



*PROCEDENCIA PARA INVESTIGAR Y SANCIONAR PENALMENTE EN
COLOMBIA A LOS RESPONSABLES DEL DELITO DE*

*“HOMICIDIO
EN PERSONA PROTEGIDA”*

CONFORME AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO



**PROCEDENCIA PARA INVESTIGAR Y SANCIONAR PENALMENTE EN
COLOMBIA A LOS RESPONSABLES DEL DELITO DE “HOMICIDIO EN
PERSONA PROTEGIDA” CONFORME AL DERECHO INTERNACIONAL
HUMANITARIO**

JHON JAIRO GALLEGO CARDONA
LUZ YANET SERNA DUQUE

UNIVERSIDAD DE MANIZALES
FACULTAD DE CIENCIA JURÍDICAS
PROGRAMA DE DERECHO
MANIZALES

2011

**PROCEDENCIA PARA INVESTIGAR Y SANCIONAR PENALMENTE EN
COLOMBIA A LOS RESPONSABLES DEL DELITO DE “HOMICIDIO EN
PERSONA PROTEGIDA” CONFORME AL DERECHO INTERNACIONAL
HUMANITARIO**

Presentado por:

JHON JAIRO GALLEGO CARDONA

LUZ YANET SERNA DUQUE

Trabajo de tesis

Dirigido por:

Dr. Ancizar Ramírez Toro

Abogado Especialista en Derecho Penal

UNIVERSIDAD DE MANIZALES
FACULTAD DE CIENCIA JURÍDICAS
PROGRAMA DE DERECHO
MANIZALES

2011

CONTENIDO

	Pág.
DESCRIPCIÓN DEL ÁREA TEMÁTICA O PROBLEMÁTICA.....	6
PALABRAS CLAVES.....	9
INTRODUCCIÓN.....	10
Surgimiento del estudio.....	12
Pregunta problematizadora.....	21
Justificación.....	22
Tópicos del marco teórico.....	24
PROPÓSITOS.....	28
Objetivo general.....	28
Objetivos específicos.....	28
DESCRIPCIÓN DEL ESTUDIO.....	29
Tipo de estudio.....	29
Desarrollo metodológico.....	29
Técnicas e instrumentos.....	30
PLAN DE TRABAJO Y CRONOGRAMA ORIENTADOR.....	31
Recursos.....	32
RESULTADOS ALCANZADOS.....	33
1. Hipótesis por las que los operadores jurídicos incurren en error al adecuar el artículo 135 del Código Penal.....	33
1.1. Principios y derechos que se violan con la incorrecta interpretación.....	34
A) Principio de legalidad.....	34
B) Derecho a la tutela judicial efectiva.....	34
C) Complejo derecho al debido proceso.....	35
a) Principio de legalidad.....	37
b) Debido proceso en sentido estricto.....	38
c) Derecho de defensa.....	38
D) Respeto al juez natural.....	39

2. Identificación de normas externas e internas a utilizar como herramientas jurídicas para la correcta adecuación del artículo 135 del Código Penal Colombiano.....	40
2.1. Normas externas.....	40
A) El artículo 3º común a los convenios de Ginebra....	40
a) Ámbito de aplicación material.....	42
b) Ámbito de aplicación personal.....	44
c) El núcleo básico de los derechos.....	45
d) Posibilidades, ampliaciones y aclaraciones sobre su aplicación.....	46
B) El protocolo II de 1977.....	48
a) El trato humano a quienes no participen de manera directa en las hostilidades.....	49
b) La asistencia humanitaria.....	50
c) La protección de la población civil.....	50
d) La aplicabilidad en Colombia del Protocolo II de 1977.....	51
2.2. Normas internas.....	58
A) Delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario en el Código penal.....	58
B) El respeto interno al derecho humanitario.....	61
2.3. Distinción entre conflicto armado internacional y no internacional.....	65
3. Personas protegidas por el derecho internacional humanitario.....	66
4. Competencia.....	69
4.1. Competencia si el caso se tramita conforme a la Ley 600 de 2000.....	70
4.2. Competencia si el caso se tramita conforme a la ley 906 de 2004.....	70

5. Reflexiones que desvirtúan las hipótesis relacionadas como errores al adecuar el artículo 135 del Código Penal.....	72
CONCLUSIONES.....	77
BIBLIOGRAFÍA.....	80

JHON JAIRO GALLEGO CARDONA - LUZ YANET SERNA DUQUE

**PROCEDENCIA PARA INVESTIGAR Y SANCIONAR PENALMENTE
EN COLOMBIA A LOS RESPONSABLES DEL DELITO DE
“HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA” CONFORME AL
DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO**

DESCRIPCIÓN DEL ÁREA TEMÁTICA O PROBLEMÁTICA

Con la positivización de los “Delitos contra Personas y Bienes Protegidos por el Derecho Internacional Humanitario”, consignada en el Libro II, Título II, Capítulo Único del actual Código Penal (Ley 599 de 2000), el Estado colombiano por fin se puso al día respecto a la obligación que adquirió al firmar como Parte integrante el Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relacionado con la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), aprobado por la Conferencia Diplomática sobre la reafirmación y el desarrollo del derecho humanitario aplicable en los conflictos armados el 8 de junio de 1977, mismo que entró en vigor a nivel internacional el 7 de diciembre de 1978, y en Colombia el 15 de febrero de 1996 en virtud de la Ley 171 de 1994; pese a la vigencia de los tipos penales que se describen en el capítulo aludido del Código Penal (comprendidos entre los artículos 135 a 164), se observa con cierta preocupación que los funcionarios judiciales (fiscales y jueces) frecuentemente omiten, a la hora de cumplir con su misión funcional constitucional y legal, endilgar responsabilidades y proferir sanciones penales contra aquellas personas que afectan el bien jurídico anunciado, destacándose notoriamente el agotamiento de aquellos injustos que agobian desde hace varias décadas a la población civil y aquellos que sin hacer parte del conflicto interno, vienen siendo objetivo militar de los grupos alzados en

armas y la misma fuerza pública del Estado, por el solo hecho de tener su domicilio en zonas con presencia de guerrilla y paramilitarismo.

Los operadores judiciales (fiscales y jueces), a la hora de desarrollar su actividad funcional, por errónea interpretación de los delitos que contempla el Libro Segundo, Título II, Capítulo Único del Código Penal que protegen el bien jurídico “Delitos contra Personas y Bienes Protegidos por el Derecho Internacional Humanitario”, excluyen aspectos básicos y simples que deben tenerse en cuenta al encuadrar esas conductas en el momento de formular imputación, presentar acusación o proferir fallos, las cuales se sustentan en normas internacionales pocas veces consultadas por un alto número de funcionarios de la rama judicial del poder público, situación que les impide realizar la diferenciación que requiere cada caso en particular y, por ello, en forma reiterada, confunden específicamente el “Homicidio en Persona Protegida” (artículo 135 del Código Penal) con cualquier tipo de agravante del Homicidio (artículo 104 del Código Penal), circunstancia que afecta de manera ostensible los principios de legalidad¹, tutela judicial efectiva² y el complejo del debido proceso³, con lo que se altera la investigación y las fases del juicio, dado que se proyectaría la consecución de pruebas (en averiguaciones tramitadas conforme a la Ley 600 de 2000), elementos materiales probatorios, evidencias físicas e información legalmente obtenida (en cuanto a si el trámite se rige por la Ley 906 de 2004), que alejan a la judicatura de obtener una justicia seria, eficaz y eficiente que permita responder a un conocimiento real de las situaciones que le corresponde resolver y una verdadera política criminal que contribuya a la solución de los conflictos.

¹ **Artículo 6º del C. Penal.** “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. (...)”

² **Principio de Tutela Judicial Efectiva**, de amplio reconocimiento internacional y con evidente acogida constitucional a través de los artículos 229, 29 y 93 de la Carta Política de Colombia.

³ **Complejo del Debido Proceso**, comprende el principio de legalidad, el debido proceso en sentido estricto, el derecho a la defensa y el respeto al juez natural.

Por ello, se consideró fundamental, para el desarrollo de este trabajo, ocuparnos del tipo penal “Homicidio en Persona Protegida” conforme al Derecho Internacional Humanitario y su correcto ejercicio de adecuación, a fin de que los funcionarios –fiscales y jueces- puedan tener herramientas y pautas para plantear de manera objetiva el soporte fáctico, jurídico y probatorio que permitan decidir sobre la procedencia de orientar la investigación y emitir un fallo cuando exista la nombrada conducta penal.

PALABRAS CLAVES

- Derecho Internacional Humanitario
- Persona Protegida
- Protocolo
- Convenio
- Combate
- Conflicto armado
- Combatiente
- Fuerzas armadas estatales
- Fuerzas armadas disidentes

INTRODUCCIÓN

De particular importancia resulta abordar temas como el aquí plasmado, no solo por su connotación a la luz del Derecho Internacional Humanitario, sino, porque ha sido afrontado bajo un criterio orientador producto de la experiencia en la práctica judicial. Conocedores de lo poco que se ha legislado sobre el tema en nuestro país, propiamente en lo que hace referencia al artículo 135 del Código Penal y que más bien su escaso estudio se consigna en el campo doctrinario, debemos acudir, como se realizó en el ejercicio académico que se pone a consideración, cuáles son las razones que llevan a los operadores judiciales a hacer confusas interpretaciones al momento de adecuar el agotamiento del comportamiento reprochable en el tipo penal correspondiente.

Cuando se ausculta el verdadero espíritu del legislador en la redacción de la norma nos quedamos cortos y damos por hecho que indistintamente se pueden utilizar términos como combate y combatiente, conflicto y conflicto armado, sin detenernos a analizar quién o quienes han hecho parte del conflicto.

El resultado de esta investigación se convierte en una guía para los estudiantes de las facultades de derecho, los integrantes de la rama judicial del poder público, los profesionales del derecho y para quienes se interesen por abanderar la protección de los Derechos Humanos y traspasar fronteras frente a lo que es el Derecho Internacional Humanitario, por sobre todo, en países como el nuestro donde la violación a tales derechos es de diario vivir.

Alejarse de esa realidad, sería tanto como asumir la actitud pasiva que la mayoría de los Colombianos adoptamos a la hora de hacer valer nuestros derechos, cuando ni siquiera debatimos asuntos como los aquí planteados, unos propios de nuestro derecho interno, otros recogidos en tratados, convenios y protocolos

internacionales, camino a constituir un verdadero bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos.

A través de este trabajo se pretende crear una herramienta útil para estudiantes de derecho y operadores judiciales, quienes en el presente y futuro de su ejercicio profesional y actividad funcional, realicen una adecuada interpretación de las normas y, de paso, contribuyan con la aplicación de principios legales y constitucionales que se exigen para el desarrollo de un proceso investigativo y sancionatorio oportuno, eficaz y eficiente, que ofrezca a víctimas y procesados todas aquellas garantías que deben advertirse para obtener la verdad de los hechos, la indemnización y la reparación, lo que de contera redundará en la praxis judicial a través de la controversia que se genere, cuando se señalen los yerros observados y morigerados en cierto modo por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

SURGIMIENTO DEL ESTUDIO

Como estudios anteriores o precedentes de este tema, tenemos un pronunciamiento de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia⁴, desde el cual ya se advertía la necesidad de profundizar en el ejercicio investigativo que nos ocupa. Debido a la existencia de la discusión sobre la falta de aplicación del artículo 135 del Código Penal, en virtud de su errónea interpretación por parte del juez natural, donde pese a que la Fiscalía (Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario) finalmente adecuó y acusó conforme a la interpretación correcta de la norma, el juez natural sí incurrió en la imprecisión y confusión, generando una sentencia que, aunque sancionatoria, transgredía los principios de legalidad, tutela judicial efectiva y complejo del debido proceso.

RELACIÓN DE ALGUNAS POSICIONES JURÍDICAS INCORRECTAS RESPECTO AL HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA POR EL DIH

Dentro de las sentencias consultadas y analizadas, se destaca el caso relacionado en el párrafo anterior, en la que se analizaron hechos ocurrido en la madrugada del 8 de diciembre de 2002 en el Corregimiento de Atánquez, comprensión territorial del municipio de Valledupar (Cesar), momento en que llegaron alrededor de sesenta hombres en su mayoría vestidos con prendas de uso privativo de las fuerzas militares, portando armas largas y distintivos de las Autodefensas Unidas de Colombia, ingresaron al resguardo indígena de los Kankuamos, asentados en el sitio geográfico indicado. Mientras algunos se ubicaron en el perímetro exterior del poblado, rodeándolo, otros se desplazaron por sus calles, concentrándose

⁴ SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Rad. 29753. Acta No. 16 del 27 de enero de 2010. M. P. José Leonidas Bustos Martínez.

buena parte de la tropa irregular en la plaza del lugar, donde se congregaba parte de la comunidad, por tratarse de un domingo de mercado. Allí requirieron a varios de los pobladores para que se identificaran, previamente señalados por personas encapuchadas, fueron separados del grupo el Mamo del Cabildo Indígena ABEL ALVARADO MAESTRE, el profesor GUSTAVO HORACIO MAESTRE ARIAS y el agricultor ALFREDO ANTONIO BORREGO, último de los cuales suplicó no ser retenido, recibiendo como respuesta varios disparos que de inmediato segaron su vida.

Cerca del mercado, fue también retenido el labriego JOSÉ MANUEL CÁCERES, a quien le dispararon en el mismo lugar ocasionando su muerte.

A las otras personas, atadas de pies y manos, se les condujo fuera del municipio; al llegar a la entrada del pontón, donde habían sido inmovilizados los vehículos que transitaban la vía, fue liberado el profesor GUSTAVO HORACIO MAESTRE ARIAS.

En el mismo interregno, el agricultor FRANKLIN MANUEL ARIAS ARIAS, quien se desplazaba por el perímetro urbano de Atánquez en compañía de su esposa y de sus dos menores hijos hacia una parcela próxima, fue retenido por miembros del mismo grupo armado ilegal que patrullaba el Corregimiento y horas más tarde se halló su cadáver en el sitio denominado “La Y”, presentando heridas con arma de fuego y señales de tortura.

Por su parte, cerca del medio día, por la denominada “vía antigua” que conduce de Atánquez a Valledupar, fue hallado sin vida el Mamo del Cabildo Indígena ABEL ABELARDO MAESTRE, ultimado por disparos de arma de fuego.

