁵ COLOMBIA. MESA DE CONVERSACIONES. Comunicado del 16 de mayo del 2014. La Habana, Cuba. Disponible en: <https://www.mesadeconversaciones.com.co/documentos-y-comunicados>. La Habana, Cuba. 2014

- II. Programas de prevención del consumo y salud pública.
- III. Solución del fenómeno de producción y comercialización de narcóticos.

2.2.4.1.5 Víctimas Este es el actual⁸⁶ punto de discusión de la mesa de conversaciones en la Habana, como temas orientadores de este aspecto se estableció:

- I. Derechos humanos de las víctimas
- II. Verdad.

Este punto es el más trascendental para la creación de las medidas de justicia transicional. De acuerdo con afirmaciones, el proceso está enfocado a la reparación de las víctimas, en los cuales estas han tendido a otorgar una participación a las delegaciones de los afectados directos por el grupo insurgente, del que establecieron diez puntos⁸⁷ como principios de las conversaciones en torno a este punto, reconociendo que las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos e infracciones en general, tienen el derecho a la verdad, justicia y reparación.

En cuanto a este punto, los equipos negociadores acordaron establecer la creación de la Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas (CHCV)⁸⁸, con el objetivo de contribuir a la comprensión de la complejidad del contexto del conflicto interno, proveyendo a la mesa de aspectos que enriquezca la discusión en torno a la reparación integral.

⁸⁶ COLOMBIA. MESA DE CONVERSACIONES. Comunicado Conjunto del 05 de Agosto disponible en: <https://www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/comunicado-conjunto-la-habana-05-de-agosto-de-2014>

⁸⁷ COLOMBIA. MESA DE CONVERSACIONES. Comunicado conjunto de la habana del 07 de junio de 2014 y comunicado conjunto de la habana del 17 de julio de 2014. Disponible respectivamente en: www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/comunicado-conjunto-la-habana-07-de-junio-de-2014 y <https://www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/comunicado-conjunto-la-habana-17-de-julio-de-2014>.

⁸⁸ COLOMBIA. MESA DE CONVERSACIONES. Comunicado conjunto de la Habana del 05 de Agosto de 2014. Disponible en: www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/comunicado-conjunto-la-habana-05-de-agosto-de-2014

2.2.4.1.6 Acuerdo en justicia Entre el ítem de víctimas se encuentra el punto sobre justicia en los cuales se encuentran incluidos los denominados acuerdos sobre la jurisdicción Especial de paz, el cual fue anunciado el 25 de septiembre del 2015, donde se afirmó la creación de la jurisdicción especial de paz, con la cual se creará los tribunales encargados de sancionar las más graves violaciones cometidas en el marco del conflicto armado y también conceder amnistía a los delitos conexos con los delitos políticos.

2.2.4.1.7 Implementación, verificación y refrendación Esta etapa procederá a desarrollarse con la Firma del Acuerdo Final, que tiene como propósito la implementación de los acuerdos derivados de las conversaciones de cada punto. Lo que infiere la implantación de políticas enfocadas en:

1. Mecanismos de implementación y verificación que incluye:
 - a. Sistema de implementación, dándole especial importancia a las regiones.
 - b. Comisiones de seguimiento y verificación.
 - c. Mecanismos de resolución de diferencias.
2. Acompañamiento internacional
3. Cronograma
4. Presupuesto
5. Herramientas de difusión y comunicación
6. Mecanismo de refrendación de los acuerdos.

En cuanto a la logística de las mesas de conversaciones, se pactó que cada sesión tendría una participación de diez personas por delegación, de los cuales cinco llevarán la vocería respectiva. Cada delegación estará conformada como máximo de treinta (30) representantes, colocando un límite a la participación directa en los diálogos.

Es claro que el acuerdo y la mesa de conversaciones busca que todos los sectores de la sociedad participen en la construcción del pacto final, por tanto, siempre la mesa de conversaciones podrá realizar consultas a expertos en los temas que se discutan.

La ciudadanía cuenta con el mecanismo de recepción de propuestas virtual⁸⁹ y a su vez se encuentran formatos en medio físicos en las diferentes instituciones del gobierno por todas las ciudades del país, pero aclarando que el principio fundante de las conversaciones, es que nada está acordado hasta que todo esté acordado.

2.2.4.1.8 Acto legislativo N° 001 del 31 de julio de 2012. La importancia de este acto legislativo⁹⁰, es la creación de un artículo transitorio para la Constitución política de Colombia, en el cual se ordena la regulación mediante una ley estatutaria que establecerá cuáles serán los mecanismos de justicia transicional que se usarán, aclarando que estos pueden ser de carácter judicial y extrajudicial, siempre y cuando permitan garantizar los deberes de investigación y sanción.

Se instituye que en el marco del acuerdo para la paz, se dé un trato diferenciado para todos los actores del conflicto armado interno, y también para los agentes del Estado, en relación con su participación en el conflicto armado interno. Así mismo, se establece que una ley estatutaria deberá crear una comisión de la verdad y definir su objeto y sus funciones.

Se ordena que no podrán ser delitos considerados como conexos al delito político aquellos que adquieran connotación de crímenes de lesa humanidad y genocidio cometidos de manera sistemática, y en consecuencia, no podrán participar en

⁸⁹ COLOMBIA. MESA DE CONVERSACIONES. Recepción de propuestas. Disponible en: <https://www.mesadeconversaciones.com.co/formulario-participacion>

⁹⁰ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Acto legislativo N° 001. 31 de Julio de 2012. "Por medio del cual se establece instrumentos jurídicos de Justicia transicional en el marco de artículo 22 de la constitución. Disponible en: www.ictj.org/ictj/doc/Marco-Jurídico/ActoLegislativo01-31julio2012.pdf Bogotá. 2012. Páginas: 4.

política ni ser elegidos quienes hayan sido condenados por estos delitos, prohibición que no se extendió a las graves violaciones del Derecho Internacional Humanitario o crímenes de guerra.

2.2.4.2 Acuerdos a la fecha Hasta la presente fecha, el gobierno y las FARC-EP en desarrollo de los diálogos de la Habana, han llegado a un acuerdo en tres de los seis puntos de la agenda, estos puntos son: 1. Política de desarrollo agrario; 2. Participación política; 3. Solución al problema de las drogas ilícitas. Y en la actualidad no se ha llegado a un acuerdo total sobre el presente punto de discusión⁹¹ que es el quinto, elemento referente a las víctimas⁹², que incluye los elementos de justicia transicional creados para la superación del conflicto armado.

2.2.4.2.1. Política de desarrollo agrario integral Este acuerdo fue dado a conocer en La Habana el 26 de mayo de 2013⁹³, y tiene como fin establecer los pilares para la transformación estructural del campo, creando condiciones de bienes y buen vivir para la población rural del país. Este acuerdo tiene cuatro pilares que son:

- **El acceso y el uso de la tierra:** Establece la creación de un fondo de tierras de distribución gratuita para campesinos que no tienen tierra, o la poseen de una manera insuficiente o irregular, con el fin de brindar un acceso integral a la tierra, que incluye otros retos como un plan masivo de formalización de la pequeña y mediana propiedad con la creación de una jurisdicción agraria; programas de reconvención y actualización del catastro rural; incluyendo la

⁹¹ En este punto en los avances, se ha hablado de una Comisión para el Esclarecimiento de la verdad, la Convivencia, y la No Repetición El 25 de septiembre también se hicieron anuncios sobre la justicia, pero no un acuerdo total. La cual busca el esclarecimiento de la verdad. Más información en: www.avancesacuerdos.gov.co

⁹² Para una mayor información sobre los acuerdos llegados en cada uno de los puntos de la agenda ver: www.avancesacuerdos.gov.co

⁹³ COLOMBIA. MESA DE CONVERSACIONES. Primer Informe Conjunto de la Mesa de conversaciones. 21 de Junio de 2013. Disponible en: www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/1er-informe-conjunto-mesa-de-conversaciones-la-habana-21-de-junio-de-2013

delimitación de la frontera agrícola con la protección de áreas de especial interés medioambiental.

- **El establecimiento de programas especiales de desarrollo con enfoque territorial:** Con el fin de que las regiones más afectadas, tanto por el conflicto, como por la pobreza o la debilidad institucional, participen construyendo de manera interactiva planes de acción para la transformación regional.
- **Planes nacionales sectoriales:** Creados con la finalidad de proveer bienes y servicios públicos en infraestructura, desarrollo social y estímulos a la productividad de la agricultura familiar y la formalización laboral.

2.2.4.2.2. Participación política Este acuerdo fue dado a conocer en La Habana, Cuba, el 6 de noviembre de 2013⁹⁴, con el fin de buscar una apertura democrática, con la consolidación de los derechos de la oposición y la garantía de un desarrollo pacífico de los movimientos sociales, garantizando que la política esté libre de intimidación y violencia. Este acuerdo está construido sobre los siguientes tres pilares:

- **Una nueva apertura democrática:** Promoviendo la inclusión política, creando así nuevos movimientos y proyectos políticos como mecanismo para enriquecer el debate, esto como un acuerdo para realizar cambios necesarios con el propósito de desanudar la obtención y conservación de la personería jurídica como requisito de la superación de umbral para las elecciones del congreso.

De manera paralela, se acordó la creación de circunscripciones transitorias especiales de paz en las regiones más golpeadas por el conflicto, con el fin de

⁹⁴COLOMBIA. MESA DE CONVERSACIONES. Segundo Informe Conjunto. Punto número dos de la agenda. 8 de Diciembre de 2013. Disponible en: www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/2do-informe-conjunto-punto-nro-2-de-la-agendamesa-de-conversaciones

garantizar la integración. Estos podrán elegir, de modo temporal representantes a la cámara.⁹⁵

- **Una mayor participación ciudadana para consolidar la paz:** Se determinó la creación de una ley de garantías y promoción de la participación ciudadana, fortaleciendo la planeación democrática y participativa a través de los consejos territoriales de planeación, incorporando al ciudadano como un elemento de control de la gestión pública.
- **La idea fundamental del fin del conflicto es que se rompa para siempre el vínculo entre políticas y armas:** Por tanto, el gobierno acordó la implementación de un sistema Integral de seguridad para el ejercicio de la política, con el objetivo de otorgar garantías de seguridad para líderes de organizaciones y movimientos sociales y defensores de derechos humanos en situación de riesgo.

2.2.4.2.3. Solución al problema de las drogas ilícitas El 16 de mayo de 2014, con el fin de acordar una solución definitiva a las drogas ilícitas, se llegó a este acuerdo el cual tiene tres componentes básicos:

- **La sustitución y erradicación de cultivos de uso ilícito:** Se trabajará con las comunidades inmersas en la siembra de este tipo de cultivos, en aras de transformarlos incluyendo planes integrales de sustitución y desarrollo alternativo. Como complementos de estas iniciativas se establece el programa de desminado⁹⁶ y limpieza de áreas del territorio nacional.
- **Consumo:** Este busca la implementación de un Programa Nacional de Intervención Integral frente al consumo de drogas ilícitas, generando el conocimiento en esta área, con el impulso paralelo de un Sistema Nacional de Atención al Consumidor de Drogas ilícitas.

⁹⁵ El número de regiones, curules y periodos electorales aún no se han acordado.

⁹⁶ Para un análisis completo de este punto:
www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/comunicado-conjunto-52-la-habana-7-de-marzo-de-2015

- **Narcotráfico:** En este aspecto se acordó una estrategia integral para reforzar y ampliar la lucha contra el crimen organizado. Promoviendo una conferencia de carácter internacional en el Marco de Naciones Unidas, con el propósito de evaluar la política transnacional en cuanto a la regulación de las drogas.

2.2.4.2.4. Avances en los acuerdos del punto de las víctimas Para la presente fecha se ha establecido diez principios⁹⁷ que enmarcaran la discusión de estos puntos de negociación, en los cuales se tiene este acuerdo de vital importancia para entender con qué parámetros se tendrá a la víctima en el posible marco del postconflicto:

1. El reconcomiendo de las víctimas: Propugna por un reconocimiento más allá del papel de víctima, que incluya el rol de éstas como ciudadanos con garantías y derechos.
2. El reconocimiento de los responsables: La identidad de los responsables frente a las víctimas, con el fin de no intercambiar impunidades.
3. Satisfacción de los derechos de las víctimas: Los derechos de las víctimas del conflicto no son negociables, esto implica que deben ser satisfechas estas prerrogativas de la mejor manera, para darle un paso al fin del conflicto.
4. La participación de las víctimas: Para poder hablar de un resarcimiento completo de las víctimas de violaciones de derechos humanos, como de infracciones al derecho internacional humanitario, se deben crear diferentes medios que garanticen la inclusión en los diferentes momentos del acuerdo.
5. El esclarecimiento de la verdad: Aclarar las causas y el desarrollo del conflicto es todo un reto que conlleva a la determinación paralela de sus consecuencias. La confianza depende de esclarecimiento pleno y del reconocimiento de la verdad.

⁹⁷ COLOMBIA. MESA DE CONVERSACIONES. Comunicado conjunto de La Habana del 07 de Junio de 2014. Disponible en: <https://www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/comunicado-conjunto-la-habana-07-de-junio-de-2014>

6. Las reparaciones de las víctimas: Transformar las condiciones de las víctimas para reestablecer sus derechos es una parte fundamental de los acuerdos con propósito de paz.
7. Las garantías de protección y seguridad: Brindar garantías para la integrada de las víctimas, y por ende, una participación abierta en la satisfacción de sus derechos.
8. Las garantías de no repetición: El fin de conflicto y la implementación de las reformas que surjan del acuerdo final, con la intención de asegurar la no re-victimización y la desaparición de nuevos focos de futuras violaciones.
9. Principio de reconciliación: Como objetivo la satisfacción de los derechos de las víctimas es la reconciliación de la sociedad colombiana.
10. Enfoque de derechos: este implica que todos los acuerdos que se tomen con respecto al punto cinco de la agenda (víctimas), deben contribuir la protección del goce efectivo de los derechos de los habitantes del territorio colombiano.

2.2.4.2.5. Avances en justicia Así las cosas, el 23 de septiembre del 2015, luego de una reunión privada entre el presidente Juan Manuel Santos y Rodrigo Londoño Echeverri, alias “Timochenko”, máximo comandante de las FAC, se anunció que las comisiones negociadoras del Gobierno y esta guerrilla lograron un acuerdo sobre el tema de justicia, en cuanto a éste punto de la agenda incluida dentro del ítem víctimas. Se anunció que el mecanismo acordado en la mesa negociaciones se denomina “Jurisdicción Especial para la Paz”⁹⁸. A continuación se desarrollarán los puntos clave que se desprenden del acuerdo firmado⁹⁹:

⁹⁸ ORTIZ, Juan David. Publicado en: http://pacifista.co/los-puntos-clave-del-acuerdo-de-justicia-entre-el-gobierno-y-las-farc/?utm_content=buffer79dbd&utm_medium=social&utm_source=facebook.com&utm_campaign=buffer#sthash.OkIqXZ7v.dpuf última vista: 23/09/15

⁹⁹ MESA DE CONVERSACIONES. Comunicado N° 60 del 23 de septiembre del 2015. Disponible en: www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/comunicado-conjunto-60-sobre-el-acuerdo-de-creaci%C3%B3n-de-una-jurisdicci%C3%B3n-especial-para-la

1. Justicia restaurativa: Los acuerdos tienen un énfasis especial en la reparación de las víctimas. En buena medida las sanciones de los victimarios serán encaminadas a la restitución de los derechos de las personas afectadas por su accionar.

2. Ley de amnistía: El gobierno colombiano otorgará la amnistía “más amplia posible” por delitos políticos y conexos. Esas conexidades, es decir, aquellas conductas que puedan asociarse de manera directa con los fines políticos de la insurgencia, serán definidas por una ley que será tramitada posteriormente.

3. Tribunal Especial: La Jurisdicción Especial de Paz contempla la creación de un tribunal que tendrá la función de juzgar e imponer sanciones contra los responsables de los delitos “más graves y representativos” cometidos en el marco del conflicto.

4. Delitos de lesa humanidad: Los llamados delitos de lesa humanidad, que incluyen la desaparición forzada, las ejecuciones extrajudiciales, el genocidio, la toma de rehenes, entre otros, no serán objeto de la amnistía y serán sancionados por el tribunal especial que será conformado.

5. ¿La cárcel o la reclusión especial?: Dependiendo de cada caso, habrá mecanismos distintos para la aplicación de penas que condicionan la libertad de los responsables de los delitos más graves, es decir, aquellos que no serán objeto de la amnistía.

- Habrá restricción efectiva de la libertad, con penas mínimas de cinco y máximas de ocho años, para quienes reconozcan desde un primer momento su responsabilidad en los delitos. Esas penas tendrán un régimen de vigilancia, pero serán flexibles para facilitar acciones reparadoras para las víctimas.

- Quienes reconozcan su responsabilidad de manera tardía serán sancionados con penas de cárcel, en penitenciarías ordinarias, que oscilarán entre cinco y ocho años.
- Las personas que no reconozcan su responsabilidad y sean declaradas culpables por el Tribunal Especial recibirán una sanción de hasta 20 años de reclusión en una cárcel ordinaria.

6. Justicia para todos los involucrados en el conflicto: El acuerdo contempla que serán objeto de la Jurisdicción Especial de Paz todas las personas involucradas en el conflicto armado y que en su contexto y por cuenta de él hayan cometido delitos que deben ser sancionados. Eso incluye a las Farc, pero también a los agentes del Estado.

7. Sistema Integral de Verdad Justicia y Reparación: Los acuerdos anunciados hacen parte del Sistema. Sin embargo, eso no significa que su construcción definitiva ya esté terminada: “El acuerdo logrado sobre la JEP (Jurisdicción Especial de Paz) no puede entenderse ni definitivamente cerrado, ni aislado del Sistema que estamos comprometidos a construir y que aún no se ha concluido”, explicó el Gobierno.

8. Participación de las Farc en el sistema: Ese aspecto está supeditado a la dejación previa de las armas por parte de la guerrilla. De acuerdo con el comunicado conjunto, esa dejación de armas “deberá comenzar a más tardar a los 60 días luego de la firma del Acuerdo Final”.

9. Las víctimas conservan los derechos adquiridos: Aunque los responsables de los hechos victimizantes sean indultados, las víctimas conservan sus derechos a las garantías de verdad, justicia, reparación y no repetición. La implementación de la Jurisdicción Especial de Paz tampoco implica que las víctimas pierdan sus derechos a la reparación por vía administrativa.

10. Relación de la JEP con la justicia ordinaria: La aplicación de la Jurisdicción Especial de Paz parte de las investigaciones desarrolladas por la justicia ordinaria. Si bien se trata de un sistema paralelo, por ejemplo en caso en que una persona no reconozca su responsabilidad, la aplicación de justicia estará soportada en los mecanismos de la Fiscalía General de la Nación.

2.3 EL POSCONFLICTO

2.3.1 Concepto El termino de posconflicto fue usado por primera vez en el documento de las Naciones Unidas “An agenda for peace”¹⁰⁰ (una agenda para la paz) en el año de 1992, el cual se describió como las acciones necesarias en la etapa de post-conflicto como aquellas medidas que identifican y sostienen las estructuras, con el fin de reforzar y consolidar la paz para evitar la reproducción de nuevas situaciones de conflicto.

Recientemente ha surgido el concepto de paz democrática con el fin de promover la paz para generar un contexto de seguridad internacional, siendo éste una justificación para que organismos de carácter internacional se comprometan a diseñar un marco político y jurídico que llevaría a los países a una reconstrucción institucional, por tanto, es normal como política la diplomacia preventiva y la búsqueda de estos organismo por resoluciones pacificas del conflicto.

Es imposible deducir un modelo previo y aplicable para todos los países que pase por un régimen transicional, puesto que el desarrollo de cada conflicto contiene un sinnúmero de causas y factores diversos que lo hacen especial, por lo cual, es competencia de cada país el desarrollo y planeación de su modelo necesario para el postconflicto que satisfaga las necesidades generadas por el conflicto vivido.

¹⁰⁰ ODELLO Marco, Democracia y situaciones de postconflicto: la importancia de los derechos humanos y el derecho internacional. En: Intolerancia Religiosa, Derechos Humanos y postconflicto. Madrid, Editorial Dykinson. 2009. Pág. 137- pág. 166

Dentro del desarrollo de la solución de conflictos en el marco del postconflicto se han implementado cuantiosos mecanismos para facilitar la transición, como las Comisiones de Verdad, Tribunales Internacionales, Tribunales Mixtos¹⁰¹, Misiones de paz y paneles de jueces tanto mixtos o internacionalizados, con el fin de encontrar un equilibrio entre la justicia y la reconciliación.

Los diversos métodos usados por la comunidad internacional, tienen cualidades que dependen, como lo hemos enunciado, del análisis del conflicto. Así en primer lugar tenemos las comisiones de la verdad, las cuales se definen como organismos de investigación creados para ayudar a las sociedades que han enfrentado graves situaciones de violencia política o conflictos de carácter interno, con el fin de confrontar y conocer su pasado, siendo su propósito avanzar y superar la crisis ocasionada por la guerra en sus territorios¹⁰²

Por su parte, las operaciones de mantenimiento de la paz como medida en el marco del postconflicto, normalmente tiene dos componentes, entre ellos se encuentra un componente militar, que eventualmente puede o no estar armado; de forma similar, puede tener componentes de carácter civil, que pertenecen a diversas disciplinas o áreas del conocimiento como un elemento de apoyo. Dentro de las obligaciones en función de su mandato las misiones de mantenimiento de paz tienen:

- El despliegue para impedir el estallido de los conflictos o la extensión de conflictos armados al otro lado de la frontera.
- Estabilizar situaciones de conflicto después de una cesación al fuego con fin del crear un entorno en el que las partes alcance un acuerdo de paz duradero.
- Prestar asistencia en la aplicación de acuerdos amplios de paz.

¹⁰¹ Quesada Alcalá, Carmen. La justicia Penal Internacional y la intolerancia religiosa en situación de post conflicto. *En: Intolerancia religiosa, derechos humanos y postconflicto*. Madrid. Editorial Dykinson. 2009. Pág. 67- pág. 88.

¹⁰² Cuya Esteban. La justicia Transicional en América Latina; Desarrollo, aplicación y desafíos. EN: Nüumberger Menschenrechtzentrum. 31 de julio de 2011. Disponible en: www.menschenrechte.org/lang/es/strafgerichtsbarkeit/justicia-transicional

- Conducir a los Estados o a los territorios a través de un gobierno de transición a uno estable, que se basa en los principios democráticos, la buena gobernanza y el desarrollo económico.¹⁰³

Un ejemplo de la aplicación de comisiones de la verdad para esclarecer hechos que se configuran dentro de las categorías como graves violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario fue la CAVR¹⁰⁴. Así mismo, también se incorporó lo denominados paneles de jueces¹⁰⁵ en Timor Oriental como complemento del trabajo de la jurisdicción nacional, en cuanto a misiones de paz tenemos la que se perpetró en Angola¹⁰⁶ en 1988 siguiendo otras misiones en Burundi (ONUB), Cambodia (UNTAC) y Tayikistán.

Por su parte, en el caso de los tribunales Ad Hoc, los cuales son tribunales creados para juzgar especialmente los actos cometidos en un conflicto en específico, los cuales han sido utilizados en experiencias como el tribunal para la antigua Yugoslavia y Ruanda, que fueron creados por resoluciones del Consejo de Seguridad de la Organización para las Naciones Unidas, luego del análisis hecho por este, y la determinación al considerar estas situaciones como amenazas a la paz y a la seguridad internacional.

Por último, tenemos las misiones de consolidación de paz, que surgen como una solución a aquellas situaciones complejas, que se pueden presentar en la etapa

¹⁰³ Odello Marco, Democracia y situaciones de postconflicto: la importancia de los derechos humanos y el derecho internacional. En: Intolerancia Religiosa, Derechos Humanos y postconflicto. Madrid, Editorial Dykinson. 2009. Pág. 137- pág. 166

¹⁰⁴ Institución no jurisdiccional cuyo propósito principal fue la promoción de la reconciliación nacional, tras años de violencia en Timor Oriental. Esto muestra que en algunos casos el castigo de los responsables no es suficiente para conseguir la paz, por tanto los organismos no jurisdiccionales juegan un papel vital en la construcción de la paz.

¹⁰⁵ Quesada Alcalá, Carmen. La justicia Penal Internacional y la intolerancia religiosa en situación de post conflicto. En: Intolerancia religiosa, derechos humanos y postconflicto. Madrid. Editorial Dykinson. 2009. Pág. 67- pág. 88.

¹⁰⁶ Esta misión tuvo como fin el cese al fuego y retiro de las tropas cubanas del país africano. En los seis años siguientes se usaron otras misiones internacionales para asegurar la reconstrucción de este país luego de su devastación por la guerra.

de posconflicto y que requiere de la intervención de garantes internacionales para restablecer la paz. En cuanto a esta, tenemos dos acepciones al carácter de la ayuda, en primer lugar está la asistencia humanitaria, en la cual se permite como único recurso de fuerza el destinado a proteger al personal y los convoyes de organismos internacionales u organizaciones no gubernamentales que presten ayuda, por el contrario en la intervención humanitaria, el uso del recurso de fuerza es más amplio, en consecuencia de que probablemente en país en el que ésta se vaya a realizar la mediación humanitaria, no está dispuesto a otorgar el consentimiento necesario para proceder a la intervención.

2.3.2 Experiencias internacionales y medidas aplicadas en la etapa de postconflicto. Entre los más importantes hitos de justicia de carácter internacional vale la pena destacar¹⁰⁷: a) El Juicio de Nuremberg; b) Las comisiones de verdad y reconciliación en América Latina; c) Los Tribunales penales internacionales: I. Para Ruanda; II. Para la antigua Yugoslavia; d) Los Tribunales multilaterales (híbridos) (Sierra Leona, Camboya, Timor Oriental, Bosnia Herzegovina).

Como comisiones de paz que han servido de manera útil en el establecimiento de la paz luego del fin del conflicto realizadas en este caso por parte de las Naciones Unidas, encontramos específicamente, Burundi en la República Centroafricana (MINURCA 1997), República Democrática del Congo (MONUC 1999), Costa de Marfil (UNOCI 2003), Liberia (UNIMIL, 1993), Mozambique (ONUMOZ 1992), Ruanda (UNAMZ 1993), Sierra Leona (UNAMSI 1999), Somalia (ONUSOM I Y ONUSOM II 1992 y 1993) y Sudan (ONUMS 2000)¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Cuya Esteban. La justicia Transicional en América Latina; Desarrollo, aplicación y desafíos. EN: Nüumberger Menschenrechtzentrum. 31 de julio de 2011. Disponible en: www.menschenrechte.org/lang/es/strafgerichtsbarkeit/justicia-transicional

¹⁰⁸ Odello Marco, Democracia y situaciones de postconflicto: la importancia de los derechos humanos y el derecho internacional. En: Intolerancia Religiosa, Derechos Humanos y postconflicto. Madrid, Editorial Dykinson. 2009. Pág. 137- pág. 166

La misión de las Naciones Unidas en el marco de post-conflicto en Camboya, tuvo la particularidad de realizar una misión de carácter civil y militar que tenía como objetivo prioritario el mantenimiento del alto al fuego y el asesoramiento en el proceso de detención y remoción de las minas dispersas en el territorio. El gran desafío para las Naciones Unidas fue desarrollar un proceso electoral tras un año después de la devastación del conflicto y la confrontación de un nuevo gobierno camboyano.

En el caso de la ex Yugoslavia, en la cual se creó un tribunal de carácter internacional, que estableció una sala destinadas al esclarecimiento y el castigo de los crímenes de guerra cometidos, y de una serie de tribunales internacionales en Kosovo, por su parte, similares a los usados en Camboya o Timor Oriental, pero con la particularidad de que estos fueron regulados por la Administración Nacional del país en colaboración con la ONU (UNMIK).

Por otro lado, el Tribunal Especial para Sierra Leona (Freetown) fue creado mediante una resolución del consejo de seguridad y un acuerdo del gobierno de Sierra Leona¹⁰⁹, este tribunal de carácter especial e independiente, pero con elementos de carácter internacional, que buscaba el castigo de los principales infractores del derecho interno y el derecho internacional humanitario.

En Argentina se estableció la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP)¹¹⁰ con la específica función de esclarecer los hechos con relación a la desaparición de las personas. En Chile, la Comisión Nacional de verdad y reconciliación con el objetivo de contribuir al esclarecimiento de la verdad

¹⁰⁹ CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS, Resolución 1315 de 2000. ACUERDO DE LAS NACIONES UNIDAS Y EL GOBIERNO DE SIERRA LEONA. 2002.

¹¹⁰ Cuya Esteban. La justicia Transicional en América Latina; Desarrollo, aplicación y desafíos. EN: Nüumberger Menschenrechtzentrum. 31 de julio de 2011. Disponible en: www.menschenrechte.org/lang/es/strafgerichtsbarkeit/justicia-transicional

sobre las más graves violaciones a los derechos humanos cometidas durante la dictadura.

Asimismo, en El Salvador se instauró la Comisión de la verdad para El Salvador, comisión que fue integrada por tres expertos extranjeros, ésta tenía la función de investigar la violencia por parte del aparato estatal contra las personas pertenecientes a otros partidos políticos y opositores del régimen.

En Perú se implantó un grupo de trabajo de carácter interinstitucional para la instauración de la comisión de verdad y reconciliación, en la cual se les dio participación a las víctimas como eje central de la construcción de la verdad. Por último, en Guatemala se fundó la comisión para el esclarecimiento histórico de las violaciones a los derechos humanos y los hechos de violencia que han causado sufrimiento a la población guatemalteca¹¹¹.

2.3.3 Posconflicto en Colombia: Retos, aciertos y conclusiones La configuración del gobierno en las situaciones de post-conflicto parten de la dificultad de conformar un nuevo sistema político completo o medidas que hagan más incluyente al sistema actual, incorporando a las partes que han estado enfrentadas en los conflictos, así de esta manera poder crear un gobierno en el cual éstos sean parte integral del nuevo modelo social definido por la justicia transicional, y aplicado a la etapa de post-conflicto¹¹².