Pese a que la Fiscalía General de la Nación al dictar resolución de acusación contra las personas vinculadas al proceso por el delito de “Homicidio en Persona Protegida por el Derecho Internacional Humanitario” en concurso con “Concierto para Delinquir en la modalidad de Paramilitarismo”, los jueces de primera y segunda instancia desestimaron tal posición y en cambio variaron inexplicablemente el primero de los nombrados tipos penales, aún cuando estaba demostrado probatoriamente que los homicidios de los cuatro miembros de la etnia Kankuama fueron realizados por integrantes de las Autodefensas Unidas de Colombia, en desarrollo de una de sus incursiones armadas a la referida población para tomar represalias contra algunos miembros de esa comunidad por supuesto apoyo a la guerrilla, argumentaron en sentido inverso a esa realidad demostrada, que tales hechos no aparecían vinculados al conflicto armado no internacional, por lo que basaron su decisión en los siguientes argumentos:

Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Valledupar (Cesar):

“... Pese a no desconocer el juzgado que la masacre es un crimen de lesa humanidad, en **estricta tipicidad** este homicidio múltiple no encaja en el art. 135 C.P. ... si en cuenta tenemos que para que se tipifique este delito se requiere que haya recaído en civiles que sean protegidos con ocasión y en desarrollo de conflicto armado.

La sala de apelación del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia en sentencia del 2 de octubre de 1995, con ocasión del asunto ‘Tadic’ define el **conflicto armado** cuando se recurre a la fuerza armada entre Estados, o cuando se da entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados, o entre estos grupos dentro del Estado.

Estos presupuestos no se dan en este caso, y menos aun si en cuenta tenemos que la Sala Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia en fallo de febrero 4 de 1999 considera que se presenta un **combate** cuando quiera que tenía lugar un **enfrentamiento armado entre combatientes, una acción militar de carácter**

regular o irregular contra el legítimo contradichos, determinable en el tiempo y espacio.

Así las cosas, si en este caso no hubo **enfrentamiento, sino una especie de castigo a las víctimas que en sentir de los ilegales le colaboraban a la guerrilla y por ello los asesinaron en indefensión** ... entonces se concluye que el homicidio en concurso se ubica es en el artículo 103 C.P. agravado conforme lo imputó la fiscalía al acusado en la indagatoria, entre dichas circunstancias de agravación está la contemplada en el artículo 104 numeral 9, esto es, en persona protegida internacionalmente diferente de las contempladas en el Título II Capítulo Único del C.P.”

Posición de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar (Cesar): La misma tesis fue complementada en la sentencia de segunda instancia, con los siguientes argumentos:

“...Quizás por ahondar en discurso teórico, citas impertinentes e incluso caóticas, la fiscalía no se detuvo en el análisis elemental de la situación pragmática. Nadie puede negar que las AUC constituyen una organización armada irregular que cumple formalmente con las exigencias internacionales como para ser consideradas contradictores válidos de la guerrilla y, por eso mismo, deberían sujetarse a tales regulaciones y respetar no sólo la vida sino los más elementales derechos de la población civil no alineada con aquella.

Discurso magnífico y si se quiere magnánimo que se quedó en eso: un simple cacareo, ya que entre los ‘bandos’ –por colocarles algún nombre- no existe tal contradicción sino un frío matrimonio de intereses ilegales... Para decirlo sin perifrasis: cero filosofía, cero ideales, cero políticas propias del combatiente definido por el D.I.H. y por la recurrente.

Si no hay **combates** entre grupos irregularmente armados, **menos pudo haberlos en los hechos ocurridos en Atánquez en los cuales con prepotencia y desprecio se humilló y masacró a unos indígenas desarmados e indefensos,**

en presencia de todo el pueblo. El combatiente, para que en el derecho internacional pueda reclamar tal nombre, requiere –aparte de serlo- aplicar o estar en condiciones de aplicar toda la normatividad relativa a los conflictos armados...

Desde luego que las víctimas Kankuamas del 8 de diciembre de 2002 en Atanquez (sic), no fueron destruidas por combatientes, ni en actos de combate propios de un conflicto interno, ni tampoco con ocasión de éste o de aquéllos.

Que se pretenda colocar como causa... la existencia de un conflicto interno significa desconocer que una cosa es la ocasión y otra su disfraz [...] ¿Que alguien afirmó que a los indígenas les dieron muerte por colaborar con la guerrilla? Sí. Lo cual no pasa de un simple pretexto que no **orienta filosofía ni ideal alguno y que obliga a razonar al contrario para afirmar que, entonces, toda retaliación homicida por los miembros de las AUC o de la guerrilla tendría que encasillarse en el artículo 135 del Código Penal.**”

Como se puede observar, no solo incurren en el error de interpretación fiscales y jueces, también lo hacen magistrados de tribunales superiores que tienen bajo su responsabilidad aclarar las dudas que puedan tener quienes fungen como inferiores funcionales, situación que afecta desde todo punto de vista el ordenamiento jurídico y con ello, se siembra desconfianza entre la colectividad.

Aparte del referente jurisprudencial relacionado, antes de su análisis, se presentaron inquietudes que permitieron enfocar un proceso investigativo en cuanto a las múltiples interpretaciones que hacen los operadores judiciales sobre el artículo 135 del Código Penal, norma que contempla como conducta penal el “Homicidio en Persona Protegida”, debido a la permanente presencia de conflictos administrativos negativos de competencia que se suscitan entre Fiscales Delegados ante los Jueces Penales del Circuito del Distrito Judicial de Manizales y

el Fiscal Primero Delegado ante los Jueces Penales del Circuito Especializado de la capital caldense, controversia jurídica que resuelve el superior jerárquico de ambos funcionarios, esto es, la Dirección Seccional de Fiscalías conforme al numeral 1 del artículo 7º de la Ley 938 de 2004⁵, posiciones que hasta hace pocos meses, venían siendo argumentadas tanto por los despachos trabados en conflicto como por el superior que decide sobre la controversia, de manera errónea, inaplicando la ley sustantiva del derecho penal, la Constitución Política y el bloque de constitucionalidad que obliga la Carta Política, lo que permitía que se continuara incurriendo en el error de interpretación y con ello, atentando contra los principios de legalidad, tutela judicial efectiva y complejo del debido proceso.

Entre los argumentos esgrimidos por los aludidos funcionarios, consignaremos inicialmente el de la Fiscalía Primera Especializada de Manizales, quien señalaba en sus órdenes, lo siguiente:

“...La competencia de la Justicia Especializada es taxativa y no residual por lo cual se suscribe solamente a lo estipulado en el artículo 35 del Código de Procedimiento Penal (...)

En el asunto que se estudia, ninguna prueba indica que el ciudadano lamentablemente eliminado se hallara internacionalmente protegido.

*Como es claro, el cruel homicidio no fue cometido con ocasión y desarrollo de un **conflicto armado** y, por tanto, la víctima no se encontraba protegida por el derecho Internacional Humanitario.*

La salvedad implica que lo exceptuado frente al Servidor especializado compete a otro funcionario y como esa facultad no se ha otorgado expresamente a ninguna jerarquía, por residuo corresponde al juez penal del circuito.

⁵ Artículo 7º numeral 1 de la Ley 938 de 2004: “Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación”, textualmente reza: “...Para el cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales, corresponde al Fiscal General de la Nación, los Directores de Fiscalía y los fiscales a quienes se les asigne la función de Jefes de Unidad: 1- Dirimir los conflictos administrativos entre las Unidades de Fiscalías bajo su autoridad y las de sus inferiores jerárquicos en el ámbito de su competencia...”

El conocimiento del delito de homicidio simple y, en general, del homicidio agravado, compete al juez penal del circuito.

El homicidio agravado por los numerales 8 (realizado con fines terroristas o en desarrollo de actividades terroristas), 9 (respecto de persona internacionalmente protegida) y 10 (en relación con servidor público, periodista, juez de paz, dirigente sindical, político o religioso o en razón de ello) del artículo 104 del Código Penal, compete al juez penal del circuito especializado.

*Ninguno de los cuales corresponde a este caso. Como es claro, el cruel homicidio **no fue cometido con ocasión y desarrollo de un conflicto armado** y, por tanto, la víctima no se encontraba protegida por el derecho Internacional Humanitario, el cual es competencia de los Juzgados Penales del Circuito, y por ende, de las Fiscalías delegadas ante tales despachos, (...)⁶*

Es bueno aclarar, para ilustrar el argumento expuesto, la víctima en el caso aludido, corresponde a un ciudadano que laboraba en la Vereda “Buenos Aires”, comprensión territorial del municipio de Marulanda (Caldas), quien murió violentamente el 18 de agosto de 2007, en una acción ejecutada por integrantes del Ejército Nacional, quienes fueron hasta la finca donde se encontraba el óbito, le dijeron que los acompañara hasta el sitio donde estaba el Comandante, tomaron camino y luego de 15 minutos de haber partido, se escucharon varios disparos que le produjeron la muerte. Como se puede observar sin hesitación alguna y con base en los elementos materiales probatorios, según el parágrafo del artículo 135 del Código Penal, cualquiera fuera la condición del occiso, se trataba de una persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario y por tanto, no podría sufrir la suerte que tuvo, pues los militares debieron proteger su existencia y no masacrarlo como lo hicieron.

De otro lado, los argumentos de los Fiscales Delegados ante los Jueces Penales

⁶ Orden del 24 de mayo de 2011, emitida por la Fiscalía Primera Delegada ante el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Manizales.

del Circuito, cuando se traban los aludidos conflictos administrativos negativos de competencia, tampoco son muy claros, entre los que consignaremos el de un Fiscal Seccional de Riosucio (Caldas), quien considera:

“...dispuso remitir la carpeta ante la Fiscalías Especializadas de Manizales, tras considerar, que según constancia del 16 de febrero de 2009, el Resguardo Indígena Nuestra Señora Candelaria de La Montaña, certifica que el señor JOSE GABRIEL TREJOS GUERRERO estaba censado como integrante del mentado resguardo; en consecuencia y con base en esa certificación, dada la calidad de indígena que tenía la víctima, se infiere que tal conducta, de acuerdo con el artículo 35 numeral 4º de la Ley 906 de 2004, es atribuida a los señores Jueces Penales del Circuito Especializado y por ende su instrucción a los señores Fiscales Delegados ante estos...”⁷

Es de aclarar, la investigación se inició por el homicidio del señor JOSE GABRIEL TREJOS GUERRERO, persona que perdió su vida el 8 de febrero de 2009 en su casa de habitación ubicada en la Vereda Alto Medina, comprensión territorial del municipio de Riosucio (Caldas), luego de recibir una herida con arma blanca en la región hiodea. Según se desprende de la indagación, el homicidio se produjo, al parecer, por causas pasionales, ejecutado por un miembro de la comunidad indígena; hechos que no se pueden encuadrar en el tipo penal de “Homicidio en Persona Protegida por el derecho Internacional Humanitario”. De proceder de esa manera, por el solo hecho de haberse segado la vida de un integrante de las comunidades indígenas, por su condición de tal, se estaría extralimitando en la adecuación típica que venimos refiriendo y con ello, igualmente, se desconocerían los principios y garantías de legalidad, tutela judicial efectiva y complejo de derecho de defensa.

⁷ Orden del 24 de marzo de 2009, emitida por la Fiscalía Segunda Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Riosucio (Caldas).

Éste es y no otro, el objetivo que se persigue con el desarrollo del ejercicio de investigación, procurar que no vuelvan a existir conflictos administrativos negativos de competencia como los que se anunciaron, originados por la desacertada interpretación de los operadores judiciales, que como se puede entender, afecta los principios reseñados de legalidad, tutela judicial efectiva y complejo del debido proceso, con lo que se desvía la orientación de la investigación para obtener las pruebas conducentes, pertinentes y oportunas que le permitan al juez llegar al conocimiento de los hechos materia de investigación más allá de toda duda, para sancionar a quienes resulten penalmente responsables.

Para el desarrollo investigativo se realizaron consultas con las que se pudo enfocar un método óptimo, claro y sencillo, a partir del cual se evite incurrir en la falencia advertida, de manera que su utilización sea una práctica constante, permanente y habitual en procura de una adecuada interpretación del artículo 135 del Código Penal “Homicidio en Persona Protegida”, en todos los funcionarios judiciales, y deje de ser una aplicación excepcional.

PREGUNTA PROBLEMATIZADORA

¿Cuál es la interpretación que realizan los operadores judiciales de la justicia colombiana acerca del delito de “Homicidio en Persona Protegida” conforme al Derecho Internacional Humanitario?

JUSTIFICACIÓN

De acuerdo a las razones existentes para el surgimiento del estudio desarrollado y debido al alto número de controversias jurídicas suscitadas entre Fiscales Seccionales y Fiscales Especializados, trabados en diferencias conceptuales argumentadas para zafar de su competencia la orientación y conocimiento de hechos que hacen parte de su carga laboral; el resultado del ejercicio académico contribuirá con la metodología pertinente que se debe aplicar, por parte de los operadores jurídicos, para que se interprete en forma adecuada el tipo penal descrito y sancionado en el artículo 135 del código Penal “Homicidio en Personas Protegidas”, situación que seguramente aportará, en evitar se continúe desconociendo la ocurrencia frecuente de la aludida conducta penal en el territorio nacional.

Así las cosas, la utilidad, se basa entonces en una propuesta que tiene la pretensión de suministrar herramientas, pautas y líneas de acción que generen una cultura jurídica y académica en torno a validar la proporcionalidad como metodología o técnica para interpretar el propósito del legislador, respecto de la tipificación del delito de “Homicidio en Persona Protegida”, que asumió nuestro país, cuando fue considerado como parte actora en la firma del Protocolo II adicional a los convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, ratificado por nuestro país mediante la Ley 171 de 16 de diciembre de 1994, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional; para que en lo sucesivo los operadores judiciales (Jueces y Fiscales) efectivamente den cumplimiento a la ley sustantiva penal y al principio de legalidad⁸.

⁸ Art. 6º del Código Penal: “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el Juez o Tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio...”

El resultado investigativo concita el interés, no sólo de funcionarios judiciales sino, también, de la academia, del Derecho en general (universidades, profesores, alumnos, foros, seminarios, etc.), dado que es un tema que de una u otra manera repercute en el desarrollo cotidiano del país.

Se considera que el tema es relevante por los aportes no sólo al ejercicio jurídico- laboral, sino, también, para despertar interés en todos los actores sociales de Colombia de manera que con él, se pueda contribuir a que se interprete correctamente el artículo 135 del Código Penal “Homicidio en Persona Protegida”, procurando que el tema quede claro para los operadores judiciales (fiscales y jueces), defensores públicos, defensores de confianza, indiciados, acusados y en especial a las víctimas, quienes en últimas, son los directamente afectados con la conducta penal que tanto daño les ha causado de manera particular y que en forma extensiva, con ese tipo de actuar aflige a toda la humanidad.

TÓPICOS DEL MARCO TEÓRICO

El interés principal que motivó la realización de este trabajo de investigación es la necesidad de hacer un análisis detallado de la fundamentación jurídica del tipo penal que describe y sanciona el artículo 135 del Código Penal como “Homicidio en Persona Protegida”, contenido en el Libro II, Título II, Capítulo Único del actual Código Penal (Ley 599 de 2000), norma vigente que obliga a los funcionarios judiciales a adecuar los elementos estructurales del tipo, a partir de una interpretación básica y simple sobre normas internacionales, que permita encuadrar cierta acción humana, como conducta penal, cuando se afecta de manera directa los derechos de las personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario, respetando con ello los principios de legalidad, tutela judicial efectiva y el complejo del debido proceso, a los que deben ajustarse las autoridades judiciales, al resolver los conflictos puestos en su conocimiento.