Las situaciones de post-conflicto representan un cuadro complejo para la aplicación del respeto del principio de gobierno democrático, es especial, cuando un Estado llega al posconflicto y carga consigo el legado de grandes violaciones a

¹¹¹ *Ibidem*

¹¹² Quesada Alcalá, Carmen. La justicia Penal Internacional y la intolerancia religiosa en situación de post conflicto. *En: Intolerancia religiosa, derechos humanos y postconflicto*. Madrid. Editorial Dykinson. 2009. Pág. 67- pág. 88.

los derechos humanos¹¹³ y al derecho internacional humanitario, como es el caso de Colombia, debido a que estamos hablando de otorgar participación a los posibles autores de crímenes que quebrantaron ese mismo orden constitucional existente.

Es así, como lo enuncia Quesada Alcalá¹¹⁴ la reconstrucción de la nación en la etapa de posconflicto debe empezar desde una posición en la que se fusionen todos los aspectos (social, económico y político), siendo uno de los pilares fundamentales la justicia con el fin de alcanzar la reconciliación.

Es importante observar desde la contribución a la pacificación, la vital trascendencia que tiene el procesamiento legal de los victimarios luego de un conflicto, desde diferentes aspectos:

1. Prevenir la reanudación del conflicto, mediante la restauración y el mantenimiento del orden social.
2. Establecer responsabilidades individuales por crímenes cometidos y condenar a los infractores.
3. Otorgar indemnización y reparaciones a las víctimas.
4. Reafirmar el estado de derecho e incrementar la confianza en las instituciones democráticas.
5. Controlar y prevenir brotes futuros de violencia.

Constituyen una propuesta contemporánea¹¹⁵ por parte de aquellos organismos internacionales que tiene como tarea tutelar bienes públicos universales tales

¹¹³ Ceballos Marcela. El papel de las comisiones extrajudiciales de investigación y de las comisiones de verdad en los procesos de paz, aspectos teóricos y experiencia internacional. Colombia. Departamento de Planeación. 2002. Citado en: Jenny Julieth Lopera Morales. Aproximación a un concepto de justicia transicional en Colombia. Trabajo para optar al título de Abogada. Medellín. Universidad de Medellín.

¹¹⁴ Quesada Alcalá, Carmen. La justicia Penal Internacional y la intolerancia religiosa en situación de post conflicto. *En: Intolerancia religiosa, derechos humanos y postconflicto*. Madrid. Editorial Dykinson. 2009. Pág. 67- pág. 88.

¹¹⁵ Uribe de Hincapie, María teresa. Esclarecimiento histórico y verdad jurídica. Notas introductorias sobre los usos de la verdad. Justicia transicional. Teoría y praxis. Bogotá. Editorial. Año.

como la protección la vida, de los bienes de derechos civiles y las libertades públicas; la discriminación social vulnerada de manera masiva y sistemática generalizada durante la guerras y los conflictos armados de diversa naturaleza.

Es por tanto, que la formula justicia-verdad y reparación están ligados con dos procesos de carácter humanitario pero contradictorios: Aquellos generados por los crímenes cometidos en el desarrollo de las guerras y los que tienen que ver con las construcción de la paz y la reconciliación: La atención a los horrores del pasado y la preocupación por la conviviendo de los enemigos en el futuro.

En síntesis, el derecho internacional contemporáneo establece que los estados están obligados a investigar las violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario de manera pronta, imparcial y exhaustiva. A este respecto, la Corte Interamericana de Derechos en la sentencia proferida del caso Velásquez Rodríguez, señaló que los estados que suscribieron la Convención Americana sobre los Derechos Humanos están obligados a investigar seriamente, con los medios a su alcance, las violaciones de las convenciones que hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción, a fin de identificar a los responsables e imponerles las pertinentes sanciones y asegurar a la víctima una adecuada reparación.

Si bien lo anteriormente expuesto establece la obligación del Estado de investigar, se debe comprender que esta no es solo una obligación de medio¹¹⁶, es decir, ésta no es solo cumplida por sí, con el hecho de que la investigación se realice pero que no produzca un resultado satisfactorio. La obligación contiene la necesidad de emprender esta investigación con seriedad y no como una formalidad más de antemano condenada a ser infructuosas. El deber del Estado está en asumirlo como una obligación jurídica propia, y no como la solución de un

¹¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velasquez Rodriguez. 1988. Parrafo 174-177

problema particular. Esto es válido en cualquiera de los casos y con los diferentes agentes intervinientes de los conflictos a los cuales de manera eventual se les puede atribuir la violación.

Un estado que recién termina un conflicto armado no se encuentra en las mejores condiciones para asumir la compleja obligación de reprimir los crímenes de guerra cometido en su sentido, porque este no dispone de los recursos materiales y personales adecuados para llevar eficazmente a cabo esta labor con debido proceso.¹¹⁷

Sin embargo, es obligación inaplazable de los estados el imponer a los responsables de los más graves crímenes, penas adecuadas y proporcionadas a la gravedad de sus conductas. Por consiguiente, si bien existe una flexibilización de las normas para dar paso a una finalización del conflicto, es deber del Estado juzgar y castigar con penas adecuadas a los responsables de grandes violaciones a derechos humanos y del derecho internacional humanitario, lo que implica desarrollar parámetros mínimos para identificar con mayor certeza los perpetradores de las conductas y los hechos entorno a estas.

Vale recordar que el proceso de victimización ha sido tan profundo en la sociedad colombiana, y de tanto alcance en la institucionalidad económica, política y social del país, que para poder lograr con éxito una reparación y una restitución que dignifique tanto los derechos de verdad, justicia y reparación de las víctimas, como las garantías de no repetición, se requiere de un estricto “ pacto social” entre amplias capas de la población en favor de las víctimas, y un consenso en el rechazo moral y en el castigo judicial de los victimarios y sus

¹¹⁷ Lopera Morales Jenny Julieth. Aproximación a un concepto de justicia transicional en Colombia. Trabajo para optar al título de Abogada. Medellín. Universidad de Medellín. Pág. 12.

cómplices (legales e ilegales), en la profundización de un estado de Derecho y en la construcción de una democracia moderna en Colombia.¹¹⁸

Para finalizar, considerando hipotéticamente que el estado Colombiano no investigue los hechos con seriedad o que las medidas en el marco de post-conflicto sean insuficientes y no consigan esta justicia, verdad y reparación, o al menos el castigo contra estos máximos responsables de la comisión de estos crímenes, Colombia vería comprometida su responsabilidad, auxiliando a la impunidad, por ende, daría paso a la jurisdicción internacional para actuar de manera complementaria en la investigación de los máximos responsables de la comisión de estos graves crímenes en el caso de la corte penal Internacional.

¹¹⁸ SALAMANCA GARAY, Luis Jorge y VARGAS VALENCIA Fernando. Memoria y reparación: Elementos para una Justicia transicional pro víctima. – Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012. P. 33 ISBN: 978958710814 9

3. LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y LOS CRÍMENES DE GUERRA

3.1 LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

3.1.1 Definición Durante años, internacionalmente se ha presenciado como en la mayoría de los casos, los perpetradores de diferentes y grandes masacres quedaban impunes. Por ello, y tras las graves violaciones de derechos humanos cometidas a principios de los años 90 (con el genocidio ruandés y las matanzas cometidas en la ex-Yugoslavia a la cabeza), la comunidad internacional inició el proyecto de la creación de una Corte Penal Internacional de carácter permanente, fundada, así, en 1998.

Así pues, la Corte Penal Internacional es un tribunal internacional permanente cuyo objetivo primordial es juzgar a las personas que hayan cometido los crímenes más serios y preocupantes para la comunidad internacional, a saber: **el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión**. La CPI representa así el intento más ambicioso de poner fin a la inmunidad de los perpetradores de estos crímenes.

Esta Corte fue establecida por el denominado “Estatuto de Roma”, un tratado internacional firmado en julio de 1998 y que entró en vigor en 2002. Actualmente, 114 Estados son partes del Estatuto de Roma.

La Corte Penal Internacional, que tiene sede en La Haya (Holanda), inició su funcionamiento en abril de 2003. Hoy en día, en la Corte trabajan 18 jueces y 700 funcionarios, capitaneados por su presidente, la argentina Silvia Alejandra

Fernández de Gurmendi, elegida por 3 años, y su fiscal general, Fatou Bensouda, de Gambia, designada por 9 años¹¹⁹.

Actualmente, hay cinco investigaciones abiertas contra genocidios, y crímenes de guerra en los países: Uganda, República Democrática del Congo, República Centroafricana, Sudán y Kenia.

3.1.2 Competencia La Corte tiene una competencia limitada en cuanto la materia de investigación, puesto que solo tiene capacidad para investigar los siguientes delitos: Genocidio, Crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión.

En cuanto a los crímenes de guerra la CPI tendrá competencia cuando se cometan como parte de un plan, o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes. Este elemento hace que en el presente caso los crímenes de guerra pasen por tres filtros que determinan la gravedad¹²⁰.

- Como elemento especial de incriminación: Esto quiere decir que las conductas que investigarán, son aquellas conductas graves. En el caso de los conflictos armados internos, la violación al artículo 3 común de los cuatro convenios de ginebra, y las otras graves infracciones contra las costumbres de guerra.
- La gravedad como elemento general de la definición del crimen: Manifestado en el artículo 8-1, donde hace referencia al “plan o política” o de la “perpetración a gran escala”, no ha sido utilizado por la corte penal internacional, este se refiere directamente a los efectos que esta puede tener en la sociedad, por tanto, un solo hecho con consecuencias graves para la sociedad o la seguridad internacional, puede ser investigado por la corte.

¹¹⁹ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, Structure of the Court. Disponible en http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/structure%20of%20the%20court/Pages/structure%20of%20the%20court.aspx

¹²⁰ ESTUPIÑAN SILVA, Rosmerlin. Derecho Internacional y crímenes de guerra en Colombia / Rosmerlin Estupiñan Silva; prologuista, Héctor Olásolo Alonso. – Bogotá: Editorial Temis. 2013. ISBN 978-958-35-0965-0 Pág. 35.

- La gravedad como requisito de admisibilidad: Solo cuando una conducta sea grave, ésta puede ser objeto de una apertura de investigación a solicitud del fiscal. Si bien, los crímenes de guerra contienen una gravedad inherente del desarrollo del Derecho Internacional Humanitario, este filtro se realiza con la intención de conservar la jurisdicción internacional para las conductas más peligrosas para la seguridad jurídica internacional.

3.1.2 Competencia de la Corte Penal Internacional en Colombia

3.1.2.1 Competencia en materia Colombia ratificó el estatuto de Roma en el año 2002, exceptuando el artículo 124 del Estatuto de Roma, lo que hace que ésta solo tenga competencia sobre los crímenes de guerra cometidos desde 1 de noviembre de 2009.

3.1.2.2 Competencia territorial Dentro de este aspecto se evalúa la existencia del conflicto armado, para el derecho internacional humanitario, existen dos modalidades de conflicto. El conflicto armado de carácter internacional definido en el artículo 1 del protocolo I adicional a los convenios de ginebra, como aquel conflicto que se presenta entre dos estados partes del convenio o también la lucha contra la dominación colonial, la ocupación extranjera, los regímenes racistas en el ejercicio del derecho a la determinación de los pueblos.

Por su parte el conflicto armado interno, se encuentra definido por el protocolo II adicional en su artículo I, como aquel que se desarrolla en el territorio de una parte contratante, entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que cuentan con una estructura y ejercen control o dominio sobre una parte del territorio a través de operaciones militares sostenidas.

La existencia de un conflicto armado interno ha sido aceptada por parte del gobierno nacional, que le reconoce con el inicio de las mesas de conversaciones

con las FARC- EP. Sin embargo, la jurisprudencia ha observado que no es necesario el reconocimiento por parte del Estado para que se considere la existencia de un conflicto armado¹²¹, puesto que las convenciones están creadas para la protección de las personas civiles, y no en beneficio de los intereses del Estado. Sin embargo, dentro de este aspecto se reconoce que las partes que interfieren en estos deben contar con una organización, coordinación o planeación de las acciones militares y el control sobre un área determinada.

3.1.2.3 Competencia desde el principio de complementariedad El artículo 17 del Estatuto de Roma especifica que el fiscal debe hacer un estudio preliminar de admisibilidad para determinar si existen fundamentos razonables para abrir la investigación, esto en concordancia con el artículo 53-1-a y la regla 48 del reglamento de procedimiento y prueba. En este caso se habla de un test de complementariedad.

Este test de complementariedad busca entonces, determinar, si existe o no una activación de su competencia es decir si por parte de la justicia nacional ha existido actividad para realizar una investigación de los hechos, si sus instituciones cuentan con la capacidad necesaria para sancionar estos crímenes. Es decir se debe verificar la ausencia de voluntad del Estado o la ausencia de capacidad de acción de parte del Estado.

3.1.2.4 Competencia sobre los máximos responsables La corte penal internacional solo tendrá competencia sobre los crímenes más graves cometidos

¹²¹ TPIY. KORDIC Y CERKEZ. Sala de apelaciones. 17 de diciembre de 2004. Párrafo 373. “La sala de apelaciones considera ahora el argumento que no hubo conflicto armado Internacional entre Croacia y Bosnia y Herzegovina porque estos negaron la existencia entre un conflicto armado de un estado de guerra entre estos. Sin perjuicio de la veracidad de este alegato, la sala de apelaciones lo encuentra como irrelevante. EL artículo 2 del IV Convenio de Ginebra habla de conflicto armado entre dos o más altas partes contratantes, aun si el estado no es reconocido por algunas de ellas (...) La sala de apelaciones recuerda que no debe olvidarse que las convenciones han sido formuladas primero y antes que nada para proteger a las personas y no para servir a los intereses de los Estados”.

por los máximos responsables, lo que quiere decir que la CPI está encargada de efectuar sanciones únicamente contra los más altos representantes de las organizaciones perpetradoras de los crímenes.

Estos componentes serán analizados en el capítulo sexto correspondiente a la intervención de la Corte Penal internacional en Colombia en el que desarrollaremos este componente con una mayor profundidad, analizando cada uno de los factores aquí enunciados, en relación con el conflicto armado colombiano y la participación de las FARC-EP en él.

3.2 LOS CRÍMENES DE GUERRA

3.2.1 Introducción Los crímenes de guerra aparecen en el desarrollo del derecho internacional humanitario como una categoría de delito, consecuencia de la infracción de estas normas consuetudinarias en torno a la regulación de la guerra. El Estatuto de Roma tipificó ciertas conductas que anteriormente en los convenios eran consideradas como infracciones, pero sin una consecuencia penal, esto implicó paralelamente la creación de la Corte Penal Internacional como institución encargada de sancionar las transgresiones del Estatuto de Roma. Para una mayor comprensión entraremos a abordar el concepto de crimen de guerra.

Dentro de las definiciones elaboradas por la doctrina, se sostiene que un crimen de guerra es toda violación a una regla de derecho humanitario, cuya punibilidad surge directamente del DIH; o que es un delito de derecho internacional cometido en conexión con conflictos armados; o que es la generalidad de las conductas punibles durante la guerra u otro conflicto armado.

El término combatiente es utilizado para designar a los actores activos dentro de un conflicto armado. Estos están subdivididos en dos categorías que comprenden

a los miembros de las fuerzas armadas de los Estados conformados por las diferentes dependencias de la organización estatal y además, están los miembros de los grupos que cuentan con organización y estructuras similares a las Fuerzas Armadas Oficiales de un país, que al mismo tiempo se subdividen en:

- I. Los miembros de grupos de liberación nacional frente a ocupación extranjera o dominación colonial o regímenes fascistas frente a un Estado.
- II. Los miembros que forman parte de una rebelión contra un régimen legítimamente constituido, estos grupos deben contar con autoridad, una estructura similar a la militar, tener un control sobre un territorio determinado, siendo necesario su combate por parte de las fuerzas militares del Estado. Se estipula que el Estado debe reconocer la calidad de beligerante¹²², lo cual no es un elemento esencial, si se cumple con las características antes enunciadas.
- III. Miembros de milicias o cuerpos de voluntarios, siempre que sean equiparables a las Fuerzas Armadas.
- IV. Los civiles que toman espontáneamente las armas contra la parte enemiga.

Es necesario aclarar que en Colombia no se usa el término combatientes dentro de la tipificación de las conductas, sino se usa "el que, con ocasión y desarrollo del conflicto armado" como consecuencia de la discusión suscitada¹²³ sobre el proyecto de ley, este fue presentado por el Fiscal, el cual proponía determinar al sujeto activo como "el combatiente que...", razón por la cual el proyecto fue objetado por el Presidente de la República en su trámite legislativo al considerar que el término "combatiente" hace referencia a los miembros de las Fuerzas Armadas de un Estado de conformidad con el artículo 43 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra y por lo tanto: "se estaría dejando por fuera de la

¹²² Protocolo II adicional a los convenios de 1977.

¹²³ BETANCURT SANIN, Amalia. El nuevo código penal y el derecho internacional humanitario en Colombia. Publicado en "Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas", Lecciones y Ensayos n.º 78, Gabriel Pablo Valladares (compilador), Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, pp. 503 a 532. CICR ref. T2003.49/0003. Disponible en: www.icrc.org/spa/assets/files/other/18_sanin_betancourt.pdf (ultima vista 16/1015)

sanción penal los delitos de este tipo que fueran cometidos por integrantes de las organizaciones armadas al margen de la ley, pues dichas conductas sólo serán punibles para los combatientes es decir los miembros de las Fuerzas Armadas constitucionalmente establecidas."

Por otra parte, considero el ejecutivo que "utilizar el calificativo de combatiente" para todas las personas que en Colombia realizan tanto legítima como ilegítimamente alguna actividad bélica, es equiparar las acciones de los miembros de las organizaciones armadas al margen de la ley con la misión institucional de las Fuerzas Armadas de la República.

Como sujetos especiales de los crímenes de guerra se deben resaltar las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, a saber, los enfermos y heridos fuera de combates, los civiles que no forman parte activa de las hostilidades, y el personal que presta y brinda ayuda humanitaria, así como los edificios dedicados a la religión, hospitales o cualquier otro que agrupe heridos y enfermos, siempre y cuando estos no sean considerados como objetivo militar de acuerdo con las regulaciones del DIH.

Como lo enunciamos en el capítulo correspondiente al desarrollo del Derecho Internacional humanitario, el concepto de crimen de guerra está estrechamente ligado a las normas del Derecho internacional humanitario, puesto que las normas que regulan los conflictos son normas primarias que establecen las prohibiciones y crímenes de guerra, siendo dinámicos e interdependientes. Por tanto, un crimen de guerra es la infracción a una norma de Derecho Internacional Humanitario cometido dentro de un conflicto armado o en conexión con éste.

3.2.2 Elementos de los crímenes de guerra

3.2.2.1 Aspectos generales Los crímenes de guerra son una categoría autónoma de derecho penal internacional, por tres razones fundamentales:

- 1) La adopción de un umbral de gravedad;
- 2) La incorporación de las infracciones al derecho internacional de los conflictos armados en la categoría de crímenes de guerra generadores de responsabilidad penal individual;
- 3) La inclusión de incriminaciones relativas tanto a los conflictos armados internacionales como a los conflictos armados internos.

Los crímenes de guerra incluyen circunstancias relativas a la naturaleza de las víctimas (personas protegidas), y también, a los civiles que no hacen parte activa de las hostilidades y de los resultados (daños en bienes protegidos). En realidad, las circunstancias que configuran algunos tipos penales del artículo 8-2 b y 8-2 e, del Estatuto de Roma, dependen de la protección de los bienes en cuestión por medio del derecho internacional de los conflictos armados.

Además, tienen un núcleo de elementos constitutivos cuyos elementos son necesarios interpretarlos en el marco de derechos internacionales aplicables a los conflictos armados, independientemente de la intensidad con la que se cometan. Como consecuencia, la indivisibilidad y el carácter acumulativo de estos elementos constitutivos han sido confirmados en numerosas ocasiones por las jurisprudencias de los tribunales internacionales, y la CPI ha establecido un listado preciso de elementos para cada uno de los crímenes de guerra.

Cabe resaltar el carácter vinculante de los elementos de los crímenes¹²⁴, estos se basan en el contenido del artículo 21-1-a del Estatuto de Roma, que definen la jerarquía de fuentes de derecho aplicable y 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 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 Roma¹²⁵.”

En el artículo 8-1, la Corte aclara la competencia de estos crímenes, cuando estos se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión a gran escala de estos crímenes el cual se identifica con el denominado test de gravedad.

3.2.2.2 Elementos materiales Los elementos materiales de los crímenes no se definen en el Estatuto de Roma, pero fueron directamente asociados a tres conceptos: **Una conducta** (art 30-2-a ibíd.), **una consecuencia** (art. 30-2 ibíd.) o **una circunstancia** (art 30 – 3 ibíd.). Estos se relacionan con la naturaleza de la conducta, la naturaleza del resultado y la situación que rodea al crimen¹²⁶.

El elemento material de la conducta se refiere a una acción u omisión o a una combinación de ambas. Para que la omisión sea fuente de responsabilidad internacional penal debe aparecer expresa o implícitamente en la tipificación del crimen o fundarse en una obligación previa de actuar para impedir el crimen resultante. Cuando la acción y la omisión conducen al mismo resultado, la diferencia entre causar el daño y dejar que este se produzca no tiene efectos reales sobre la responsabilidad, salvo que la conducta por acción se señale de

¹²⁴ ESTUPIÑAN SILVA, Rosmerlin. Derecho Internacional y crímenes de guerra en Colombia / Rosmerlin Estupiñan Silva; prologuista, Héctor Olásolo Alonso. – Bogotá: Editorial Temis. 2013. Pág. 60. ISBN 978-958-35-0965-0

¹²⁵ CORTE PENAL INTERNACIONAL, ESTATUTO DE ROMA. Artículo 21-1-a

¹²⁶ Ibídem pág. 60.

modo exclusivo en la incriminación, como es el caso de numerosos crímenes de guerra.

El elemento material de consecuencia se refiere al resultado o al daño producido por la conducta. Ninguna definición de los crímenes de guerra en el Estatuto de Roma o en elementos de los crímenes contiene una referencia directa al daño; sin embargo, de algunos tipos penales se deduce explícitamente o implícitamente la inclusión de este requerimiento¹²⁷.

Finalmente, el elemento material relativo a las circunstancias correspondientes a cada crimen se relaciona con la naturaleza de la conducta, la naturaleza del resultado y la situación que rodea al crimen. Las circunstancias pueden configurar el crimen, diferenciarlo de otro o excluir la responsabilidad del individuo¹²⁸.

3.2.2.3 Elemento de intencionalidad El elemento de intencionalidad (*mens rea*) o elemento subjetivo está consagrado en el artículo 30 del Estatuto de Roma, y se encuentra conformado por dos aspectos: Por una parte, la conciencia (conocimiento), y por otra, la intención o voluntad que hacen del actor un sujeto imputable. El elemento de conocimiento hace referencia a la conciencia del autor, es decir, que la conducta que comete puede configurar los elementos objetivos del delito, y por lo tanto, su acción u omisión serían una parte determinante dentro del desarrollo del injusto. Por su parte, el elemento de voluntad refiere a la intención del autor, es decir, la voluntad de cometerlo aun teniendo previa conciencia de que este es un injusto penal. La intención es diferente a la motivación.¹²⁹

¹²⁷ En el caso 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 órgano o la amputación de un miembro, un homicidio intencional (art. 8-2-a-i-ibíd.) que tenga como consecuencia explícita la muerte de la víctima

¹²⁸ Algunas circunstancias pueden servir como elementos de definición opcional u obligatoria. En este sentido, los crímenes de guerra son cometidos, en particular pero no exclusivamente, en circunstancias de ataque a gran escala o mediados por la existencia de un plan o política.

¹²⁹ “la existencia de una motivación personal no excluye que el perpetrador tenga la intención de también específica de cometer un genocidio” TPIY Krnojelac (sala de apelaciones) 17 de

Por regla general, las conductas configuradas como crimen de guerra establecen los elementos materiales de los crímenes que se hayan realizado con intención y conocimiento, y las excepciones a esta regla deben hallarse expresamente incorporadas a la tipificación de la conducta punible al que se describen.

Es así que cuando 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 intención¹³⁰ de provocar los elementos materiales del crimen cuestión, salvo en los casos de error de hecho o de derecho que anule el elemento de intencionalidad (art- 33- a, b y c.)¹³¹.

3.2.2.4 Circunstancias contextuales Este es un elemento *sinequa non* de un crimen de guerra, el cual comprende el concepto y las características de la guerra, ya que los crímenes de guerra solo pueden ser cometidos, investigados, y sancionados dentro del marco de un conflicto armado¹³².

Se trata de un conjunto de circunstancias que determina la naturaleza del crimen internacional y permiten diferenciar, por ejemplo, una tortura constitutiva de un crimen de lesa humanidad o de una tortura constitutiva de crimen de guerra. Es de

septiembre de 2003. Parágrafo 102. EN: HUMAN RIGHTS WATCH. "Genocidio, Crímenes de guerra y crímenes de Lesa Humanidad. Compendio temático sobre jurisprudencia del tribunal penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, Universidad Iberoamericana 2005.

¹³⁰ Por su parte el elemento psicológico de la intención tiene una estrecha relación con los elementos materiales de conducta y de consecuencia (art. 30-2 del Estatuto de Roma). Por consiguiente cuando los tipos penales incluyen elementos materiales de conducta y de consecuencia no solo debe probarse la intención de ejecutar la conducta criminal y, sino también de manera paralela, la intención de causar el resultado previsible. Es de esta forma que el elemento psicológico del conocimiento se relaciona con la conciencia de las circunstancias y de las previsible de la conducta inculpada (art. 30-3 *ibíd.*). El conocimiento puede ser actual o imputable por deducción a partir de los hechos y las circunstancias pertinentes.

¹³¹ Estatuto Penal de Roma de la Corte Penal internacional. Artículo 33.

¹³² MUNIZAFÁ MIRANDA FRANCISCO. La actualización de la normativa de crímenes de guerra en el derecho interno a la luz del Estatuto de la Corte Penal Internacional y otras normas. Mención para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y sociales. Santiago de Chile. Universidad de Chile. 2011.

notar que los elementos de los crímenes mencionan expresamente las “circunstancias del contexto”, separándolas de las “circunstancias correspondientes a cada infracción “que se integran a los elementos materiales”¹³³.

Para el caso de los crímenes de guerra, las circunstancias materiales de contexto se refieren a la existencia de un conflicto armado como elemento determinante. Además, no solo es importante la circunstancia contextual del conflicto armado, sino el hecho circunstancial de que la conducta haya ocurrido con ocasión del conflicto armado o se asocie a este (el nexo). Las circunstancias de contexto intencionales, por su parte, indican que el autor debe tener conciencia de la existencia del conflicto armado al momento de cometer el crimen”¹³⁴. Para concluir, este elemento exige la existencia objetiva de un conflicto armado, que excluye cualquier situación de disturbios interiores, tensiones internas, o actos aislados u esporádicos de violencia. La distinción entre un conflicto armado de carácter nacional e internacional, determina la aplicación de los injustos penales.

De manera reiterada la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*¹³⁵ afirman que para que estemos frente a un crimen de guerra, es necesario la existencia de un conflicto armado y un nexo entre este y las conductas perpetradas¹³⁶.

¹³³ ESTUPIÑAN SILVA, Rosmerlin. Derecho Internacional y crímenes de guerra en Colombia / Rosmerlin Estupiñan Silva; prologuista, Héctor Olásolo Alonso. – Bogotá: Editorial Temis. 2013. Pág. 60. ISBN 978-958-35-0965-0

¹³⁴ *Ibidem*. Pág. 60

¹³⁵ TPIY. LIMAJ. Sala de Primera Instancia. 30 de Noviembre de 2005. Párrafo 83. “Debe existir un conflicto armado ya sea interno o internacional en el momento relevante para la acusación y los actos del acusado deben estar estrechamente relacionados con este conflicto armado”.

¹³⁶ TPIY. MIODROG JOKIC. 18 de marzo de 2004. Párrafo 12. “los elementos comunes de los delitos del artículo 3 son que en primer lugar, exista un conflicto armado de carácter internacional o interno, en el momento en el que el crimen fue cometido. Segundo que exista un nexo cercano entre el conflicto armado y el delito (...) y tercero que los la víctima no haya tomado parte activa en las hostilidades.” *En: HUMAN RIGHTS WATCH*. “Genocidio, Crímenes de guerra y crímenes de Lesa Humanidad. Compendio temático sobre jurisprudencia del tribunal penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, Universidad Iberoamericana 2005.

3.2.3 La responsabilidad penal por crímenes de guerra Se define como la obligación de cumplir una sanción que se deriva de la comisión de actos configurados como delitos, y que incluye una infracción penal que puede recaer únicamente sobre una persona determinada. Los principios que rigen la responsabilidad internacional, son los siguientes, de manera enunciativa:

- I. La responsabilidad penal es individual y personal.
- II. La responsabilidad penal internacional se funda en el principio de legalidad de los delitos y las penas.
- III. Los responsables por crímenes de guerra no son sujetos calificados y una persona civil puede cometer crímenes de guerra con la misma efectividad de un comandante militar.
- IV. La responsabilidad penal internacional prevalece sobre el derecho interno.
- V. Las inmunidades diplomáticas no son un eximente de la responsabilidad.
- VI. La responsabilidad penal no se extingue con el paso del tiempo.
- VII. La responsabilidad internacional penal no se extingue en los casos de cosas juzgada aparente o fraudulenta donde no opera el *non bis in dem*.
- VIII. Las leyes de amnistías e indulto no extinguen la responsabilidad internacional penal.

3.2.3.1 Pluralidad de personas que concurren al delito

3.2.3.1.1 Autoría directa: El Artículo 25-3-a se refiere a la comisión del delito por la persona en particular y de forma directa. Ha sido poco usada en la jurisprudencia de la CPI¹³⁷.

3.2.3.1.2 Coautoría: Regulada en el artículo 25-3-a del estatuto de Roma. Hace referencia a la comisión del crimen junto con otra persona. La coautoría por tanto, implica la existencia de una organización criminal, y la contribución individual de

¹³⁷ Esta forma de participación ha sido poco usada en la jurisprudencia de la CPI. En la situación de Uganda, solo en la agresión sexual de violación como crimen de lesa humanidad.

cada uno de los participantes en la comisión del crimen¹³⁸. Ésta se distingue de la comisión conjunta, pues la contribución en la coautoría es de carácter esencial para la comisión del crimen.

Para que exista coautoría debe existir un nexo subjetivo que es un acuerdo común, es decir un plan entre los dos o más coautores, que incluye una coincidencia de voluntades, una resolución común del hecho, es decir un dolo común enfocado en la consecución del resultado. Que lleva al elemento subjetivo de la intención y el conocimiento de que la conducta es antijurídica¹³⁹.

Esta conexión de voluntades está relacionada con el siguiente elemento objetivo que se deriva de la división de la conducta, en el cual cada coautor debe efectuar una contribución objetiva al hecho delictivo. De otro lado, la función realizada debe ser necesaria para la obtención del resultado del delito, por tanto se requiere un dominio funcional de la conducta, de lo contrario se estaría hablando de una complicidad. Los coautores realizan un hecho común pero el cual se responde de manera independiente.

3.2.3.1.3 Autoría indirecta o autoría mediata: Estipulada en el artículo 25-3-a del Estatuto de Roma. Corresponde a la persona que se sirve de un tercero para cometer el crimen. Este artículo otorga una responsabilidad penal principal para quien actúe por intermedio de un tercero, es decir, al mismo título de las personas que ejecutan los actos criminales¹⁴⁰.

¹³⁸ En el caso Ntaganda, la orden de detención se basó igualmente, en la coautoría por el crimen de guerra de reclutamiento, alistamiento o participación de menores en la guerra.

¹³⁹ Pag. 112.

¹⁴⁰ En la confirmación de cargos contra Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui, la CPI abordó el concepto de autor principal de crimen. La orden de detención contra el presidente de Sudan, Hassan Al Bashir, también se funda en la autoría directa y en la coautoría, aunque no se enfrentan imputaciones por crímenes de guerra.

Conforme a la CPI se ha estipulado que la autoría indirecta se configura con la existencia de una organización que debe cumplir con los siguientes elementos:

- Una organización fundada en relaciones jerárquicas de poder entre superiores y subordinados.
- El autor principal debe ejercer autoridad y un control sobre el aparato de poder
- La autoridad y el control ejercidos por el individuo encausado deben utilizarse para ejecutar los crímenes que se les imputa.

Esta modalidad de intervención de la conducta se deriva de la teoría del dominio de hecho expuesta por Roxin¹⁴¹ la cual se caracteriza por el dominio de la voluntad en la ejecución de la conducta. Puesto que el autor es el sujeto central de la conducta el cual usa la instrumentalización de un tercero para la consecución de un fin en la conducta. Es decir otro sujeto es el autor directo de la conducta.

En los delitos dolosos como lo son los crímenes de guerra, solo se puede ser instrumento, quien no es un autor considerado como responsable. Salvo las personas que actúan bajo el dominio de aparatos organizados de poder, como lo son los grupos armados que interfieren dentro de un conflicto armado.

En este tipo de autoría, el instrumento tiene el dominio de la acción, pero es el sujeto que está detrás el que tiene el dominio de la voluntad o de la intencionalidad. Esto tiene lugar en el supuesto en los que se necesita la presencia de una acción ejecutiva del sujeto ubicado atrás del actor directo, por tanto solo se puede afirmar sobre el poder de la voluntad¹⁴². Es decir sobre un mismo hecho se puede determinar un actor directo y un actor mediato.

¹⁴¹ ROXIN, CLAUS. Autoría y dominio del Hecho en el Derecho Penal. Traducida por Joaquin Cuello y Luis Serrano. Marcial Pons. Madrid. 1998

¹⁴² ROXIN CLAUS. Sobre la autoría y participación en el derecho penal, en problemas actuales de las Ciencias Políticas y la filosofía del derecho. 1970. Pag 62.

De acuerdo con Roxin¹⁴³ existen varias formas de incurrir en una autoría mediata: Un ejemplo de estas formas es la que se ejerce a través del dominio de la voluntad, en los aparatos organizados del poder. Puesto que en éstas los instrumentos de la conducta es decir los actores directos, se encuentran sometidos a las órdenes de superiores que si bien no realizan las conductas de una manera directa, tiene la intención de conseguir el resultado alcanzado por el instrumento o actor directo, usándolo a éste como un medio para alcanzar el fin de ilícito.

3.2.3.1.4 Coautoría indirecta: Ibídem. Describe el hecho de que el encausado actúe conjuntamente para cometer el crimen y lo haga por medio de terceros que ejecutan los actos materiales del crimen y sobre los cuales el encausado no ejerce un control directo¹⁴⁴. La coautoría indirecta tiende a configurarse únicamente cuando el autor es, simultáneamente, actor principal colectivo (coautor) de un crimen y los elementos materiales de este crimen se han ejecutado mediante terceros que actúan bajo las órdenes de un coautor diferente del encausado¹⁴⁵.

I. La contribución intencional: Regulada en el artículo 25-3-d del estatuto de Roma, establece “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”¹⁴⁶, este tipo de contribución comprende cualquier manera residual de participación¹⁴⁷. Este acápite se incluye las acciones de participantes o cómplices dentro de la comisión de un crimen internacional.

¹⁴³ Ibidem 67

¹⁴⁴ CPI Katanga case, ICC-01-04-01-07-717, párr. 491. Citado en: ESTUPIÑAN SILVA, Rosmerlin. Derecho Internacional y crímenes de guerra en Colombia / Rosmerlin Estupiñan Silva; prologuista, Héctor Olásolo Alonso. – Bogotá: Editorial Temis. 2013. Pág. 187. ISBN 978-958-35-0965-0

¹⁴⁵ Ibidem párr. 493. Citado en: ESTUPIÑAN SILVA, Rosmerlin. Derecho Internacional y crímenes de guerra en Colombia / Rosmerlin Estupiñan Silva; prologuista, Héctor Olásolo Alonso. – Bogotá: Editorial Temis. 2013. Pág. 188. ISBN 978-958-35-0965-0

¹⁴⁶ CORTE PENAL INTERNACIONAL. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Artículo 25-3-D.

¹⁴⁷ En la práctica, esta modalidad de participación se ha usado en la situación en Sudán, donde se emitieron dos órdenes de detención con fundamento en la participación contemplada en 25-3-d

II. La tentativa: Estipulada en el artículo 25-3-f del Estatuto de Roma, establece: *“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”*¹⁴⁸. En esta forma de responsabilidad el individuo inicia el *iter ciminis* con el propósito de conseguir el objetivo del crimen, pero este no se ejecuta no por voluntad del autor, sino por situaciones que están fuera del círculo de dominio de éste.

3.2.3.2 Responsabilidad penal de los jefes y otros superiores El Estatuto de Roma contiene un apartado especial para determinar la responsabilidad de los superiores jerárquicos dentro de la comisión de crímenes, con el propósito de ampliar el campo de la responsabilidad para así poder sancionar los principales responsables en la comisión de crímenes a gran escala. Se encuentra regulada por el artículo 28 del Estatuto de Roma. Este contiene dos tipos de responsabilidad en la comisión de la conducta, a saber.

3.2.3.2.1. Responsabilidad de los jefes militares en el artículo 28-A del Estatuto de Roma. El artículo 28 del Estatuto de Roma en su literal A, establece:

“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:

del Estatuto de Roma contra Ahmad Harum ministro del Interior de sudan quien se le imputo crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad y contra Ali Kushayb líder de la Milicia Janjaweed.

¹⁴⁸ CORTE PENAL INTERNACIONAL. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Artículo 25-3-f

“1) 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

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

Este artículo establece cinco elementos tal como lo expone Rosmerlin Estupiñan¹⁴⁹:

- I. El encausado debe ser un jefe militar o una persona que cumple de facto¹⁵⁰ esta función.*
- II. Debe ejercer un mando y un control efectivo o una autoridad y un control efectivos sobre sus subordinados, los cuales son los autores de los crímenes.*
- III. Que la comisión de estos crímenes sea el resultado de la ausencia de control*
- IV. Que la persona acusada haya tenido conocimiento o, en razón de las circunstancias haya debido saber (negligencia) que sus subordinados cometían o cometerían estos crímenes*
- V. Que el acusado no haya tomado las medidas necesarias para poder impedir o reprimir la ejecución.*

¹⁴⁹ ESTUPIÑAN SILVA, Rosmerlin. Derecho Internacional y crímenes de guerra en Colombia / Rosmerlin Estupiñan Silva; prologuista, Héctor Olásolo Alonso. – Bogotá: Editorial Temis. 2013. ISBN 978-958-35-0965-0 Pág. 204.

¹⁵⁰ Esta categoría incluye a todas las personas que tienen un papel de mando militar efectivo sobre un grupo de personas, mediante la existencia de una cadena de mando, o una estructura organizada, es decir los superiores de la fuerza pública, jefes de grupos rebeldes y unidades paramilitares.

Este tipo de responsabilidad se distingue de la responsabilidad plasmada en el artículo 25-3-a del Estatuto, puesto que el superior puede hallarse responsable solo por omitir la prevención de estas conductas o por no recurrir a las autoridades competentes para castigar estas conductas.

3.2.3.2 Responsabilidad de otros jefes y superiores en artículo 28-B del Estatuto de Roma Esté artículo del estatuto de roma instituye:

“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 efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:

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

“4) Los crímenes guardaran relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y

“5) no hubiera 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”

Como lo expone Rosmerlin Estupiñan¹⁵¹ esta forma de responsabilidad exige los siguientes elementos:

- I. El acusado debe ser un jefe o una persona que cumpla de facto una posición de superior jerárquico.
- II. Estas personas ejerza autoridad y control efectivo sobre los subordinados, autores de los crímenes.
- III. Que la comisión de estos crímenes sea el resultado de la ausencia del control indicado por parte del superior.
- IV. El acusado en este caso el superior debe tener conocimiento o haya omitido información precisa e indicativa de la acción criminal de sus subordinados.
- V. Debe existir una relación entre los crímenes y la actividad bajo responsabilidad del control del acusado.
- VI. El Acusado no haya tomado las medidas necesarias en su poder para impedir o reprimir estas conductas o no haya remitido a la autoridad competente para sancionarlo.

Esta modalidad de responsabilidad no ha sido utilizada en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional. Aunque ésta presenta similitudes con la primera modalidad de responsabilidad, difiere en cuanto que en esta forma de responsabilidad no se requiere la existencia de una organización, no se responde tampoco por la omisión, y se exige como requisito adicional, un nexo entre los crímenes cometidos por los autores directos y las ocupaciones del acusado.

3.2.3.3 Circunstancias eximentes de responsabilidad Las circunstancias eximentes de responsabilidad están regulada en el artículo 31 y 32. Se establecen como causales las siguientes:

- a) Incapacidad mental

¹⁵¹ ESTUPIÑAN SILVA, Rosmerlin. Derecho Internacional y crímenes de guerra en Colombia / Rosmerlin Estupiñan Silva; prologuista, Héctor Olásolo Alonso. – Bogotá: Editorial Temis. 2013. ISBN 978-958-35-0965-0 Pág. 207.

- b) Estado involuntario de intoxicación inhibitor de la voluntad
- c) Legítima defensa propia o ajena proporcional al daño
- d) Insuperable coacción ajena
- e) Miedo insuperable proporcional

En los crímenes de guerra se incorpora como causal la defensa de la propiedad, siempre y cuando, esta sea de carácter esencial para un tercero y en caso de los bienes esenciales para el cumplimiento de una misión militar. Aunque el estatuto contempla estas formas de eximirse de responsabilidad, el Estatuto de Roma en su artículo 32-2, aclara que las circunstancias deber ser evaluadas caso por caso para emitir una decisión al respecto.

Para la presente fecha, la corte no ha emitido ninguna sentencia relativa a las causales eximentes de responsabilidad. Aclarando que la corte Penal Internacional en el artículo 31-3, establece la opción de libre configuración de otras circunstancias de exoneración.

3.2.4 Crímenes de guerra El artículo 8 – 2 del Estatuto de Roma contiene alrededor de 53 incriminaciones, ampliadas por el Anexo B, lo que conlleva a 73 modalidades de injustos, referidos en la mayoría de los casos a conflictos de índole internacional. Este divide los crímenes en tres categorías: en primer lugar, las Infracciones graves de los convenios de Ginebra de 12 agosto de 1949, cometidos contra personas o bienes protegidos por estas disposiciones; en segundo lugar otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables a los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido por el derecho internacional reguladas por el literal b del artículo 8; por último, el literal c del artículo 8, regula las infracciones del artículo 3 común de los convenios de ginebra de 12 agosto de 1949 en los conflictos que no sean de índole internacional.

La relación entre los convenios de Ginebra de 1949 y los crímenes contemplados en el artículo 8 es inherente¹⁵², a continuación, a través de un cuadro comparativo, mostraremos los crímenes a la luz del Estatuto de Roma, en primer lugar, los tipos penales que constituyen violaciones de los convenios de ginebra, y por otro las conductas reguladas como crímenes aplicable a los conflictos de índole internacional y en los conflictos de carácter interno.

Tabla 1. Tipos penales que constituyen violaciones de los convenios de Ginebra conforme al Estatuto de Roma.

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 mutilaciones, los tratos crueles y la tortura;
	ii) Los ultrajes contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;
iii) El hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente 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	

¹⁵² COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. Servicio de asesoramiento en derecho internacional humanitario. Los crímenes de Guerra según el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Cuadro comparativo. Páginas 28. Geneva, Suiza. 2008. Disponible en: www.cicr.org

Violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 (art. 8-2-a)	Violaciones graves del artículo 3 común (art. 8-2-c)
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

Fuente: ESTUPIÑAN SILVA, Rosmerlin. Derecho Internacional y crímenes de guerra en Colombia / Rosmerlin Estupiñan Silva; prologuista, Héctor Olásolo Alonso. – Bogotá: Editorial Temis. 2013. Pág. 63. ISBN 978-958-35-0965-0

Tabla 2: tipos penales que constituyen violaciones “las leyes y los usos” de guerra conforme al Estatuto de Roma.

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	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

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)
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;	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	viii) Ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a menos

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)
deportación o el traslado de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio;	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	

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)
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	artículo 8-2-c-ii) Los ultrajes contra la dignidad personal, especialmente los

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)
tratos humillantes y degradantes;	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.. Elaborado por ESTUPIÑAN SILVA, Rosmerlin. Derecho Internacional y crímenes de guerra en Colombia / Rosmerlin Estupiñan Silva; prologuista, Héctor Olásolo Alonso. – Bogotá: Editorial Temis. 2013. Pág. 72-73 . ISBN 978-958-35-0965-0

3.2.4.1 Crímenes de Guerra en los conflictos armados internos Conforme con la clasificación expuesta por las dos tablas anteriores, encontramos que en el Estatuto de Roma se regulan veintiún (21) conductas aplicables a los conflictos de índole no internacional o interno, por una parte, y las violaciones graves del artículo 3 común reguladas en el artículo 8-2-c y otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables a los conflictos armados internos regulados en el artículo 8-2-e del Estatuto. A continuación expondremos los elementos de estas conductas:

3.2.4.1.1 Las violaciones graves del artículo 3° común de los convenios de ginebra

a) Homicidio en todas sus formas: Conserva una similitud en los elementos del homicidio intencional aplicado en conflictos de carácter internacional. Contiene dos elementos materiales el primero exige que el autor realice una conducta que tenga como resultado la muerte¹⁵³, es así, que se hace necesario que la conducta sea cometida en una acción o en una omisión intencional y debe recaer sobre una persona protegida que de acuerdo con la regulación de los conflictos internos, estas deben ser víctimas que hayan estado fuera del combate, o hayan sido personas civiles o miembros del personal sanitario o

¹⁵³ “Se requiere tres elementos para establecer el delito del asesinato: a) La muerte de la víctima, aunque es necesario establecer que el cadáver de la persona fallecida haya sido recuperado; b) que la muerte haya sido resultado de un acto u omisión del perpetrador en el momento de acto u omisión fuera asesinar a la víctima o en ausencia de dicha intención específica, que tuviera conocimiento de que la muerte es una consecuencia probable de su acto u omisión”. TPIY. LIMAJ. sala de primera instancia. 30 de Noviembre de 2005. Párrafo 241. *EN: HUMAN RIGHTS WATCH. Genocidio, crímenes de guerra y crímenes de Lesa Humanidad. Compendio temático sobre jurisprudencia del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia. Traducción Universidad Iberoamericanas. México. 2005. Pág. 86*

religioso¹⁵⁴ que no eran una parte activa de las hostilidades como el último elemento material. De acuerdo con jurisprudencia de tribunales *ad hoc*, para que se configure en delito de homicidio la fiscalía tiene la carga de probar¹⁵⁵, es así:

- I. La muerte de la víctima que no tomaba parte activa en las hostilidades.
- II. La muerte fue resultado de un acto u omisión del acusado o de una o más personas por las que el acusado es penalmente responsables.
- III. La intención del acusado o de la persona o personas que son penalmente responsables. A) de matar a la víctima o b) causarle lesiones personales graves, que razonablemente el perpetrador tenga conocimiento que le causarán la muerte.

La jurisprudencia del Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia, establece que en el caso de las muertes por bombardeos, constituyen bases para los cargos de homicidio¹⁵⁶.

b) La tortura y tratos crueles. Este tipo penal en cuanto a la tortura contiene los mismos elementos para las dos acepciones de conflicto en el Derecho Internacional Humanitario. Además de los elementos anteriormente enunciados como comunes para todos los crímenes de guerra, requiere en primera medida que este cause graves dolores o sufrimientos físicos o mentales¹⁵⁷. En

¹⁵⁴ TPIR, Trial Semanza, ICTR-97-20-T, op. cit., párs. 256 y 334; TPIR, Trial Rutaganda, ICTR-96-3-T, op. cit., conclusiones jurídicas, pár. 5.6; TPIY, Prosecutor office (12 June 2007): The Prosecutor v. Zdravko Tolimir, Case IT-05-88/2-I, Amended indictment, pár. 33. Citado en: ESTUPIÑAN SILVA, Rosmerlin. Derecho Internacional y crímenes de guerra en Colombia / Rosmerlin Estupiñan Silva; prologuista, Héctor Olásolo Alonso. – Bogotá: Editorial Temis. 2013. Pág. 60. ISBN 978-958-35-0965-0

¹⁵⁵ TPIY. KVOCKA. Sala de Apelaciones. 28 de febrero de 2005. Párrafo 261. EN: HUMAN RIGHTS WATCH. Genocidio, crímenes de guerra y crímenes de Lesa Humanidad. Compendio temático sobre jurisprudencia del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia. Traducción Universidad Iberoamericanas. México. 2005. Pág. 84.

¹⁵⁶ TPIY. STRUGAR. Sala de primera de Instancia. 31 de enero de 2005. Párrafo 238-240. En cuanto a la jurisprudencia de este tribunal se presentaron dos acusaciones con base en esta afirmación.

¹⁵⁷ “La sala de primera instancias definió el crimen de tortura como infringir deliberadamente por medio de algún acto u omisión, dolor o sufrimiento grave, ya sea físico o mental para un propósito

segundo, lugar las víctimas deben tener la calidad de personas protegidas, con la salvedad que no se exige que la víctima se encuentre bajo el mando o la coerción del autor del crimen. Dentro de la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* deben ser reconocidos los siguientes elementos para el crimen de tortura¹⁵⁸:

- I. El infringir mediante acto u omisión grave dolor¹⁵⁹ o sufrimiento ya sea físico o mental.
- II. El acto u omisión deber ser intencional.
- III. El acto u omisión debe estar dirigido a la obtención de información o una confesión, o para castigar, intimidar o coaccionar a las víctimas o a un tercero, o discriminar sobre cualquier base a la víctima o a un tercero.

Por su parte, el trato cruel es entendido como aquel acto u omisión intencional que es voluntario y no accidental, que causa sufrimiento o daño físico o mental o constituye un ataque grave a la dignidad humana. La jurisprudencia de los tribunales internacionales ha especificado ciertas conductas como tratos crueles.¹⁶⁰

prohibido, tal como obtener información o una confesión castigar, intimidar, humillar o coaccionar a la víctima o a un tercero o discriminar, sobre cualquier base a la víctima. TPIY. Fiscal Vs. KVOCKA Caso N° IT98-30 (sala de apelaciones). *En*: HUMAN RIGHTS WATCH. Genocidio, crímenes de guerra y crímenes de Lesa Humanidad. Compendio temático sobre jurisprudencia del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia. Traducción Universidad Iberoamericanas. México. 2005.

¹⁵⁸ TPIY. KUMARAC, KOVAC Y VOKOVIC (sala de apelaciones) 12 de Junio de 2002. Párrafo 42. *En*: HUMAN RIGHTS WATCH. Genocidio, crímenes de guerra y crímenes de Lesa Humanidad. Compendio temático sobre jurisprudencia del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia. Traducción Universidad Iberoamericanas. México. 2005.

¹⁵⁹ “La gravedad del dolor o sufrimientos es una distinción característica de la tortura que la coloca aparte de delitos similares. EL Umbral preciso para determinar qué grado de sufrimiento es suficiente para cumplir con la definición de tortura, no ha sido delimitado. KVOCKA (sala de primera instancias. 02 de Noviembre de 2001.” Parr 143. *En*: *Ibidem*. Op. Cita. Pág. 35

¹⁶⁰ El Uso de escudos humanos, uso de prisioneros para trabajo forzoso en operaciones de guerra u operaciones de carácter militar, Bombardeo de poblaciones civiles, entre otros. TPIY. KORDIC Y CERKEZ. Sala de primera Instancia. 26 de Febrero de 2001. Párrafo 265. En *ibidem*, Op. Cita. Pág. 24.

c) Tratos inhumanos. En cuanto a los tratos inhumanos (crueles) establece que el autor debe ejecutar una conducta de acción u omisión contra una persona protegida que haya causado serios daños o sufrimiento físico o mental de la víctima que constituye un ataque grave a la dignidad humana¹⁶¹. No se incluye los experimentos biológicos pues solo tiene correspondencia para los conflictos de carácter internacional.

En la jurisprudencia de los Tribunales, se identifica este crimen como ultrajes contra la dignidad personal estableciendo los siguientes requerimientos:¹⁶²

- I. Que el acusado haya intencionalmente cometido o participado en algún otro ataque grave a la dignidad humana.
- II. El conocimiento de que ese acto u omisión tendría un efecto.
- III. Se requiere que la humillación sea tan intensa que cualquier persona razonable estaría indignada.

El grado de sufrimiento para demostrar este delito es inferior al que se requiere para la tortura.¹⁶³

d) El hecho de privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a otra persona protegida a su derecho de ser juzgado de manera legítima e imparcial. Este injusto penal en su regulación para conflictos armados internos establece cómo condenar o ejecutar sin las garantías judiciales, teniendo como primer elemento material la ejecución o condena, no necesariamente de manera directa¹⁶⁴. El segundo elemento material de la conducta exige es que se configuren una de las tres hipótesis: I) Que no haya habido un juicio previo

¹⁶¹ TPIY. KORDIC Y CERKEZ. Sala de Apelaciones. 17 de diciembre de 2009. En: Op. Cita. Pág. 120

¹⁶² TPIY. KUMARAC, KOVAC Y VOKOVIC. Sala de Apelaciones. 12 de Junio de 2002. Párrafo 161. EN: Ibídem Op. Cita. Pág. 96

¹⁶³ TPIY. NALETILIC Y MARTINOVIC. Sala de Primera instancia. 31 de marzo de 2003. En: Ibídem Op. Cita. Pág. 119.

¹⁶⁴ ESTATUTO DE ROMA. Corte Penal Internacional. Artículo 25 y 28.

ante un tribunal; II) Que el tribunal no estuviera regularmente constituido por que no otorgaba garantías en cuanto a la imparcialidad; y por último, III) que el tribunal no estuviera regularmente constituido, de tal forma que no ofrece las garantías judiciales indispensables.

- e) La toma de rehenes:** La conducta requiere que el autor haya “capturado, detenido o mantenido” en la calidad de rehén a una o más personas. Con una relevancia singular en cuanto al elemento de intencionalidad. Este delito de acuerdo con la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*¹⁶⁵, debe cumplir un elemento adicional que es la emisión de una amenaza condicionada, es decir se espera un beneficio para el grupo, y de esta forma mantener el bienestar físico y mental de los civiles que han sido detenido ilícitamente.

3.2.4.1.2 Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables a los conflictos armados internos

- a) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil:** La conducta enmarca el accionar del autor como acción u omisión el hecho de lanzar un ataque. A su vez se exige que el objeto específico de la conducta haya sido el lanzar un ataque contra la población civil, sin establecer un resultado como conducta. Los elementos del crimen son idénticos en las dos especies de conflicto¹⁶⁶.

- b) Dirigir ataques contra personal o bienes participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria:** Como primer

¹⁶⁵ TPIY. BLASKIC. Sala de Apelaciones. 29 de Julio de 2004. Párrafos 638-639. *En:* HUMAN RIGHTS WATCH. Genocidio, crímenes de guerra y crímenes de Lesa Humanidad. Compendio temático sobre jurisprudencia del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia. Traducción Universidad Iberoamericanas. México. 2005. Pág. 98.

¹⁶⁶ El tipo penal para los conflictos armados internos se inspiró en el artículo 13.c del protocolo II adicional. ESTUPIÑAN SILVA, Rosmerlin. Derecho Internacional y crímenes de guerra en Colombia / Rosmerlin Estupiñan Silva; prologuista, Héctor Olásolo Alonso. – Bogotá: Editorial Temis. 2013. Pág. 76. ISBN 978-958-35-0965-0

elemento, se exige que el autor haya lanzado un ataque, lo cual es una acción u omisión, sin establecer un resultado como necesario. En segundo lugar, la conducta debe tener como objetivo específico “el personal, las instalaciones, materiales, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria¹⁶⁷, acorde con la carta de las Naciones Unidas. Como tercero y último elemento, se exige una calificación jurídica correspondiente a personas o bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario.

c) El desplazamiento de la población civil por razones de conflicto: Exige la conducta, la orden por parte del autor para el desplazamiento de población civil. Como elementos se establecen que se halla emitido una orden con el propósito de desplazar a la población, sin que ésta sea justificada en vista de la protección y seguridad de estas personas.

d) Atacar bienes protegidos: Está tipificada en el artículo 8-2-b-ix, se estipula como elementos materiales, se exige la comisión de un ataque, dirigido contra uno o más edificios dedicados a la religión, la instrucción, las artes, la ciencia, beneficencia o los monumentos históricos, hospitales, o cualquier otro lugar donde se agrupen los heridos o enfermos. No se exige un resultado como elemento de la conducta. La jurisprudencia de los tribunales internacionales¹⁶⁸ a establecido los siguientes elementos:

I. Se haya causado daño o destrucción a bienes que constituyen la herencia cultural o espiritual de los pueblos.

¹⁶⁷ Rosmerlin. Derecho Internacional y crímenes de guerra en Colombia / Rosmerlin Estupiñan Silva; prologuista, Héctor Olásolo Alonso. – Bogotá: Editorial Temis. 2013. Pág. 77. ISBN 978-958-35-0965-0

¹⁶⁸ TPIY. STRUGAR. Sala de primera Instancia. 31 de enero de 2005. Párrafo 312. *En:* HUMAN RIGHTS WATCH. Genocidio, crímenes de guerra y crímenes de Lesa Humanidad. Compendio temático sobre jurisprudencia del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia. Traducción Universidad Iberoamericanas. México. 2005. Pág. 110

- II. Los bienes afectados, no habían sido usado con propósitos militares en el momento en que ocurrieron los ataques.
 - III. Este acto se cometió con la intención de la destrucción y se requiere que está se haya causado.
- e) El hecho de causar mutilaciones o someter a experimentos médicos o científicos.** Se estipula como elemento material la comisión de las conductas con los siguientes resultados, en primer lugar, que haya desfigurado o incapacitado de manera permanente o le haya extirpado un órgano o amputado un miembro, y en segunda medida, que como consecuencia le haya producido la muerte o haya puesto en peligro la salud mental o física de la víctima.
- f) El hecho de matar o herir a traición:** Se configuran dos conductas vinculadas por un nexo de casualidad. En primer lugar, que el autor haya obtenido la confianza de la víctima(s), de tal forma, que este haya creído tener la protección o que él estaba obligado a protegerla, dándole muerte o herido a esa persona, calificando como tercer elemento material que las víctima(s) pertenezcan a la parte enemiga o contraria.
- g) El hecho de no dar cuartel:** No estipula dentro de la conducta un resultado como necesario, es solo necesario la emisión de la orden por parte de no dejar sobrevivientes, emitida como amenaza contra la parte enemiga o como orden dentro del desarrollo de una batalla, siendo necesario como elemento, que el autor de la conducta se encuentre dentro de una posición de mando o ejerciendo control sobre subordinados.
- h) El hecho de destruir bienes del enemigo o apoderarse de ellos:** Se establece como elemento el resultado de la destrucción o apoderarse de un bien, en cuanto al bien se estipulan como elementos que éste sea propiedad o

pertenezca a la parte enemiga o contraria, y este bien esté sometido a la protección de apropiación y destrucción acorde con el Derecho Internacional Humanitario y que no se encuentre dentro de la justificación de necesidad militar. Todas las formas de apropiación ilícita de bienes en un conflicto armado genera responsabilidad penal, incluyendo los actos que tradicionalmente se describen como pillaje.¹⁶⁹

i) **El uso de veneno o armas envenenadas:** Se exige que el autor haya empleado una sustancia o arma que descargue una sustancia como resultado de su uso, trayendo consigo el segundo elemento material, que esta acción haya ocasionado la muerte o daño grave para la salud. No se requiere la muerte como resultado, aunque exige un grado de peligrosidad, de tal forma que en el curso normal de los acontecimientos, se produzca un resultado como consecuencia de la comisión de esta conducta¹⁷⁰.

j) **La violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, y cualquier otra forma de violencia sexual:** Tenemos diversas conducta incluidas en esta regulación del artículo, se exigen los siguientes elementos:

- En cuanto a la **violación**, se establece la que el autor de la conducta deber haber “ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima, o un órgano sexual o del orificio anal o genital de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo”¹⁷¹. Caracterizándose la conducta por la fuerza o coacción que se ejerce sobre

¹⁶⁹ TPIY. KORDIC Y CERKEZ. Sala de apelaciones. 17 de diciembre de 2004. Párrafo 79-84. *En:* HUMAN RIGHTS WATCH. Genocidio, crímenes de guerra y crímenes de Lesa Humanidad. Compendio temático sobre jurisprudencia del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia. Traducción Universidad Iberoamericanas. México. 2005. Pág. 98

¹⁷⁰ Rosmerlin. Derecho Internacional y crímenes de guerra en Colombia / Rosmerlin Estupiñan Silva; prologuista, Héctor Olásolo Alonso. – Bogotá: Editorial Temis. 2013. Pág. 87. ISBN 978-958-35-0965-0

¹⁷¹ Ibidem. Op. Cit. Pág. 91

la víctima, proveniente de la cualquiera de estas circunstancias, violencia, intimidación, detención, opresión psicológica o el abuso de poder, la consecuencia de un entorno opresivo o coercitivo, de tal forma que la víctima sea halle puesta en incapacidad de resistir.