En ese sentido, la interpretación de las normas internacionales para estructurar correctamente el delito de “Homicidio en Persona Protegida”, en virtud al artículo 93 de la Constitución Política, ha puesto al descubierto la necesidad de que los operadores judiciales, en especial, fiscales y jueces, en algunos casos, desarrollen y en otros perfeccionen las competencias cognoscitivas que fluyen del ejercicio adecuado para saber, sin equívocos, cuando se está frente al tipo penal, de manera que se impute, acuse y falle (en cuanto a si el proceso se tramita conforme a la Ley 906 de 2004), o se vincule mediante indagatoria, resuelva situación jurídica, se formule acusación, desarrolle juicio y se profiera sentencia respecto a si la averiguación debe orientarse por la Ley 600 de 2000, en cualquiera de los casos, sin incurrir en imprecisiones de orden legal que perjudiquen no sólo a las personas titulares del derecho violado sino también a la sociedad colombiana necesitada constantemente de conocer la verdad, sancionar a los responsables e indemnizar a las víctimas, aspectos que se tornan

indispensables en un Estado social de derecho para tratar de obtener la convivencia social.

Por ello, es importante entender y aclarar cuál es el fundamento jurídico positivo que exige la aplicación de esta técnica para encuadrar el tipo penal de “Homicidio en Persona Protegida”, visto no solo desde las normas externas que dan origen a ese delito⁹ y demás conductas penales que atentan contra el bien jurídico descrito como “Delitos contra Personas y Bienes Protegidos por el Derecho Internacional Humanitario”, sino desde la actual Constitución Política, la Ley 171 de 1994 que ratificó el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, y la jurisprudencia de los jueces y tribunales que hayan estudiado el tema, de manera que se puedan extraer las conclusiones que sirvan, a fiscales y jueces, para estructurar racionalmente sus argumentos de forma más convincente, de modo que la decisión que se tome al final del juicio, sea la más justa, equitativa y legal, que permita ser valorada por sus destinatarios y la colectividad como correcta, razonable, legítima, válida y eficaz.

En ese orden de ideas, se realizó un estudio y análisis del contenido de las normas externas e internas de aplicación concreta en el ordenamiento jurídico colombiano, y de manera coetánea, se describió la confusión u omisión en que regularmente incurren algunos operadores judiciales al interpretar, erróneamente, la reglamentación actual, forma con que se desvía su atención y por ende la investigación, al encuadrar distintas conductas penales a las que en realidad deben ser consideradas, irrespetando con ello el “Principio de Distinción”¹⁰ y de contera, generando zozobra, intranquilidad y desconcierto en la sociedad nacional

⁹ **(Protocolo II)** adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, por medio del cual se da protección a las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, aprobado por la Conferencia Diplomática sobre la reafirmación y el desarrollo del derecho humanitario aplicable en los conflictos armados el 8 de junio de 1977. Entró en vigor internacionalmente el 7 de diciembre de 1978. En Colombia, el 15 de febrero de 1996, en virtud de la ley 171 de 1994.

¹⁰ **Principio de Distinción:** Gobierna la regulación de los conflictos en el marco del Derecho Internacional Humanitario, y por tanto, debe ser advertido y respetado por las fuerzas trabadas en conflicto.

y en la comunidad internacional, produciendo desconfianza al momento de evaluar los avances obtenidos por el país en temas por violación a los Derechos Humanos, donde se confrontan cifras suministradas por el Estado y aquellas que reportan las organizaciones no gubernamentales de carácter internacional que refleja de manera escueta y cruda la triste realidad. Por ello, el desconocimiento de la situación planteada, como es la adecuación correcta del tipo penal que nos ocupa, desencadena una serie de consecuencias que afectan, no sólo a las víctimas de los “Homicidios en Personas Protegidas” sino, también, a todos los asociados, debido al constante repudio y estigmatización de los colombianos en el exterior por la falta de garantizar los derechos de la población civil en un conflicto interno que se ha extendido por más de sesenta años.

Bajo ese esquema, el propósito fundamental fue propiciar el desarrollo de competencias teóricas y prácticas para que el funcionario judicial haga un buen uso metodológico al momento de tipificar la conducta penal de “Homicidio en Persona Protegida”, respetando los principios de legalidad, tutela judicial efectiva y complejo del debido proceso, de forma tal que el operador pueda asumir adecuadamente los problemas jurídicos inherentes a los casos que le sean asignados, desde el documento o circunstancia misma que informe sobre la ocurrencia del hecho, de manera que pueda orientar la investigación en procura de conseguir las pruebas (si se aplica la Ley 600 de 2000), los elementos materiales probatorios, evidencias físicas e información legalmente obtenida (si deben ser adquiridas por el procedimiento de la Ley 906 de 2004), con que se sustenten las decisiones de fondo en cuanto a la responsabilidad de los sujetos activos de la conducta penal. Fue éste, y no otro, el objetivo del presente trabajo, de ahí que, procuramos encontrar herramientas y una metodología sencilla sobre la forma en que ha de ser aplicado el ejercicio jurídico en la adecuación del tipo penal que nos interesa.

Con la consecución del objetivo trazado se destaca, que los operadores judiciales – Jueces y Fiscales - encargados de representar la sociedad, a las víctimas y aquellos que decidan sobre la responsabilidad o no de los cuestionados, apliquen la correcta interpretación de las normas internas y externas sobre el tipo penal de “Homicidio en Persona Protegida”, para hacer de ella una usanza general, no excepcional, como usualmente acontece, con lo que se transgrede, además, la norma rectora de integración¹¹, desconociéndose entonces el bloque de Constitucionalidad que necesariamente reclama, para este tipo de casos en particular, la correcta interpretación.

En el desarrollo del trabajo investigativo, se contempló el factor competencia, donde se consignan las diferencias que existen entre la calidad de fiscal y juez de conocimiento que debe asumir la dirección del caso y la fase de juicio, dependiendo de la época en que tuvo ocurrencia el hecho materia de investigación y de acuerdo a la norma procedimental vigente para ese tiempo, por lo que se acudió a las Leyes 600 de 2000 y 906 de 2004, para establecer dicho factor y por ende, señalar cuál de los funcionarios judiciales actúa como juez natural, de manera que las conclusiones del ejercicio investigativo, hagan claridad al respecto y se pueda cumplir con uno de los elementos del principio del complejo del debido proceso como es “respeto al juez natural”¹².

¹¹ **Principio de Integración.** Contemplado en el artículo 2º del C. penal, que textualmente reza: “Las normas y postulados que sobre derechos humanos se encuentren consignados en la Constitución Política, en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, harán parte integral de este Código.

¹² La competencia para juzgar es uno de los principios basilares del debido proceso que atañe con el principio del juez natural y la organización judicial, expresamente consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política; su desconocimiento constituye violación al debido proceso.

PROPÓSITOS

OBJETIVO GENERAL.

- Analizar la interpretación que realizan los operadores judiciales de la justicia Colombiana acerca del delito de “Homicidio en Persona Protegida”, conforme al Derecho Internacional Humanitario.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

- Describir los criterios que utilizan los operadores judiciales para adecuar el tipo penal que describe y sanciona el artículo 135 del Código Penal como “Homicidio en Persona Protegida”, conforme al Derecho Internacional Humanitario.
- Identificar normas externas e internas que sirvan de herramienta jurídica para unificar criterios en torno a la correcta adecuación del tipo penal de “Homicidio en Persona Protegida”, conforme al Derecho Internacional Humanitario.
- Determinar las personas que son consideradas como protegidas por el Derecho Internacional Humanitario.
- Establecer la competencia del juez natural, de acuerdo al procedimiento penal que se debe aplicar, según la época de ocurrencia de los hechos, en el delito de “Homicidio en Persona Protegida”.

DESCRIPCIÓN DEL ESTUDIO

TIPO DE ESTUDIO.

Este proyecto es un estudio cualitativo de carácter descriptivo analítico que pretende analizar la interpretación errónea de los operadores judiciales respecto del artículo 135 del Código Penal “Homicidio en Persona Protegida”, conforme al Derecho Internacional Humanitario, y a partir de allí, establecer la correcta adecuación típica que debe aplicarse en la investigación penal de la conducta en particular.

DESARROLLO METODOLÓGICO.

En el trabajo de investigación se desarrollaron las siguientes estrategias:

1. Acercamiento teórico y conceptual: Para lo cual se ejecutaron las siguientes tareas:
 - 1.1. Búsqueda y recopilación material de fuentes que aportaron información al estudio que se realizó: Libros, archivos, bases de datos, revistas de instituciones públicas y privadas.
 - 1.2. Análisis de situaciones concretas, a través del estudio de sentencias, a fin de verificar el criterio judicial existente en el tema.
 - 1.3. Diálogo interdisciplinario con profesores y funcionarios judiciales con experiencia en la jurisdicción penal del Derecho, en la ciudad de Manizales.
2. Construcción de técnicas e instrumentos.
3. Aplicación de instrumentos, compilación y análisis de instrumentos.
4. Sistematización de los resultados y elaborar informe final sobre el ejercicio académico.

5. Socialización de resultados con actores intervinientes.

TECNICAS E INSTRUMENTOS.

- Análisis documental.

- Observación.

- Fichas bibliográficas.

PLAN DE TRABAJO Y CRONOGRAMA ORIENTADOR

PLAN DE TRABAJO Y CRONOGRAMA		
ACTIVIDAD	TAREA CONCRETA	MES
Lectura y revisión	Constitución Política, bloque de Constitucionalidad, Ley 599 de 2000, Ley 600 de 2000 y Ley 906 de 2004, donde se haga referencia a la tutela de las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario.	JUL-11
Búsqueda de fuentes	<ul style="list-style-type: none"> • Recopilar libros, revistas, publicaciones de expertos en el tema. • Revisión de casos a través del estudio de la jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Tribunales Superiores, a fin de conocer el criterio judicial en el tema. 	JUL-11
Construcción de técnicas e instrumentos	<ul style="list-style-type: none"> • Análisis descriptivo sobre el origen del tipo penal de "Homicidio en Persona Protegida" conforme al Derecho Internacional Humanitario; • Análisis descriptivo al Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional; y • Análisis descriptivo de las normas internas que hablen sobre el tema y los controles de constitucionalidad existentes sobre las mismas. 	AGO-11
Aplicación de instrumentos, compilación y análisis de instrumentos	Elaboración de instrumentos que permitan orientar la técnica que deben aplicar operadores jurídicos al encuadrar la conducta penal de "Homicidio en Persona Protegida" conforme al Derecho Internacional Humanitario, de manera que en lo sucesivo se evite desviar la investigación en conductas humanas que realmente acontecen y que por falta de dicha técnica, frecuentemente se omite sancionar a los responsables.	AGO-11
Sistematización de la información y elaboración del informe final de investigación	Compilación, organización y sistematización de la información que soporte la elaboración del informe final de la investigación.	SEP-11
Socialización de resultados con actores intervinientes	Socializar el tema con comunidad académica universitaria (profesores y alumnos), funcionarios judiciales (jueces y fiscales) en procura de presentar el trabajo de investigación y someterlo a consideración de expertos que coadyuven a la difusión de las conclusiones que se logren y de esa manera dar aplicación a la correcta interpretación que se debe hacer respecto al "Homicidio en Persona Protegida" conforme al Derecho Internacional Humanitario.	OCT-11

RECURSOS

- a) **Talento humano:** JHON JAIRO GALLEGO CARDONA y LUZ YANET SERNA DUQUE, estudiantes VI año de Derecho nocturno, Universidad de Manizales.
- b) **Recursos Técnicos:** Consulta de doctrina, bases de datos, libros, normas legales y constitucionales, revistas especializadas, diálogo con funcionarios judiciales, notas personales, análisis y complementarios del recurso humano.
- c) **Recursos Financieros:** Ejecutado el trabajo de investigación, se invirtió, aparte de muchísimo tiempo en la multiplicidad de consultas teórico-prácticas que se realizaron, el valor calculado en el anteproyecto, es decir, la suma de Cuatrocientos Mil Pesos m/cte (\$400.000.00), los cuales fueron aportados, a prorrata, por el talento humano partícipe en este ejercicio.

RESULTADOS ALCANZADOS

1. HIPÓTESIS POR LAS QUE OPERADORES JURÍDICOS INCURREN EN ERROR AL ADECUAR EL ARTÍCULO 135 DEL CÓDIGO PENAL.

De acuerdo al análisis que se ha efectuado sobre las distintas posiciones de los operadores judiciales (Fiscales y Jueces), al momento de efectuar la adecuación típica del delito de “Homicidio en Persona Protegida por el Derecho Internacional Humanitario”, estos frecuentemente consideran no es procedente aplicar el artículo 135 del Código Penal a los hechos materia de investigación y juzgamiento, en virtud de varios supuestos errados, como son:

1º) Que el ámbito de aplicación de tal dispositivo se restringe a las muertes causadas en desarrollo de un combate.

2º) Que entre la guerrilla y las autodefensas no hay combates sino un frío matrimonio de intereses ilegales, lo cual impide calificar los hechos como acaecidos en desarrollo de un conflicto armado.

3º) Que la ausencia de filosofía e ideales de los grupos armados ilegales impide aplicar las normas del DIH a los hechos que deben ser materia de investigación; circunstancia por la cual no se les puede reconocer la calidad de combatientes.

4º) Que cuando fallece violentamente una persona integrante de las comunidades indígenas, por su condición de tal, automáticamente debe ser considerado como persona protegida por el DIH, sin necesidad de que medie circunstancia distinta a su calidad.

5º) Que frecuentemente se confunda las expresiones “combate” y “conflicto

armado”.

6º) Que se confunda la adecuación típica del artículo 135 del Código Penal, con la aplicación indebida de cualquiera de los agravantes descritos en el artículo 104 del Código Penal.

1.1. PRINCIPIOS Y DERECHOS QUE SE VIOLAN CON LA INCORRECTA INTERPRETACIÓN.

A) PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

Se encuentra contemplado en el artículo 6º del Código Penal Colombiano, el cual reza: *“Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio...”* Mismo que por encontrarse vinculado estrechamente con otros principios y garantías que se tendrán en cuenta en este trabajo de investigación, se desarrollará más ampliamente en su momento, con el fin de evitar redundancias.

B) DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

Es el derecho fundamental de toda persona a acceder a la administración de justicia en espera de una respuesta efectiva dada en un plazo razonable, debidamente motivada y recurrible, en condiciones de igualdad y seguridad jurídica. Tiene consagración constitucional en los artículos 229, 230, 250, 29 y 93 de la Carta Política. Se predica tanto del imputado, como de la persona que haya sufrido algún daño directo como consecuencia del injusto.

El acceso a la administración de justicia implica, entonces, la posibilidad de que cualquier persona solicite a los jueces competentes la protección o el restablecimiento de los derechos que consagran la Constitución y la ley. Sin embargo, esa función no se entiende concluida con la simple solicitud o el planteamiento de las pretensiones procesales ante las respectivas instancias judiciales; por el contrario, el acceso a la administración de justicia debe ser efectivo, lo cual se logra cuando, dentro de determinadas circunstancias y con arreglo a la ley, el juez garantiza una igualdad a las partes, analiza las pruebas, llega a un libre convencimiento, aplica la Constitución y la ley y, si es el caso, proclama la vigencia y la realización de los derechos amenazados o vulnerados.¹³

Este derecho es de amplio reconocimiento internacional y por ello, se hace exigible desde el ordenamiento interno según lo dispone el artículo 2º del Código Penal (Principio de Integración) y el artículo 93 de la Constitución Política de Colombia (Bloque de Constitucionalidad), circunstancias por las cuales, de no observarse, se atentaría además, contra principios y derechos tales como: legalidad y complejo de derecho de defensa.

C) **COMPLEJO DERECHO AL DEBIDO PROCESO.**

Comprende las garantías constitucionales que debe reunir todo proceso penal para asegurar a los sujetos procesales e intervinientes la certeza, la justicia y la legalidad del juzgamiento, desde el inicio del proceso, pasando por los actos de investigación, sus controles judiciales, la actividad preparatoria y probatoria, las distintas audiencias públicas, los mecanismos de impugnación, el respeto de los términos procesales, hasta la obtención de un fallo justo y en derecho.

¹³ Corte Constitucional, sentencia T-173 del 4 de mayo de 1993.

El complejo del debido proceso es todo un conjunto de garantías: sustanciales, procesales y orgánicas, que protegen a las personas, a efectos de asegurar durante el mismo una pronta y cumplida justicia y, por tanto, se debe observar en forma imperativa en procura de evitar excesos o errores de los operadores jurídicos que afecten intereses de las víctimas y/o cuestionados en el proceso penal, de manera que las decisiones que se adopten sean siempre emitidas con responsabilidad, imparcialidad, independencia y autonomía.

Como el debido proceso es garantía basilar de la organización de una sociedad, pues es expresión del poder punitivo del Estado, conforme a la Constitución Política, resulta imprescindible tanto para el presunto responsable de la conducta penal, como para las víctimas y para la colectividad.

La norma constitucional que establece el debido proceso, es una de las disposiciones de mayor trascendencia e importancia como quiera que consagra aquél conjunto de garantías que contribuyen a mantener el orden social, la seguridad jurídica, la protección al ciudadano que se ve sometido a un proceso y que permite asegurarle pronta y cumplida administración de justicia a través de las formas esenciales de cada rito legal. Importa concretar que el debido proceso no se circunscribe a garantizar solamente el principio de las formas propias de cada juicio ni se encuentra establecido únicamente para la protección del procesado o del perjudicado (víctima), sino también en defensa de la sociedad.

Las garantías constitucionales inherentes al debido proceso, en desarrollo de la jurisdicción penal del derecho, son:

- **GARANTÍAS SUSTANCIALES:** Se contemplan entre ellas, el principio de legalidad, principio de favorabilidad, presunción de inocencia e in dubio pro reo, derecho de defensa y la garantía de prevalencia del derecho sustancial.

- **GARANTÍAS PROCESALES**: Se cuentan entre ellas, el principio acusatorio, juez natural, principio de celeridad, derecho a los recursos, principio de inmediación de la prueba, principio de contradicción, principio de concentración, principio de publicidad y principio de oralidad.
- **GARANTÍAS ORGÁNICAS**: Compuestas por la imparcialidad e independencia del juez y responsabilidad del juez.

Para el desarrollo del presente trabajo de investigación, se han tenido en cuenta las garantías enunciadas, los principios de legalidad, debido proceso en sentido estricto, derecho de defensa y el respeto al juez natural.

a) **PRINCIPIO DE LEGALIDAD**:

Hace parte del núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso. Como tal, refleja cierta complejidad conceptual, entendida esta como un conjunto de diversas acepciones jurídicas, todas enmarcadas dentro de la necesidad perentoria de garantizar el imperio de la ley (artículo 230 de la Constitución Política) frente al acaecimiento de una conducta punible y su respuesta punitiva estatal.

Este principio puede definirse a través del axioma latino *“nulla poena, nullum crimen sine lege”*, como mandamiento de legalidad estricta, que impone la inacción del Estado en su pretensión punitiva cuando el hecho no está catalogado como delito en el ordenamiento punitivo.

También puede concebirse bajo el axioma *“nulla poena, nulla culpa sine iudicio”*, como mandamiento de jurisdiccionalidad amplia, que implica la legitimidad de la

potestad judicial; y como garantía orgánica de inderogabilidad del juicio, que comprende su infungibilidad, en el sentido de no permitirse la sustitución del juicio por otras formas de actividad cognoscitiva, y su indeclinabilidad consiguiente a la obligatoriedad de la acción penal.

b) **DEBIDO PROCESO EN SENTIDO ESTRICTO:**

Tiene relación directa con la primera parte del inciso 2º del artículo 29 de la Constitución Política Nacional, el cual reza: “...*Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ...*” expresión que guarda estrecho vínculo con el principio de legalidad contenido en el artículo 6º del C. Penal, al que deben ajustarse las autoridades judiciales en el desarrollo de su actividad funcional para la guarda o restablecimientos de los derechos conculcados de las personas que accionaron el ejercicio de la acción penal. En consecuencia, ninguna persona será condenada por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delitos según el derecho nacional e internacional. Tampoco se podrá imponer pena más grave que la aplicable en la época de la comisión del delito.

c) **DERECHO DE DEFENSA:**

El artículo 29 de la Constitución Política establece que “...*Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento...*” De aquí se desprende la posibilidad que toda persona sometida a un proceso penal tiene de realizar dos tipos de actuación:

- **DEFENSA MATERIAL:** Consiste en hacerse oír de las autoridades judiciales, manteniendo su situación frente a los hechos imputados,

proponiendo y examinando pruebas, participando en los actos probatorios, o absteniéndose de realizar cualquiera de estas actividades.

- **DEFENSA TÉCNICA:** Se realiza a través de ejercer el derecho de postulación para que un profesional del derecho lo represente a efectos de asumir y ejecutar una estrategia defensiva y ser asistido y asesorado jurídicamente en todos los actos procesales personales y no personales.

d) **RESPECTO AL JUEZ NATURAL:**

De los estándares mínimos impuestos internacionalmente para el proceso penal, se deducen con claridad dos elementos relacionados con el concepto de Juez Natural, uno que tiene que ver con la calificación básica del juez respecto de su poder de jurisdicción y de competencia (artículo 29 de la Constitución Política), y otro, que hace referencia a la necesidad de que éste ejerza sus poderes sobre casos penales sucedidos con posterioridad al momento en que la ley le ha discernido dichos poderes (juez preconstituido).

“Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales...” (...) “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley...”¹⁴

En la jurisdicción penal, de incurrirse en error al encuadrar la conducta penal que se le endilga a una persona como presunto responsable del “Homicidio en Persona Protegida por el Derecho Internacional Humanitario”, por parte de los operadores judiciales, se estaría desconociendo y atentando contra los principios y

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-591 de 2005, M. P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

garantías relacionadas, puesto que es deber del Estado, a través de quienes tienen la facultad de ejercer la acción penal, proteger y garantizar a los sujetos procesales, intervinientes y al conglomerado, con la aplicación del conjunto de facultades dispuestas por el legislador para satisfacer el interés en erradicar la impunidad, obtener la verdad y hacer justicia. En primer lugar, por el interés en abolir la falta de castigo, para lo cual es necesario que los habitantes y los afectados conozcan lo que realmente sucedió en un caso concreto, que se atribuyan las responsabilidades individuales e institucionales correspondientes, y en general que se garantice el derecho de las víctimas a la justicia. En segundo lugar, por el derecho de las víctimas a recibir una reparación por los daños. En tercer lugar, debido a los inconvenientes que suponen la recopilación de las pruebas necesarias y el juzgamiento efectivo de quienes habitualmente incurren en tales conductas.

2. IDENTIFICACIÓN DE NORMAS EXTERNAS E INTERNAS A UTILIZAR COMO HERRAMIENTAS JURÍDICAS PARA LA CORRECTA ADECUACIÓN DEL ARTÍCULO 135 DEL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO.

2.1. NORMAS EXTERNAS:

A) EL ARTÍCULO 3º COMÚN DE LOS CONVENIOS DE GINEBRA.

El artículo 3º común es la única disposición de los Convenios de Ginebra aplicable a los conflictos armados no internacionales. Esta particularidad lo convierte en la norma más importante del derecho humanitario que regula situaciones internas; esta norma ha alcanzado el rango de derecho consuetudinario sin discusión

alguna. El carácter general y amplio de su contenido se traduce en la consagración del mínimo humanitario que deben observar las partes en cualquier tipo de conflicto armado. Su texto es el siguiente:

“En caso de conflicto armado sin carácter internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes contratantes, cada una de las Partes contendientes tendrá la obligación de aplicar, por lo menos, las disposiciones siguientes:

1. *Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluso los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán en toda circunstancia, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de carácter desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o las creencias, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo.*

A tal efecto, están y quedan prohibidos en cualquier tiempo y lugar, respecto a las personas arriba mencionadas:

- a) *Los atentados a la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios;*
- b) *La toma de rehenes;*
- c) *Los atentados a la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;*
- d) *Las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin juicio previo emitido por un tribunal regularmente constituido, provisto de las garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.*

2. *Los heridos y enfermos serán recogidos y cuidados.*

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

Las partes contendientes se esforzarán, por otra parte, en poner en vigor por vía de acuerdos especiales la totalidad o parte de las demás disposiciones del presente Convenio.

La aplicación de las disposiciones precedentes no tendrá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes contendientes.”

De la lectura general del artículo 3º Común a los Convenios de Ginebra, la norma se puede subdividir en cuatro partes de acuerdo a su contenido. La primera, corresponde al primer párrafo, determina las circunstancias de hecho para aplicar la norma, es lo que se conoce como el campo de aplicación material. La segunda, corresponde al segundo párrafo, establece las categorías de las personas protegidas por la norma, es lo que se denomina el campo de aplicación personal. La tercera, corresponde a los literales a), b), c) y d), consagra los derechos protegidos por la aludida regla; y la cuarta, correspondiente a los tres párrafos finales, dispone igual número de preceptos que posibilitan, amplían y aclaran su aplicabilidad.

a) AMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL:

Las circunstancias de hecho para aplicar la disposición están consagradas en su primer inciso:

“...“En caso de conflicto armado sin carácter internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes contratantes, cada una de las Partes contendientes tendrá la obligación de aplicar, por lo menos, las disposiciones siguientes...”

Son dos los elementos que se exigen para su ejecución: uno, que se trate de un conflicto armado sin carácter internacional; dos, que surja en el territorio de una Alta Parte contratante. El artículo 3º común no exige ninguna calificación particular para el conflicto armado, por tanto, su noción se debe reservar para aquellas hostilidades de carácter colectivo que enfrentan grupos armados organizados y dirigidos por un mando responsable. “...*El conflicto armado interno comprendería las acciones armadas en el interior de un Estado que dan lugar a las hostilidades dirigidas contra un gobierno legal, que presenta un carácter colectivo y un mínimo de organización...*”¹⁵ Los actos aislados y esporádicos de violencia, definidos por el artículo primero del Protocolo II como tensiones internas y disturbios interiores, no son conflictos armados.

El conflicto armado se debe desarrollar dentro de los límites territoriales de un Estado, al interior de sus fronteras, para que tenga las características de no internacional. El Estado dentro del cual ocurre el conflicto debe ser parte de los Convenios de Ginebra para que pueda aplicarse el artículo 3º común; ese es el significado de la expresión “que surja en el territorio de una de las Altas Partes contratantes”.

El deber para las partes contendientes de observar el mínimo humanitario de la norma surge *ipso jure*, sin depender de ninguna declaración o de un cumplimiento correlativo, porque se fundamenta en principios humanitarios y no en la existencia previa de otros requisitos ni en la capacidad de los adversarios para observarlos. El derecho humanitario es de aplicación inmediata y no es recíproco, es decir, que

¹⁵ David Suárez Leoz, “Los conflictos armados internos”, en José Luis Rodríguez Villasante y Prieto, Derecho Internacional Humanitario, ob. cit., p. 456. “Steven David define un conflicto armado interno como “una confrontación violenta cuyos orígenes echan raíces esencialmente en factores domésticos más que en factores ligados al sistema internacional, y en la cual la violencia armada transcurre esencialmente en los límites de un solo Estado”. Michael Brown, “The causes and regional dimensions of the internal conflict”, en Michael Brown (ed.), *The international dimensions of internal conflict*, Cambridge, MIT Press, 1996, citado en Eduardo Leongómez Pizarro, “Colombia: ¿Guerra civil, guerra contra la sociedad, guerra antiterrorista o guerra ambigua?”, ob. cit., p. 166.

una parte del conflicto está obligada a cumplir, si la contraparte los tiene en cuenta y los aplica.

b) ÁMBITO DE APLICACIÓN PERSONAL:

Las personas protegidas por esta disposición son:

1. *Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluso los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán en toda circunstancia, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de carácter desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o las creencias, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo.*

2. *Los heridos y enfermos serán recogidos y cuidados.*

Es decir, serán protegidos y tratados sin discriminación tres tipos de población: las personas que no participen directamente en las hostilidades, los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas que hayan quedado fuera de combate. Además, establece un deber de atención a los heridos y los enfermos. Los que han participado en el conflicto, o los que habiéndolo hecho ya no lo están, sea porque son víctimas o se rindieron, son los beneficiados por el artículo 3º común. La participación directa en las hostilidades implica una relación causal entre la actividad que se desarrolla y el daño ocasionado al enemigo en el lugar y en el tiempo en los cuales la actividad tuvo ocurrencia. Cualquier sujeto que se encuentre fuera de esta relación causal es protegido por el artículo 3º común.

c) EL NÚCLEO BÁSICO DE DERECHOS:

El artículo 3º común señala las siguientes conductas que no están permitidas a las partes contendientes respecto de las personas protegidas:

A tal efecto, están y quedan prohibidos en cualquier tiempo y lugar, respecto a las personas arriba mencionadas:

- a) Los atentados a la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios;*
- b) La toma de rehenes;*
- c) Los atentados a la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;*
- d) Las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin juicio previo emitido por un tribunal regularmente constituido, provisto de las garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.*

Estas prohibiciones salvaguardan el núcleo básico de derechos humanos que deben respetarse y garantizarse en toda circunstancia, incluso en los conflictos armados: la vida, la integridad física, la dignidad, la libertad personal¹⁶ y las garantías judiciales. Estos cinco derechos son los básicos entre los fundamentales, y constituyen el mínimo humanitario que deben observar las partes en conflicto. Este catálogo primordial de derechos ha motivado que el artículo 3º común sea considerado un “convenio en miniatura”, porque más allá de sus prohibiciones se llegaría a un estado de barbarie.