- **La esclavitud sexual** por su parte tiene como elementos, que el autor haya ejercido uno de los atributos de la cosa, sometiéndola a una de las siguientes conductas: La venta, un préstamo de uso, someterlas a trueque o imponer algún tipo de limitación de sus libertades. Obligando, como segundo elemento, a que estas personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual.
- **La prostitución forzada** por su parte, cuenta con dos elementos materiales de la conducta. El primero se exige que el autor haya hecho que la víctima realizara uno o más actos de naturaleza sexual, usando la fuerza, coacción, violencia, intimidación, detención, presión de carácter psicológico o el abuso de la víctima, sometiéndola a una incapacidad a la hora de otorgar su consentimiento. En segundo lugar, se exige que el autor o un tercero hayan obtenido ventajas monetarias o de otro tipo a cambio de actos de naturaleza sexual o en relación con ellos.
- **El embarazo forzado** por su parte establece como elemento material el confinamiento de las víctimas con la intención de modificar la composición étnica o cualquier otra infracción grave del derecho Internacional Humanitario. Como tal, el segundo elemento es que éstas hayan quedado embarazadas como consecuencia de esta violación¹⁷².

¹⁷² No se contempla únicamente que este provenga de la violación puesto, que se puede utilizar otros métodos como la fecundación.

- **La esterilización forzada** exige que el autor haya privado a la víctima de la capacidad de reproducción, incluyendo el suministro forzado y repetido de métodos anticonceptivos. Esta conducta no debe desarrollarse dentro de un tratamiento médico u hospitalario de la víctima o que esta se haya dado con el consentimiento libre de la víctima.
- Para terminar, **la violencia sexual** exige que el autor “ haya realizado un actor de naturaleza sexual”, usando la fuerza, la amenaza de fuerza, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas, con umbral de gravedad comparable a la de una infracción grave del artículo 3 común.

k) Utilizar, reclutar, o alistar niños en las fuerzas armadas. Como la conducta lo estipula esta cuenta con tres alternativas de ejecución, el objetivo es la vinculación de la víctimas menores de 15 años y su participación activa en las hostilidades, incluyendo el reclutamiento voluntario. Es un delito que contiene una ejecución continua mientras estos menores se encuentren incorporados en las fuerzas armadas o dejen de tener 15 años.

3.2.4.2 Crímenes de guerra en el ordenamiento jurídico colombiano En el ordenamiento jurídico colombiano se ha regulado de manera completa las conductas del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, extendiéndose a prohibiciones que en éste solo aplican en conflictos de carácter internacional. Para una mayor ilustración ofrecemos el siguiente cuadro comparativo de delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH en Colombia y su relación con el estatuto de Roma.

Tabla 3. Delitos contra personas protegidas por el derecho internacional humanitario en Colombia y su relación con el artículo 8 del Estatuto de Roma.

Crímenes de guerra contra personas protegidas	
Estatuto de Roma	Código 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);
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	Obstaculización de tareas sanitarias y humanitarias (art. 153);

Crímenes de guerra contra personas protegidas	
Estatuto de Roma	Código Penal Colombiano
tengan derecho a la protección otorgada (...) con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados (art. 8-2-e-iii);	
Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7°, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3° común a los cuatro Convenios de Ginebra (art. 8-2-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	Detención ilegal y privación del debido proceso (art. 149);

Crímenes de guerra contra personas protegidas	
Estatuto de Roma	Código Penal Colombiano
reconocidas como indispensables (art. 8-2-c-iv);	
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);

Fuente: ESTUPIÑAN SILVA, Rosmerlin. Derecho Internacional y crímenes de guerra en Colombia / Rosmerlin Estupiñan Silva; prologuista, Héctor Olásolo Alonso. – Bogotá: Editorial Temis. 2013. Pág. 48 y Pág. 49. ISBN 978-958-35-0965-0

Tabla 4: Delitos contra bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario y su relación con el artículo 8 del Estatuto de Roma.

Crímenes de guerra contra bienes protegidos.	
Estatuto de Roma	Código 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	Despojo en el campo de batalla (art. 151). Solo aplica para

Crímenes de guerra contra bienes protegidos.	
Estatuto de Roma	Código Penal Colombiano
necesidades del conflicto lo hagan imperativo (art. 8-2-e-xii);	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-bvii);	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);

Fuente: ESTUPIÑAN SILVA, Rosmerlin. Derecho Internacional y crímenes de guerra en Colombia / Rosmerlin Estupiñan Silva; prologuista, Héctor Olásolo Alonso. – Bogotá: Editorial Temis. 2013. Pág. 48 y Pág. 49. ISBN 978-958-35-0965-0

Como se puede notar en las anteriores tablas, el ordenamiento jurídico colombiano contempla más conductas, que el Estatuto de Roma, como crímenes de guerra, éstas son las conductas reguladas en Colombia, pero sin correspondencia o limitadas en al área de los conflictos internacionales:

1. **Utilización de medios y métodos de guerra ilícitos**, sufrimientos o pérdidas innecesarias o males superfluos (art. 142): Éste delito en el Estatuto de Roma regulado por el artículo 8-2-b-xx, solo aplica para los conflictos de carácter internacional, y con la salvedad que se desarrollará un anexo correspondiente a la clasificación de armas no convencionales que causen estos daños, el cual en la presente fecha no se ha incluido.
2. **Actos de discriminación racial:** Con referencia a este delito, no se encuentra regulación alguna en el Estatuto.

3. **Constreñimiento a apoyo bélico** : En cuanto a este delito no se cuenta en el Estatuto de Roma una correspondencia exacta en cuanto a la conducta, existe una asimilación aplicada en los conflictos de índole internacional (8-2-b-xv y 8-2-b-xxiii).
4. **Omisión de medidas de socorro y asistencia humanitaria:** De igual modo no encuentra una conducta correspondiente en el estatuto de Roma.
5. **Omisión de protección a la población civil:** Si bien esta conducta no tiene una correspondiente en el estatuto de Roma, esta omisión se menciona el Protocolo Adicional II pero solo en cuanto a la protección de los menores o niños.
6. **Ataque contras obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas:** Acorde con el estatuto de roma este delito no tiene correspondencia, solo se menciona en el Protocolo I adicional de las convenciones de ginebra en su artículo 56.
7. **Perfidia:** Regulado en el artículo 143 del código penal, cuenta con el delito correspondiente pero solo para conflictos de carácter internacional.
8. **Exacción o contribuciones arbitrarias:** Regulado en el artículo 163 del código penal, no contiene ninguna norma correspondiente en el estatuto de Roma.
9. **Destrucción del ambiente:** Estipulado en el artículo 164, por su parte no tiene una correspondencia, pero hay una asimilación en el artículo 8-2-b-iv, pero solo correspondiente a los conflictos armados Internacionales.

Esta ampliación del alcance que se ha otorgado en el ordenamiento penal colombiano a algunos tipos penales en comparación a las conductas estipuladas por el Estatuto de Roma ha sido admitida por la jurisprudencia constitucional¹⁷³, desde la perspectiva de que únicamente pueden considerarse contrarias al bloque

¹⁷³ Colombia. Corte constitucional. 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 lay 522 de 1999. Sentencia C-291 de 2007, sentencia de constitucionalidad. Bogotá. 2007.

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 protegidas.

4. EL CONFLICTO ARMADO INTERNO COLOMBIANO

4.1 INTRODUCCIÓN

En el presente capítulo se dilucidará el desarrollo del conflicto armado interno Colombiano, haciendo una exposición de las causas y orígenes que llevaron al surgimiento del conflicto, el surtimiento de las fuerzas armadas Revolucionarias de Colombia en el marco del conflicto sus diferentes momentos como organización armada y las consecuencias de la confrontación violenta con el estado y otros actores armados, por más de cincuenta años de conflicto.

4.2 CAUSAS Y ORÍGENES DEL CONFLICTO ARMADO COLOMBIANO

El conflicto armado colombiano es el estado de guerra de carácter interno más largo que ha existido en América Latina¹⁷⁴, en el cual han intervenido diferentes autores dentro de su desarrollo, con múltiples causas y medios de acción, que si bien son diversos en cuanto a su ideología o accionar, ha sido constante en el daño que se le ha causado a su población, en especial, a las personas protegidas en el marco del Derecho Internacional Humanitario.

El conflicto armado colombiano de acuerdo con la Comisión histórica del Conflicto y sus víctimas¹⁷⁵, que fue creada en reciprocidad con el desarrollo de las conversaciones en La Habana, entre el Gobierno Nacional y los líderes de las

¹⁷⁴ Si observamos el mapa latinoamericano, Colombia es el único país en el que aún se desarrolla un conflicto armado, las otras experiencias latinoamericanas, superaron esta etapa unos años atrás, para un mayor conocimiento sobre el tema, consultar el capítulo referente a justicia transicional.

¹⁷⁵ COMISIÓN HISTORICA DEL CONFLICTO Y SUS VICTIMAS. (CHCV). Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia. Febrero de 2015. 809 paginas.

FARC-EP, y conformada por distintitos concedores del tema¹⁷⁶ y víctimas del conflicto, considera que la disputa armada en Colombia tuvo diversos orígenes¹⁷⁷.

En cuanto al origen temporal del conflicto, son diferentes las posturas. Mientras algunos consideran el origen de tal disputa en el tiempo póstumo a la aparición del Frente Nacional¹⁷⁸, otros¹⁷⁹ por su parte consideran que los factores aparecieron durante la República Liberal en la época de la Violencia de los años cincuenta, y por último, hay quienes¹⁸⁰ sostienen que los orígenes de la lucha armada se remontan a los conflictos agrarios efectivos en los años veinte del siglo XIX.

Sobre el desarrollo del conflicto armado colombiano, existe amplia bibliografía e innumerables informes oficiales, como el informe Basta ya¹⁸¹, los cuales ofrecen una mirada más profunda y completa del conflicto. En el presente acápite de este trabajo, daremos una mirada rápida y somera a la historia colombiana del conflicto armado para un mayor entendimiento del contexto en el cual se desarrolla la presente investigación.

Comenzaremos en el periodo 1899-1902, en el cual tuvo desarrollo la última guerra civil que ocurrió en Colombia, denominada como la guerra de los Mil días, luego de esta confrontación, por aproximadamente medio siglo, Colombia vivió

¹⁷⁶ Dentro de este informe se encuentran dos relatorías, y once ensayos de diferentes concedores entre los cuales tenemos: Sergio de Zubiría, Gustavo Dunca, Jairo Estrada Álvarez, Darío Fajardo, Javier Giraldo, Eduardo Pizarro Leongómez, Víctor Manuel Moncayo Cruz, Jorge Giraldo, Francisco Gutiérrez, Alfredo Molano, Daniel Pécaut, Vicente Torrijos, Renán vega, y María Emma Wills.

¹⁷⁷ Este fue el caso de Francisco Gutiérrez, Gustavo Duncan, Jorge Giraldo y Vicente Torrijos quienes, sin desconocer el valor de una amplia mirada histórica -de la cual hacen referencias a menudo prefirieron centrar sus interpretaciones en el período posterior al Frente Nacional. Daniel Pécaut escogió un camino intermedio, al comenzar su análisis mediante el estudio de los factores que, según su perspectiva, incidieron durante la República Liberal en la Violencia de los años cincuenta y su impacto posterior en la historia contemporánea del país. Darío Fajardo, Alfredo Molano, Sergio de Zubiría y Javier Giraldo comienzan sus relatos con el surgimiento de los conflictos agrarios en los años veinte.

¹⁷⁸ Esta posición fue defendida por Francisco Gutiérrez, Gustavo Duncan, Jorge Giraldo y Vicente Torrijos.

¹⁷⁹ Posición expuesta por Daniel Pécaut.

¹⁸⁰ Darío Fajardo, Alfredo Molano, Sergio de Zubiría y Javier Giraldo

¹⁸¹ GRUPO DE MEMORIA HISTÓRICA. Basta Ya: Memoria de guerra y dignidad, Bogotá, Imprenta Nacional, 2013.

un relativo¹⁸² periodo de paz el cual se registró una tasa de homicidio baja que especificaba entre cinco a ocho homicidios por cada cien mil habitantes¹⁸³.

Cabe resaltar que durante los años siguientes previos a la violencia, surgieron innumerables tensiones de carácter agrario, derivadas de una excesiva concentración de la propiedad privada, una falta de regulación en cuanto a la apropiación de tierras baldías, la inseguridad jurídica derivada de la ilegitimidad de los títulos de propiedad, y el sinnúmero de situaciones precarias laborales para los campesinos que laboraban en estas.

Por su parte, como una respuesta por del Gobierno Nacional cabe resaltar la reforma agraria¹⁸⁴ realizada por el expresidente Alfonso López Pumarejo, las cuales buscaban mejoras en cuanto a los procesos de posesión y también buscaba el estímulo del trabajo asalariado, lo que ocasionó la reacción de diferentes sectores, en especial el sectores del partido conservador y liberal que se opusieron a estos cambios, encruceciendo la crisis social.

La candidatura de Jorge Eliecer Gaitán fue el resultado de la división entre el partido liberal el cual tenía dos candidatos, por una parte Gaitán, y por otra Gabriel Turbay. Esta división del partido generó la victoria del expresidente Mariano Ospina Pérez, esto causó el primer brote de violencia partidista que tuvo como detonante el asesinato de Jorge Eliécer Gaitán, candidato a la presidencia para el periodo 1946- 1950. En esta época la tasa aumentó a diez homicidios por cada cien mil habitantes¹⁸⁵. Con lo cual surgiría la época de la Violencia¹⁸⁶, periodo que se caracterizó por el enfrentamiento de los dos partidos políticos

¹⁸² COMISIÓN HISTORICA DEL CONFLICTO Y SUS VICTIMAS. (CHCV). Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia. Febrero de 2015. Pág. 9

¹⁸³ *Ibidem*. Pag 9.

¹⁸⁴ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 100 de 1944.

¹⁸⁵ Mario Chacón y Fabio Sánchez. "violencia y polarización política durante la violencia. 1948-1965. Documentos CEDE, Universidad de los Andes, 2004.

¹⁸⁶ MOLANO ALFREDO. Los años del Tropel. El Ancora. Bogotá. 1985.

poderosos y únicos existentes en la época, el partido Conservador y el partido Liberal, y que se extendió en brotes de violencia tanto en las urbes, pero con mayores repercusiones en el sector rural.

Para esta época, los terceros partidos no habían tenido una fuerza contundente, para lograr ser actores participativos en la realidad política del país, por tanto, el bipartidismo encontraba una consolidación arrollante, sin olvidar el gran poder que para ese entonces poseía la iglesia católica, la cual propugnó por una corriente antiliberal, que facilitó la intolerancia y la violencia. A esto hay que anudarle las consecuencias de esta violencia, que generó el desplazamiento y el abandono de tierras por parte de los campesinos que migraron hacia las grandes urbes de la época, ocasionando círculos de miseria y encrudeciendo la realidad de pobreza y desigualdad del país¹⁸⁷. No se puede olvidar la precaria presencia del Estado en los rincones más alejados de las ciudades, que contribuyó de forma paulatina al nacimiento de los focos de insurgencia en el país.

Podemos concluir de este primer balance del conflicto, que éste surgió como consecuencia de luchas en torno a la posesión¹⁸⁸ y tenencia de la tierra, la precariedad en cuanto a la presencia gubernamental a lo largo del Estado y su debilidad institucional, y la desigualdad creciente entorno a los ingresos de la población de esa época. Cabe aclarar que el primer periodo de violencia comprende de 1946 a 1964, puesto que la aparición del frente nacional logró una aparente reducción de los índices de violencia en el país¹⁸⁹.

¹⁸⁷ Para el año de 1938, la población rural alcanzaba el 70.9 % de la población total, en 1952 pasó al 61.1% y por último 1964 estamos hablando de 47.2%. DANE. Seminario permanente de problemas colombianos, "la agricultura en Colombia. 1950-1970. Bogotá. 1978. Citado por Javier Giraldo: en Informe Comisión Histórica del Conflicto y sus víctimas. 2015. Pág. 14

¹⁸⁸ Alfredo Molano sostiene que la ley 200 de 1936 y la ley 83 de 1931, son las normas que ocasionaron el actual conflicto colombiano. COMISIÓN HISTÓRICA DEL CONFLICTO Y SUS VÍCTIMAS. (CHCV). Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia. Febrero de 2015. Pág. 18

¹⁸⁹ Ibidem. Óp. Cita. Pág. 20.

4.3 LA APARICIÓN DE LAS FARC COMO ACTOR ARMADO DEL CONFLICTO COLOMBIANO

La insurgencia como focos armados de guerrillas surge luego de la consolidación del Frente Nacional. El Frente Nacional fue la respuesta por parte del Estado a la época de la Violencia, la cual había causado un gran daño a la población y a la institucionalidad. Tenía como objetivo la alternancia del poder por parte de los dos partidos políticos existentes en ese entonces en este país, de tal forma que cuatro años era gobernado por los Conservadores y el siguiente periodo por los Liberales.

Esto incluía todos los cargos políticos¹⁹⁰, de tal forma que se repartían “a dedo” y por militancia quiénes serían los funcionarios, y también, los líderes de las diversas regiones. La insurgencia en Colombia surge de manera paralela a todos los movimientos insurgentes que se crearon en América Latina, como consecuencia de la guerra fría y de la revolución cubana con Fidel Castro el 7 de enero de 1959.

A pesar de que el Frente Nacional consiguió que los índices de violencia se redujeran, no fue una solución total, puesto que excluyó de participación política a los grupos emergentes de esta época, ocasionando una exclusión política que generaba desestabilidad democrática.

Por su parte la revolución cubana, generó un nuevo cambio de perspectiva en cuanto a la visión de la lucha armada, agregando la concepción de la disputa entre dos modelos de desarrollo de sociedad, con la implementación de sistemas

¹⁹⁰ Hay que recordar que para ese entonces los cargos de alcaldes y gobernadores, no eran de elección popular.

diferentes, consecuencia de la guerra fría¹⁹¹ (1974-1991), de tal forma que los movimientos insurgentes adquirieron posiciones socialistas de progreso de la sociedad.

Así, los orígenes de las FARC se centran en el surgimiento de las autodefensas campesinas y las guerrillas móviles de los años cincuenta, bajo el gobierno del general Rojas Pinilla en 1953, como una solución a la época de violencia, decide conceder amnistía de indultos para los movimientos que se habían creado en la violencia, muchos de estos no se desmovilizaron, y se enfrentaron contra el ejército en innumerables combates.

Luego de la dictadura del año de 1957, se ofrecieron nuevamente amnistías, en la cual se realizó la primera reunión entre gobierno y guerrilla en Aipe, Huila, continuando sus negociaciones hasta el año de 1959, donde se llegó a un acuerdo. Estas cesaron su rebelión originada de su corriente comunista, pero continuaban con sus armas para la conformación de grupos de autodefensa campesina, como protección de los posibles futuros desmanes por otros grupos guerrilleros.

Uno de los actores más importantes del surgimiento de la guerrilla, fue Pedro Antonio Marín, quien había adquirido el seudónimo de Manuel Marulanda Vélez dentro de la lucha armada en honor a un sindicalista asesinado¹⁹², con la amnistía éste regresó a sus labores como civil, pero luego de ser asesinado uno de sus amigos y líderes del “liberalismo comunista” por manos del ejército y José María Oviedo, retomó el camino político, pero esta vez con el propósito de incentivar la toma del poder a través de las armas.

¹⁹¹ “El termino de guerra fría fue usado por primera vez por el consejero del presidente Harry Truman, Bernard Baruc, el 16 de Abril de 1947, en un discurso en el congreso.” En: COMISIÓN HISTORICA DEL CONFLICTO Y SUS VICTIMAS. (CHCV). Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia. Febrero de 2015. Pág. 21

¹⁹² VERDAD ABIERTA. El origen de las Farc. En www.verdadabierta.com/la-historia/243-la-historia/farc/4295-el-origen-1953-1964

De esta forma, se creó una organización derivada de las autodefensas campesinas, que se denominó la “Móvil” con un grupo conformado por treinta hombres. Esto desencadenó una ofensiva militar, que llevó a que estas guerrillas realizaran la primera conferencia guerrillera, en Marquetalia¹⁹³ en el año de 1961, con la participación de un delegado del partido comunista de Colombia.

En el año de 1963 ingresó a las autodefensas Luis Alberto Morantes, denominado desde su ingreso como “Jacobo Arenas”, quien se convertiría en su principal ideólogo y clave para el surgimiento de las Farc-ep. El 14 de Mayo de 1964, el Gobierno Nacional, junto con el apoyo de los Estados Unidos en algo denominado “operación laso”, inició una embestida por aire y tierra, contra cincuenta campesinos y dos mujeres. Esto llevó como consecuencia a que el 20 de julio de ese mismo año se declararan como guerrilleros revolucionarios.

En los años sesenta y setenta, la grupos guerrilleros no contaban con la fuerza y control que actualmente tiene la guerrilla latinoamericana, en su conjunto había prácticamente desaparecido, salvo algunos núcleos aislados y marginales sin mayor incidencia, fue gracias al auge del narcotráfico y la institución del secuestro por parte de estos grupos que se llegó a conseguir un mayor financiamiento económico, y por ende, un mayor control sobre las zonas en las que el Estado no contaba, o cuenta actualmente con una presencia precaria.

El elemento del narcotráfico trajo consigo una lucha territorial y económica por el control de los mercados entorno a la coca, lo que incorporó nuevos actores al conflicto armado, los denominados paramilitares y autodefensa. También las FARC pasaron de ser un acompañamiento al Partido Comunista Colombiano, para iniciar una ofensiva de tal forma que para el año de 1982, contaban con

¹⁹³ Alfredo Molano, pp. 35-41. A su turno, Javier Giraldo, recoge una frase de Jacobo Arenas quien considera que si no hubiesen ocurrido los cercos militares contra las mal llamadas “repúblicas independientes”, quizás “no habrían nacido las FARC” (p. 16).

veinticuatro (24) frentes y alrededor de mil (1000) hombres empuñando las armas de la lucha guerrillera.¹⁹⁴

Desde los años ochenta a la presente fecha, hubo una recomposición de los grupos guerrilleros de primera generación, a saber, las FARC- EP, ELN y EPL acompañado de la emergencia de un nuevo grupo de guerrillas tales como el M-19, Quintín Lame y PRT, sin olvidar también la aparición del narcotráfico y el nacimiento de los grupos paramilitares de acuerdo con CHVC los denominados terceros oportunistas.

Se denomina “terceros oportunistas¹⁹⁵” a aquellas organizaciones criminales o agentes políticos que han participado en la dinámica del conflicto para su beneficio particular. Por ejemplo, líderes políticos locales que tejieron alianzas con los grupos paramilitares para obtener apoyo político y, en muchas ocasiones, para acumular tierras y bienes de la población desplazada. Igualmente, caben en esta categoría, empresas nacionales o multinacionales que se aliaron con frentes paramilitares con el fin de generar un desplazamiento de la población, ocupar sus tierras de manera ilegal o comprarlas por debajo de su valor comercial.

Por su parte, ésta aparición de la nueva dinámica del conflicto trajo una oleada de asesinatos contra miembros de partidos políticos relacionados con la izquierda colombiana, es el caso del genocidio de la Unión patriótica, el cual fue el asesinato de la mayoría de sus representantes incluyendo dos candidatos a la presidencia, Bernardo Jaramillo y Jaime Pardo Leal.

Estas conductas no solo se reservaron para los militantes de la oposición de ese entonces, así, el país se vio en la época de violencia más cruel de este periodo, en la cual se asesinaron aproximadamente cinco candidatos a la presidencia de distintos partidos, se asesinaron jueces, funcionarios, y por supuesto, también, un

¹⁸⁵ Juan Guillermo Ferro y Gabriela Uribe, El orden de la guerra: las FARC/EP entre la organización y la política, Bogotá Centro Editorial Javeriano, 2002, p. 29¹⁹⁴.

¹⁹⁵ Darío Fajardo, p. 44.

sinnúmero de civiles. Esto indica que la reacción a la participación democrática fue inversamente proporcional, pues la mayor apertura debería disminuir los índices de violencia en un país con un conflicto de carácter político, en cambio, estas estadísticas aumentaron de una manera exorbitante. Mostrando el punto más crítico de la historia Colombiana.

Como vemos, para los finales de los ochenta en el territorio colombiano, no solo se encontraban las guerrillas de primera generación es decir el ELN, y FARC, si no que surgieron las guerrillas de segunda generación como M-19, Quintín Lame y Epl, pero estas encontraron una oportunidad de desmovilización en el gobierno de Belisario Betancourt en el periodo de 1982 a 1986.

Desafortunadamente estas desmovilizaciones no fueron procesos comprometidos con la incorporación de estas partes de una manera integral, pues el candidato para las próximas elecciones por parte del movimiento M-19 fue asesinado¹⁹⁶. La misma suerte correría otros de sus miembros que fueron objetos de ataques y amenazas. Y tampoco con la desmovilización de estos grupos se conseguiría la tan anhelada paz por el pueblo colombiano pues aún continúan algunos actores armados del conflicto.

Todos estos problemas de violencia y de inestabilidad jurídica del país, impulsaron el movimiento de la séptima papeleta, que buscaba la creación de una nueva constitución, como la salida para los conflictos que se presentaban y la situación tan paupérrima de las instituciones colombianas, por tanto, se promovió una asamblea nacional constituyente que contara con la participación de todos los sectores. Siendo así que algunos ex miembros de grupos armados tuvieron participación.

¹⁹⁶ LARA PATRICIA. Siembra vientos y recogerás tempestades. Editorial Planeta

Por su parte el EPL, firmó acuerdo de desmovilización en el año de 1991, desarticulando su organización y garantizando su participación en la política colombiana, y su desaparición como actor armado dentro de la dinámica de conflicto armado interno colombiano.

Durante todo este proceso, la FARC-EP continuaban renegadas en su participación por tanto estuvieron al margen de la creación del nuevo orden legal y legítimamente constituido por la nueva constitución de 1991.

4.4 PANORAMA ACTUAL DEL CONFLICTO

Con las Farc-ep se iniciaron conversaciones por primera vez con el Gobierno colombiano hasta la época correspondiente desde 1998 al 2002, durante el periodo de mandato del expresidente Andrés Pastrana, este concedió una zona desmilitarizada, que fue la zona de San Vicente del Caguán, sin un cese al fuego acordado. Sin embargo, este proceso de paz falló como consecuencia de las presiones ejercidas por los altos mandos militares, la falta de compromiso por parte de los líderes de las FARC, y la permisividad y falta de control de Gobierno de Pastrana.

A continuación, en el gobierno de Álvaro Uribe Vélez, se consiguió la desmovilización de los grupos paramilitares a través de la denominada ley de Justicia paz la ley 975 de 2005. Esta fue el resultado de las negociaciones de Ralito, que llevó consigo la desmovilización de aproximadamente treinta y dos mil (32.000) miembros de las Autodefensas Unidas de Colombia y las entregas de sus armas.

Este proceso ha recibido un sinnúmero de críticas por el hecho de ser un modelo de justicia transicional que no cumple con los requisitos de justicia necesarios para garantizar la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas de estos actores del

conflicto. A su vez, existe hoy en día un resurgimiento de las denominadas Bandas Criminales¹⁹⁷, que conservan características similares en cuanto a su accionar a las Autodefensas Unidas de Colombia, y no olvida también las ramas de este movimiento que se extendieron hasta el Congreso de la República¹⁹⁸.

Por lo tanto, reduciendo de manera clara los actores del conflicto¹⁹⁹, hoy en día hay presencia de solo dos actores armados inmersos en el conflicto armado colombiano, por una parte las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC-EP), y por otro, el Ejército de Liberación Nacional (ELN).

Desde el año 2012, el actual gobierno de Juan Manuel Santos inició conversaciones con las FARC-EP, este proceso va por un excelente camino, en cual, acorde con el anuncio del 23 de septiembre de 2015, se firmó un acuerdo correspondiente al último punto de la agenda de negociaciones, las víctimas el cual incluye el punto de sometimiento a la justicia, y por tanto, un anuncio en el que probablemente la paz se estaría firmando en marzo del año 2016.

Por su parte el ELN, la segunda guerrilla más grande del país, ha manifestado la intención de empezar diálogos con el gobierno nacional, pero para la presente fecha no se ha concretado en ninguna actividad pro parte de los dos partes de las conversaciones.

El pasado 23 de septiembre de 2015 las Farc-ep en el marco de las mesas de conversaciones con el gobierno nacional, hicieron un anuncio referente a la creación de la jurisdicción especial de paz con el fin de sancionar los delitos cometidos en el marco del conflicto armado colombiano, aplicable tanto a

¹⁹⁷ En este punto es necesario recordar que el territorio colombiano se reconoce la existencia de las denominadas BACRIM que no son más que grupos organizados al margen de la ley, que de acuerdo con diversos estudios tienen relaciones con las desmovilizadas autodefensas unidas de Colombia.

¹⁹⁸ EL escándalo de la parapolítica en Colombia.

miembros de las Fuerzas armadas revolucionarias de Colombia (farc-ep), como los miembros de las fuerzas armadas colombianas.

Es por esto que el Estado colombiano otorgará la amnistía más amplia posible por delitos políticos y conexos. Con la creación de una ley de amnistía que precisará el alcance de la conexidad. En todo caso se especifica que no serán objeto de amnistía o indulto las conductas tipificadas en la legislación nacional que se correspondan con los delitos de lesa humanidad, el genocidio y los graves crímenes de guerra, entre otros delitos graves como la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, el desplazamiento forzado, la desaparición forzada, las ejecuciones extrajudiciales y la violencia sexual. Estos delitos serán objeto de investigación y juzgamiento por parte de la Jurisdicción Especial para la Paz.

Esta jurisdicción se compone de tres tipos de sanciones:

- Las sanciones para quienes reconozcan delitos muy graves la cual tendrán un mínimo de duración de cumplimiento de 5 años y un máximo de 8 de restricción efectiva de la libertad, en condiciones especiales. No se habla de pena de privación de libertad en establecimiento carcelario.
- Las personas que hagan dicho reconocimiento de manera tardía ante el Tribunal serán sancionadas con pena de prisión de 5 a 8 años, en condiciones ordinarias. Para tener derecho a la pena alternativa, se requerirá que el beneficiario se comprometa a contribuir con su resocialización a través del trabajo, capacitación o estudio durante el tiempo que permanezca privado de la libertad.

- Las personas que se nieguen a reconocer su responsabilidad por tales delitos y resulten culpables serán condenadas a pena de prisión hasta de 20 años, en condiciones ordinarias²⁰⁰.

Sin embargo no sea hecho público el acuerdo oficial respecto a ese punto de víctimas, y por tanto giran especulaciones en torno a tal. Sin embargo el gobierno afirma que este todavía no se ha acordado en su totalidad, y que existen puntos entorno al modelo que aún se encuentra en discusión. No obstante (no obstante) el gobierno nacional presento presentó un proyecto de acto legislativo que le otorgue facultades especiales para la creación del marco jurídico para la terminación del conflicto²⁰¹.

4.5 CONSECUENCIAS DEL CONFLICTO

Dentro de las características del conflicto armado colombiano, existe la denominación de un conflicto atroz, puesto que los principales afectados por el conflicto son las personas civiles con los cálculos de Jorge Giraldo²⁰², la relación entre las muertes como resultado de confrontaciones entre los distintos grupos armados, y las víctimas civiles fue de alrededor de 80 víctimas civiles por cada miembro de un grupo armado muerto en combate entre 1985 y 2000, y de 380 víctimas civiles por cada uno de las muertos en combate en los años siguientes.

²⁰⁰ Mesa de conversaciones. Acuerdo conjunto N° 60. 25 de septiembre de 2015. Disponible: <https://www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/comunicado-conjunto-60-1443048528.pdf>

²⁰¹ GOBIERNO DE COLOMBIA. Proyecto de Acto legislativo de 2015. Disponible en: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/Documents/proyecto-acto-legislativo-paz-2015.pdf>

²⁰² Jorge Giraldo. Página 30. EN: COMISIÓN HISTORICA DEL CONFLICTO Y SUS VICTIMAS. (CHCV). Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia. Febrero de 2015. Pág. 48

Los resultados y los métodos de victimización de la población no han sido homogéneos según el informe Basta ya²⁰³, que alguna recolección de información entorno a los casos emblemáticos y la información cuantitativa registrada en distintas fuentes refleja que, en términos de repertorios de violencia, los paramilitares ejecutaron en mayor medida masacres, asesinatos selectivos y desapariciones forzadas, e hicieron de la sevicia una práctica recurrente con el objeto de incrementar su potencial de intimidación.

Por otra parte, las guerrillas han recurrido primordialmente a los secuestros, los asesinatos selectivos, y los atentados terroristas, además del reclutamiento forzado y el ataque a bienes civiles. Con respecto a la violencia ilegal de miembros de la Fuerza Pública, se ha podido establecer con base en testimonios y en sentencias judiciales el empleo de modalidades como las detenciones arbitrarias, las torturas, los asesinatos selectivos y las desapariciones forzadas.

Este informe permite confirmar que entre 1958 y 2012 el conflicto armado Colombiano ha ocasionado la muerte aproximadamente de por lo menos 220.000 personas, cifra que sobrepasa los cálculos hasta ahora sugeridos. A pesar de su escalofriante magnitud, estos datos son aproximaciones que no dan plena cuenta de lo que realmente pasó, en la medida en que parte de la dinámica y del legado de la guerra es el anonimato, la invisibilización y por tanto no es posible considerar que actualmente todas las víctimas del conflicto se encuentra inmersas en estas estadísticas.

En el siguiente capítulo procederemos al análisis de cinco de las conductas que más han afectado a las personas civiles dentro el conflicto armado colombiano, y las cuales se le han atribuido a su comisión a las FARC- EP en cumplimiento con los objetivos de la presente investigación.

²⁰³ GRUPO DE MEMORIA HISTÓRICA. Basta Ya: Memoria de guerra y dignidad, Bogotá, Imprenta Nacional, 2013

5. POSIBLES CRÍMENES DE GUERRA COMETIDOS POR LAS FARC

5.1 INTRODUCCIÓN

En el desarrollo del conflicto armado, los distintos actores han desarrollado sus técnicas e implementación de modelos ajustados a sus propias modalidades de violencia, por una parte, es así como en el conflicto armado colombiano, los paramilitares como actores armados estructuraron e implementaron un repertorio de violencia basado en los asesinatos selectivos, las masacres, las desapariciones forzadas, las torturas y la sevicia, las amenazas, los desplazamientos forzados masivos, los bloqueos económicos y la violencia sexual.

Las guerrillas, por el contrario, recurrieron a los secuestros, los asesinatos selectivos, los ataques contra bienes civiles, el pillaje, los atentados terroristas, las amenazas, el reclutamiento ilícito y el desplazamiento forzado selectivo. Además, afectaron a la población civil como efecto colateral de los ataques a los centros urbanos y de la siembra masiva e indiscriminada de minas antipersonal. La violencia contra la libertad y los bienes que define la violencia fue una característica de las acciones guerrillera.

La violencia de los miembros de la Fuerza Pública se centró en las detenciones arbitrarias, las torturas, los asesinatos selectivos y las desapariciones forzadas, así como en los daños colaterales producto de los bombardeos, y del uso desmedido y desproporcionado de la fuerza.²⁰⁴

²⁰⁴ GRUPO DE MEMORIA HISTÓRICA. Basta Ya: Memoria de guerra y dignidad, Bogotá, Imprenta Nacional, 2013. Pág. 35.

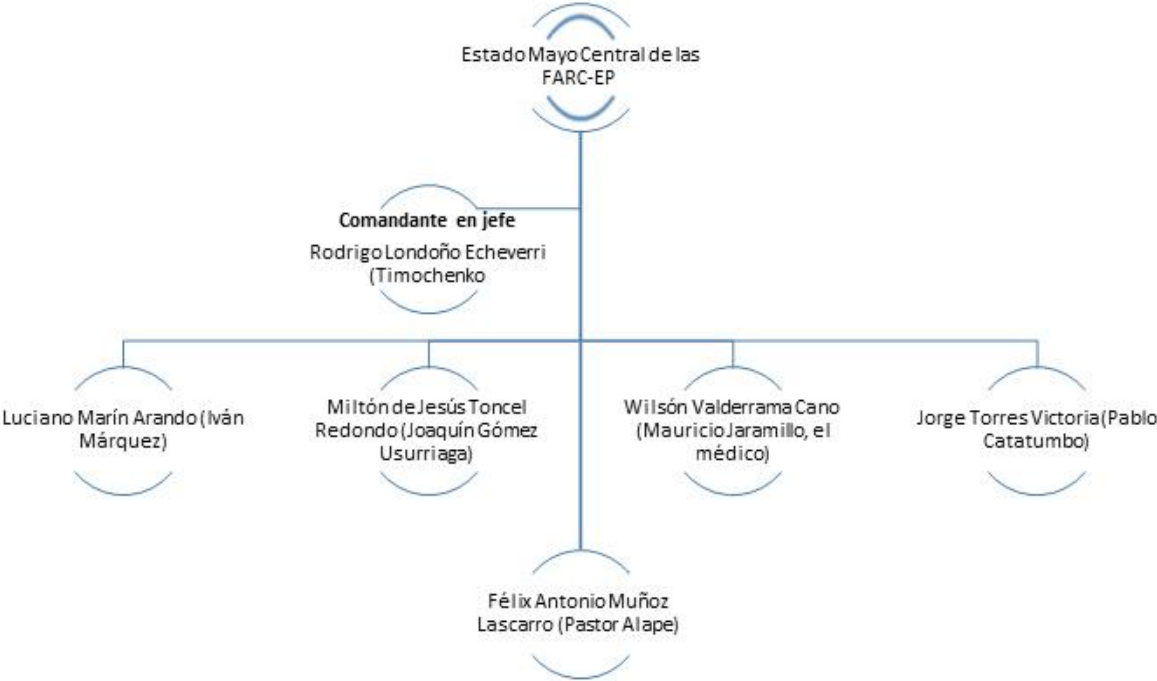
En el presente capítulo haremos un análisis de las conductas cometidas dentro del conflicto armado colombiano por las FARC –EP, y su posibilidad de configuración como crímenes de guerra bajo la regulación del Estatuto de Roma. Este análisis tendrá un componente jurídico y material, puesto que incluirán las estadísticas nacionales de estas conductas criminales para otorgar un análisis de la comisión de conductas, así, nos centraremos en cinco conductas seleccionadas en base a criterios de carácter cuantitativo y cualitativo²⁰⁵.

En primer lugar, con el propósito de vislumbrar la competencia en cuanto al factor personal de la corte, es decir, identificar los máximos responsable de la comisión de las conductas, es necesario exponer la estructura jerárquica de la organización y su estructura organizativa dividida en bloques para tener siempre presente que cuando hablamos de responsables no referimos a los cabecillas, y no los miembros rasos de la organización.

²⁰⁵ A pesar de que es alto el número de asesinatos en persona protegida y también del daño de los bienes civiles tomamos estas conductas con criterios de gravedad ante el derecho internacional humanitario y también en cuanto al número de casos que se infieren son actores las FARC.

5.1.1 Estructura jerárquica de las FARC

Figura 1. Estructura Jerárquica de las FARC





Fuente de datos: FAJARDO ARTURO, Luis Andrés. Reclutamiento de niñas y niños como crimen internacional de las FARC en Colombia, editorial Planeta Colombiana S.A. Bogotá, 2014. Pág 254-261. Elaboración propia.

5.2 RECLUTAMIENTO, ALISTAMIENTO Y UTILIZACIÓN DE MENORES EN EL CONFLICTO ARMADO INTERNO

5.2.1 Experiencias anteriores a la Corte Penal Internacional y casos a la luz del Estatuto de Roma El primer Tribunal que sancionó el reclutamiento de menores, fue el Tribunal Especial de Sierra Leona²⁰⁶. Su conflicto tiene origen en la explotación ilegal de diamantes por parte de la guerrilla Del Frente Revolucionario Unido (FRU), la cual se convierte en la principal fuente de financiación y provisión de armas cuales recibían apoyo del expresidente de Liberia Charles Taylor.

En 1991 se desencadena un conflicto entre tres partes, en primer lugar, el Frente Revolucionario Unido, con apoyo del gobierno de Liberia y el gobierno de Sierra Leona. En el desarrollo de este conflicto se reclutaron menores y se cometieron un sinnúmero de conductas, como violaciones y asesinatos en el marco de un conflicto armado, conllevando que en el año de 1999 se creara la Misión de Observadores de las Naciones Unidas en Sierra Leona (UNOMSIL)²⁰⁷, quienes contribuirían a la finalización del conflicto, a través de un acuerdo de paz.

El acuerdo de paz estableció el Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL), el cual condenó por responsabilidad penal individual a Issa Sesay a 52 años de prisión, Morris Kallon y Augustine Gbao a 40 años de prisión. También se emitió sentencia condenatoria contra el expresidente de Liberia, Charles Taylor, condenado a 50 años de prisión.

²⁰⁶ Emitió condenas en contra de Alex Tamba Brima a 50 años de prisión, Brima Bazzy Kamara a 45 años de prisión y Santigie Borbor Kanu a 50 años de prisión. COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS, coalición contra la vinculación de niños, niñas y jóvenes al conflicto armado de Colombia. “El delito invisible” Criterios para la investigación del delito de reclutamiento ilícito de niños y niñas en Colombia, Bogotá, 2009. Pág. 17.

²⁰⁷ FAJARDO ARTURO, Luis Andrés. Reclutamiento de niñas y niños como crimen internacional de las FARC en Colombia, editorial Planeta Colombiana S.A. Bogotá, 2014. Pág 254-261.

5.2.1.1. Los crímenes de guerra ante el Estatuto de Roma A través del Estatuto de Roma se incorporó una regulación para la prohibición del reclutamiento de menores, estipulado en el artículo 8-2-e-VII

(...) 2. “a los efectos del presente Estatuto se entienden por crímenes de guerra.

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:

(...) vii) Reclutar o alistar niños menores de quince años en las fuerzas armadas o grupos o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades.

La única sentencia condenatoria emitida por la CPI fue contra Thomas Lubanga Dyilo, hallado culpable el 14 de marzo del 2012, por el crimen de guerra de alistamiento y reclutamiento de menores de 15 años, para la Fuerza Patriótica para la Liberación del Congo (FPLC). Esta organización armada era el ala militar de la Unión de Patriotas Congoleños (UPC), uno de sus miembros fundadores fue Thomas Lubanga.

La responsabilidad se deriva de la participación dentro de un plan común con el propósito de construir un ejército y mantener el control político de Ituri²⁰⁸, como consecuencia de esto, se implementó como plan común, el reclutamiento de niños y niñas menores de 15 años. Estos fueron usados como soldados y guardaespaldas de altos funcionarios, su responsabilidad se comprometió puesto que la evidencia demostró que era el comandante en jefe de la organización y su líder político, ejerciendo labores de coordinación y planificación de operaciones militares.

²⁰⁸ Ituri es una provincia ubicada en el nordeste de la República Democrática del Congo, la cual ha sido sometida a un conflicto entre la etnia Lendu y Hema.

La República Democrática del Congo ratificó el Estatuto de Roma el 11 de abril del 2002, por consiguiente, remitió la situación al fiscal de la CPI el 3 de marzo del 2004, en el cual, luego de su análisis preliminar, inició investigación el 21 de junio del 2004²⁰⁹. También en la República Democrática del Congo, la CPI investiga a Bosco Ntaganda²¹⁰ por el reclutamiento de menores y otros 12 cargos de crímenes de guerra.

Por su parte, en Uganda, la CPI ha investigado cargos por reclutamiento de menores contra Ngudjolo Chui, el cual fue absuelto por falta de pruebas. También contra Germain Katanga, que actualmente se encuentra en espera de sentencia. Y por último, Bosco Ntaganda, quien tiene una orden de arresto desde el 14 de mayo del 2012, investigado por el crimen de reclutamiento, y otros crímenes de guerra y de lesa humanidad. Se establecieron como tal lo siguientes elementos.

5.2.1.1.1 Elementos dogmáticos del crimen El sujeto activo es las conductas del Estatuto de Roma, son los denominados máximos responsables, que haga parte de las organizaciones o instituciones inmersas dentro del conflicto armado de índole interna, como sujeto pasivo de la conducta se tiene a los menores de 15 años, incorporados como sujetos de especial protección en el protocolo II adicional a los convenios de ginebra.

Como acción dentro del injusto se exige el reclutamiento o alistamiento, el reclutamiento hace referencia a la incorporación de los menores de manera forzada a las listas de la organización, mientras que el alistamiento se hace de manera voluntaria por el sujeto pasivo de la conducta. También se incorpora la acción de uso de estos en las hostilidades.

²⁰⁹ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, Case Information Sheet. Situation in the Democratic Republic of the Congo. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Disponible en <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/publications/LubangaENG.pdf>. (Última vista 4 de octubre del 2015)

²¹⁰ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, Case Information Sheet. Situation in the Democratic Republic of the Congo. The Prosecutor v. Bosco Ntaganda. Disponible en <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/publications/NtagandaEng.pdf> (Última vista 4 de octubre del 2015)

Como elemento de la intención se exige que el autor de la conducta tenga el conocimiento de que los menores incorporados eran menores de 15 años de edad, como elemento de causalidad se exige que esta conducta se desarrolle en el marco de un conflicto armado en el caso colombiano de índole interna. Este delito afecta el bien jurídico de la dignidad humana y la protección especial para los niños derivada del protocolo II. Se exige como elemento subjetivo que el autor tenga consciencia de la circunstancia de hecho, es decir la existencia de un conflicto armado.

5.2.2 Análisis de la comisión de la conducta en el territorio colombiano En el ordenamiento jurídico colombiano se configuró el presente crimen en el artículo 162 del Código Penal, pero se reguló como reclutamiento ilícito de menores de 18 años, como podemos notar, en la regulación material de las dos jurisdicciones existe una limitación en el contenido material de la conducta, debido a que el delito en la jurisdicción colombiana abarca un rango de edad mayor. Así mismo, cabe recordar que la competencia de la CPI se activa para conductas cometidas a partir del 2009, en virtud de la reserva firmada por Colombia sobre los crímenes de guerra.

Dentro de los verbos rectores de esta conducta, la acción reclutamiento hace referencia a la incorporación de los menores dentro del grupo armado, bajo cualquier tipo de presión o coacción ejercida por los superiores, mientras que el alistamiento es la adhesión voluntaria por parte de los menores a las filas armadas de la organización.

El conflicto colombiano es una confrontación que ha producido un sinnúmero de víctimas, la investigación realizada por el Grupo de Memoria Histórica²¹¹ concluye que se han causado aproximadamente 220.000 muertes, entre el 1 de enero de

²¹¹ GRUPO DE MEMORIA HISTÓRICA. Basta Ya: Memoria de guerra y dignidad, Bogotá, Imprenta Nacional, 2013. Pág. 31.

1958 y el 31 de diciembre del 2012. De estas muertes, 166.069²¹² fueron civiles, he ahí la gravedad del reclutamiento forzado, dado que incorpora en el marco de hostilidades a las personas protegidas, como son los niños menores de 15 años, es por esto que en la jurisprudencia de la Corte se ha dado una vital importancia a la investigación, juzgamiento y sanción de esta conducta.

Muchas entrevistas que han determinados casos emblemáticos y la información cuantitativa registrada en distintas fuentes refleja que, en términos de repertorios de violencia, los paramilitares ejecutaron en mayor medida masacres, asesinatos selectivos y desapariciones forzadas, e hicieron de la sevicia una práctica recurrente con el objeto de incrementar su potencial de intimidación. Las guerrillas, en cambio, han recurrido primordialmente a los secuestros, los asesinatos selectivos, y los atentados terroristas, además del reclutamiento forzado y el ataque a bienes civiles. Con respecto a la violencia ilegal de miembros de la Fuerza Pública, se ha podido establecer con base en testimonios y en sentencias judiciales el empleo de modalidades como las detenciones arbitrarias, las torturas, los asesinatos selectivos y las desapariciones forzadas.²¹³

El tipo penal de reclutamiento se ha podido permear dentro del conflicto armado colombiano por diferentes factores, entre ellos, la falta de presencia estatal, puesto que los departamentos con los índices más altos de reclutamiento se encuentran ubicados en las regiones más apartadas del país. A su vez las condiciones de desigualdad y pobreza en la que están sometidos muchos campesinos, los cuales son la principal fuente de combatientes en este conflicto colombiano que es de carácter rural.

Hablar de reclutamiento forzado en Colombia a través de cifras es complicado, porque se tiene información de esta conducta únicamente en los casos de

²¹² *Ibidem*. Pág. 32.

²¹³ GRUPO DE MEMORIA HISTÓRICA. *Basta Ya: Memoria de guerra y dignidad*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2013. Pág. 20.

desmovilización registrados en estadísticas oficiales, sin embargo, acorde con diferentes informes oficiales, tales como, Basta Ya, Grupo de Atención Humanitaria del Desmovilizado y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) ²¹⁴ Se puede dar un balance general, en primer lugar, procederemos a analizar el desarrollo del delito dentro del conflicto, y luego pasaremos a exponer las cifras de los casos de reclutamiento en el año 2012, siendo las cifras, disponibles, más recientes.

El Registro Único de Víctimas (RUV) reportó para el 31 de marzo del 2013, 6.421 niños y niñas reclutados por la FARC-EP, paralelamente, el programa especializado de atención a niños, niñas y adolescentes del ICBF, reportó la atención de 5.156 niños, niñas y adolescentes que se desvincularon entre el 10 de noviembre de 1999 y el 31 de marzo del 2013, 17% de estos fueron rescatados por la fuerza pública y 83% se entregaron voluntariamente. El 72% son niños y adolescentes de sexo masculino y 28%, femenino. A partir de lo declarado en los testimonios, se identificó como principales autores de la conducta a las FARC-EP con 3.060 casos (60%), luego las AUC con 1.054 casos (20%), y por último, el ELN con 766 casos (15%)²¹⁵.

Por otro lado, en el informe de Como Cordero Entre Lobos de la analista Natalia Springer, se estima el reclutamiento de 18.000 niños²¹⁶, así mismo, la Defensoría del Pueblo²¹⁷ aprecia 6.000. Human Rights Watch estima 11.000

²¹⁴ ICBF: Sistema de Información Programa Especializado “Niños, niñas y adolescentes desvinculados” Consultado el 4 de octubre del 2015. Disponible en: <http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/RecursosWebPortal/Prensa/ABRIL%2016%20INFOGRAFI A%20RECLUTAMIENTO%20WEB.pdf>

²¹⁵ *Ibidem*.

²¹⁶ SPRINGER, Natalia, Como Cordero Entre Lobos. Del uso y reclutamiento de niñas, niños y adolescentes en el marco del conflicto armado y la criminalidad en Colombia. Springer Consulting Service, Bogotá, 2012. Pág 35.

²¹⁷ DEFENSORÍA DEL PUEBLO, Informe sobre los Derechos Humanos de la niñez en Colombia, durante el año 2001, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2002.

reclutamientos²¹⁸. El informe Como Cordero entre Lobos, permite el análisis de factores ajenos al conflicto armado que han facilitado la comisión de la conducta de reclutamiento.

En su mayoría, los niños, niñas y adolescentes son incorporados a una edad más temprana, el 69% de los reclutados son menores de 15 años²¹⁹. Dentro de sus actividades de servicio, el 84% están expuestos a los combates permanentes y 43%, a las minas anti-personas²²⁰. Sin embargo, estas cifras no evidencian el fenómeno de manera completa, éstas se derivan de los testimonios de los movilizados y no existen cifras emitidas por las organizaciones armadas que permitan una mayor claridad en cuanto a la proporción del delito.

Las cifras oficiales no cuentan con una revisión satisfactoria de la cantidad de niños, niñas y adolescentes muertos en combate²²¹. Se ha identificado en la pertenencia al grupo, que el 50,14% de los combatientes adultos de las FARC-EP ingresaron al grupo armado siendo menores de edad²²².

Como un análisis hipotético en el estudio de Springer²²³ se concluyó que aproximadamente, en la actualidad, cuatro de cada diez combatientes de las FARC-EP son menores de edad, es decir el 42% del pie de fuerza en combate. Aclarando que dentro del proceso de vinculación, la mayoría (81%) afirmó que esta fue voluntaria.

²¹⁸ HUMAN RIGHTS WATCH, Aprenderás a no llorar niños combatientes en Colombia, Bogotá, Editorial Gente Nueva, 2004.

²¹⁹ SPRINGER, Natalia, Como Cordero Entre Lobos. Del uso y reclutamiento de niñas, niños y adolescentes en el marco del conflicto armado y la criminalidad en Colombia. Springer Consulting Service, Bogotá, 2012. Pág 22.

²²⁰ *Ibidem*. Pág 20.

²²¹ *Ibidem*. Pág 26.

²²² *Ibidem*. Pág 27.

²²³ *Ibidem*. Pág 30.

Las motivaciones para el alistamiento voluntario en el contexto colombiano son muchas, desde la falta de acceso gratuito a la educación, la falta de recursos necesarios para la supervivencia anudado al poder ejercido por estas organizaciones en el territorio que facilitan el adoctrinamiento desde edades tempranas, y por tanto, una relación entre los menores y los actores del conflicto constante²²⁴.

Referente al reclutamiento forzado, éste está ligado a conductas tales como desplazamiento forzado, abuso sexual y violencia, ya que muchos de los menores que han sido forzados al reclutamiento han recibido amenazas en su integridad y la de sus familiares. La dinámica del conflicto ocasiona que en algunos casos los niños cambian de grupo (7%)²²⁵, inclusive si este es contrario ideológicamente.

Para concluir, acorde con Springer, se recluta activamente en 22 de los 32 departamentos del país, a continuación exponemos un mapa fruto de su investigación, que muestra los puntos más afectados por el reclutamiento.

²²⁴ En este caso se puede observar la guía para trabajo de los clubes infantiles bolivarianos, el cual busca promover los ideales de la organización desde edades tempranas, ofreciendo estímulos para aquellos que promuevan los ideales bolivarianos. Véase anexo b en: FAJARDO ARTURO, Luis Andrés. Reclutamiento de niñas y niños como crimen internacional de las FARC en Colombia, editorial Planeta Colombiana S.A. Bogotá, 2014. Pág 254-261.

²²⁵ SPRINGER, Natalia, Como Cordero Entre Lobos. Del uso y reclutamiento de niñas, niños y adolescentes en el marco del conflicto armado y la criminalidad en Colombia. Springer Consulting Service, Bogotá, 2012. Pág 44.

Figura 2. Mapa fruto de la investigación

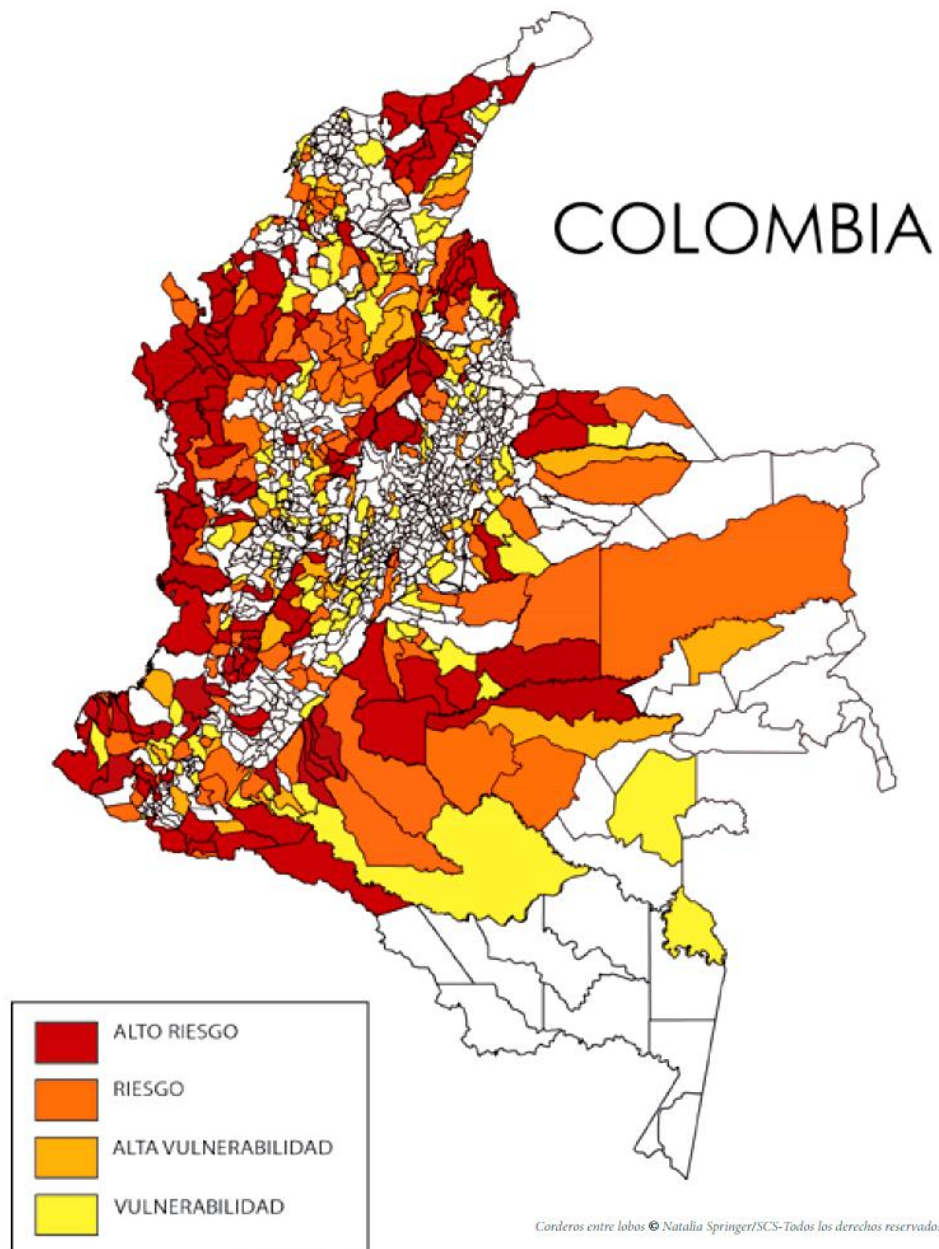


Imagen tomada de Springer Nathalia. Como cordero entre lobos.

5.2.2.1 Reclutamiento de menores en el año 2012 por parte de las FARC. En este acápite mostramos las cifras del grupo de Atención Humanitaria que emite un porcentaje de reclutamiento para el año 2012 de niños, niñas y adolescentes, y

que evidencia la comisión de la conducta por parte de las FARC-EP en el territorio colombiano.

Tabla 5. Reclutamiento de menores en el año 2012 por las FARC

Departamento	Número de casos	Porcentaje
Antioquia	28	15%
Arauca	11	7%
Boyacá	2	1%
Bolívar	1	1%
Caquetá	14	9%
Casanare	1	1%
Cauca	15	10%
Chocó	3	2%
Córdoba	1	1%
Cundinamarca	12	7%
Guaviare	4	2%
Huila	3	2%
La Guajira	1	1%
Magdalena	2	1%
Meta	13	9%
Nariño	12	7%
Norte de Santander	1	1%
Putumayo	18	11%
Risaralda	1	1%
Santander	2	1%
Tolima	12	7%
Valle	3	2%
Vaupés	3	2%
Vichada	2	1%
Total	165	100%

Fuente: FAJARDO ARTURO, Luis Andrés. Reclutamiento de niñas y niños como crimen internacional de las FARC en Colombia, editorial Planeta Colombiana S.A. Bogotá, 2014. Pág 54 - 105.

Este cuadro nos muestra datos recientes, que evidencia cómo en la actualidad se continúa llevando a cabo el reclutamiento de menores en las filas de las FARC-

EP, a pesar de las innumerables declaraciones que estos han realizado de acogerse a los principios del derecho internacional humanitario y las prohibiciones expresas en sus reglamentos internos²²⁶ de esta actividad. Sin olvidar que las cifras expuestas solo corresponden a aquellos casos que se han registrado de manera oficial, y acogidos por estos programas.

Esto nos lleva a concluir que no existe un balance real sobre el reclutamiento de menores en el territorio colombiano, y por tanto, posee dificultades el determinar los rango de edad de los menores reclutados, esto en cuanto a la importancia que tiene la diferencia más notable entre la jurisdicción internacional y la jurisdicción colombiana, ya que mientras en Colombia se sanciona el reclutamiento de los menores de dieciocho años, la corte penal internacional sanciona el reclutamiento de los menores de quince años.