¹⁶ Aunque pareciese que este derecho no se protege de manera amplia puesto que lo único que prohíbe el artículo es la toma de rehenes, según el Customary International Humanitarian Law, son normas consuetudinarias para conflictos armados internacionales y no internacionales, en relación con las personas civiles o fuera de combate, las siguientes: “Norma 98. Quedan prohibidas las desapariciones forzadas. Norma 99. Queda prohibida la privación arbitraria de la libertad”. Véase International Committee of the Red Cross, Customary International Humanitarian Law, vol. I, Rules, ob. cit. pp. 340 a 352.

d) POSIBILIDADES, AMPLIACIONES Y ACLARACIONES SOBRE SU APLICACIÓN:

Los tres párrafos finales consagran varias determinaciones que favorecen la aplicación del artículo 3º común. El antepenúltimo inciso establece: *“Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes contendientes.”*

Se posibilita que la sociedad de socorro cumpla con sus funciones de asistencia humanitaria con las víctimas del conflicto armado. Es una potestad de los organismos humanitarios invitar a las partes en disputa para que acepten sus servicios, ofrecimiento que requiere el beneplácito de ambas fuerzas para evitar posibles malos entendidos en su tarea humanitaria.

“Las partes contendientes se esforzarán, por otra parte, en poner en vigor por vía de acuerdos especiales la totalidad o parte de las demás disposiciones del presente Convenio.” Este penúltimo inciso del artículo 3º común permite aplicar importantes disposiciones de los Convenios de Ginebra relativas a los conflictos armados de manera considerable con esta fórmula que permite por acuerdo entre las partes contendientes aplicar cualquiera de los 429 normas que contienen los cuatro Convenios de Ginebra.

Estos compromisos pueden consistir en medidas de difusión o instrucciones que se han de impartir a las partes en conflicto, medidas de organización efectuadas y previstas en tiempo de paz, medidas legislativas, y sanciones penales y disciplinarias. La doble placa de identidad para los combatientes (Convenio I, artículo 17) y las oficinas nacionales de información sobre prisioneros de guerra

(Convenio III, artículo 122), pueden ser algunos ejemplos de dichos convenios. Los denominados acuerdos humanitarios, encuentran uno de sus fundamentos en esta disposición.

“La aplicación de las disposiciones precedentes no tendrán efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes contendientes.” Sin este último párrafo, seguramente nunca se habría aprobado el artículo 3º común, pues se generó la creencia de que el derecho humanitario le otorgaba algún tipo de reconocimiento jurídico a las partes contendientes y, en particular, que le reconocía beligerancia a los grupos armados de oposición. La beligerancia fue un serio obstáculo para aplicar el derecho humanitario en Colombia.

La importancia de este reconocimiento radicaba en que sólo con él era aplicable el derecho humanitario. Sin embargo, esta última parte del artículo 3º común introdujo un cambio jurídico novedoso en relación con la beligerancia, pues quebrantó la regla tradicional de que sólo su reconocimiento permitía aplicar el derecho de la guerra para humanizar así el conflicto. Es decir, esta disposición abandona de manera absoluta la escuela formalista a favor de una doctrina objetiva que no vincula más la aplicación del derecho de los conflictos armados al estatuto jurídico de las partes en conflicto.

El derecho humanitario, por intermedio de su artículo 3º común, fortalece y legitima el derecho interno y le ofrece varias ventajas al gobierno central. En primer lugar, deja aparte el problema del uso legítimo de la fuerza porque no transforma la naturaleza jurídica del conflicto, ni reconoce la beligerancia a las partes en el mismo. En segundo lugar, convive con el derecho interno porque no obstaculiza la labor del Estado para mantener la seguridad interior y para castigar a los responsables de su perturbación, o sea que no proscribire un castigo legal ya que el rebelde puede estar sujeto a pena por parte del gobierno central o de los organismos jurisdiccionales competentes.

Este análisis pormenorizado del artículo 3º común permite reafirmar su importancia como la norma fundamental del derecho humanitario. Su aplicación efectiva permitiría elevar el nivel de protección de la población civil no combatiente y de las víctimas de los conflictos. Ojalá sus prohibiciones y sus posibilidades sean tenidas más en cuenta por parte del conflicto armado colombiano. Sólo de esta manera empezaríamos a humanizar la guerra mientras alcanzamos la paz.

B) EL PROTOCOLO II DE 1977.

El Protocolo II de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, es el instrumento de derecho humanitario que complementa y desarrolla el artículo 3º común de esos Convenios. Por contemplar el conjunto de disposiciones más importantes del derecho humanitario aplicables a conflictos armados no internacionales, bien vale la pena hacer referencia a su contenido.

Desde las discusiones en las conferencias diplomáticas que elaboraron ese instrumento, que se iniciaron en 1974, hasta su aprobación definitiva por el Congreso de la República en 1994, muchos funcionarios del Estado colombiano, miembros de las fuerzas militares, analistas políticos y abogados manifestaron sus opiniones sobre la conveniencia o inconveniencia de aprobar este instrumento. Fueron más de veinte años de criterios a favor o en contra del Protocolo II de 1977. Ocurrió una verdadera politización en torno a la aprobación de un tratado internacional, que incluso llevó prácticamente a negociar su incorporación en la legislación interna.

El Protocolo II tiene cinco títulos con 28 artículos que, de acuerdo con su contenido, se pueden agrupar en tres partes. La primera, comprendida en los tres artículos iniciales, hace referencia al ámbito de aplicación material y personal, y a

la no intervención. La segunda, las disposiciones finales consagradas en los diez últimos artículos, no es de mucho interés puesto que trata de las formalidades de la difusión, firma, ratificación, adhesión, entrada en vigor, enmiendas, denuncia, notificaciones, registros y textos auténticos. La tercera, comprendida entre los artículos 4 a 18, sobre el ámbito de protección del Protocolo, está incluida en los títulos sobre el trato humano (artículos 4 – 6), heridos, enfermos y náufragos (artículos 7 – 12) y población civil (artículos 13 – 18). Estos quince artículos desarrollan el grado de protección del derecho humanitario en los conflictos armados internos.

Delimitando un poco la anterior clasificación en el tema que realmente nos interesa en el presente trabajo de investigación, se consignará específicamente los aspectos relevantes:

a) EL TRATO HUMANO A QUIENES NO PARTICIPEN DE MANERA DIRECTA EN LAS HOSTILIDADES.

El Título II del protocolo II tiene por objeto proteger a las personas que: 1º) no participen directamente en las hostilidades, o 2º) hayan dejado de participar en ellas, estén o no privadas de la libertad, contra los abusos de poder y los tratos crueles e inhumanos que pudieran infligirles las autoridades militares o civiles en cuyo poder estén, en el entendido de que estas autoridades pueden ser “legales” o “de hecho”.

Por una parte, el artículo 3º común solo prohíbe los atentados a la vida, a la integridad corporal, a la dignidad personal y la toma de rehenes; el artículo 4º del protocolo II contempla las mismas prohibiciones pero adiciona otras como son los castigos colectivos, los actos de terrorismo, la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor, la esclavitud y la trata de esclavos en todas

sus formas, el pillaje, la orden de que no haya supervivientes, y las amenazas de realizar los actos mencionados.

b) LA ASISTENCIA HUMANITARIA:

Los artículos 7 a 12 hacen parte del Título III del Protocolo II que consagra aspectos relevantes en la asistencia humanitaria y que tiene por objeto desarrollar el principio fundamental de respeto y de protección de los heridos y los enfermos y náufragos, tal y como figura en el artículo 3º común de los Convenios. Asimismo, el respeto y la protección del personal sanitario y religioso, de las unidades y los medios de transporte sanitario, y de sus signos distintivos.

Estos seis artículos describen tanto la manera de brindar ayuda humanitaria a los heridos, enfermos y náufragos, como las obligaciones del personal que brinda esta asistencia. Es decir, estas disposiciones desarrollan el numeral 2 del artículo 3º común que establece que “los heridos y enfermos serán recogidos y cuidados”.

c) LA PROTECCIÓN DE LA POBLACIÓN CIVIL.

Los artículos 13 a 18, comprendidos en el Título IV bajo el nombre de población civil, consagran de manera expresa normas básicas de respeto en la conducción de hostilidades enmarcadas sobre todo el principio de distinción. La premisa fundamental del título, consagra en el artículo 13, es que la población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares, y no serán objeto de ataques siendo prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea la de aterrorizar. Este es un progreso notable con respecto al artículo 3º común que no protege, al menos explícitamente, a las personas civiles contra los efectos de las hostilidades. De

esta manera se mantuvo vivo el principio de prohibición de los ataques contra la población civil.¹⁷

Asimismo, gozan de especial protección los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, como los alimentos, las zonas agrícolas, las cosechas, el ganado, las instalaciones y reservas de agua potable y las labores de riego; los bienes culturales y los lugares de culto, como los monumentos históricos y las obras de arte; y las instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, como las presas, los diques y las centrales nucleares de energía eléctrica. Queda prohibido cualquier tipo de ataque contra alguno de estos bienes.

d) **LA APLICABILIDAD EN COLOMBIA DEL PROTOCOLO II DE 1977.**

Durante la década de los noventa se discutió de manera amplia si el Protocolo II era aplicable al conflicto armado que se libraba con los grupos armados no estatales, y en particular contra los grupos guerrilleros. Es importante señalar cómo la cobertura de este instrumento es diferente a la del artículo 3º común de los Convenios de Ginebra de 1949, en particular es menor por ser más restringida. En la medida que establece un mayor número de obligaciones internacionales que el artículo 3º común, el Protocolo II reduce de manera significativa los supuestos de hecho del conflicto armado a los que le son oponibles dichas obligaciones. Mientras que según esta norma, los mínimos del artículo 3º común deben ser acatados por las partes en un conflicto armado que no sea de índole internacional, el Protocolo II establece en su artículo 1º que el conflicto armado se libre *“entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un*

¹⁷ René Kosirnik, “Los Protocolos adicionales de 1977: un desarrollo necesario del derecho internacional humanitario”, ob. cit., p. 523.

control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo”.

La primera diferencia notoria es que el Protocolo II no es aplicable a conflictos armados en que participen exclusivamente grupos armados no estatales, cuando no hay participación de las fuerzas armadas del Estado, o cuando falta alguno de los presupuestos que se les exige a las fuerzas armadas disidentes o a los grupos armados organizados. Por el contrario, el artículo 3º común es mucho más amplio y puede aplicarse cuando se enfrenten exclusivamente estos grupos armados no estatales, sin necesidad de que exista ese umbral que exige el Protocolo II.

Resulta pues pertinente preguntarse si los grupos armados no estatales colombianos¹⁸ sean los grupos guerrilleros como las FARC- EP y el ELN, o los grupos llamados paramilitares o autodefensas, reúnen esos requisitos. **¿Tienen un mando responsable? ¿Estas organizaciones ejercen control sobre ciertas partes del territorio nacional, que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas? ¿Estos grupos armados no estatales están en capacidad de aplicar el Protocolo?** Para responder las anteriores preguntas se requiere analizar los requisitos de aplicación material consagrados en el Protocolo II. **En primer lugar, la noción del control territorial por parte de un grupo armado no estatal debe entenderse en un sentido relativo y funcional.** Este control no debe asemejarse al dominio absoluto que ejerce un Estado moderno sobre toda la extensión de su territorio.¹⁹

¹⁸ De manera curiosa el artículo 3 del parágrafo 1 de la Ley 782 de 2002 establece que “de conformidad con las normas del Derecho Internacional Humanitario, y para los efectos de la presente ley, se entiende por grupo armado al margen de la ley, aquel que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerza sobre una parte del territorio un control tal que le permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas”. Obsérvese cómo se transcribe de manera textual el artículo 1º del Protocolo II con excepción de la expresión “y aplicar el presente Protocolo”. Esta ley proroga las leyes 548 de 1999 y 418 de 1997 “por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones”.

¹⁹ Iván Orozco Abad, “La Democracia y el tratamiento del enemigo interior”, *Análisis Político*, num. 6, enero-abril de 1989, p. 63.

Más bien, debe entenderse como análogo al de los grupos nómadas en la medida en que le pueda permitir un alto índice de movilidad y circulación, suficiente tanto para ingresar fácilmente a una zona como para desarrollar hostilidades en la misma: “... el concepto de dominio territorial, al cual alude el artículo 1º del Protocolo II, expresa una posición intermedia entre los máximos del sedentarismo y los mínimos del nomadismo”.²⁰ La determinación de la extensión de cada territorio se relaciona con la función que debe cumplir ese dominio territorial.²¹

Los grupos armados ilegales colombianos están en capacidad de realizar acciones militares en las regiones donde tienen presencia, contra las fuerzas armadas legales. En los lugares donde estas organizaciones tiene presencia, el dominio territorial se ejerce a través de un control político: “El control del territorio se captura mediante el control político de la población, más que a base de avances militares, y se intenta evitar los combates todo lo posible”. Los grupos guerrilleros y paramilitares gozan de cierta legitimidad en algunos rincones del país, y actúan como verdaderos sustitutos del Estado. No se puede desconocer que hay márgenes del territorio colombiano en los que los grupos armados de oposición detentan el uso de la fuerza y ejercen un control social y político sobre la zona.

Respecto del dominio territorial, en el examen de constitucionalidad del Protocolo II, la Procuraduría General de la Nación expuso:

“...Supuesto que el Protocolo II existe para ser aplicado, acaso resulta necesario entender que el dominio territorial al cual aluden sus dictados puede ser un dominio territorial nómada, vale decir, un dominio territorial edificado sobre la libre conservación de las vías de circulación y sobre el control social –vg. sobre la

²⁰ Iván Orozco Abad, “Sobre el estatus jurídico político del paramilitarismo hoy”, en Miguel Rujana Quintero (comp.), Democracia, derechos humanos, derecho internacional humanitario, Universidad Libre de Colombia, Editorial Kimpres, Bogotá, p. 208.

²¹ Araceli Mangas Martín, *Conflictos armados internos y derecho internacional humanitario*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1990, p. 74.

consolidación de un adentro y afuera sociales-. Lo anterior implica la aceptación de que los dominios territoriales guerrilleros son porosos y aún, intermitentes.