Es por tanto que se hace de vital importancia que en el marco de los acuerdos de paz hasta ahora llevados con las FARC-EP, éstos permitan un análisis desde de sus perspectiva, o al menos, un aporte real de datos que permiten un balance más completo para determinar el real alcance de esta conducta, puesto que no se puede determinar una política criminal real, si se desconoce las verdaderas dimensiones del problema.

5.3 VIOLENCIA SEXUAL

La violencia sexual ha sido definida como una violación de los derechos humanos y se deriva de los roles que generan estereotipos en la sociedad y que al mismo tiempo niegan la dignidad y la autodeterminación de la personas²²⁷. En esta conducta es generalmente cometida contra la mujer, la cual en una sociedad

²²⁶ Estatuto de las FARC-EP, Art. 54.

²²⁷ FAJARDO ARTURO, Luis Andrés. VALOYES VALOYES, Rosa Yineth. Violencia Sexual. Como crimen internacional perpetrado por las FARC. Editorial Planeta S.A. Bogotá. 2015. Pag 92

patriarcal, tal como lo es la colombiana, está supeditada a ciertos comportamientos de conducta y al desempeño de un rol específico en la sociedad.

Dentro de estas conductas se incluye la esclavitud sexual, aborto forzado, prostitución métodos de planificación forzados, esterilización entre otros. A continuación procederemos analizar este tipo de conductas, en primer lugar, desde el ámbito internacional y luego en el ámbito nacional con referencia a las acciones de las FARC-EP.

5.3.1 Experiencias antes de la corte penal internacional y el estatuto de la corte penal internacional Como experiencias internacionales anteriores a las investigadas por la Corte Penal Internacional se encuentra el Tribunal Penal Internacional de Yugoslavia, dentro de la jurisprudencia de este tribunal se tiene la sentencia del caso Dusko Tadic, en el cual en principio se le había acusado por la comisión de 12 crímenes de lesa humanidad, entre esté la violación de una mujer.

Sin embargo, a la hora de declarar, la mujer²²⁸ se retractó de éstas mismas. Sin embargo, fue sancionado, no por cometer de manera directa la conducta, sino por dirigir una política de terror fundada en abusos sexuales, agresiones y otro tipo de abusos físicos. Condenado a 20 años de prisión. Lo mismo contra Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac y Zoran Vukovic condenados a 28 años, 20 años y 20 años respectivamente.

Por otra parte en el Tribunal Penal Internacional para Ruanda²²⁹ emitió seis sentencias en cuanto a violencia sexual, entre el caso de Jean Paul Akayesu en el cual por primera vez, se reconoció la violencia sexual como un acto de genocidio. Por su parte, Augustinngribatware, Idelphonse Nizeyimana, Tharcisse

²²⁸ Ibidem. Pág. 96

²²⁹ Ibidem 101.

Renzaho, Idelphnse Hategekimana, condenados por violaciones contra mujeres tutsi como crímenes de lesa humanidad.

5.3.1.1 Surgimiento del crimen de violencia sexual en el Estatuto de Roma En el Estatuto de Roma, su artículo 8-2-e-vi estipula como crimen de guerra la comisión de actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 2 común de los cuatro convenios de Ginebra.

En el siguiente apartado estableceremos los elementos de los crímenes, en particular.

5.3.1.1.1 Elementos dogmáticos del crimen

- **Violencia sexual**

En esta conducta también se busca la sanción de los máximos responsables, por eso se exige que el autor de la conducta “haya realizado un acto de naturaleza sexual”, usando la fuerza, la amenaza de fuerza, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra el sujeto pasivo la conducta la cual es los sujetos del protocolo ii adicional es decir todas las personas civiles que no hagan parte activa de las hostilidades, enfermos fuera de combate y heridos, con umbral de gravedad comparable a la de una infracción grave del artículo 3 común.

Se exige como elemento subjetivo de la conducta el uso la fuerza la intimidación, la detención y opresión psicológica para obtener los resultados deseados.

- **Esclavitud sexual**

Al igual que los anteriores tipos penales el sujeto activo, para la competencia de la corte penal internacional debe ser los máximos responsables de la comisión a gran escala o como parte de una política. Como sujeto pasivo recae los conceptos del protocolo II adicional, personas protegidas.

Como elemento subjetivo de la conducta se estipula que el autor haya ejercido atributos del derecho de propiedad sobre una o más, personas, en las que se evidencia como acciones de este elemento, la compra, venta, préstamo o trueque o algún tipo similar de privación de la libertad, que es un tipo de conducta alternativa.

Se exige como consecuencia que las es o esas personas realizara uno o más actos de naturaleza sexual. Esta conducta es compleja en cuanto al elemento antijurídico ya que incluye dos figuras que atentan contra bienes diversos: La una, contra la libertad, la otra contra la integridad sexual.

- **Violación**

El sujeto activo de la conducta es igual que en los anteriores tipo penales, los máximos responsables de la ejecución de estas conductas como parte una política o la ejecución a gran escala de esta conducta. Igualmente el sujeto pasivo de la conducta son los sujetos objetos de protección del protocolo II adicional

Como elemento de resultado el autor de la conducta debe haber ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima, o un órgano sexual o del orificio anal o genital de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo.

El elemento subjetivo de conducta exige que la víctima se halle puesta en incapacidad de resistir, es decir, tomada por la fuerza o coacción, proveniente de la cualquiera de estas circunstancias: violencia, intimidación, detención, opresión psicológica o el abuso de poder, la consecuencia de un entorno opresivo o coercitivo.

El bien jurídico afectado es la dignidad, y libertad sexual, además de afectar el bien jurídico de la protección derivada del derecho internacional humanitario. Esta conducta debe desarrollarse en el contexto de un conflicto armado interno.

- **Prostitución forzada**

Contiene las mismas calificaciones de las conductas anteriores para el sujeto activo como pasivo, la conducta requiere que el autor haya hecho que la víctima realizara uno o más actos de naturaleza sexual, con elemento subjetivo de actuar usando la fuerza, coacción, violencia, intimidación, detención, presión de carácter psicológico o el abuso de la víctima, sometiendo a la persona a una incapacidad a la hora de otorgar su consentimiento.

Como un elemento de resultado de la conducta se exige que el autor o un tercero hayan obtenido ventajas monetarias o de otro tipo a cambio de actos de naturaleza sexual o en relación con ellos. El elemento de causalidad exige que se desarrolle en el marco de un conflicto armado.

- **Embarazo forzado**

Al igual que las conductas anteriores se estipula como sujeto activo de la conducta a los máximos responsables de la ejecución a gran escala o como parte de una política de estos crímenes, por su parte el sujeto pasivo de la conducta son los protegidos por el protocolo II adicional.

Como elemento especial de la conducta se exige que el confinamiento de las víctimas se realice con la intención de modificar la composición étnica o cualquier otra infracción grave del derecho Internacional Humanitario y por tanto se debe producir el resultado de un embarazo derivado de la

- **Esterilización forzada**

Cuenta con los mismo sujetos tanto activo y pasivo de las conductas. Se exige como elemento subjetivo el conocimiento de la existencia de un conflicto armado al igual que los diferentes tipos penales.

Como resultado de la conducta se exige que el autor haya privado a la víctima de la capacidad de reproducción, utilizando como medio el suministro forzado y repetido de métodos anticonceptivos.

Se exige que esta conducta no debe desarrollarse dentro de un tratamiento médico u hospitalario de la víctima o que esta se haya dado con el consentimiento libre de la víctima.

5.3.2 Análisis de la comisión de la conducta en el territorio colombiano En el ordenamiento jurídico colombiano estas conductas esta reguladas como acceso carnal violento (art. 138); actos sexuales violentos (art. 139); y se constituyen como circunstancias de agravación (art. 140):(…) posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima. (art. 211-2 por reenvío); y por último, la prostitución forzada o esclavitud sexual (art. 141).

Hablar de esta conducta dentro del territorio colombiano es sumamente difícil por la complejidad de tal conducta, y lo es aún más establecer estadísticas claras en

torno al mismo. Esto se deriva de los aspectos sociales y culturales en torno a la mujer, y por tanto una tendencia a la revictimización de la víctimas.²³⁰

En cuanto a los informes oficiales, la medida cuantitativa es muy baja, pero existe con respecto al elemento cualitativo, un sinnúmero de testimonios que registra una distribución de responsabilidades, es así como el Grupo de Memoria histórica estipula la alta prevalencia de los grupos paramilitares en este tipo de acciones, seguidos de las guerrillas y los miembros de la fuerza pública. Pero estos se observan patrones distintos en términos de motivaciones y métodos.²³¹

Examinar la comisión de esta conducta en el marco del conflicto armado por parte de las FARC-EP, implica dos acepciones, por una parte tenemos la violencia sexual cometida contra las personas protegidas del protocolo II adicional, y por otra parte la violencia cometida contra los mismo integrantes de la organización, los cuales son combatientes y por tanto la Corte Penal Internacional no tiene competencia

Esto desde la perspectiva que existe incontables testimonios que muestran, el uso como política de las FARC-EP, la obligación de métodos de planificación y el aborto forzado²³². Lo que conlleva a un componente más de violencia sexual que no se puede incluir bajo esta competencia.

Un ejemplo de esta cualidad del conflicto armado colombiano, es el elemento expuesto por Springer referente a los niños y niñas desvinculados, lo cual muestra

²³⁰ GRUPO DE MEMORIA HISTÓRICA. Basta Ya: Memoria de guerra y dignidad, Bogotá, Imprenta Nacional, 2013. Pág. 77

²³¹ Mientras en la violencia sexual ejercida por el paramilitarismo se utilizó el cuerpo de la mujer y la violencia sexual como una forma de ejercer control territorial, véase: Grupo de Memoria Histórica: La masacre de Bahía Portete. Mujeres Wayuu en la mira. Por su parte los grupos guerrilleros utilizaron la violencia sexual contra las personas protegidas como retaliaciones para la presión de personas al reclutamiento.

²³² FAJARDO ARTURO, Luis Andrés. VALOYES VALOYES, Rosa Yineth. Violencia Sexual. Como crimen internacional perpetrado por las FARC. Editorial Planeta S.A. Bogotá. 2015. Pag 92

que el 42% de las niñas entrevistadas expresaron que consideraban una obligación atender sexualmente a los superiores en mando. Entre las practicas que identificaron como el “deber” de atender sexualmente a un superior jerárquico, describieron el tocamiento, la actividad sexual indeseada, el manoseo, la servidumbre y el tráfico sexual (eran compartidas con otros hombres dentro y fuera de la organización por el intercambio de favores, el acuerdo con socios de negocios, el acceso a bienes o como un mecanismo para obtener información²³³.

En cuanto a cifras estadísticas, el grupo de memoria histórica en revisión del auto 092 de la Corte Constitucional en el conflicto armado, permite identificar la ocurrencia de 142 casos entre el año de 1990 al 2010. Entre estos, 129 fueron perpetrados por los grupos paramilitares (90,9%), mientras que 13 por las guerrillas (9,1%). En contraste con lo anterior, el RUV reporta presunta autoría en 748 de los 1.754 casos registrados. Entre estos, 370 fueron perpetrados por las guerrillas (49,5%), 344 por los grupos paramilitares (46%), 8 por miembros de las Fuerza Pública (1,1%), 7 por más de un autor y 19 por otros. Esta distribución pone de manifiesto que la violencia sexual perpetrada por las guerrillas pudo haber sido menos visible que la de otros actores armados²³⁴.

Acorde con testimonios y los casos que se documentaron dentro del grupo de memoria histórica, se pudo concluir que, a diferencia de los grupos paramilitares, la guerrilla no uso la violencia sexual como un método de control de carácter territorial, pero se identifican ciertos casos en los cuales se ejerció la violencia sexual como una forma de presión para el reclutamiento de algunos miembros.

²³³ SPRINGER, Natalia, Como Cordero Entre Lobos. Del uso y reclutamiento de niñas, niños y adolescentes en el marco del conflicto armado y la criminalidad en Colombia. Springer Consulting Service, Bogotá, 2012. Pág 48

²³⁴ GRUPO DE MEMORIA HISTÓRICA. Basta Ya: Memoria de guerra y dignidad, Bogotá, Imprenta Nacional, 2013. Pág. 36.

El principal desafío para el análisis de la competencia material de este crimen, es que las estadísticas oficiales tanto como de entidades no gubernamentales, no son completas y no permiten tampoco una referencia sobre la comisión de estas conductas en años más recientes, en especial, luego de la activación de la competencia material de la Corte, es decir, luego del año 2009.

5.4 TOMA DE REHENES

5.4.1 Surgimiento del delito de toma de rehenes en el Estatuto de Roma. Esta conducta está regulada en el estatuto de roma, se incorporan como elementos materiales los siguientes en el ámbito de las personas protegidas.

5.4.1.1 Elementos del crimen. Como sujeto activo de la conducta se encuentran los máximos responsables de la comisión a gran escala de esta conducta, contra el sujeto activo los cuales son los protegidos por el protocolo II adicional. Como verbo rector de la conducta se estipula una conducta alternativa puesto que se entiende como capturar, detener o mantener en calidad de rehén a una de estas personas.

Como elemento especial está el Elemento de intencionalidad el cual requiere la emisión de una amenaza condicionada, es decir, la espera un beneficio para el grupo, y de esta forma mantener el bienestar físico y mental de los civiles que han sido detenidos ilícitamente

5.4.2 Análisis de la comisión de la conducta en el territorio colombiano Está conducta tiene una complejidad por la confusión de dos tipos penales la toma de rehenes y el secuestro, puesto que en el primero no estamos hablando de una retribución de carácter monetaria, si no de la exigencia de beneficios para la organización.

Las estadísticas existentes no se refieren a toma de rehenes, sin embargo es conocido que en el marco del conflicto armado, las FARC-EP han secuestrado con fines de carácter monetario y ha mantenido un sinnúmero de prisioneros de guerra, de los 27.023 secuestros reportados entre 1970 y 2010, las guerrillas son autoras de 24.482, lo que equivale al 90,6%. Los paramilitares han realizado 2.541 secuestros, correspondientes al 9,4%. Lo anterior significa que de cada diez secuestros, aproximadamente, las guerrillas son responsables de nueve y los grupos paramilitares de uno.

El patrón de ataque de las FARC ha estado dirigido hacia las élites regionales y locales, y se materializa en prácticas de violencia como los secuestros, las extorsiones, los asaltos a las propiedades y el pillaje. La estrategia guerrillera se enfocaba en la desmoralización de los terratenientes, los finqueros y los empresarios mediante la afectación de sus bienes, que son tenidos como símbolos de poder y estatus del orden que los armados intentan subvertir.²³⁵

En los casos correspondientes al periodo 1970-2010, en términos de autoría presunta y confirmada, las guerrillas son las mayores responsables de los secuestros relacionados con el conflicto armado. El 90,6% de los casos, porcentaje equivalente a 24.482 secuestros, fue ejecutado por estas; las siguen los grupos paramilitares, que aparecen relacionados en la comisión de 2.541 secuestros, que corresponde a un 9,4%.

Sin embargo, para la década de los 90, con la desmovilización de varios grupos guerrilleros²³⁶, aproximadamente cuatro, se redujeron las estadísticas, pero seguido a esto, aumentó nuevamente como una práctica excesiva por parte de las

²³⁵ GRUPO DE MEMORIA HISTÓRICA. Basta Ya: Memoria de guerra y dignidad, Bogotá, Imprenta Nacional, 2013. Pág. 40

²³⁶ Para una mirada más profunda sobre el conflicto, y los grupos guerrilleros en el conflicto colombiano, véase el capítulo 4 de la presente investigación.

FARC-EP y el ELN²³⁷. El secuestro se convirtió en la apuesta políticamente más arriesgada en la segunda mitad de la década de los 90, cuando decidieron retener a militares y secuestrar a políticos para forzar al Gobierno a un canje por los guerrilleros presos en las cárceles. Con esta estrategia, las FARC intentaron crear un hecho político que, *de facto*, implicara el reconocimiento de su estatus de beligerancia. La masificación del secuestro también sirvió para presionar la renuncia de las autoridades civiles y de los candidatos a cargos de elección popular (alcaldes, gobernadores, representantes en cuerpos legislativos). Cifras & Conceptos documentó el secuestro de 318 alcaldes, 332 concejales, 52 diputados y 54 congresistas por hechos asociados con el conflicto armado entre 1970 y 2010. La mayoría de estos secuestros ocurrieron entre 1996 y 2002: 219 alcaldes (68,9%), 246 concejales (74,1%), 38 diputados (73,1%) y 27 congresistas (50%). Entre los secuestrados con militancia política, Cifras & Conceptos ha registrado 912 víctimas.

Se desconoce hoy cuántos de estos son rehenes y cuántos son secuestrados puesto que los registros oficiales identifican estos como secuestros, pero no existen estadísticas que especifiquen a los rehenes en poder de las FARC-EP, que se mantienen con el propósito aún del denominado canje humanitario. Además en los últimos años, la fuente de ingresos de las FARC-EP se ha mantenido en este tipo de acciones junto con el narcotráfico, con el fin de obtener un sustento económico para sus actividades delictivas.

²³⁷ Pero si bien la cifra general descendía, las FARC y el ELN acudían con mayor frecuencia a esta práctica. Para entonces, las FARC registraron 789 secuestros, mientras que el ELN perpetró 539 entre 1991 y 1995

5.5 DESPLAZAMIENTO FORZADO

5.5.1 Surgimiento del delito de desplazamiento forzado en el Estatuto de Roma. Con la aparición del Estatuto de Roma se incorporó esta conducta con los siguientes elementos.

5.5.1.1 Elementos de los crímenes Como sujeto activo de la conducta se tiene a los grandes responsables de la comisión a gran escala o como parte de una política de la presente conducta. Se requiere como resultado el desplazamiento de la población civil, en el cual se incorpora el elemento objetivo de la emisión de una orden con la finalidad de desplazar la población sin que esta sea necesaria en el marco de la protección y seguridad de estas personas.

5.5.2 Análisis de la comisión de la conducta en el territorio colombiano. Acuerdo con el informe Basta ya, para el periodo 1985-1995 se estiman que 819.510 personas fueron desplazadas como consecuencia del conflicto armado. Esto sugiere que la cifra de desplazados podría acercarse a las 5.700.000 personas, lo que equivaldría a un 15% del total de la población colombiana.²³⁸

Cuantificar las dimensiones del desplazamiento forzado ha sido una tarea con numerosas dificultades, en su mayor parte, por el tardío reconocimiento oficial del fenómeno. De acuerdo con el Registro Único de Víctimas, en solo seis años, entre 1996 y 2002, la cifra llegó a 2.014.893 víctimas. De acuerdo con el RUV, entre el 2000 y el 2003, el número anual de personas en situación de desplazamiento forzado superó las 300.000 personas. Recientemente, fuentes oficiales han reconocido que existen más de 8,3 millones de hectáreas (358.937 predios)

²³⁸ GRUPO DE MEMORIA HISTÓRICA. Basta Ya: Memoria de guerra y dignidad, Bogotá, Imprenta Nacional, 2013. Pág. 34

despojadas o abandonadas por la fuerza. Esta cifra fue revelada por el Ministerio de Agricultura.²³⁹

Identificar los elementos de esta conducta, en el marco del conflicto colombiano y acorde con el Estatuto de Roma, constituye una desnaturalización del conflicto, porque muchas de las víctimas del conflicto salieron de sus tierras, sin que mediara una orden de un cabecilla de por medio, simplemente atemorizadas por las manifestaciones de violencia y la falta de presencia estatal que pudiera otorgar seguridad para estos sujetos de derechos.

5.6 ASESINATO EN PERSONA PROTEGIDA

5.6.1 Experiencias antes de la Corte penal internacional y el surgimiento del estatuto de Roma Son muchos los casos con respecto a este crimen tanto dentro de la jurisprudencia del Tribunal Internacional para Yugoslavia, y del Tribunal Internacional para Ruanda y para Sierra Leona.

5.6.1.1 Surgimiento del delito de asesinato en persona protegida en el Estatuto de Roma. Con la aparición del estatuto de roma, se establecieron los siguientes elementos.

5.6.1.1.1 Elementos del crimen Homicidio en todas sus formas: i. Que el autor o sujeto activo en este caso los máximos responsables de las comisión a gran escala o como parte de la política de realice una conducta que tenga como resultado la muerte contra el sujeto pasivo de la conducta los cuales son los sujeto de protección del protocolo II adicional

²³⁹ GRUPO DE MEMORIA HISTÓRICA. Basta Ya: Memoria de guerra y dignidad, Bogotá, Imprenta Nacional, 2013. Pág. 76

La conducta debe ser cometida en el marco de una acción y omisión intencional y se deber tener la intención de matar a la víctima dirigiendo una acción con el propósito de conseguir este resultado o el causar una herida que permita injerir que razonablemente se llevara a la muerte.

5.6.2 Análisis de la comisión de la conducta en el territorio colombiano En el marco del conflicto colombiano las cifras de asesinato de personas civiles que no hacen parte activa de las hostilidades, son muy altas, a tal punto que se hace necesario hablar aquí de los asesinatos que se han ocasionado en torno al desarrollo del conflicto armado, y que se han realizado en modalidad de masacre por parte de las FARC-EP.

Entre los registros de las masacres perpetradas por las guerrillas, se señala que 238 fueron ejecutadas por las FARC; 56 por el ELN; 18 por el EPL; 3, por otras guerrillas (M-19 y Movimiento Quintín Lame); 7 por dos o más guerrillas en acciones conjuntas; 18 por guerrilla no identificada; y 3 por disidencias o facciones de guerrillas (el Frente Ricardo Franco de las FARC o el ERP del ELN). Esto revela que de cada diez masacres cometidas por la guerrilla, siete son responsabilidad de las FARC, mientras que el ELN es responsable de dos.

En otras situaciones, las masacres cometidas por las guerrillas se inscribieron dentro de una competencia entre grupos armados por razones territoriales o ideológicas. Entre estos casos se cuenta la masacre de La Chinita, Apartadó, donde el 23 de enero de 1994 las FARC asesinaron a 34 militantes políticos de Esperanza, Paz y Libertad.

Por otra parte, la masacre de Tacueyó, en el municipio de Toribío, Cauca, donde el Frente Ricardo Franco, disidente de las FARC, asesinó a 126 combatientes de la misma organización en diciembre de 1985, bajo la acusación de ser infiltrados del Ejército. Del total de 588 eventos con episodios de sevicia y crueldad extrema,

371 (63%) fueron atribuidos a los grupos paramilitares; 126 (21,4%), a grupos armados no identificados; 57 (9,7%), a miembros de la Fuerza Pública; 30 (5,1%), a las guerrillas; y 4 (0,7%), a grupos paramilitares y Fuerza Pública en acciones conjuntas.

5.7 USO DE MINAS ANTIPERSONAS

5.7.1 Experiencias antes de la corte penal internacional Las prohibiciones entorno a los métodos y medios de hacer la guerra se remontan a los usos y costumbres del derecho de la guerra, previos al surgimiento del tribunal de Núremberg. Aunque son muchos los esfuerzos del derecho internacional humanitario por el control de uso de armas, ha sido insuficiente por falta de acuerdo entre las políticas estatales de prohibición de ciertas armas.

5.7.2 Surgimiento del delito de uso de minas antipersonas en el Estatuto de Roma El uso de minas antipersonas se puede incluir como una infracción contemplada dentro del artículo del Estatuto de Roma, sin embargo, este tipo fue creado con el propósito de que las armas objeto de prohibición fueran incorporadas dentro del anexo. Lamentablemente, para la presente fecha no se ha desarrollado un acuerdo en torno a esta cuestión lo que ha dejado que el Derecho Internacional Humanitario se vea rezagado con la modernidad de la guerra.

Por otra parte, este tipo de conducta solo se convierte en una prohibición sancionable por la Corte Penal Internacional si se comete en el marco de un conflicto armado de carácter internacional puesto que fue tipificado en el estatuto, para el control de divergencias internacionales, esto en concordancia con el principio de soberanía por el cual cada estado a nivel interno puede regular conforme a sus criterios el uso de armamento, pero que se hace necesario regular en cuanto a los conflictos de carácter internacional para dar una “equidad” a las

confrontaciones, por tanto no existe una persecución por parte de la CPI, si estas conductas se perpetúan en el contexto de un conflicto armado interno.

5.7.3 Análisis de la comisión de la conducta en el territorio colombiano De acuerdo con el informe Basta Ya²⁴⁰, Colombia es el segundo país, después de Afganistán, con mayor número de víctimas de minas antipersonal, y el primero a nivel mundial con la mayor cantidad de desplazados internos. El primero en incorporar este elemento dentro de la dinámica del conflicto armado fue el ELN.

Luego, como una respuesta de la guerrilla ante la estrategia de avance paramilitar, buscaron extender y generalizar los campos minados, con el fin de impedir o retrasar las operaciones de la Fuerza Pública o los repoblamientos paramilitares. El uso de las minas antipersonal se convirtió en la táctica militar de las FARC para compensar la pérdida de la iniciativa militar en el conflicto armado a partir del 2000, así como para contener eficazmente el avance paramilitar. Ciertamente, a medida que los distintos indicadores de violencia de las guerrillas iban decreciendo como consecuencia de la recuperación de la iniciativa militar del Estado, la victimización por la siembra indiscriminada de minas antipersonal registró una tendencia contraria.

La letalidad de las minas antipersonal, por lo menos en el caso colombiano, es comparativamente menor respecto a otras modalidades de violencia:

Acuerdo con las estadísticas del gobierno nacional en el periodo 1990 a AGOSTO 31 de 2015 se registraron un total de 11.202 víctimas por MAP, MUSE y AEI. De estas, el 38 % (4.283) son civiles y el 62 % (6.919) miembros de la Fuerza Pública.

²⁴⁰ GRUPO DE MEMORIA HISTÓRICA. Basta Ya: Memoria de guerra y dignidad, Bogotá, Imprenta Nacional, 2013. Pág. 35

Del total de víctimas reportadas en el periodo 1990 a AGOSTO 31 de 2015, el 80 % (8.968) resultó herida y el 20 % (2.234) murió en el lugar del accidente. De estas, 4.283 víctimas pertenecen a población civil, de las cuales 3.471 (81 %) resultaron heridos y 812 (19 %) murieron. De las 6.919 víctimas miembros de la Fuerza Pública, 5.497 (79 %) quedaron heridos y 1.422 (21 %) fallecieron.

Entre enero y AGOSTO 31 de 2015 se registraron un total de 181 víctimas. De estas, 56 víctimas pertenecen a población civil, de las cuales el 26 % (14) murieron y el 74 % (42) quedaron heridos. De las 125 víctimas miembros de la fuerza pública, el 91 % (112) quedaron heridos y el 9 % (13) fallecieron en el lugar del accidente.²⁴¹

Esta conducta que es una de las más lesivas en cuanto el daño indiscriminado que se ejercer sobre cualquier tipo de población, es una lástima que la comunidad internacional no haya realizado todos los esfuerzos posibles para prohibirla de una manera expresa, sin embargo cabe resaltar que en el marco de la negociaciones del conflicto armado,²⁴² se ha construido como objetivo realizar labores de desminado humanitario, para parar las consecuencias de esta conducta que si bien no es un crimen aplicado a los conflictos armados internos, es una de las practicas más lesivas pues causan sufrimientos innecesarios, estas armas están creadas para en la mayoría de los casos ocasionar amputaciones.

²⁴¹ GOBIERNO DE COLOMBIA. Dirección contra minas. Víctimas de minas antipersonas. Disponible en: www.accioncontraminas.gov.co/estadisticas/Paginas/victimas-minas-antipersonal.aspx (ultima vista 08/10/15)

²⁴² MESA DE CONVERSACIONES. Comunicado N° 52 del 7 de Marzo de 2015. Acuerdo sobre limpieza y descontaminación del territorio de la presencia de Minas Antipersonales (MAP), Artefactos Explosivos Improvisados (AEI) y Municiones Sin Explotar (MUSE) o Restos Explosivos de Guerra (REG) en general. La Habana, Cuba. 2015. Para mayor información: www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/oacp/Pages/informes-especiales/desminado-proceso-paz/index.html

6. LA INTERVENCIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL PARA SANCIONAR CRÍMENES DE GUERRA EN COLOMBIA

6.1 INTRODUCCIÓN

En el presente capítulo analizaremos los elementos de la competencia de la Corte Penal Internacional y los componentes de su intervención complementaria, a través de la práctica de un test de complementariedad que permitirá realizar un balance del marco legal expuesto para la sanción de las FARC-EP como actores armados del conflicto. Sin olvidar que este test se puede realizar en cualquier etapa del proceso, pues las condiciones son dinámicas en torno al marco jurídico que sancionaría estas conductas y cualquier modificación entorno a estas, también crea un cambio en el resultado del test.

6.2 LA JURISDICCIÓN DE LA CORTE

Es reconocido por la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional que la jurisdicción está compuesta por cinco elementos, cuatro en cuanto a la competencia y uno en cuanto a la complementariedad derivada del artículo 17. A continuación nos referimos a los cuatro elementos de competencia, y la complementariedad será analizada en el apartado denominada test de complementariedad.

6.2.1 Competencia material La competencia material está determinada por el artículo 5 del Estatuto de Roma, donde se establecen los crímenes de competencia de la Corte definidos en los artículos siguientes 6°, 7° y 8° del Estatuto de Roma, en el cual se constituyen las acciones que configuran las

inclinaciones que serán objeto de investigación del fiscal, y por ende de sanción de los jueces de este tribunal internacional dependiendo del tipo de conflicto armado que se desarrolle en el territorio²⁴³.

Como lo hemos expuesto en los capítulos anteriores, la situación en Colombia es calificada como un conflicto armado de carácter interno, lo que hace que el ámbito de aplicación de las conductas sea cortamente restringido en comparación con la lista de inclinaciones aplicadas a los conflictos de carácter internacional.

Es necesario recalcar que en cuanto a los hechos que pueden ser materia de investigación existe una característica en el ordenamiento jurídico colombiano, esta es que a pesar de la ratificación de Estatuto de Roma, concebida por Colombia el 1 de noviembre de 2002, se firmó con la reserva establecida en el artículo 124 del estatuto de roma, con la cual se configuró la entrada de la competencia de la corte, para seis años pasados la ratificación del estatuto, es decir, la competencia en cuanto crímenes de guerra es a partir del 1 de Noviembre de 2009.