En cualquier caso, no cabe duda de que la guerra de guerrillas colombiana sigue siendo todavía, a pesar de la creciente inserción urbana y aún a pesar de la creciente bandolerización de los grupos insurgentes, una guerra orientada por un proyecto estratégico de “sustitución de Estado”, así que procede -por lo menos en principio- a través de la construcción, consolidación y ampliación progresiva de dominios territoriales. Con otras palabras, la guerra colombiana de guerrillas es, predominantemente, guerra por el dominio del espacio, y en ningún caso, como el terrorismo estratégico, guerra por el dominio del pensamiento. La circunstancia de que la debilidad relativa de la guerrilla frente al Estado determine que los insurgentes hayan debido limitar sus aspiraciones de dominación territorial a ciertas regiones no constituye un argumento contra las observaciones anteriores...”²²

En segundo requisito, la exigencia de un mínimo de organización y la existencia de un mando responsable en el grupo armado, “dimana implícitamente de la referencia a la noción de `partes en conflicto`, que figura en el artículo 3º, aunque parece delicado concebir que se atribuya ese calificativo a un grupo que no disponga de una estructura jerárquica al menos básica”. “Esto quiere decir que se trata de una organización capaz, por un lado, de planear y llevar a cabo operaciones militares ininterrumpidas y concertadas que se mantengan firmes continuamente y se pongan en marcha con un plan; y por el otro, que sea capaz de imponer una disciplina en nombre de las autoridades de facto”.

En ese sentido, los grupos armados no estatales colombianos tienen una organización y un mando responsable. Fácilmente se distingue en estos grupos una estructura y una jerarquía: se encuentran constituidos por frentes y por unas

²² Examen de constitucionalidad de la Ley 171 de 1994, enviado por la Procuraduría General de la Nación a la Corte Constitucional el 3 de marzo de 1995, pp. 25-26.

direcciones nacionales -por ejemplo el Secretariado General de las FARC-EP, el Comando Central del ELN, el Estado Mayor de las Autodefensas-, en las que se pueden distinguir también sus dirigentes. Tanto la estructura como la jerarquía son militares, lo que les permite desarrollar hostilidades. Asimismo, cada organización posee un código de conducta interno que regula las faltas. Es menester aclarar que el mando responsable no hace referencia a un control total o absoluto de los jefes hacia sus subordinados; debe entenderse en el sentido de la existencia de una estructura de disciplina y de la distinción de una jerarquía, circunstancia de que gozan los grupos armados no estatales colombianos.

“...La existencia de un mando responsable implica una cierta organización de los grupos armados insurrectos o de las fuerzas armadas disidentes, pero ello no significa forzosamente la implantación de un sistema de organización militar jerárquico similar al de las fuerzas armadas regulares. Se trata de una organización suficiente para concebir y realizar, por una parte, operaciones militares sostenidas y concertadas y, por otra, para imponer una disciplina en nombre de una autoridad de hecho...”²³

Sobre el particular la Procuraduría General de la Nación expresó:

... La existencia de un mando responsable y la capacidad para realizar operaciones sostenidas y concertadas están ampliamente atestiguadas por la existencia de una dirección central capaz de planear y de desarrollar ofensivas militares en una amplia y dispersa base territorial, a través de sus distintos frentes. La regionalización creciente – vg. fragmentación – del movimiento guerrillero y la autonomía relativa de sus frentes – sobre todo de los más bandolerizados – no constituye todavía un argumento contra la evidencia de que las guerrillas colombianas tienen una comandancia nacional relativamente efectiva...”²⁴

²³ Comité Internacional de la Cruz Roja, Comentario del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, ob. Cit., párr. 4463.

²⁴ Procuraduría General de la Nación, Examen de constitucionalidad de la Ley 171 del 16 de diciembre de 1994, enviado a la Corte Constitucional el 3 de marzo de 1995, pp. 23-24.

El tercer requisito es la realización de operaciones militares concertadas y sostenidas. Las operaciones concertadas *“implican una previsión, organización y planteamiento, como es natural, previos y una decisión. Se excluyen, como es natural, aquellos cambios que se realizan de acuerdo con los cambios de la situación y que, a juicio del líder, se consideran necesarios para alcanzar los objetivos previstos que implican una previsión”*.²⁵ Por otro lado, las operaciones sostenidas.

Las organizaciones armadas ilegales en Colombia cuentan con una capacidad organizativa y militar que les permite realizar operaciones sostenidas y concertadas. Sus estrategias y tácticas les posibilitan desarrollar acciones típicamente militares como son las de sostener un combate, realizar una emboscada, entre otras.

En cuarto lugar, la observancia de las leyes de la guerra por parte de estos grupos en la conducción de las hostilidades es de vital importancia. Los grupos armados organizados deben demostrar su capacidad para ajustarse a las normas del derecho de los conflictos armados. Como lo señala el Comité Internacional de la Cruz Roja, consiste en poseer la aptitud mínima necesaria para ejecutar el mencionado instrumento:

“...El criterio fundamental que justifica los otros elementos de la definición es que los insurrectos, que deben estar dirigidos por un mando responsable y controlar una parte del territorio, estén en condiciones de aplicar el Protocolo. El umbral de aplicación parece así bastante elevado. Sin embargo, aparte de que refleja la voluntad de la Conferencia Diplomática, hay que reconocerle cierto realismo. Las condiciones enunciadas en este párrafo 1, analizadas más arriba, corresponden a situaciones de hecho, en las que cabe razonablemente esperar que las partes

²⁵ Javier Guisández Gómez, “La protección de las víctimas en los conflictos de carácter no internacional”, ob. Cit., pp. 443-444.

apliquen las normas que ha desarrollado el Protocolo, puesto que poseen la infraestructura más indispensable...”²⁶

No se puede desconocer que las organizaciones armadas ilegales colombianas gozan de toda la potencialidad para aplicar el derecho de los conflictos armados. La cuestión de respetar o no las normas de la guerra es de manera inevitable un tema de discusión entre los adversarios, y el trato sobre lo humanitario conduce a plantear el problema de la reciprocidad. Cada lado observará atentamente al contrincante a fin de evaluar hasta qué punto cumple las disposiciones, y actuará en consecuencia.²⁷

El derecho humanitario se aplica sin condición de reciprocidad. La obligación existe de por sí, y tiene fuerza absoluta e intrínseca para cada una de las partes sin hallarse subordinada a su cumplimiento correlativo, porque se fundamenta en la conciencia jurídica de la humanidad y no en la capacidad o incapacidad de la otra parte para observarla. Tan es así que el derecho humanitario no se limita a exigir el respeto de sus normas por las partes en conflicto, sino que impone a todas las partes la obligación de hacerlas respetar (artículo primero común).²⁸

En conclusión, frente a la aplicabilidad del Protocolo II:

Esto ha planteado muchísimas discusiones en el pasado, sobre si por tales razones no era ejecutable el Protocolo II de Ginebra en Colombia, por cuanto no reunían las condiciones de adaptación que este instrumento internacional traía.

²⁶ Comité Internacional de la Cruz Roja, Comentario del protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, ob. cit., párra. 4470.

²⁷ Daniel Frei, “El derecho internacional humanitario y el control de armamentos”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 90, noviembre-diciembre de 1988, p. 527.

²⁸ J. de Preux, “Los Convenios de Ginebra y la reciprocidad”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 67, enero-febrero de 1985, pp. 25 a 29.

La Corte Constitucional canceló esa discusión, a nuestro juicio, con buen criterio, y dijo que esas condiciones de aplicabilidad del derecho internacional humanitario son requisitos frente a la comunidad internacional; pero de cara al ordenamiento constitucional ese derecho se acomoda, incluso si no se dan tales circunstancias, por cuanto la Corte consideró que la Constitución era muy clara al señalar que en todo caso rigen las reglas del derecho internacional humanitario; es decir, que si el conflicto armado no alcanza esa intensidad según los patrones internacionales, dichas normas son atribuibles en el conflicto armado interno colombiano.²⁹

Sobre las normas externas descritas, se pronunció recientemente la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de 23 de marzo de 2011, radicado 35099, aprobada en acta No. 101, M. P. Augusto J. Ibáñez Guzmán, decisión en la que se aclaró sobre los instrumentos jurídicos internacionales que deben ser utilizados por los funcionarios judiciales al momento de instruir un proceso que investigue el delito de “Homicidio en Persona Protegida por el Derecho Internacional Humanitario”, fallo que ratifica las afirmaciones expuestas.

2.2. NORMAS INTERNAS:

A) DELITOS CONTRA LAS PERSONAS Y LOS BIENES PROTEGIDOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN EL CÓDIGO PENAL.

La obligación primaria de sancionar las infracciones al derecho humanitario está en cabeza de los Estados, como también es su responsabilidad, emitir las sanciones penales. En Colombia hasta antes de la Ley 599 de 2000 por la cual se

²⁹ Rodrigo Uprimny, “La Corte Constitucional frente al Derecho Internacional Humanitario”, ob. Cit., p. 246.

expidió un nuevo código penal para el país, no existía ninguna legislación específica sobre la materia, salvo las alusiones que se tratarán respecto al código penal militar.

La iniciativa de tipificar esas infracciones y crímenes en la normatividad interna se le debe a la Fiscalía General de la Nación. El Proyecto de Ley 40 de 1998, por el cual se expide un nuevo código penal, fue presentado ante el Senado de la República por el entonces Fiscal General de la Nación, ALFONSO GÓMEZ MÉNDEZ, el 4 de agosto de 1998.

En relación con el capítulo de los delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, se señala lo siguiente en la exposición de motivos:

“...En la situación de conflicto armado interno que padece Colombia, muchas de las conductas vulneratorias o amenazadoras de derechos humanos, constituyen a la vez infracciones al derecho internacional humanitario. Son ellas acciones y omisiones con las cuales quienes participan directamente en las hostilidades –los combatientes- incumplen los deberes o quebrantan las prohibiciones que les ha impuesto el artículo 3º común a los Cuatro Convenios de Ginebra y el protocolo II adicional. (...)

En la propuesta legislativa se incluye un capítulo especial denominado “Conductas punibles contra personas y bienes protegidos por el derecho Internacional Humanitario”, que agrupa una serie de tipos penales que describen y penalizan aquellos comportamientos que representan las más graves infracciones a esa normatividad internacional que Colombia se comprometió a respetar y a aplicar...”³⁰

³⁰ Presentado el 4 de agosto de 1998, en Gaceta del Congreso, núm. 139 del 6 de agosto de 1998, pp. 9-10.

A continuación se presenta el tipo penal que interesa para el presente trabajo específico, contemplado por el Código Penal Colombiano:

Título II

Delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario

Capítulo Único

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

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

- 1- Los integrantes de la población civil.
- 2- Las personas que no participan en hostilidades y los civiles en poder de la parte adversa.
- 3- Los heridos, enfermos o náufrago puestos fuera de combate.
- 4- El personal sanitario o religioso.
- 5- Los periodistas en misión o corresponsales de guerra acreditados.
- 6- Los combatientes que hayan depuesto las armas por captura, rendición u otra causa análoga.

- 7- Quienes antes del comienzo de las hostilidades fueren considerados como apátridas o refugiados.
- 8- Cualquier otra persona que tenga aquella condición en virtud de los Convenios I, II, III y IV de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales I y II de 1977 y otros que llegaren a ratificarse.

B) EL RESPETO INTERNO AL DERECHO HUMANITARIO.

La obligación de respetar el derecho humanitario le corresponde al Estado y a las partes en conflicto. Cuando se trata de conflictos armados internacionales, esa obligación le compete a los Estados si el conflicto se libra entre ellos, o a los movimientos de liberación nacional que bajo el ejercicio del derecho a la libre determinación de los pueblos, luchan contra un régimen colonialista o racista. Cuando se trata de conflictos armados no internacionales, la obligación le compete al Estado y a los grupos armados no estatales que participen en dicha confrontación.

La obligación del Estado colombiano de respetar el derecho humanitario tiene tanto un fundamento internacional como constitucional. El artículo 1 común de los Convenios de Ginebra establece que *“Las Altas Partes Contratantes se comprometen a respetar y hacer respetar el presente Convenio en todas las circunstancias”*. El primer párrafo del artículo 93 de la Constitución Política Nacional ordena: *“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”*. A su vez, en el artículo 214 de la Constitución Política Colombiana, se dice que *“...en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”*.

El artículo 1 común de los Convenios de Ginebra hace parte del derecho consuetudinario y genera una doble obligación: por un lado, abstenerse de realizar o tolerar cualquier acto de un agente suyo que constituya una infracción al derecho humanitario; y, por el otro, impedir la infracción del derecho por otras personas o agentes no estatales.

La Corte Constitucional, al revisar la constitucionalidad del Protocolo II de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, señaló que los instrumentos internacionales de derechos humanos y derecho humanitario han sido normativamente integrados a la Constitución:

“...En tales circunstancias, la Corte Constitucional coincide con la vista fiscal en que el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (C. P., artículos 93 y 214 numeral 2º) es que éstos forman con el resto del texto constitucional un “bloque de constitucionalidad”, cuyo respeto se impone a la Ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (C. P. artículo 4º), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (C. P. artículo 93)...”³¹

“...Como es obvio, la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores...”³²

El alcance de esta interpretación es tal, que en Colombia existe una obligatoriedad constitucional de respetar el derecho humanitario. El rango constitucional del

³¹ Corte Constitucional, sentencia C-225 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

³² Idem.

derecho humanitario impone unas precisas obligaciones de acato a sus normas por quienes participan en las hostilidades. No se puede olvidar que una diferencia fundamental entre el derecho humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos es que mientras este exige deferencia, atención y garantía en cabeza del Estado, aquel demanda tolerancia sobre las partes en conflicto. *Esto significa que el derecho humanitario señala estrictos deberes no solo para el Estado sino para otros grupos armados no estatales que son parte del conflicto.* Esta novedad es uno de los aportes más importantes del derecho humanitario al derecho internacional público. Sobre el tema, en su revisión del Protocolo II de 1977 la Corte Constitucional expresó que:

“...Por consiguiente, tanto los integrantes de los grupos armados irregulares como todos los funcionarios del Estado, y en especial todos los miembros de la Fuerza Pública quienes son destinatarios naturales de las normas humanitarias, están obligados a respetar, en todo tiempo y en todo lugar, las reglas del derecho internacional humanitario, por cuanto no sólo éstas son normas imperativas de derecho internacional (ius cogens) sino, además, porque ellas son reglas obligatorias en el ordenamiento jurídico y deben ser acatadas por todos los habitantes del territorio colombiano. Y no podía ser de otra manera, pues las normas de derecho internacional humanitario preservan aquel núcleo intangible y evidente de los derechos humanos que no puede ser en manera alguna desconocido, ni siquiera en las peores situaciones de conflicto armado. Ellos encarnan aquellas “consideraciones elementales de humanidad”, a las cuales se refirió la Corte Internacional de Justicia, en su sentencia de 1949 sobre el estrecho de Corfú. No se puede entonces excusar, ni ante la comunidad internacional, ni ante el ordenamiento jurídico colombiano, la comisión de conductas que vulneran claramente la conciencia misma de la humanidad, como los homicidios arbitrarios, las torturas, los tratos crueles, las torturas de rehenes, las desapariciones forzadas, los juicios sin garantías o la imposición de penas ex - post facto...”³³

³³ Corte Constitucional, sentencia C-574 de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón, citado en ibíd. Véase también Corte Constitucional, sentencia C-156 de 1999, M. P. (e) Martha Victoria SÁCHICA Méndez.

De otro lado, bueno es aclarar, las normas de derecho humanitario no son recíprocas, es decir, que una parte del conflicto se obligada a cumplir, si la contraparte los tiene en cuenta y los aplica. La Convención de Viena sobre el derecho de los tratados en su artículo 60.5 descarta la reciprocidad, precisamente por el carácter humanitario de esos instrumentos. No se trata, por lo tanto, de un intercambio equitativo de prestaciones, sino de obligaciones irrevocables de carácter superior.

“...Todo lo anterior permite entonces concluir que la obligatoriedad del derecho internacional humanitario se impone a todas las partes que participen en un conflicto armado, y no sólo a las Fuerzas Armadas de aquellos Estados que hayan ratificado los respectivos tratados. No es pues legítimo que un acto armado irregular, o una fuerza armada estatal, consideren que no tienen que respetar en un conflicto armado las normas mínimas de humanidad, por no haber suscrito esos actores los convenios internacionales respectivos, puesto que –se repite- la fuerza normativa del derecho internacional humanitario deriva de la universal aceptación de sus contenidos normativos por los pueblos civilizados y de la evidencia de los valores de humanidad que estos instrumentos internacionales recogen. Todos los actores armados, estatales o no estatales, están entonces obligados a respetar estas normas que consagran aquellos principios mínimos de humanidad que no pueden ser derogados ni siquiera en las peores situaciones de conflicto armado...”³⁴

Las obligaciones que genera son *erga omnes*, en razón de la tutela del interés esencial que representa el ser humano en la sociedad internacional. Si un gobierno ha sido incapaz de evitar un conflicto armado interno, al menos debe asumir la responsabilidad de establecer el orden y la justicia por medios legítimos, respetando la vida y los derechos inherentes a la persona humana, protegiendo y aliviando la suerte de las víctimas de un conflicto que siempre debió ser evitado.³⁵

³⁴ Corte Constitucional, sentencia C-225 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

³⁵ Araceli Magas Martín, Conflictos armados internos y derecho internacional humanitario, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1990, p. 171.

2.3. DISTINCIÓN ENTRE CONFLICTO ARMADO INTERNACIONAL Y NO INTERNACIONAL.

Para efectos del derecho humanitario, los conflictos armados internacionales son los que surgen entre dos o más Estados, háyase o no declarado la guerra, aunque uno de los Estados no haya reconocido el estado de guerra (artículo 2 común de los Convenios de Ginebra de 1949) o aquellos “...en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho a la libre determinación...” (artículo 1.4 del Protocolo II de 1977). En cambio, los conflictos armados no internacionales son los que surgen en el territorio de un Estado (artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949):

“...un conflicto armado interno constituye toda situación de violencia regular, generalizada e incontrolable que se produce en la esfera interna de un Estado y ello al margen del eventual grado de organización interna que tengan las partes enfrentadas así como del grado de nitidez con que pueda procederse a la identificación de las fuerzas gubernamentales y no gubernamentales...”³⁶

“...Para que un conflicto armado sea internacional, es indispensable que tenga lugar entre dos o más Estados. En suma, en el caso en el que un conflicto interno armado irrumpe al territorio de otro Estado, se convertirá en internacional (o, dependiendo de las circunstancias, adquirirá el carácter de internacional a lo largo de un conflicto armado interno), si (i) otro Estado interviene en el conflicto con sus tropas, o alternativamente, si (ii) algunos de los participantes de un conflicto armado interno actúan en interés de otro Estado...”³⁷

³⁶ Sonia Güell Peris, Conflictos armados internos y aplicación del derecho internacional humanitario, Instituto de Estudios Europeos de la Universidad San Pablo Ceu, Dykinson, Madrid, 2005, p. 127.

³⁷ Tribunal Penal Internacional de la antigua Yugoslavia, caso Tadic, decisión del 15 de julio de 1999, segunda instancia, párr. 84. Traducción no oficial de Rafael AS Prieto Sanjuán, “Tadic: internacionalización de conflictos internos y responsabilidad individual”, ob. cit., p. 443.

¿Cuál es la razón de que se insista en diferenciar los conflictos armados internacionales de los no internacionales? La razón esencial reside en la aplicación de los instrumentos internacionales. En los conflictos armados internacionales se aplican prácticamente casi todos los elementos del derecho humanitario, mientras que en los conflictos armados no internacionales el uso de esas herramientas es más limitada. Se justifica esta diferencia en dos argumentos esenciales; el primero, en que como los Estados son soberanos en el manejo de su orden público interno, tradicionalmente las normas humanitarias para los conflictos armados no internacionales han generado muchas más reservas por parte de los Estados en su elaboración. Por ejemplo, es muy dicente todo el debate que se dio sobre el Protocolo II adicional de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949, ya que de un proyecto inicial generoso se aprobó un instrumento con escasos 28 artículos. El segundo radica en que como el derecho humanitario convive con la legislación interna de los países en los casos de conflictos armados no internacionales, y los Estados continúan con toda la legitimidad de perseguir y castigar con base en sus normas a quienes participan en el conflicto armado, las normas para este tipo de conflictos son más limitadas y más cuidadosas en su redacción, para evitar cualquier incompatibilidad legal con las normas internas de cualquier Estado.

3. PERSONAS PROTEGIDAS POR EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Al respecto, ha dicho la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en Acta No. 16, del 27 de enero de 2010, radicado 29753, M. P. Dr. JOSE LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ:

“...El homicidio en persona protegida fue incorporado a la legislación nacional a través del artículo 135 de la Ley 599 de 2000, en su Título II, correspondiente a los “Delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario”, bajo la siguiente descripción típica:

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

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

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

Acerca de las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, se recordará cómo tales conceptos remiten a los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, suscritos por la comunidad internacional dada la creciente necesidad que surgió por aquella época, en orden a adaptar las reglas preexistentes para la regulación de los enfrentamientos bélicos, cuyo marco fue desbordado con los actos atroces acaecidos en la segunda guerra mundial, Convenios posteriormente adicionados a través del Protocolo I que regula específicamente la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y del Protocolo II que se ocupa de la protección de las víctimas de los conflictos armados no internacionales.

Para el caso Colombiano, la incorporación de dispositivos penales específicos en orden a brindar protección a las personas y bienes amparados por el DIH, no sólo

se vincula al cumplimiento de los compromisos adquiridos por el Estado Colombiano en el concierto internacional con la suscripción de los cuatro Convenios de Ginebra y los dos Protocolos adicionales, sino además, por la inaplazable necesidad de establecer un marco jurídico específico que regulara desde la perspectiva del control penal punitivo, los graves atentados contra la población civil en desarrollo del conflicto armado no internacional que enfrenta la Nación desde hace ya varias décadas, como consta en la exposición de motivos del proyecto de ley 040 de 1998, hoy Código Penal de 2000, así:

“... En la situación de conflicto armado interno que padece Colombia, muchas de las conductas vulneratorias o amenazadoras de Derechos Humanos, constituyen a la vez infracciones al derecho internacional humanitario. Son ellas actuaciones u omisiones con las cuales quienes participan directamente en las hostilidades –los combatientes– incumplen los deberes o quebrantan las prohibiciones que les ha impuesto el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo II Adicional. [...]

En la propuesta legislativa se incluye un capítulo especial denominado “Conductas punibles contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario”, que agrupan una serie de tipos penales que describen y penalizan aquellos comportamientos que representan las más graves infracciones a esa normatividad internacional que Colombia se comprometió a respetar y a aplicar. [...]

Las razones de conveniencia y necesidad para la creación de estas conductas punitivas emergen en forma ostensible del agudo conflicto bélico que afronta el país”.

En consecuencia, las personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario en conflictos no internacionales, conforme lo establece el artículo 3º Común de la Convenios de Ginebra, son:

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

2º) Los heridos y enfermos serán recogidos y cuidados.

Por tanto, serán protegidos y tratados sin discriminación tres tipos de población:

- Las personas que no participen directamente en las hostilidades;
- los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas; y
- las personas que hayan quedado fuera de combate.

Además, establece un deber de atención a los heridos y los enfermos.

4. COMPETENCIA

La competencia tiene estrecho vínculo con el respeto al Juez Natural y por tanto, en él se señala el funcionario que según la ley, tiene asignado el conocimiento para proferir sentencia, luego de haberse desarrollado el proceso.

En cuanto a establecer qué funcionario judicial es quien debe orientar la investigación y proferir sentencia, respecto al delito de “Homicidio en Persona Protegida por el Derecho Internacional Humanitario”, necesariamente debe recurrirse a los postulados que sobre el aludido ítem señale el Código de Procedimiento Penal a aplicarse, situación que no implica dificultad alguna y, por tanto, solo enunciaremos la norma que señala al funcionario competente; situación susceptible de variación, únicamente en caso de concurrir en el desarrollo de la conducta humana objeto de averiguación, concurso de delitos penales, en cuyo caso se deberá proceder de conformidad a lo estipulado en: el artículo 91 de la Ley 600 de 2000³⁸ y/o al artículo 52 de la Ley 906 de 2004³⁹, dependiendo cuál de las normas es la vigente al momento de ocurrencia de los hechos.

³⁸ Artículo 91 de la Ley 600 de 2000. Competencia por conexidad. “Cuando deban investigarse conductas punibles conexas conocerá de ellas el funcionario de mayor jerarquía de acuerdo con la competencia por razón del fuero legal o la naturaleza del asunto; si corresponde a la misma jerarquía será factor de competencia el territorio, en forma excluyente y preferente en el siguiente orden: donde se haya cometido el

4.1. COMPETENCIA SI EL CASO SE TRAMITA CONFORME A LA LEY 600 DE 2000.

Según este Código de Procedimiento Penal, el delito de “Homicidio en Persona Protegida por el derecho Internacional Humanitario” está atribuida como competencia residual a los Jueces Penales del Circuito, conforme al literal b), numeral 1 del artículo 77 de la Ley 600 de 2000: “Los jueces penales del circuito conocen: 1. En primera instancia: a) ...; y b) De los delitos cuyo juzgamiento no esté atribuido a otra autoridad.” Lo que quiere decir, el juez natural para emitir sentencia en aplicación de la Ley 600 de 2000, es el Juez Penal del Circuito del sitio donde tuvo ocurrencia el delito; excepto en desarrollo de la conducta penal se ejecutaron otros delitos, tal y como antes se relacionó.

4.2. COMPETENCIA SI EL CASO SE TRAMITA CONFORME A LA LEY 906 DE 2004.

En vigencia del Sistema Penal Oral Acusatorio (Ley 906 de 2004), cuya implementación se desarrolló de manera gradual conforme a lo dispuesto en el

delito más grave; donde se haya realizado el mayor número de delitos; donde se haya producido la primera aprehensión o donde se haya proferido primero apertura de instrucción.”

³⁹ Artículo 52 de la Ley 906 de 2004. Competencia por conexidad. “Cuando deban juzgarse delitos conexos conocerá de ellos el juez de mayor jerarquía de acuerdo con la competencia por razón del fuero legal o la naturaleza del asunto; si corresponde a la misma jerarquía será factor de competencia el territorio, en forma excluyente y preferente, en el siguiente orden: donde se haya cometido el delito más grave; donde se haya realizado el mayor número de delitos; donde se haya producido la primera aprehensión o donde se haya formulado primero la imputación. // Cuando se trate de conexidad entre delitos de competencia del juez penal de circuito especializado y cualquier otro funcionario judicial corresponderá el juzgamiento a aquél.”

artículo 530⁴⁰ de la norma en cita, señala como juez natural para conocer del delito de “Homicidio en Persona Protegida por el Derecho Internacional Humanitario” a los Jueces Penales del Circuito Especializado conforme lo estipula el numeral 4º del artículo 35 del nuevo Código de Procedimiento Penal, que reza: “Los jueces penales del circuito especializado conocen de: (...) 4. Los delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario.”

Es pertinente recordar, la competencia de los Jueces Penales del Circuito Especializado es taxativa, lo que significa, debe estar expresamente señalada en el Código de Procedimiento Penal. Los tipos penales ausentes en la norma que señala la competencia de esos jueces, no debe ser asumida por ellos, pues de avocar el conocimiento de esos procesos se estaría atentado contra el respeto al juez natural.

Es procedente aclarar, debido a la implementación progresiva de la Ley 906 de 2004, el “Homicidio en Persona Protegida por el Derecho Internacional Humanitario”, según la jurisdicción donde se haya cometido el delito y la época de los hechos, la investigación y el juzgamiento puede ser tramitado por procedimientos penales diferentes; por ejemplo: si se transgredió por la misma época (marzo de 2005) homicidios en persona protegida (artículo 135 del C. Penal) en zona rural de La Merced (Caldas) y Turbo (Antioquia), el proceso ocurrido en Caldas se deberá orientar conforme la Ley 906 de 2004 por los Fiscales Delegados ante los Jueces Penales del Circuito Especializados de Manizales y sancionado por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de la capital caldense; mientras que en el caso de Antioquia, de no concurrir factores de

⁴⁰ Artículo 530 de la Ley 906 de 2004. Selección de distritos judiciales. “...el sistema se aplicará a partir del 1º de enero de 2005 en los distritos judiciales de Armenia, Bogotá, Manizales y Pereira. Una segunda etapa a partir del 1º de enero de 2006 incluirá a los Distritos Judiciales de Bucaramanga, Buga, Cali, Medellín, San Gil, Santa Rosa de Viterbo y Tunja. // En enero 1º de 2007 entrará al nuevo sistema los distritos judiciales de Antioquia, Cundinamarca, Florencia, Ibagué, Neiva, Pasto, Popayán y Villavicencia. // Los distritos judiciales de Barranquilla, Cartagena, Cúcuta, Montería, Quibdó, Pamplona, Riohacha, Santa Marta, Sincelejo y Valledupar, y aquellos que llegaren a crearse, entrarán a aplicar el sistema a partir del primero (1º) de enero de 2008.

conexidad que afecten la competencia (concurso de conductas punibles entre el delito señalado y el “Concierto para Delinquir en la modalidad de Paramilitarismo”), deberá ser dirigida la indagación e investigación por Fiscales Delegados ante los Jueces Penales del Circuito de Turbo, acorde a la Ley 600 de 2000 y emitir sentencia uno de los Juzgados Penales del Circuito de ese mismo municipio. Si en el último de los casos el concurso de conductas punibles se presenta con el delito de “Rebelión”, la competencia queda fincada en la Jueces Penales del Circuito de Turbo.