6.2.2 Competencia personal En cuanto a la competencia personal regulada en el artículo 12 – b y 26 del Estatuto de Roma hace referencia como factor persona, en pocas palabras, los individuos que pueden ser sancionados por la corte, todos los ciudadanos pertenecientes a los estados que ratificaron el estatuto, mayores de 18 años a el momento de la comisión de los crímenes investigados por la Corte Penal Internacional.

En consonancia con lo anterior, los menores de 18 años que actúen como máximos responsables de conductas o hayan hecho parte activa de las

²⁴³ Para conocer las inclinaciones aplicables a los conflictos armados internos, remítase al capítulo 3 del presente trabajo, donde se hace un análisis descriptivo de las conductas y sus elementos materiales.

hostilidades en el marco del conflicto armado colombiano, incurriendo en crímenes de guerra, quedan por fuera de la competencia de la corte penal internacional.

6.2.3 Competencia territorial Por su parte este elemento de la competencia se encuentra definido por los artículos 12 y 13 del Estatuto de Roma, los cuales puntualiza que la facultad sancionadora e investigativa de la corte solo podrá tener competencia de los asuntos ocurridos bajo el territorio de un estado que haya ratificado o aceptado de manera expresa la competencia de la Corte Penal Internacional.

Dicho lo anterior, se infiere que no puede existir competencia para la corte sin la ratificación e incorporación del Estatuto de Roma entre la normatividad del país. Como lo hemos expuesto en el acápite anterior, este elemento de la competencia se cumple en el territorio, con la ratificación del estatuto el 1 de noviembre de 2002.

6.2.4 Competencia temporal La competencia de la corte penal internacional está circunscrita a un tiempo, correspondiente a la ratificación hecha por el estado parte y asimismo a las cláusulas de reservar que se hayan pactado entre el Estado y La CPI. Lo anterior ocasiona que en algunos casos la competencia tenga un ámbito de aplicabilidad mayor para crímenes de lesa humanidad y genocidio.

En Colombia como lo hemos expuesto en el acápite correspondiente la competencia material, la competencia temporal está circunscrita para crímenes de lesa humanidad y genocidio a partir del 1 de noviembre del 2002 y en lo correspondiente a crímenes de guerra desde el 1 de noviembre de 2009 en virtud de la reserva del artículo 124 del estatuto de roma que le otorga un plazo de siete años para que se active la competencia de la corte internacional.

6.3 ACTIVACIÓN DE LA COMPETENCIA DE LA CORTE

El artículo 13 del Estatuto de Roma constituye tres medios en los cuales la Corte Penal Internacional puede activar su competencia, siempre y cuando se tenga la sospecha que en el territorio se han cometido ciertos crímenes objeto de investigación de la Corte. A continuación se expone los medios:

- **Lo previsto en el artículo 14:** Este artículo del estatuto de Roma contempla la posibilidad de que la situación sea encomendada por uno de los estados parte al fiscal de la corte²⁴⁴. Es decir a solicitud de los miembros del gobierno del estado parte, se encomiende la labor de investigación y sanción de estas conductas a la corte penal internacional.

En el caso de Colombia y del actual proceso de paz con las FARC- ep, no ha existido manifestación alguna por parte del gobierno de elevar una solicitud a la fiscalía de la Corte Penal Internacional para que determinadas conductas sean objeto de investigación. Por tanto esta hipótesis se descarta en el caso Colombiano.

- **A través del Consejo de Seguridad:** Este órgano de la Naciones Unidas actuando en conformidad con el capítulo vii de la carta de las naciones, puede someter situaciones graves a conocimiento del fiscal. Situaciones tales como Sudan y Libia²⁴⁵ a través de resoluciones emitidas por el consejo de Seguridad del ente internacional.

²⁴⁴ Esta hipótesis contemplada en este artículo es aplicable a las situaciones de la República democrática del Congo, la República Centroafricana y Uganda. ESTUPIÑAN SILVA, Rosmerlin. Derecho Internacional y crímenes de guerra en Colombia / Rosmerlin Estupiñan Silva; prologuista, Héctor Olásolo Alonso. – Bogotá: Editorial Temis. 2013. ISBN 978-958-35-0965-0 Pág. 253.

²⁴⁵ La situación de Sudan fue remitida el 31 de Marzo de 2005 por el consejo de seguridad, por medio de la resolución 1593, con un marco temporal de estudio de la situación. Por su parte la Situación de Libia, remitida el 26 de febrero de 2011 por el consejo de seguridad y actuó en virtud de la resolución 1970 de 2011. *Ibidem* pág. 253.

Hasta la presente fecha la situación en Colombia, no ha sido objeto de discusión dentro del consejo de seguridad de las Naciones unidas como una amenaza a la paz internacional y la seguridad. Por tanto se descarta esta opción en el caso Colombiano objeto de investigación de este trabajo.

- **Iniciativa propia:** Finalmente el fiscal puede por iniciativa propia fomentar una investigación en acuerdo con lo estipulado en el artículo 15 y 33 del estatuto de Roma, el cual exige como requisito, la autorización de la sala preliminar de la Corte Penal Internacional. Medio que se ha aplicado en dos casos²⁴⁶

Actualmente es muy difícil hablar de una actividad por parte del fiscal de la Corte Penal Internacional de intervención en el marco del post-conflicto colombiano, no obstante medios nacionales²⁴⁷ han mostrado manifestaciones de observación por parte de la fiscalía del organismo internacional en cuanto la revisión cuidadosa del acuerdo de justicia firmado en La Habana, Cuba. Esto nos lleva a inferir que si este observa irregularidades a nivel de justicia internacional, está podría llamar la atención del fiscal, la cual es la opción más idónea en la situación actual del Conflicto Colombiano.

6.4 CRITERIOS ESTÁNDAR PARA LA APERTURA DE LA INVESTIGACIÓN

A continuación de cumplir con una de las anteriores posibilidades de activación de competencia, en el tercer caso que es la opción más idónea en concordancia con la situación del estado colombiano, se requiere la autorización de la sala preliminar

²⁴⁶ Corresponde a las situaciones en Kenia y Costa de Marfil. Estas fueron autorizadas respectivamente; el 31 de Marzo de 2010 y el 3 de octubre de 2011.

²⁴⁷ Semana. CPI le pone Lupa al acuerdo de Justicia firmado en la Habana. 24 de Septiembre de 2015. Disponible en: www.semana.com/nacion/articulo/cpi-analizara-cuidadosamente-acuerdo-entre-farc-gobierno/443676-3 Citado (18/10/15)

de la Corte Penal Internacional conforme con el artículo 15 y 33 del Estatuto de Roma y el cumplimiento de los criterios que se exponen en el siguiente párrafo.

El artículo 53 del Estatuto de Roma establece criterios que deben ser aplicados a los tres medios de activación de la competencia de la corte penal internacional, aunque establece un nivel superior en cuanto a la prueba necesaria para la apertura de investigación por motivo propio del fiscal, es decir el tercer medio de activación, puesto que se hace necesaria la autenticidad de las fuentes e información para considerar que existe fundamentos razonables de la comisión de crímenes objeto.

Este fundamento razonable junto a la competencia forman los criterios estándar. Como requerimiento para determinar que existen fundamentos razonables se debe tener en cuenta que:

- La información con la cual cuenta el fiscal de la corte, constituyen prueba de que se ha cometido un crimen de competencia de la corte en el territorio.
- La causa sería admisible siempre y cuando este en concordancia con el principio de complementariedad del artículo 17 del Estatuto de Roma. El cual expondremos en el siguiente acápite.
- En este criterio el fiscal debe aportar las pruebas suficientes para sustentar, que la posibilidad de abrir una investigación, no causará un perjuicio al interés de justicia, este visto como criterio de exclusión, no ha sido usado hasta estos días en la jurisprudencia de la corte.

6.5 LA COMPLEMENTARIEDAD DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL EN COLOMBIA PARA SANCIONAR CRÍMENES DE GUERRA

La complementariedad hace parte del estudio preliminar que el fiscal debe realizar antes de iniciar la apertura de una investigación, esto exige el compromiso de

tener conocimiento sobre los posibles hechos que se puedan configurar como crímenes de guerra, esto obliga la noción de casos específicos dentro de la situación del estado. Siempre es posible que la corte o el fiscal determine el trámite del artículo 18, es decir primero remita los hechos a la competencia del Estado bajo la observación constante de Fiscal y de la sala preliminar de la corte penal internacional.²⁴⁸

Esto quiere decir que el fiscal de la corte penal internacional, primero debe verificar que exista una falta de activación de la jurisdicción nacional en la investigación del crimen o mostrar que el estado aludido es incapaz o no tiene la voluntad requerida para poder concluir las investigaciones que versan sobre los más graves crímenes objeto de la competencia de la corte.

Sin embargo la existencia de investigaciones y de procedimientos indica una actividad por parte del Estado. Aun así, la Corte Penal Internacional en el artículo 17-2 del Estatuto de Roma, establece que no se debe tener como actividad estatal aquellas investigaciones que se determinan con el propósito de sustraer a las personas de la responsabilidad penal por crímenes de competencia de la corte²⁴⁹.

Hay que recordar que la complementariedad es un componente que se analiza en las etapas iniciales, anteriores al comienzo formal del proceso, es decir en la investigaciones preliminares. Por tanto un caso puede comenzar en tres etapas:

1. Durante las fases de pre-investigación y de investigación.
2. Al momento en que el fiscal hace una solicitud para una orden de arresto o para una citación a comparecer o

²⁴⁸ Artículo 1 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

²⁴⁹ . ESTUPIÑAN SILVA, Rosmerlin. Derecho Internacional y crímenes de guerra en Colombia / Rosmerlin Estupiñan Silva; prologuista, Héctor Olásolo Alonso. – Bogotá: Editorial Temis. 2013. ISBN 978-958-35-0965-0 Pág. 258

3. Cuando la sala de cuestiones preliminares expide una decisión frente a la solicitud de una orden de arresto o de una citación a comparecer²⁵⁰

El siguiente test de complementariedad lo haremos en concordancia con los parámetros expuesto por el profesor alemán Kai Ambos²⁵¹ el cual solo es procedente de realizar cuando el fiscal ha establecido los posibles casos en la situación objeto de investigación, siendo otorgada la admisibilidad como casos derivados de la situación, con el requisito de cumplimiento de los demás elementos de la competencia es decir el ámbito, material, territorial personal y temporal.

6.5.1 Test de complementariedad La complementariedad está regulada por el artículo 17 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, esta es una prueba en cuanto a la admisibilidad del caso en todo lo que refiere, al principio de soberanía estatal sobre la facultad de sanción y juzgamiento de las conductas cometidas en su territorio. Admisibilidad es una presunción, que en caso de ser negativa recae la facultad probatoria en la corte.

6.5.1.1 Admisión del caso por inactividad del Estado Este criterio expresa la responsabilidad de los estados partes del Estatuto de Roma de investigar, sancionar y juzgar a los responsables de la comisión de conductas prohibidas por la Corte Penal Internacional, de lo contrario estaría dando paso a la actividad inmediata de la corte como compromiso adquirido en la ratificación.

²⁵⁰ Rastan pag 440. Citando en: AMBOS KAI. Procedimiento de la ley de justicia y paz y derecho penal internacional. Estudio sobre la facultad de intervención de la corte penal internacional a la luz del denominado proceso de “Justicia y Paz” en Colombia. Editorial Temis. 2010. Pág. 153.

²⁵¹ AMBOS KAI. Procedimiento de ley de justicia y paz. Procedimiento de la ley de justicia y paz y derecho penal internacional. Estudio sobre la facultad de intervención de la corte penal internacional a la luz del denominado proceso de “Justicia y Paz” en Colombia. Editorial Temis. 2010. Pág. 169 -206 pág.

En este caso vemos como entorno al acuerdo de Jurisdicción Especial de Paz se determina un componente de justicia que prevé, con la terminación de las hostilidades entre el Estado Colombiano y las FARC-ep, en concordancia con el Derecho Internacional Humanitario, se otorgará la amnistía más amplia posible por delitos políticos y conexos.

Pero aclara que esta ley de amnistía precisará el alcance de la conexidad, es decir, no todas las conductas cometidas en el marco del conflicto armado interno serán objeto de indulgencia. Haciendo la gran salvedad de amnistías o indultos para las conductas tipificadas en la legislación nacional que se configuren como los delitos de lesa humanidad, genocidio y los graves crímenes de guerra, entre otros delitos graves como la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, el desplazamiento forzado, la desaparición forzada, las ejecuciones extrajudiciales y la violencia sexual, sin hacer mención al reclutamiento de menores.

Estos delitos enunciados anteriormente serán objeto de investigación y juzgamiento por parte de la Jurisdicción Especial para la Paz lo que lleva a concluir la existencia de una restricción del principio de oportunidad para los perpetradores de las más graves conductas sancionadas por el Estatuto, con el fin de evitar que la competencia de la corte se active por el no juzgamiento de estas conductas cometidas en el marco del conflicto armado interno Colombiano.

A su vez, la Jurisdicción Especial de Paz contempla dos tipos de procedimientos: Un procedimiento para quienes reconocen la verdad y responsabilidad, y otro para quienes no lo hacen o lo hacen tardíamente. A los primeros se les impondrá una sentencia fundada en las conductas reconocidas voluntariamente, después de haber sido contrastadas con las investigaciones de la Fiscalía General de la Nación, a su vez con las sanciones impuestas por otros órganos del Estado, con las sentencias judiciales existentes, así como la información que provean las

organizaciones de víctimas y de derechos humanos. Los segundos enfrentarán un juicio contradictorio ante el Tribunal²⁵².

En cuanto a las sanciones que interpone este Tribunal, se afirma que tendrán la mayor función restaurativa y reparadora del daño producto del conflicto, los condenados serán sancionados con pena de prisión de 5 a 8 años, en condiciones ordinarias. Para tener derecho a la pena alternativa, se requerirá que el beneficiario se comprometa a contribuir con su resocialización a través del trabajo, capacitación o estudio durante el tiempo que permanezca privado de la libertad.

Las personas que se nieguen a reconocer su responsabilidad por tales delitos y resulten culpables serán condenadas a pena de prisión hasta de 20 años, en condiciones ordinarias.

Estas regulaciones entorno al acuerdo de justician que busca crear la Jurisdicción Especial de Paz , muestra una actividad por parte del Estado en crear instituciones que no sacrifiquen la justicia, verdad y reparación de las víctimas, por la ansias de paz, lo que conlleva a descartar una inactividad total del estado frente a estas conductas.

Es importante agregar que el marco de la Jurisdicción Especial de Paz no es el único de los marcos jurídicos existentes, ya que los crímenes de guerra están incorporados en el ordenamiento jurídico Colombiano²⁵³ en algunos casos con ámbito más amplio que en el mismo Estatuto de Roma. Por tanto, se puede decir

²⁵² MESA DE CONVERSACIONES. Comunicado Conjunto N° 60 sobre el acuerdo de una jurisdicción Especial para la Habana. 23 de septiembre de 2015. Disponible en: www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/comunicado-conjunto-60-1443048528.pdf

²⁵³ Para una mayor comprensión recurrir al capítulo 4 correspondiente a los crímenes de guerra, el cual muestra un estudio de la incorporación de los tipos penales al ordenamiento jurídico Colombiano.

que el proceso y la estructura jurídica existente no son partidarias de una inactividad por parte del estado colombiano.

6.5.1.2 La Inadmisibilidad por la actividad del Estado La regulación del Estatuto de Roma busca evitar la amnistía vista desde el impedimento del juzgamiento del responsable de una conducta o su investigación, y por otra parte el indulto, el cual se define como aquellos beneficios que se ofrecen luego de una sentencia producto de un juicio.

Es decir, esto supone la existencia de una investigación encaminada al enjuiciamiento de la conducta, evitando que el sospechoso se sustraiga de la responsabilidad penal por las conductas probadas, esto se evidencia en los dos tipos de procesos establecidos por la jurisdicción de paz, el cual establece la verdad como el primer criterio para el desarrollo del proceso.

Entonces, cabe analizar si en el marco normativo que se desarrollará sobre este acuerdo, la jurisdicción Especial de paz cumplirá con los requisitos de investigación, enjuiciamiento y juicio propios, sin omitir etapas. Indicios que se muestran de manera somera en el comunicado pero que muestran la intención de las partes de establecer un proceso completo.

Es por tanto necesario que para que se dé cumplimiento a este aspecto el estado ejerza una actividad investigativa fuerte, orientada a que se sancione de una manera real a los actores armados responsables penalmente por infracciones tipificadas en el estatuto de Roma.

La aplicación de la Jurisdicción Especial de Paz parte de las investigaciones desarrolladas por la institución de la justicia ordinaria. Si bien se trata de un sistema paralelo, por ejemplo en caso en que una persona no reconozca su

responsabilidad, la investigación estará soportada en los mecanismos de la Fiscalía General de la Nación

6.5.1.3 Admisibilidad por falta de voluntad o incapacidad En este criterio la Corte Penal Internacional al igual que los criterios anteriores tiene la carga probatoria. Este se compone de dos aspectos que procederemos a analizar:

6.5.1.3.1 Falta de voluntad El artículo 17 del Estatuto de Roma, especifica los criterios de la falta de voluntad, sin embargo se aclara que el simple hecho de comprobar estos criterios, no indica la falta de voluntad inmediata por parte del Estado, esto implica que cada caso se somete a una evaluación particular:

6.5.1.3.1.1 Propósito de sustraer de la responsabilidad penal Este criterio indica que las normas o procedimientos creados para sancionar a los máximos responsables de la comisión de las más graves conductas sancionadas por el Estatuto de Roma, están compuesto de un elemento de mala fe, con el fin de sustraer las personas de la responsabilidad penal.

Estos indicios de mala fe se constituyen y evidencia en la incorporación de elementos durante el proceso que puedan ayudar al acusado, u obstaculizar los procedimientos con el propósito de extraerlos de la jurisdicción.²⁵⁴, también pueden encontrarse indicios respecto a la disponibilidad del sistema, es decir, el otorgar amnistías absolutas o una reducción de la pena que desencadena en condenas irrisorias, contemplan un indicio de mala fe.

²⁵⁴ El profesor Kai ambos expone como un ejemplo de mala fe, el nombramiento de un investigador especial políticamente cercano al acusado, la remisión del caso a un tribunal secreto o de carácter militar, asignación insuficiente de recursos o la falta de apoyo y cooperación para los investigadores. En: AMBOS KAI. Procedimiento de ley de justicia y paz. Procedimiento de la ley de justicia y paz y derecho penal internacional. Estudio sobre la facultad de intervención de la corte penal internacional a la luz del denominado proceso de “Justicia y Paz” en Colombia. Editorial Temis. 2010. Pág. 184.

De este aspecto vale destacar la controversia que ha surgido en torno al comunicado del acuerdo para la creación de la Jurisdicción Especial de Paz, referente al ítem de las sanciones para quienes reconozcan la autoría de delitos graves, en el cual se determina una pena mínima 5 años y un máximo de 8 de restricción efectiva de la libertad, en condiciones especiales.

La controversia gira alrededor del uso de lenguaje, debido a que se habla de una restricción de la libertad en condiciones especiales para aquellos que acepten la responsabilidad, esto no asegura una reclusión en centro carcelario, lo que podría generar inconformidad en cuanto a las víctimas. Ya algunas organizaciones no gubernamentales como Human Rights Watch, han aclarado:

“El acuerdo anunciado por el Presidente Juan Manuel Santos y líderes de las FARC prevé que un nuevo Tribunal para la Paz tendría competencia para juzgar a los responsables de graves delitos cometidos durante el conflicto armado. Las personas implicadas en delitos de lesa humanidad y graves crímenes de guerra que cooperen con el nuevo sistema judicial y confiesen sus delitos recibirían una pena de entre cinco y ocho años en “condiciones especiales” que supondrían la “restricción efectiva de la libertad”, pero no cumplirían penas de prisión.”²⁵⁵

Sin embargo desde el punto de vista propio, esto no se podría configurar como un principio de mala fe para activar la competencia de la Corte Penal Internacional con el propósito de sustraer a las persona, porque esta condiciona este tipo de pena al reconocimiento de la responsabilidad penal en la comisión de crímenes, lo que quiere que no se está excluyendo su responsabilidad sino reconociéndola y

²⁵⁵ HUMAN RIGHTS WATCH. Colombia: un acuerdo que sacrifica la justicia El gobierno y las FARC acuerdan que no habrá penas de prisión para atrocidades. 28 de septiembre de 2015. Disponible en: www.hrw.org/es/news/2015/09/28/colombia-un-acuerdo-que-sacrifica-la-justicia

contribuyendo de manera importante a la verdad y la memoria. Pero esto solo se podrá evidenciar hasta las primeras sanciones producto de tal.

Como consecuencia del acuerdo anteriormente, también se derivan las otras modalidades de sanción, las correspondientes a las personas que hagan hecho el reconocimiento de manera tardía, las cuales en juicio ante el Tribunal serán sancionadas con pena de prisión de 5 a 8 años, en condiciones ordinarias. Por ultimo las personas que se nieguen a reconocer su responsabilidad por tales delitos y resulten culpables serán condenadas a pena de prisión hasta de 20 años, en condiciones ordinarias.

En este aspecto también es importante resaltar el componente político, puesto que el conflicto colombiano este elemento ha tenido una importancia propia, tanto que dentro del sistema penal colombiano se incorpora los denominados delitos políticos como tipos penales, sin embargo ha sido aclarado por la corte que sin importar las motivaciones que estos grupos tengan, siempre están obligados al cumplimiento y la aplicación del derecho internacional humanitario.

Paralelamente esto incluye el aspecto de la participación política, puesto que los principales cabecillas de las FARC-EP son sus ideólogos, y por ende posiblemente van a ser los posibles representantes políticos para las elecciones, en la incorporación democrática que se propone hacer. Sin embargo los principales líderes de las estructuras son los sujetos en mira de la Corte Penal Internacional.

Este es uno de los puntos de quiebre en los cuales se podría ver activada la competencia de la corte, siempre y cuando no se satisfagan las condiciones de justicia para la víctima, y las acciones estén enfocadas al fin de de otorgar beneficios a los actores armados para alcanzar la paz.

6.5.1.3.1.2 Demora injustificada La demora injustificada, no fue creada con el propósito de la protección del debido proceso como un derecho fundamental, puesto que no hace referencia a una demora indebida sino, esto implica una exigencia menor en cuanto a los tiempos procesales, ya que en este ítem el estado puede justificar sus retardos en cuanto a la aplicación de la justicia.

Como injustificada²⁵⁶ se entiende aquellos retrasos que se hubieran podido evitar, con la diligencia y el cuidado adecuado, sin embargo la decisión sobre este aspecto no puede ser tomada en abstracto sino requiere un estudio caso por caso.

Lo que envuelve que dentro del desarrollo de los procesos en contra de los altos líderes de las FARC-EP se debe tener un especial cuidado en cuanto a los tiempos destinados para el desarrollo de los procedimientos, es decir identificar los rangos de duración de los procesos para producir una condena, en especial para los actores de los crímenes más graves.

6.5.1.3.1.3 Falta de independencia o imparcialidad Por último la independencia hace referencia a la no interferencia por parte de otros organismos ajenos al poder judicial en los trámites o procesos judiciales que se desarrollan por esta rama. Por imparcialidad por el contrario se refiere a evitar la parcialización de una persona que pueda conllevar a ocultar la verdad y por ende a manipular el proceso.

En este aspecto hay que analizar cuanto poder de participación tiene la rama ejecutiva en el juzgamiento, aparentemente hasta lo ahora expuesto no se habla de participación del ejecutivo dentro del proceso judicial.

En el acuerdo se habla de que esta jurisdicción estará compuesta por jueces nacionales y algunos de origen internacional, sin embargo se desconoce cómo

²⁵⁶ Ibidem. Pág, 186.

será el proceso para determinar los postulados a este modelo de justicia, punto el cual se debe analizar de una manera más profunda cuando se establezca el marco jurídico de la Jurisdicción Especial para la Paz.

Para concluir con el análisis de estos factores en la presente etapa del proceso de paz colombiano, se puede determinar que no existe una falta de voluntad por parte del estado colombiano en cuanto a la sanción de los crímenes de guerra cometidos por las FARC-EP en el contexto de desarrollo del conflicto armado colombiano.

6.5.1.3.2 Falta de capacidad Este aspecto analiza la estructura institucional del Estado, y su poder de coerción en territorio nacional este está compuesto por los siguientes criterios:

6.5.1.3.2.1 Colapso total Con este tipo de colapso se hace referencia a razones indeterminadas que hacen que el sistema judicial en su totalidad deje de funcionar o funcione parcialmente. Esto implica la pérdida del control por parte del estado de un territorio, o su imposibilidad en establecimiento de instituciones que garanticen en acceso de justicia en todo su territorio.

En el caso de la situación del conflicto armado interno colombiano es imposible determinar un colapso total en el sistema jurídico colombiano, puesto que sus instituciones hacen presencia parcial en el territorio, de tal forma que aseguran su control, las áreas fuera de control no son territorios muy extensos que puedan desencadenar en una pérdida de control total.

A pesar de sus falencias, demoras y costos extras de acceso para la víctima, estos factores no alcanzar a ser suficiente para afirmar que el sistema colombiano está inmerso en un colapso total por la falta de instituciones que garanticen el acceso de justicia en el territorio.

6.5.1.3.2.2 Colapso sustancial Por su parte hace referencia a dos aspectos tanto cualitativos como cuantitativos, que implican un gran o significativo impacto en el funcionamiento del sistema²⁵⁷ a tal punto que no puede garantizar la investigación, juzgamiento y sanción de los actores de las conductas²⁵⁸.

En la situación objeto de investigación se exige una evaluación restrictiva que solo se podrá determinar cuándo se establezca el marco jurídico en torno a Jurisdicción Especial para la Paz. Ya que este análisis debe estar orientado a determinar si las instituciones creadas por estos acuerdos no conllevan a una incapacidad material, que requiere el acceso al sistema de justicia para todos los intervinientes en las diferentes regiones del territorio colombiano.

6.5.1.3.2.3 Carencia de un sistema de justicia nacional Este criterio solo busca la constitución de un sistema que tenga incorporado criterios de carácter internacional con el propósito de garantizar los derechos de los actores procesales. Más exactamente la ausencia o deficiencia de la legislación en torno a la implementación del Estatuto de roma de la corte penal internacional, crearía una carencia de sistema.

Este aspecto tampoco aplica a la situación objeto de investigación y el proceso determinado por estado colombiano en el marco del postconflicto, puesto que el sistema ordinario ha incluido de manera completa y amplia los crímenes de guerra dentro de la tipificación de sus conductas. Paralelamente el marco de jurisdicción especial de paz busca flexibilizar las normas para que los actores armados se acojan a este modelo de justicia. Lo que implica que no hay carencia de un sistema de justicia nacional.

²⁵⁷ AMBOS KAI. Procedimiento de ley de justicia y paz. Procedimiento de la ley de justicia y paz y derecho penal internacional. Estudio sobre la facultad de intervención de la corte penal internacional a la luz del denominado proceso de “Justicia y Paz” en Colombia. Editorial Temis. 2010. Pág. 169 -198 pág.

²⁵⁸ Situación de ituri en la república Semocrática del Congo.

6.5.2 Test de Gravedad Este test es realizado en dos etapas, en la etapa de apertura de la investigación como en la selección de los casos, que serán investigados, esta evaluación infiere que la fiscalía debe hacer una valoración a modo general de la gravedad de los hechos objetos de investigación, teniendo en cuenta los siguientes factores²⁵⁹:

- **Los grupos de personas que pueden llegar hacer objeto de las investigaciones judiciales.** Es en este punto donde se hace necesario la identificación de las estructuras de los grupos armados en el caso particular de las FARC-EP²⁶⁰. Puesto que la competencia de la corte está dirigida para sancionar a las elites del crimen es decir a los más altos mandos de la estructura criminal y por ende las más altas responsabilidades. Este factor se debe buscar también sobre el grado de vulnerabilidad de las víctimas objeto de la conducta.
- **Los crímenes que serán materia de investigación.** Este incluye un análisis que contenga la gravedad de las conductas posiblemente cometidas y el contexto en el cual se ha cometido. Este circunscribe criterios tanto cuantitativos como cualitativos²⁶¹, esto debido a que no se puede determinar la gravedad únicamente por la cantidad de víctimas que ocasiona la conducta²⁶². La corte penal internacional ha establecido un umbral bajo y contexto global en cuanto a la pruebas necesarias para probar el umbral de gravedad.

²⁵⁹ Es necesario recordar que este criterio no ha sido establecido de una manera clara en el desarrollo de la actividad de fiscal a tal punto que no se justificó en cuanto a las situaciones de República democrática del Congo, Uganda y Sudán. Justificando solo este criterio en la situación de Irak. En *ibidem*. Pág 157.

²⁶⁰ Para una mirada de la estructura organizativa de las FARC – EP recurrir al capítulo 5 del presente trabajo.

²⁶¹ ESTUPIÑAN SILVA, Rosmerlin. Derecho Internacional y crímenes de guerra en Colombia / Rosmerlin Estupiñan Silva; prologuista, Héctor Olásolo Alonso. – Bogotá: Editorial Temis. 2013. ISBN 978-958-35-0965-0 Pág. 261

²⁶² En las reglas 145-1-c y 145-2-b-iv del reglamento de Procedimiento y Prueba, confiere los siguientes elementos como componente del análisis, tales como la escala de perpetración de los crímenes, la escala de perjuicio sufrido y el impacto individual.

La oficina del fiscal de la Corte Penal Internacional ha determinado en el caso de Irak criterios de carácter cuantitativo, pero desconociendo otros aspectos cualitativos. Algunos estándares correspondientes a la naturaleza de las conductas exponen una jerarquía de crímenes, exponiendo el asesinato, la violación y el reclutamiento de menores como delitos de especial cuidado, y por ende de vital importancia su investigación.

En Colombia los hechos son complejos, y la naturaleza del conflicto propicia el ocultamiento de muchas de las conductas cometidas por los actores del conflicto contra los objetivos de protección del Derecho Internacional Humanitario, y el actual desarrollo del marco de la Jurisdicción Especial para la Paz, tampoco ha arrojado un análisis de las víctimas y conductas de esta contienda que se han enmarcado en el territorio nacional.

Sin embargo, se reconoce el esfuerzo manifestado por las partes de la mesa de conversaciones de encontrar la verdad y reparación para las víctimas y por tanto se acordó la creación de Unidad Especial para la búsqueda de personas desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado²⁶³ y las medidas tomadas antes de la finalización de conflicto en colaboración del comité de la cruz roja internacional.

El fenómeno colombiano resalta nivel mundial, en tal punto que Colombia es reconocida como el segundo país con más desplazados en el mundo, luego de Sudán²⁶⁴ y en cuanto al uso de minas antipersona el cual es un objeto que ataca de manera indiscriminada a civiles y a combatientes, se reconoce que Colombia

²⁶³ MESA DE CONVERSACIONES. 17 de Octubre de 2015. Disponible en: www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/comunicado-conjunto-62-la-habana-17-de-octubre-de-2015

²⁶⁴ AMNISTIA INTERNACIONAL. Pág. 52. Citando en AMBOS KAI. Procedimiento de ley de justicia y paz. Procedimiento de la ley de justicia y paz y derecho penal internacional. Estudio sobre la facultad de intervención de la corte penal internacional a la luz del denominado proceso de "Justicia y Paz" en Colombia. Editorial Temis. 2010. Pág. 166.

para el año 2007 tenía la tasa más elevada de víctimas de misa terrestres antipersonales del mundo²⁶⁵.

Aunado esto a las cifras expuestas en el capítulo anterior, que evidencia la magnitud de la comisión de las conductas y el número de víctimas producto de estas, conllevan a concluir que Colombia podría superar el test de gravedad del artículo 17, y también los casos, ya que la característica que ha destacado el conflicto armado colombiano es que ha ocasionado un grave daño a la población civil.

Sin embargo, los hechos cometidos tendrían que ser sometidos a este umbral de gravedad, es decir se debe observar en la selección de estos casos no solo por la cantidad de víctimas de la ejecución de esta conducta, sino seleccionar los superiores encargados de emitir ordenes de la comisión de estas acciones, estos solo se podrán identificar luego de que empiece el funcionamiento el tribunal de paz.

EL tribunal de paz y la denominada jurisdicción Especial de paz, que se ha anunciado el pasado 23 de septiembre del 2015²⁶⁶ como materia acordada en torno al acuerdo de justicia, será el encargado de recoger las declaraciones de los desmovilizados, y junto con los fiscales podrán conocer e identificar toda la materia necesaria para determinar los casos que superen esta gravedad.

²⁶⁵ INTERNATIONAL CAMPAIGN TO BAN LANDMINES. Landmine Monitor Report 2007. Disponible en: www.icbl.org/lm/2007/

²⁶⁶ MESA DE CONVERSACIONES. Comunicado Conjunto N° 60 sobre el acuerdo de una jurisdicción Especial para la Habana. 23 de septiembre de 2015. Disponible en: www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/comunicado-conjunto-60-1443048528.pdf

6.6 LÍMITES DE LA INTERVENCIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL EN COLOMBIA

6.6.1 Límites en cuanto al sistema jurídico Los organismos de la competencia internacional están fundamentados en el principio de cooperación, es decir es necesario la relación constante entre los estados parte y la corte penal internacional, por tanto es forzoso el constante desarrollo de marcos jurídicos que le permitan a los organismos internacionales, en este caso a la Corte Penal Internacional y el gobierno nacional.

Siendo por tanto obligatorio que se incorporen al ordenamiento jurídico colombiano, no solo el estatuto de roma, si no todo los demás elementos de carácter judicial que pueden otorgar mayores herramientas para la corte realice pesquisas que puedan otorgar certeza sobre la comisión de conductas bajo la competencia de la Corte²⁶⁷.

Por tanto que la intervención y la cooperación de la corte penal internacional esta reducida a un asunto de competencia exclusiva del poder ejecutivo colombiano y lleva a que las relaciones y labores de la Corte Penal Internacional se reduzcan a la esfera diplomática.

6.6.2 Límites en cuanto a la materia Como lo hemos expuesto en otros acápites de este trabajo la competencia en cuanto materia está limitada a los hechos ocurridos a partir del 1 de noviembre de 2009 en virtud del artículo 124 del estatuto de roma, lo que implica que la mayoría de las conductas cometidas en

²⁶⁷ El congreso Colombiano no ha manifestado la intención de incluir dentro del ordenamiento jurídico el marco legal de modalidades de cooperación entre la Corte Penal Internacional y Colombia. En: ESTUPIÑAN SILVA, Rosmerlin. Derecho Internacional y crímenes de guerra en Colombia / Rosmerlin Estupiñan Silva; prologuista, Héctor Olásolo Alonso. – Bogotá: Editorial Temis. 2013. ISBN 978-958-35-0965-0 Pág. 261

razón de un conflicto armado interno que se ha desarrollado de manera intensa en el territorio colombiano por más de cinco décadas fueran excluidas.

Este es el primer desafío, se podría hablar de una exclusión de muchos de los hechos que han marcado las mayores violaciones del derecho internacional humanitario. Tenemos aquellas conductas como los tipos penales de ejecución permanente en el caso de reclutamiento de niños, niñas y adolescentes. , para niños que hubiera sido reclutado antes de la mayoría prohibida, y continuara siendo menores en la entrada en vigencia del estatuto.

El otro problema es que no podemos determinar el rango de los menores de edad, reclutados, agregando que la corte habla de menores de 15 años, y en Colombia nuestra jurisdicción habla de menores de 18 años de edad, esto quiere decir que la jurisdicción está mayormente limitada en materia con respecto al reclutamiento, lo que conlleva a una reducción del ámbito de protección.

6.6.3 Limites en la política de la fiscalía de la Corte Penal Internacional Los criterios del fiscal de la corte penal internacional hasta la fecha mantienen una relación con las diferentes experiencias de los otros casos hasta ahora analizados, es decir, existe una influencia en el análisis de la corte dada por los conflictos armados que se han desarrollado en África.

Es importante exponer en este caso lo expuesto por la profesora Silva²⁶⁸ denominado como prisma africano, tan trascendental a tal punto que existe una influencia en el análisis del conflicto colombiano²⁶⁹ conllevando a que se haya

²⁶⁸ *Ibidem* 268.

²⁶⁹ “The FARC, and to a lesser extent the ELN, developed and focused their military operations on gaining control and exercising the power over parts of Colombian territory which they could expropriate for political and financial gain” Corte Penal Internacional, doc, OTP (14-11-2012), op. Cita, parra 43. La fuente que sustenta la afirmación de la CPI (en la nota 20 del párrafo 43) reenvía a un documento que habla del histórico de las negociaciones de paz ELN y que no provee ninguna base, directa o indirecta, para sustentar la afirmación. Citado En: : ESTUPIÑAN SILVA,

llegado a interpretar de manera errónea acciones determinantes para el desarrollo de tal.

Todos estos límites se suman al costo que tiene la justicia internacional que establece prioridades, anudado a la gran barrera que existe en la falta de documentos en los idiomas oficiales de la Corte Penal internacional, lo que limita el acceso a la información para terminar es necesario agregar la barrera que existe en cuanto a las distancias geográficas.

6.6.4 Eventuales hipótesis de la activación de la corte penal internacional

Como resultado del test de complementariedad anteriormente realizado y del marco teórico y jurídico que hemos expuesto a lo largo de este trabajo daremos la respuesta de nuestro problema de investigación, ¿es posible la intervención de la corte penal internacional para sancionar crímenes de guerra cometidos por las FARC-EP en el marco del postconflicto del actual proceso de Paz?

Responderemos con un no condicionado, pues que si bien los actores del conflicto armado todos han incurrido en violaciones a las reglas del Derecho Internacional Humanitario y por ende en la comisión de las más graves conductas, el actual acuerdo referente a la Jurisdicción Especial Para la Paz, determinan una actividad por parte del Estado, en cuanto no se otorgan amnistías para los responsables de los transgresiones más graves incluidos los crímenes de guerra.

Sin embargo es necesario aclarar que existen algunos factores que modificarían el test de complementariedad si no les presta la atención requerida por parte del gobierno colombiano ya que tiene el compromiso del cumplimiento del Estatuto. A continuación expondremos los principales puntos de quiebre que si no se modifican cambiarían las condiciones del test de complementariedad.

Rosmerlin. Derecho Internacional y crímenes de guerra en Colombia / Rosmerlin Estupiñan Silva; prologuista, Héctor Olásolo Alonso. – Bogotá: Editorial Temis. 2013. ISBN 978-958-35-0965-0 Pág. 261

A continuación exponemos las posibles hipótesis.

- La no sanción del reclutamiento de menores de 15 años. Este es uno de las conductas que se encuentra en la mirada constante de la corte, si no se sanciona y se otorga una mirada más profunda a esta conducta se derivaría en una impunidad que llamaría a la activación de la competencia de la corte.

Existe por tanto la necesidad de establecer un marco jurídico para la desmovilización de los menores reclutados en las filas de las FARC-EP. Este aspecto es de suma importancia, puesto que es necesario tener un conocimiento más profundo del uso de esta conducta por parte del grupo armado, estableciendo elementos que garanticen la desvinculación pronta y por ende el cese de la ejecución de este delito. Este tema no ha sido tocado hasta el momento por ninguno de las partes del equipo negociador entre los puntos discutidos.

- La Amnistía total para los máximos líderes, por conceder beneficios de participación política. Vale destacar en cuanto este paradigma de la participación en política de los máximos miembros de las FARC-EP y la investigación de su responsabilidad penal por presuntas conductas delictivas como crímenes de guerra, se deriva un choque de intereses en el marco de los diálogos, que si hipotéticamente, no se resuelve de una manera balanceada, es decir otorgando penas derivadas de la responsabilidad penal de los máximos líderes de las FARC-EP, como autores de crímenes de guerra, podrían ocasionar que estas condiciones objeto de evaluación cambien y que los resultados del test de complementariedad por lo tanto se modifiquen, en consecuencia se active la competencia de la corte.
- El acceso a los procesos de la jurisdicción especial de paz que se desarrollen en el marco del postconflicto. Estos procesos se deben garantizar de una

manera completa, es decir la jurisdicción especial para la Paz debe descentralizarse y llegar a los rincones más alejados del país, puesto que este el conflicto colombiano se ha caracterizado por su presencia en el campo colombiano, el compromiso del estado Colombiano no solo puede ser de carácter jurídico, se hace necesario la inversión en cuanto a la institucionalidad para que la justicia y el Estado llegue a todos los ámbitos territoriales, so pena de incurrir en una falta de voluntad o una incapacidad y nuevamente una posible activación de la competencia de la Corte Penal Internacional.

- Algunos aspectos del test de complementariedad no se pueden analizar por la falta de información sobre el acuerdo de la Jurisdicción Especial de Paz y el actual estado volátil del proceso, que solo se concretara con la firma del acuerdo final, hasta ahora se ha hablado de una jurisdicción especial, de restricciones efectivas de la libertad en condiciones especiales, de duración de sanciones pero se desconocen aspectos como competencia temporal, tipo de proceso, el componente institucional y la relación de este modelo de justicia con la justicia ordinaria.

Para un mejor resultado en cuanto al test de complementariedad se requiere que el gobierno haga público los desarrollos en torno a los acuerdos para que estos pueda ser sometidos a un estudio profundo y por tanto conocer aspectos específicos del proceso, a su vez se requiere el desarrollo normativo del acuerdo que permita determinar etapas, medios disponibles y participación otorgada a las víctimas.

- Es de vital importancia recordar que hasta el momento la situación de Colombia en cuanto a los tres medios para la activación, nunca se ha encontrado dentro de la agenda del Consejo de Seguridad, y el estado colombiano no ha emitido solicitud para activar la competencia de la Corte

Penal Internacional, por tanto se puede deducir que la intervención queda en manos del fiscal y la Sala Preliminar de la Corte.

- La falta de voluntad o incapacidad como criterios que activan la competencia de la corte, siempre vienen siendo el resultado del compromiso que se determine entre el gobierno y las autoridades judiciales, para la búsqueda de objetivos satisfactorios para las víctimas, lo que trae consigo la construcción de acuerdos equilibrados justicia y la paz. Esperamos que estos objetivos sean claros entre el gobierno nacional y los líderes de las FARC-EP.

7. CONCLUSIONES

Los límites de la jurisdicción de la corte penal internacional para sancionar los crímenes de guerra cometidos por las FARC-EP.

Crear un sistema de Justicia Transicional adecuado para superar las más grandes violaciones del Derecho Internacional Humanitario y sancionar los crímenes más graves, es un reto para todos los gobiernos y aumenta su dificultad en la etapa de postconflicto, estas dificultades llegan a generar un ideal existente entre las naciones que afirma que organismos internacionales en el caso particular como la Corte Penal Internacional pueden otorgarnos mejores respuestas de justicia, verdad y reparación que nuestros sistemas nacionales

Sin embargo, estos ideales se desvanecen ante los límites que el marco normativo impone para su activación complementaria y las mismas relaciones dinámicas de poder intrínsecas en el desarrollo del derecho Internacional las limitan.

A continuación expondremos el por qué hablar de una intervención de la Corte Penal Internacional no podría garantizar el completo juzgamiento de los crímenes de guerra y por ende, la verdad, justicia y reparación que un proceso de justicia transicional requiere en el caso colombiano en particular.

- **La justicia internacional no puede ser el estándar de justicia nacional**

Es claro que muchas de las conductas que se cometieron en el marco del conflicto armado y que configuraron grandes daños en la población civil, siendo los crímenes más graves, se encuentran por fuera de la competencia de la Corte por el factor de competencia temporal.

Hablar por tanto de crímenes de guerra cometidos desde el 2009, deja un sinnúmero de conductas por fuera de la competencia de la Corte Penal Internacional, lo que indicaría que si esperamos a que la Corte sancione estas conductas, nunca encontraríamos la verdad, justicia y reparación para mayoría de las víctimas del conflicto armado interno colombiano.

En cuanto a la competencia del reclutamiento de menores, la corte tiene un estándar bajo de protección aplicado solo a menores de 15 años que se enlisten o recluten, se desconoce qué criterios pueden hacer considerar que un menor de 18 años tiene más capacidad de decisión que uno de 15 años. Jurídicamente son incapaces ambos para tomar una decisión como enlistarse. No podemos ignorar el ámbito de aplicación ampliado en el ordenamiento jurídico colombiano y que es necesario aplicar en la situación colombiana.

Por último, una de las prácticas más dañinas del conflicto cometida por parte de las FARC-EP es la siembra de minas antipersonas, que no cabe dentro del punto de víctimas, dado que la mayoría son soldados o miembros de las fuerzas armadas, pero aun así, su función es indiscriminada puesto que ataca sin observancia del objetivo.

Esta grave conducta no está estipulada como un crimen de competencia de la Corte en los conflictos de carácter interno, lo que quiere decir que este injusto tampoco sería objeto de investigación de la Corte Penal Internacional. Si nos limitamos a los parámetros del Estatuto entonces se someterá a impunidad a los responsables de estas conductas dañinas a los civiles y su entorno.

Este pequeño análisis nos permite concluir que, si bien la corte Penal Internacional ha contribuido en el esclarecimiento de la verdad en torno a ciertos casos derivados de situaciones objeto de investigación, en cuanto a los medios probatorios disponibles y el estado de relaciones entre la jurisdicción internacional

y el Gobierno colombiano, es posible que la competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz sea más factible, para darle una respuesta sancionatoria a los crímenes de guerra cometidos por las FARC-EP en el desarrollo del conflicto armado.

- **Limitación por condiciones políticas y jurídicas**

La Corte Penal Internacional y el Gobierno solo tiene una relación de carácter diplomático, que condiciona su cooperación únicamente la aplicación e incorporación del Estatuto de Roma dentro del ordenamiento jurídico colombiano, pero que se ve rezagada dado que no ha incorporado aspectos e instrumentos de carácter normativos que permitan llevar la relación de estos dos sujetos jurídicos a un mayor compromiso, y por ende, unos mejores resultados en torno a materia investigativa.

- **Desafíos presentes en el desarrollo del marco de la jurisdicción especial de paz**

La extradición

Hasta el momento en el marco de los acuerdos no se ha contemplado la posibilidad de la extradición de algunos líderes de las Fuerzas Armadas Revolucionaria de Colombia, este es un punto crucial de discusión para conocer el futuro de la justicia.

Ya que algunos de los líderes guerrilleros enfrentan cargos por narcotráfico en Estados Unidos, por tanto si este llegará a solicitar alguno de los futuros beneficiarios de la Jurisdicción Especial de Paz, no solo se haría una exclusión del beneficiario de la sanción pactada en la justicia transicional sino que también implicaría privar a las víctimas del acceso al proceso y por tanto se podría dudar si

se conseguiría la reparación de los daños causados por estas conductas, sin verdad las víctimas no sienten la reparación.

Un marco jurídico de desmovilización de las niñas, niños y adolescentes

Dentro de este marco de paz es necesario que se desarrolle, un marco enfocado en la desmovilización de los menores involucrados al conflicto, puesto que se desconoce de una manera completa este fenómeno de reclutamiento.

Lo que conlleva a que el no desarrollo de herramientas adecuadas, desencadene en una omisión de información por parte de la guerrilla de las FARC.- EP, y por ende la no consecución de resultados ideales para el término de este flagelo que afecta a unos de los sujetos de mayor protección del derecho internacional humanitario.

La invisibilización de la violencia sexual

La violencia sexual esta silenciada, esto porque muchas de las mujeres que son víctimas de esta conducta hacen parte de los mismo combatientes que algunos casos pueden llegar a ser niñas menores de edad. Y que por ser combatientes se escapa del ámbito de protección del Estatuto de roma.

Entonces se desconocen las verdaderas condiciones de la violencia porque dentro del mismo conflicto se ha buscado ocultar esta conducta. Y si sometemos las situaciones alrededor de este delito a los filtros internacionales no podríamos conocer las reales dimensiones y aspectos alrededor de tal.

- **Conclusión final.**

Encontrar el modelo ideal de Justicia Transicional para el conflicto armado colombiano es un reto, como se ha visto en todos los procesos anteriores de transición vividos a nivel mundial, sin embargo es necesario que en la construcción de este modelo se tengan en cuenta aspectos del derecho Internacional Humanitario, que es el conjunto de normas ideal para la regulación de las situaciones de conflicto.

A pesar de que con el surgimiento de la Corte Penal Internacional se buscó crear un ente transnacional que resolviera las solicitudes de justicia universal en la sanción de los máximos responsables de las más graves conductas, esta no fue creada con el propósito de satisfacer todos los ideales de justicia requeridos para superar una situación en conflicto y que contiene características propias de cada situación por Estado.

Por tanto el reto en el Estado Colombiano está más allá de cumplir con los estándares internacionales impuesto de justicia, es por tanto superar la precariedad institucional en algunas partes del territorio colombiano que son el foco de la confrontación armada y las diversas falencias que se presente dentro del marco de participación política para los actores inmersos en el conflicto.

Para encontrar una verdadera reparación para las víctimas de las dinámicas del conflicto armado interno colombiano se hace necesario no solo la sanción de las conductas más graves ante el derecho internacional humanitario ya sea por parte de organismo internacionales o nacionales, puesto lo importantes que se encuentre justicia, y por ende se construye la verdad que traiga consigo la reparación y la memoria para construir una paz estable y duradera.

Pero paralelo a esto es necesario que el Gobierno Nacional diseñe políticas para erradicar las causas del conflicto, es decir medidas necesarias para la disminución

de los índices pobreza, políticas de inclusión de los sectores agrarios y excluidos de la sociedad, y un sinnúmero de aspectos que de una u otra forma contribuyen al conflicto.

Esto con el propósito de erradicar las causas del conflicto y conseguir la reparación de las víctimas del contrario si no se satisfacen estos requisitos, si los acuerdos se suscriben en la desigualdad, las condiciones requeridas para la propagación del conflicto se repetirán, y por tanto siempre estaremos condenados al eterno retorno de los focos disidencia.

El respeto a la diferencia debe convertirse en el pilar fundamental de la política colombiana, el desarrollo de la paz depende de la comprensión de un mundo con diferentes perspectivas que pueden coexistir si son fundadas en el respeto de la humanidad y dignidad de los ciudadanos, concebir un mundo con diferentes cosmovisiones es posible, si se fundamente en la tolerancia y en la verdad.

BIBLIOGRAFIA

AMBOS, Kai. La parte general del derecho Penal Internacional. Pasos para una elaboración dogmática. Traducción de Ezequiel Mallarino de "Der allgemeine Teil des Völkerstrafrechts Ansätze einer Dogmatisierung. Konrad - Adenauer - Stiftung e.V. 2002. 600p.

AMBOS, Kai, MALLARINO, Ezequiel, Elsner Gisela. Justicia de transición, Informe de América Latina y Alemana, Italia y España. Konrad - Adenauer - Stiftung e.V. 2009. 560p.

AMBOS, Kai. Procedimiento de la "Ley de Justicia y paz" y derecho penal internacional: Estudio sobre la facultad de intervención de la Corte Penal Internacional a la luz del denominado proceso de "justicia y paz" en Colombia. Editorial Temis. 2010. 469p.

BERGER, Jean Francois. Crímenes de guerra y castigos. Revista del movimiento internacional de la cruz roja y de la media luna roja. 2006. Disponible en: www.redcross.int/Es/mag/magazine/2006/2/24-25.html

BOTERO Marino, Catalina, RESTREPO Saldarriaga, Esteban. Estándares Internacionales y procesos de transición en Colombia. ¿Justicia transicional sin transición? Verdad, Justicia y reparación para Colombia. Ediciones Ántropos. Bogotá. 2006. P.

CARRANZA PIÑA, Jorge Eduardo. Fundamentos sobre Verdad, Justicia y Reparación. Garantía del derecho de las víctimas. Editorial Leyer. Bogotá. 2005. p

CEBALLOS, Marcela. El papel de las comisiones extrajudiciales de investigación y de las comisiones de verdad en los proceso de Paz. Aspectos Teóricos y experiencia Internacional. Departamento Nacional de Planeación. Dirección de Justicia y Seguridad. Colombia. 2002. Disponible en: www.dnp.gov.co/archivos/documentos/DJS/-documentos-publicaciones/GEGAI-comisiones.pdf (ultima vista 11 de julio 2015)

CEPEDA CASTRO, Iván y Girón Ortiz, Claudia. Olvido o Memoria en las Condiciones de Solución de Conflictos Internos KO'AGA ROÑE'ETA se.iii (1997) Disponible en: www.derechos.org/koaga/iii/cepeda.html

COMISION COLOMBIANA DE JURISTAS - Coalición contra la vinculación de niños, niñas y jóvenes al conflicto armado en Colombia. EL delito invisible. Criterios para investigación del delito de reclutamiento ilícito de niñas y niños en Colombia. Bogotá. 2009. 170p. ISBN. 978-958-98137-2-0

COMISIÓN HISTORICA DEL CONFLICTO Y SUS VICTIMAS. (CHCV). Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia. Febrero de 2015. 809 paginas.

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA- Servicio de Asesoramiento de Derecho Internacional Humanitario. Protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado. Informe de la reunión de expertos. Ginebra. 2000. 300p.

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA INTERNACIONAL- Servicio de Asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario. Crímenes de guerras según el estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y su base en el derecho internacional humanitario. Disponible en: www.cicr.org.

CONVENIO DE GINEBRA I. Para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas. Ginebra. 1949. Disponible en: www.icrc.org/spa/resources7 documents/treaty/treaty-gc-1-stdkna-htm

CONVENIO DE GINEBRA II. Para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar. Ginebra. 1949. Disponible en: www.icrc.org/spa/resources/documents/treaty/treaty-gc-2-5tdkwc.hitm

CONVENIO DE GINEBRA III. Relativo al trato debido a los prisioneros de guerra. Ginebra.1949. Disponible en: www.icrc.org/spa/resources/documents/treaty-gc-3-5tdkwx.htm

CONVENIO DE GINEBRA IV. Relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, 1949. Ginebra.1949. Disponible en: www.icrc.org/spa/resources/documents/treaty-gc-4-5tdkyk.htm

DEFENSORÍA DEL PUEBLO, Informe sobre los Derechos Humanos de la niñez en Colombia, durante el año 2001, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2002

ESTUPIÑAN SILVA, Rosmerlin. Derecho Internacional y Crímenes de guerra en Colombia. Rosmerlin Estupiñan Silva; Prologuista, Héctor Olásolo Alonso. Bogotá. Editorial Temis. 2013. 416p.

FAJARDO ARTURO. Reclutamiento de niñas y niños como crimen internacional de las FARC en Colombia. Universidad Sergio Arboleda. Editorial Planea Colombiana S.A. Bogotá. 2014. 261p. ISBN 13:978-958-42-4076-5

FAJARDO ARTURO, Luis Andres. VALOYES VALOYES, Rosa Yineth. Violencia Sexual como crimen perpetrado por las FARC. Universidad Sergio Arboleda.

Editorial Planeta Colombiana S.A. Bogotá. Marzo 2015. 186p. ISBN 13: 978-958-42-4423-9

FERRO, Juan Guillermo. URIBE, Gabriela. El orden de la guerra: las FARC/EP entre la organización y la política, Bogotá Centro Editorial Javeriano, 2002, p200.

FUERZAS ARMADAS REVOLUCIONARIA DE COLOMBIA Ejército del Pueblo. Estatutos de constitución. Disponibles en: <http://farc-ep.co/wp-content/uploads/2013/10/Estatutos.pdf>

GAMBOA TAPIAS, Camila de. Justicia Transicional. Teoría y praxis. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá. 2006. 276p.

GARAY SALAMANCA, Luis Jorge. Memoria y reparación: elementos para una justicia transicional pro víctima. Luis Jorge Garay Salamanca, Fernando Vargas Valencia. Bogotá. Universidad externado de Colombia. 2012. 157p. ISBN: 978958710814 9

GOBIERNO DE COLOMBIA. Dirección contra minas. Víctimas de minas antipersonas. Disponible en: www.accioncontraminas.gov.co/estadisticas/Paginas/victimas-minas-antipersonal.aspx (ultima vista 08/10/15)

GRUPO DE MEMORIA HISTORICA. Basta ya. Memorias de guerra y dignidad. Bogotá. Imprenta Nacional. 2013. 434p. ISBN 978-958-52-608-4-4

HUMAN RIGHTS WATCH. Colombia: un acuerdo que sacrifica la justicia El gobierno y las FARC acuerdan que no habrá penas de prisión para atrocidades. 28 de septiembre de 2015. Disponible en: www.hrw.org/es/news/2015/09/28/colombia-un-acuerdo-que-sacrifica-la-justicia

HUMAN RIGHTS WATCH. Genocidio crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Compendio temático sobre jurisprudencia del tribunal penal internacional para la antigua Yugoslavia. Universidad iberoamericana 2005. Traducción de “ Genocide, War crimes and crimes against humanity: A topical Digest of the case law of international criminal Tribunal for the former Yugoslavia.

INTERNATIONAL CAMPAIGN TO BAN LANDMINES. Landmine Monitor Report 2007. Disponible en: www.icbl.org/lm/2007/

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, Case Information Sheet. Situation in the Democratic Republic of the Congo. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Disponible en <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/publications/LubangaENG.pdf>. (Última vista 4 de octubre del 2015

LARA PATRICIA. Siembra vientos y recogerás tempestades. Editorial Planeta. 1994.

LOPERA MORALES, Jenny Julieth. Aproximación a la justicia transicional en Colombia. Trabajo de Grado como requisito para optar al título de Abogada. Universidad de Medellín. Facultad de derecho. Medellín. 2007

MESA DE CONVERSACIONES. Comunicado N° 52 del 7 de Marzo de 2015. Acuerdo sobre limpieza y descontaminación del territorio de la presencia de Minas Antipersonales (MAP), Artefactos Explosivos Improvisados (AEI) y Municiones Sin Explotar (MUSE) o Restos Explosivos de Guerra (REG) en general. La Habana, Cuba. 2015. En: www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/oacp/Pages/informes-especiales/desminado-proceso-paz/index.html

MESA DE CONVERSACIONES. Comunicado Conjunto N° 60 sobre el acuerdo de una jurisdicción Especial para la Habana. 23 de septiembre de 2015. Disponible

en: www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/comunicado-conjunto-60-1443048528.pdf

MOLANO ALFREDO. Los años del Tropel. El Ancora. Bogotá. 1985.

MOTTA CASTAÑO, Deissy. La complejidad del crimen internacional de guerra “toma de rehenes” en el ámbito jurídico de Colombia. Facultad de derecho Universidad Autónoma de Colombia. Fondo de publicaciones. 2010

MUNIZAGA MIRANDA, Francisco. La actualización de la normativa de crímenes de guerra en el derecho interno a la luz del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y otras normas. Memoria para optar al grado de Licenciado en ciencias Jurídica y sociales. Universidad de Chile. Santiago de Chile. 2011.

PROTOCOLO II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional. 1977. Disponible en: www.icrc.org/spa/resources/documents/mics/protocoloII.htm

REÁTEGUI, Felix. Justicia transicional Manual para América Latina Brasilia y Nueva York 2011. Brasilia comisión de Amnistía, Ministerio de justicia, Nueva York centro internacional para la justicia transicional 2011.

SUN TZU. El Arte de la Guerra. The art of war. 1988. Thomaer clery. Traducción Alfonso Colodrón 1996. Quinta edición. España. Noviembre 2008. 157p. ISBN 978-84-414-1755-7

SALMÓN, Elizabeth. Algunas reflexiones sobre Derecho Internacional Humanitario y justicia transicional: lecciones de la experiencia latinoamericana. International Review of the Redcross. Número 862. 2006

SOUTO GÁLVÁN, Esther. Coordinadora, Castro Sanchez Carmen. Intolerancia religiosa derechos humanos y post-conflicto. Editorial Dykinson. Madrid. 2009.

SPRINGER, Natalia, Como Cordero Entre Lobos. Del uso y reclutamiento de niñas, niños y adolescentes en el marco del conflicto armado y la criminalidad en Colombia. Springer Consulting Service, Bogotá, 2012. Pág 48

UPRIMY, Rodrigo y SAFRAN, Maria Paula. Estándares Internacionales y procesos de paz en Colombia. Entre el perdón y el paredón, preguntas y dilemas de justicia transicional. Compilado por Angelika Rettberd. Ediciones Uniandes- Coras Editores. Bogotá. 2005

URBINA, Julio Jorge. Crímenes de guerra, justicia universal e inmunidades jurisdiccionales penales de los órganos del el Estado. Anuario Mexicano de Derecho Internacional. Disponible en: www.juridicas.unam.mx

URIBE DE HINCAPIE, María Teresa. Esclarecimiento histórico y verdad jurídica: Notas Introdutorias sobre los usos de la verdad. Justicia transicional: Teoría y praxis. Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2006.