5. REFLEXIONES QUE DESVIRTÚAN LAS HIPÓTESIS RELACIONADAS COMO ERRORES AL ADECUAR EL ARTÍCULO 135 DEL CÓDIGO PENAL.

Luego de realizar el trabajo de investigación, es oportuno consignar, según nuestro criterio, cuáles son las explicaciones a los posibles yerros cometidos por los operadores judiciales al interpretar incorrectamente el tipo penal de “Homicidio en Persona Protegida por el DIH”, advertidos como tales al comienzo del ejercicio académico; por ello, inicialmente nos referiremos a los puntos relacionados.

1º) Que el ámbito de aplicación de tal dispositivo se restringe a las muertes causadas en desarrollo de un combate.

Con dicha hipótesis, se desconoce lo demandado en el tipo penal que describe y sanciona el artículo 135 del Código Penal, en el cual se exige, que las muertes de las víctimas se produzcan **en desarrollo o con ocasión del conflicto armado** y que recaiga sobre persona protegida por el DIH, es decir, aquellas que contempla el parágrafo de la norma en cita. En consecuencia, no es necesario que una persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario haya fallecido

violentamente mientras se escenifica un combate entre fuerzas armadas estatales y fuerzas ilegales disidentes, para adecuar ese tipo penal, su ámbito de aplicación se extiende a la totalidad del territorio controlado, incluso a sitios en los cuales no ha existido confrontación armada. Los sujetos activos de la conducta penal, aparte de la confrontación, pueden ejecutar acciones militares “sostenidas y concertadas” incluyendo labores de patrullaje y todas aquellas dirigidas a ejercer control sobre ciertos sectores de la población o la restricción de su movilización, en las cuales realizan ejecuciones extrajudiciales contra los civiles.

De todas maneras, cualquiera sea la manifestación del conflicto, subsiste para los miembros de las organizaciones armadas ilegales la obligación de mantener al margen de su accionar a las personas y bienes protegidos por el DIH.

2º) Que entre la guerrilla y las autodefensas no hay combates sino un frío matrimonio de intereses ilegales, lo cual impide calificar los hechos como acaecidos en desarrollo de un conflicto armado.

Posición con la que se desconoce una verdad incontrastable, como es la existencia de grupos armados organizados que bajo la forma de aparatos militares irregulares, llevan a cabo operaciones de esa misma naturaleza disputándose el control territorial de vastas zonas del país, y que en su afán, atentan contra la constitucionalidad y legalidad de la organización social del país, y lo que es peor, contra la población civil.

3º) Que la ausencia de filosofía e ideales de los grupos armados ilegales impide aplicar las normas del DIH a los hechos que deben ser materia de investigación; circunstancia por la cual no se les puede reconocer la calidad de combatientes.

No constituye argumento apto para inaplicar las disposiciones del DIH, porque más allá de los motivos abyectos que impulsen sus acciones o el desconocimiento de las

normas del Derecho Internacional Humanitario, los grupos disidentes (guerrilla y/o autodefensas) son organizaciones armadas, uniformadas, jerarquizadas, que con su accionar paulatinamente recrudeció las hostilidades a nivel nacional, con sus múltiples e indiscriminados ataques a las fuerzas armadas, a los bandos contrarios y a la población civil, al punto que el Estado colombiano ha reconocido por diferentes vías la existencia del conflicto armado no internacional, como también a los grupos guerrilleros y de autodefensa como parte del mismo, con ocasión de la expedición de leyes como la 782 de 2002 y la 975 de 2005, que les brinda un tratamiento punitivo en aras de obtener su reinserción a la vida social y la paz nacional.

4º) Que cuando fallece violentamente una persona integrante de las comunidades indígenas, por su condición de tal, automáticamente debe ser considerado como persona protegida por el DIH, sin necesidad que medie circunstancia distinta a su calidad.

Percepción errada, desde esa óptica, debido a que la calidad de indígena no se contempla en el parágrafo del artículo 135 del Código Penal para ser señalada como persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario. Distinto es, cuando ese aborigen muere violentamente a manos de integrantes de algún grupo que haga parte del conflicto interno (las fuerzas armadas del Estado, la guerrilla o las autodefensas) por haber sido señalado como informante, auspiciador, colaborador, etc., del bando contrario; en ese momento sí es considerado por el DIH como persona protegida y por ende, se tendría en la investigación penal como sujeto pasivo de la conducta reprochable.

5º) Que frecuentemente se confundan las expresiones “combate” y “conflicto armado”.

La confusión suele presentarse debido a que un alto porcentaje de los operadores judiciales utilizan indistintamente las expresiones de “**combate**” y “**conflicto armado**”, es decir, como sinónimas, cuando lo cierto es que cada una tiene

distinto significado, los cuales deben ser considerados para realizar la diferenciación:

- a) El término “**Combate**” comporta una acción militar entre bandos opuestos determinable en tiempo y espacio.

- b) En cuanto al término “**Conflicto Armado**”, en cambio, es de mayor cobertura: en términos del artículo 1° del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949, corresponde al enfrentamiento en el interior de un Estado entre sus fuerzas armadas gubernamentales y disidentes, o las primeras frente a insurrectos organizados, que bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas.

6º) Que se confunda la adecuación típica del artículo 135 del Código Penal, con la aplicación indebida de cualquiera de los agravantes descritos en el artículo 104 del Código de las Penas.

Las causales de agravación que contemplan los diez numerales del artículo 104 del Código Penal, son circunstancias cuyo fin primordial es elevar el *quantum* de la pena, siempre y cuando el homicidio se comete bajo los parámetros allí indicados; en cambio, a través del artículo 135 del Código Penal se codificó lo concerniente al homicidio en persona protegida con una pena superior a la establecida para el homicidio agravado -de 30 a 40 años de prisión- en cumplimiento de los Convenios Internacionales relativos al Derecho Internacional Humanitario, debiendo entenderse por personas protegidas las no combatientes y las expresamente señaladas en el propio artículo 135, esto es, todo aquél ajeno a las hostilidades. Lo que significa, esa conducta es autónoma y por tanto, de ser desconocida por los operadores jurídicos al momento de su adecuación típica, se violaría directamente la ley sustancial y el principio de legalidad.

Normatividad que debe aplicarse al conflicto no internacional, entre fuerzas de autodefensas y guerrilla, cuando sus acciones involucran a personas protegidas, con fundamento en el artículo 1° del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra, el artículo 8.2.f. del Estatuto de Roma, la Sentencia C-291 de 2007 y la jurisprudencia existente de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

C O N C L U S I O N E S

1º) No se está realizando una acertada interpretación del tipo penal, "Homicidio en Persona Protegida por el Derecho Internacional Humanitario", por parte del operador judicial (juez y/o fiscal) desde el conocimiento de la noticia criminal sobre hechos en que haya fallecido violentamente un ser humano, análisis que consiste en la verificación de condiciones como: a) si la muerte de la víctima se produjo a manos de las fuerzas armadas estatales, la guerrilla o las autodefensas; b) si el homicidio fue perpetrado con ocasión del conflicto existente entre las fuerzas armadas estatales, grupos de insurgentes y autodefensas, donde no se comporte simples disturbios, sino, confrontaciones armadas con vocación de desestabilizar el ejercicio legítimo de la autoridad estatal, sin que haya existido combate (artículo 3º común a los Convenios de Ginebra, artículo 1º del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra y el artículo 8º del Estatuto de Roma), normas que no solo definen el conflicto armado interno sino que prohíben la ejecución de algunas conductas, como el homicidio en contra de personas protegidas por los mismos instrumentos; y c) si se reúnen los requisitos de los literales a) y b), establecer si la víctima es considerada como persona protegida por el DIH conforme a los parámetros contenidos en el parágrafo del artículo 135 del Código Penal Colombiano y el Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra.

De reunirse los requisitos relacionados, sin duda alguna se estará frente al delito de "Homicidio en Persona Protegida por el Derecho Internacional Humanitario", reconocido por la comunidad internacional y positivizado por la norma interna en el artículo 135 del Código Penal Colombiano.

2º) Resulta claro para todos, la frecuente ocurrencia, en el territorio nacional, del "Homicidio en Persona Protegida por el Derecho Internacional Humanitario", delito

que infortunadamente, pocas veces se orienta desde su inicial investigación y mucho menos, se endilga responsabilidad y se profiere sanción contra los autores de tan execrable crimen.

En el territorio colombiano persiste un conflicto armado de carácter no internacional, en la medida que existen grupos ilegales organizados, bajo la dirección de un mando responsable, que ejercen control en regiones del país y se lo disputan; lo que les permite ejecutar operaciones militares sostenidas y concentradas contra sus adversarios, en su calidad de disidentes en contienda, quienes mantienen enfrentamientos sangrientos en medio de la población civil, utilizando como escenario las veredas, corregimientos, parajes rurales y urbanos de los municipios, afectando permanentemente a campesinos, integrantes de las comunidades indígenas y la población más humilde y necesitada. Es evidente entonces que son numerosos los homicidios, que no han tenido una adecuación correcta de los elementos estructurales del tipo consignado en el artículo 135 del Código Penal, por parte de la policía judicial y los operadores judiciales.

3º) Se afirma en consecuencia del estudio ejecutado, sin temor a equívocos, que son sujetos activos de la conducta penal de “Homicidio en Persona Protegida por el Derecho Internacional Humanitario”, tanto integrantes de las fuerzas armadas estatales, como quienes hacen parte de los grupos disidentes de insurgentes y autodefensas trabados en el conflicto interno, que atenten contra la vida de las personas protegidas según el parágrafo del artículo 135 del Código Penal.

4º) Es deber y obligación de los Estados, hacer respetar el derecho internacional humanitario, el cual no es de carácter recíproco, es decir, su satisfacción no depende del cumplimiento que le otorguen, a su vez, las otras partes enfrentadas en el conflicto. El carácter no recíproco de estas obligaciones se deriva directamente de la naturaleza fundamental de las normas y principios que mediante ellas se busca preservar, así como del hecho de que dichas obligaciones

son *erga omnes* y por ende se adquieren frente a la comunidad internacional en su conjunto. El carácter no recíproco de la obligación de respetar el Derecho Internacional Humanitario adquiere, a la fecha, rango consuetudinario, habiendo sido reconocido en varias oportunidades por organismos internacionales de derechos humanos y tribunales internacionales.

El deber del Estado de cumplir y verificar los compromisos adquiridos con la comunidad internacional, es a través de los funcionarios que hacen parte de la rama judicial del poder público, judicializando a los responsables de las acciones que ofenden a las personas protegidas por el DIH y por extensión, a toda la humanidad, cumpliendo con ellos normas internacionales que fueron adoptadas por la reglamentación interna del país.

De persistir el escaso cumplimiento al deber legal y constitucional por parte de los agentes del Estado, según los compromisos adquiridos con la comunidad internacional, seguramente, Colombia, en un mediano plazo, afectará su condición de garante, desde el punto de vista legal, por la ineficiencia al momento de aplicación de justicia interna, posibilitándose intervenga entonces, la justicia internacional.

5º) Por reunir idénticas características y sustentado en el análisis que se ha efectuado durante el desarrollo del trabajo de investigación, deben observarse, igualmente al momento de adecuar correctamente las conductas, que soportan los delitos: Lesiones en persona protegida (artículo 136); tortura en persona protegida (artículo 137); acceso carnal violento en persona protegida (artículo 138); y actos sexuales violentos en persona protegida (artículo 139), contenidos en el Libro Segundo, Título II, Capítulo Único del Código Penal que protegen el bien jurídico “Delitos contra Personas y Bienes Protegidos por el Derecho Internacional Humanitario”.

BIBLIOGRAFIA INICIAL

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-225 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

_____. Sentencia C-574 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.

_____. Sentencia T-173 de 1993. M.P. José Gregorio Hernández Galindo

_____. Sentencia C-156 de 1999, M. P. (e) Martha Victoria Sáchica Méndez.

_____. Sentencia C-291 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia Rad. 29753, aprobada acta No. 16 del 27 de Enero de 2010 M.P. José Leónidas Bustos Martínez.

_____. Sentencia Rad. 33719, aprobada acta No. 79 del 15 de Marzo de 2010 M.P. Alfredo Gómez Quintero.

_____. Sentencia Rad. 35099, aprobada acta No. 101 del 23 de Marzo de 2011 M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

DIRECCIÓN SECCIONAL DE FISCALÍAS DE MANIZALES. Resolución del 30 de Mayo de 2011. Dr. Nelson Camelo Cubides.

Compilación de Instrumentos Internacionales: Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos Humanos, primera edición, Bogotá, marzo de 2001. Compiladores: Daniel O'Donnell, Inés Margarita Uprimny, Alejandro Valencia Villa.

Derecho Internacional Humanitario: Conceptos básicos infracciones en el conflicto armado colombiano, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos Humanos, primera edición, Bogotá, septiembre de 2007. Autor Alejandro Valencia Villa.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 600 de 2000, por medio del cual se adopta el Código de Procedimiento Penal, 2000.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPUBLICA Ley 906 de 2004, por medio del cual se adopta el Código de Procedimiento Penal, 2004.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPUBLICA Ley 938 de 2004, por medio del cual se adoptó el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación, 2004.

SUÁREZ LEOZ. David. Los conflictos armados internos en José Luis Rodríguez Villasante y Prieto, Derecho Internacional Humanitario. ob. cit., p. 456.

OROZCO ABAD. Iván. La Democracia y el tratamiento del enemigo interior Análisis Político. núm. 6, enero-abril de 1989, p. 63.

_____. Sobre el Estatus Jurídico Político del Paramilitarismo hoy, en Miguel Rujana Quintero (comp.), Democracia, derechos humanos, derecho internacional humanitario. Universidad libre de Colombia. Editorial Kimpres. Bogotá, p. 208.

MANGAS MARTÍN. Araceli. Conflictos armados internos y derecho internacional humanitario. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca. 1990.

GUISÁNDEZ GÓMEZ. Javier. La protección de las víctimas en los conflictos de carácter no internacional. ob. Cit., pág. 443-444.

UPRIMNY. Rodrigo. La Corte Constitucional frente al Derecho Internacional Humanitario. ob. Cit., p. 246.

FREI. Daniel. El derecho internacional humanitario y el control de armamento, en Revista Internacional de la Cruz Roja, núm. 90, noviembre-diciembre de 1988, p. 527.

DE PREUX. J. Los Convenios de Ginebra y la reciprocidad, Revista Internacional de la Cruz Roja, núm. 67, enero-febrero de 1985, pp. 25 a 29

*JHON JAIRO GALLEGO CARDONA
LUZ YANET SERNA DUQUE*

